

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIATURA EN  
DERECHO**

**“EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO COMO HERRAMIENTA DE  
PLANIFICACIÓN PATRIMONIAL Y SUCESORIA”**

**LUIS ALONSO BOGANTES LOAIZA**

**CARNÉ B11014**

**JOSE PABLO ZELEDÓN AGUILAR**

**CARNÉ B17372**

**CIUDAD UNIVERSITARIA RODRIGO FACIO**



30 de setiembre 2021  
FD-1865-2021

Dr. Alfredo Chirino Sánchez  
Decano  
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de los estudiantes: Luis Alonso Bogantes Loaiza, carné B11014 y José Pablo Zeledón Aguilar carné B17372 denominado: "El fideicomiso testamentario como herramienta de planificación patrimonial sucesoria" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA"**.

**Tribunal Examinador**

<b>Informante</b>	MSc. Cecilia Ivette Villalobos Soto
<b>Presidente</b>	MSc. William Bolaños Gamboa
<b>Secretario</b>	Dr. Gonzalo Monge Núñez
<b>Miembro</b>	Dr. Marcos Criado López
<b>Miembro</b>	Lic. Carlos Estrada Navas

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **18 de octubre 2021**, a las 5:00 p.m. de manera virtual.

Atentamente,

\_\_\_\_\_  
Ricardo Salas Porras  
Director, Área Investigación

LCV  
Cc: arch.



Señor:

Dr. Ricardo Salas Porras.

Director Área de Investigación.

Facultad de Derecho.

Universidad de Costa Rica

Estimado señor Director:

Por este medio, la firmante M.Sc. Cecilia Ivette Villalobos Soto, cédula 105170316, hago constar en mi calidad de Directora, que he leído y aprobado el trabajo de investigación de Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho de los estudiantes **LUIS ALONSO BOGANTES LOAIZA CARNÉ B1 1014** y **JOSE PABLO ZELEDÓN AGUILAR CARNÉ B17372** titulado **“EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO COMO HERRAMIENTA DE PLANIFICACIÓN PATRIMONIAL Y SUCESORIA.”** Este trabajo cumple con los requisitos formales exigidos por el Área de Investigación, todo de conformidad con el Reglamento Académico de Trabajos de Graduación de la Universidad de Costa Rica. En cuanto al fondo de la investigación, también le imparto mi aprobación por cuanto representa un aporte académico valioso y crítico sobre temas jurídicos actualmente relevantes.

Sin más que agregar me despido cordialmente.

Atentamente,

**CECILIA IVETTE** Firmado digitalmente por  
**VILLALOBOS** CECILIA IVETTE  
**SOTO (FIRMA)** VILLALOBOS SOTO (FIRMA)  
Fecha: 2021.08.05 11:27:56  
-06'00'  
M.Sc. Cecilia Ivette Villalobos Soto.

Directora.

*Gonzalo Monge Núñez*

Montes de Oca, 22 de julio de 2021

Señor:  
Dr. Ricardo Salas Porras  
Director de Área de Investigación -Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica  
Presente

De mi atenta consideración:

He fungido como lector del proyecto final de graduación, modalidad tesis, para optar por el grado de licenciatura en Derecho de los estudiantes Luis Alonso Bogantes Loaiza, cédula de identidad 1-1527-292, carné B11014 y José Pablo Zeledón Aguilar, cédula de identidad 1-1501-208, carné B17372, titulado: *"El Fideicomiso Testamentario como Herramienta de Planificación Patrimonial y Sucesoria"*

Se trata de una investigación interesante sobre un tema de relevancia y actualidad. El trabajo cumple con los requisitos de forma y contenido exigidos por la normativa universitaria y en tal condición lo apruebo.

Aprovecho la oportunidad para saludarlo atentamente,

GONZALO DE LOS ANGELES MONGE NUÑEZ (FIRMA)  
Firmado digitalmente por  
GONZALO DE LOS ANGELES  
MONGE NUÑEZ (FIRMA)  
Fecha: 2021.07.22 04:57:17  
-06'00'

Dr. Gonzalo Monge Núñez  
Lector de Trabajo Final de Graduación

Ciudad Universitaria, 19 de julio del 2021

Señor  
Dr. Ricardo Salas Porras  
Director Área de Investigación  
Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica

Estimado señor Director:

Por este medio, hago constar en mi calidad de Lector, que he leído y aprobado el trabajo de investigación de Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho de los estudiantes **LUIS ALONSO BOGANTES LOAIZA CARNÉ B1 1014** y **JOSE PABLO ZELEDÓN AGUILAR CARNÉ B17372** intitulado **“EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO COMO HERRAMIENTA DE PLANIFICACIÓN PATRIMONIAL Y SUCESORIA.”**

Este trabajo cumple con los requisitos formales exigidos por el Área de Investigación, todo de conformidad con el Reglamento Académico de Trabajos de Graduación de la Universidad de Costa Rica. En cuanto al fondo de la investigación, también le imparto mi aprobación por cuanto desarrolla con amplitud y prudencia un tema de gran actualidad e importancia.

Reiterándole las muestras de mi mayor consideración y estima, me suscribo,

Atentamente,



Lic. Carlos Manuel Estrada Navas  
Lector

CMEN/mhm  
c,c arch

San José, 31 de julio, 2021

Dr. Ricardo Salas Porras  
Director del Área de Investigación  
Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica

Leí y corregí el Trabajo Final de Graduación: “El Fideicomiso Testamentario como herramienta de Planificación Patrimonial y Sucesoria”, elaborado por los estudiantes Luis Alonso Bogantes Loaiza, carné B11014 y José Pablo Zeledón Aguilar, carné B17372 para optar al grado académico de Licenciatura en Derecho.

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 de Costa Rica.

Atentamente,



M.Sc. Edgar Rojas González

Carné 2443

Teléfono 88822158

Correo: edgarrojasg27@gmail.com

**Dedicatoria Luis Alonso Bogantes Loaiza**

*A mi abuelo Edwin, por ser siempre fuente de inspiración.*

**Dedicatoria Jose Pablo Zeledón Aguilar**

*A mi madre Wendy, por su amor, impulso y apoyo eterno.*



**Agradecimientos Luis Alonso Bogantes Loaiza.**

*A mi padre, por ser sustento de apoyo incondicional siempre.*

**Agradecimientos Jose Pablo Zeledón Aguilar.**

*A mi familia por ser mi piedra angular*

## ÍNDICE GENERAL

Dedicatorias.....	i
Agradecimientos.....	iii
Índice general.....	v
Justificación.....	vii
Problema de investigación.....	vii
Hipótesis.....	viii
Objetivo general y específicos.....	viii
Metodología.....	ix
Ficha bibliográfica.....	ix
TÍTULO I. Aspectos generales del Fideicomiso.	
Capítulo I. Reseña Histórica del Fideicomiso.....	1
Sección I. Antecedentes Históricos.....	1
Sección II. Conceptualización.....	10
Capítulo II. Elementos del Fideicomiso.....	22
Sección I. Partes del Fideicomiso.....	22
Sección II. Tratamiento del Fideicomiso.....	30
Sección III. Principales tipos de fideicomiso.....	50
TITULO II. Herramientas jurídicas como medio de planificación patrimonial y sucesoria.	
Capítulo I. El Fideicomiso.....	59
Sección I. Fideicomiso Testamentario.....	59
Sección II. Facultades y obligaciones de las partes del fideicomiso.....	70
Capítulo II. Medios alternativos de planificación patrimonial.....	82
Sección I. Análisis de los instrumentos jurídicos convencionales utilizados para fines de planificación patrimonial.....	82

Sección II. Realidad del <i>Fideicomiso Contractual o Testamentario</i> como herramienta de planificación patrimonial sucesoria en el ámbito civil y empresarial.....	111
Conclusiones.....	140
Bibliografía.....	159
Anexo.....	163

## **JUSTIFICACIÓN.**

Como justificación al desarrollo del tema se debe comprender la importancia de las implicaciones del fideicomiso testamentario en el ámbito del derecho sucesorio y la planificación patrimonial. Las implicaciones de la figura mencionada se bifurcan en dos aristas. Primero, se recalca enfáticamente las múltiples virtudes de las cuales goza el fideicomiso testamentario y con esto, el fideicomiso en sí, como vehículo jurídico para la sucesión y la planificación patrimonial, por ser esta figura (el fideicomiso) sumamente maleable y ajustable gracias a sus propiedades sui generis.

Como segundo aspecto, es imperativo concientizar sobre las implicaciones negativas que puede adolecer una figura como el fideicomiso y específicamente el testamentario, debido a labores y maniobras legislativas burdas, carentes de fundamento y sin sentido que inciden directamente en la funcionalidad de la figura en estudio, convirtiéndola en un instrumento complejo de operar y carente de un uso regular.

Posterior al análisis integral realizado sobre el fideicomiso testamentario, este es comparado y estudiado con los institutos jurídicos convencionales que utiliza la población costarricense como medios de sucesión y planificación patrimonial con el afán de destacar tanto las fortalezas así como las falencias de las figuras jurídicas y resaltar especialmente la necesidad que tiene dicha población de tener acceso a una herramienta que sí sea funcional para la sucesión de un haber patrimonial hereditario apegado a la voluntad del causante.

## **PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.**

Inidoneidad de los instrumentos jurídicos tradicionales que utiliza la población costarricense como medio para suceder y planificar su patrimonio. Dichos procesos son característicos en nuestro ordenamiento jurídico por ser sumamente engorrosos y carecer de las características

aptas para disponer y planificar patrimonialmente en estricto apego a la voluntad de quien dispone.

### **HIPÓTESIS.**

El Fideicomiso Testamentario es el vehículo jurídico idóneo para la sucesión y la planificación patrimonial en apego a la voluntad del causante dentro del ordenamiento jurídico costarricense.

### **OBJETIVO GENERAL.**

Analizar la figura del Fideicomiso Testamentario como vehículo jurídico para la disposición patrimonial y planificación sucesoria.

### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS.**

1. Sintetizar la evolución histórica de la figura del fideicomiso desde su génesis hasta la actualidad.
2. Puntualizar los conceptos: normativo, doctrinario y jurisprudencial de la figura del fideicomiso testamentario.
3. Explicar las características y elementos distintivos del fideicomiso.
4. Analizar brevemente los principales tipos de fideicomiso, dentro de este el testamentario.
5. Evidenciar las fortalezas y las falencias de los instrumentos jurídicos “convencionales” (donación, sociedades mercantiles, proceso sucesorio) como vehículos utilizados para transmisión patrimonial y planificación sucesoria.
6. Establecer los beneficios y cualidades del fideicomiso y el fideicomiso testamentario en comparación con los medios “convencionales” de disposición de bienes para la planificación patrimonial y sucesoria.
7. Determinar la importancia de la aplicación práctica del fideicomiso testamentario como medio idóneo para suceder bienes y/o derechos.

8. Emitir conclusiones y recomendaciones que sirvan como sustento de mejora en la implementación del fideicomiso testamentario.

### **METODOLOGÍA.**

La metodología empleada en el presente trabajo de investigación es Deductiva, ya que la estructura de razonamiento parte de un marco general de referencia en transición hacia algo más específico. En el caso de marras partimos del análisis de la figura del Fideicomiso en general para culminar con el Fideicomiso Testamentario y sus modalidades particulares.

### **FICHA BIBLIOGRÁFICA.**

<p>Zeledón Aguilar José Pablo y Bogantes Loaiza Luis Alonso. <i>El Fideicomiso Testamentario como Herramienta de Planificación Patrimonial y Sucesoria</i>. Directora: M. Sc. Cecilia Ivette Villalobos Soto. Tesis para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 2021. P. ix. P. 154.</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

## **TÍTULO I. Aspectos generales del Fideicomiso.**

### **Capítulo I. Reseña Histórica del Fideicomiso.**

En el presente capítulo se hará una reseña sobre el nacimiento, evolución y usos del *Fideicomiso* en la historia, haciendo énfasis en los puntos históricos y espaciales que sirvieron de base para la legislación y los usos de la figura en Costa Rica.

#### **1. Sección I. Antecedentes Históricos.**

Esta sección servirá de presentación de las bases históricas de la figura del fideicomiso en el Derecho romano, anglosajón y costarricense.

##### **1.1. Derecho Romano.**

Para comprender la figura del fideicomiso, y con ella el fideicomiso testamentario, es realmente necesario detenerse a estudiar sus orígenes, de qué forma nació y los rasgos que lo determinan a lo largo de la historia, los cuales se han visto obligados a mutar desde su génesis hasta lo que conocemos en la actualidad.

En la antigua Roma, no existía el concepto de Fideicomiso propiamente, lo que más se asemejaba es una derivación de este contrato llamado *mancipatiofamiliae*, la cual se entendía como un negocio solemne de transmisión de la propiedad. No era propiamente un testamento sino una



forma de *mancipatio*, es decir, un negocio de efectiva transmisión inter vivos del patrimonio.<sup>1</sup>

Posterior a la figura citada, nace en el Derecho Romano clásico, en el ámbito de los negocios inter vivos, la *Fiducia*, como una de las principales plasmaciones de la “*fides*”, siendo la principal herramienta y la esencia del contrato la confianza.

Es así como la *fiducia*, constituía un contrato formal basado en la confianza por el cual una persona, *fiduciante*, transmitía a otra, *fiduciario*, la propiedad de una cosa *mancipable*, mediante la *mancipatio* o *in iure cessio*, quedando este último obligado a restituir la cosa en un determinado plazo o circunstancia al beneficiario designado por el *fiduciante*.<sup>2</sup>

Los primeros antecedentes del fideicomiso testamentario determinan que era utilizado cuando el testador no podía heredar a una persona por no tener los ligámenes familiares exigidos en esa época (*testamentifacio*), por lo que encargaba a su heredero, llamado *fiduciario*, que ejecutara su voluntad dando los beneficios que él le indicase al beneficiado, también llamado *fideicomisario*. Inicialmente el cumplimiento de esa “voluntad testamentaria” quedó al arbitrio del heredero-*fiduciario*.

No obstante, lo anterior, la *fiducia*, al estar basada primordialmente en la confianza, no escapó a malos usos e irregularidades, ya que no en pocas ocasiones el *fiduciario* se negaba a devolver los bienes transmitidos. Es por

---

<sup>1</sup> Terrazas, Juan David. “*Orígenes y cuadro histórico del Fideicomiso*”. Chile, Revista Chilena de Derecho, no. 25, 1998. Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649981.pdf>. (Consultado: 4 de marzo de 2019).

<sup>2</sup> Betancourt, Fernando. “*Derecho Romano Clásico*.” 2ª Ed. Sevilla, España.: Ed. Publicaciones Universidad de Sevilla, 2002, p. 620.

esto, que, en la época del Emperador Augusto fue creada la figura de los Cónsules, nombrados al efecto para solventar los problemas entre las partes, pero principalmente el inconveniente de la retención de los bienes.<sup>3</sup> Posteriormente, durante el mandato del Emperador Claudio, la figura de los Cónsules se transformó en la de los praetorfideicomissarius, los cuales mantenían la misma función.

Ante los problemas de retenciones de bienes e irregularidades en los fideicomisos se crea de forma necesaria la figura del acto fiduciae o acción contra el fiduciario; dicha acción se aplicaba en contra del fiduciario en todos los tipos de fideicomiso de la época. Dentro de este período, dos de los más importantes fideicomisos que operaban eran: fideicomisaria hereditas y fideicomisumsingularerei.

El primero consistía en nombrar herederos por parte del fideicomitente para que sus bienes fueran transmitidos. El segundo equivalía al legado de un bien en específico que el fiduciario dejaba a favor de determinado sujeto.<sup>4</sup>

En términos generales, en el Derecho Romano, existió la fiducia, conocida como la fides, que tiene como significado la lealtad, la fidelidad, sobre todo, la confianza. Ésta última era el pilar fundamental sobre el que se constituían todos los contratos de fiducia. Nos menciona Esquivel Favareto lo siguiente:

Este pacto fiducia fue la base del fideicomiso en general, que básicamente consistía en un contrato mediante el cual el

---

<sup>3</sup> Esquivel Favareto, Juan Carlos. “*FIDEICOMISO CIVIL Y MERCANTIL*”. Teoría General y Derecho Costarricense, 1ª. Ed. San José, Costa Rica.: Juritexto, 2012, p. 28.

<sup>4</sup> Vega Carvajal, Nohelia. “*La Patología en la ejecución del contrato de fideicomiso de garantía*”. Tesis para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2013, p. 5.

fideicomitente transmitía al fiduciario un bien determinado o una universalidad de bienes, para que éste, cumplidas las condiciones pactadas (ya fuera la administración, el plazo o, incluso, la muerte del fideicomitente), procediera a transmitir dichos bienes a los fideicomisarios o beneficiarios.<sup>5</sup>

Esta figura tan relevante como lo fue la Fiducia en el Derecho Romano se dividió en dos vertientes que representan la esencia del fideicomiso testamentario; sean estas el *fideicomissum* y el *pactumfiduciae*.

El *fideicomissum* era aquella práctica en la cual una persona, que se conoce actualmente como fideicomisario, entregaba a otra, esta segunda conocida como fiduciario, bienes que podían constituir o no parte de una herencia o legado, y que eran entregados a un tercero que en el presente se le denomina fiduciario o beneficiario. Todo lo anterior se realizaba basado en un principio de buena fe<sup>6</sup>. Aún más importante destacar, que fue la primera evidencia de que un acto de disposición y administración de bienes se realizó por medio de un testamento e inclusive era posible establecer condiciones suspensivas tal y como veremos;

El primero consistía en que una persona en su testamento transfería a otra que gozaba de su total confianza, uno o más bienes, con el fin de que esta última, que figuraba como propietaria, los administrara en beneficio de otra u otras personas a las cuales el testador quería favorecer especialmente. El testador podía también establecer que transcurrido determinado tiempo o cumplida determinada condición, los bienes debían ser transferidos a estos beneficiarios.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Esquivel Favareto. Op. Cit., p. 30.

<sup>6</sup> Ibid., p. 28.

<sup>7</sup> Porras Zamora, Jorge Luis. "El Fideicomiso en Costa Rica". Nociones y Productos Básicos, 1ª. Ed. San José, Costa Rica.: J. Porras. Z, 1998, p. 11.

Dentro del mismo orden de ideas, el otro flanco que constituye el antecedente del fideicomiso testamentario en Roma fue el llamado *pactumfiduciae*, el cual representaba un convenio entre dos personas, por medio del cual una de ellas transmitía a la otra uno o más bienes, con la finalidad de que cumpliera un determinado objetivo, mismo que podía consistir en satisfacer una deuda en caso de que se incumpliera la obligación- denominado *fiduciae cum creditore*- o en administrar y defender los bienes del propietario en sus períodos de ausencia- denominado *fiduciae cum amico*-.

## 1.2. Derecho Anglosajón.

Existen marcadas diferencias sustanciales entre las figuras del fideicomiso romano y el trust que pertenece al bando del Derecho inglés, empero conceptualmente se halla una raíz común al fideicomiso y el trust en cuanto a que ambos son susceptibles de ser incluidos dentro de la nómina común de los negocios de confianza.

Dicho esto, si bien el trust es también un instituto jurídico que se basa fundamentalmente en la confianza, incorpora desde el Derecho feudal un evidente elemento diferenciador de la fiducia romana: el fraccionamiento del derecho de propiedad en un "*dominiumlegitimum*" que convierte al fiduciario en propietario formal o legal, y un "*dominiumnaturale*" que reserva el fideicomitente el ejercicio sobre la propiedad material, y el reconocimiento a favor de este último de un auténtico derecho real y no meramente

obligacional.<sup>8</sup> Esta ideología expuesta que proviene del Derecho Germánico no fue adoptada por los ordenamientos jurídicos continentales y es por esto que se conservó exclusivamente en el CommonLaw del Derecho Anglosajón propiciando así los orígenes del *trust*.

A inicios del siglo XV, con el Rey Enrique V, se utilizó la figura de los *Uses*, siendo esta un antecedente del Trust, que permitía la transmisión de bienes a favor de terceros como mecanismo de prevención en caso de que el constituyente (fideicomitente en esta figura) falleciera en campo de batalla y no regresara más. De igual forma se implementó los *uses* para efectos de protección de activos, ya que se transmitían los bienes, pero con derecho a ser usados por el fiduciario.<sup>9</sup>

Años posteriores, en 1535, fue dictada la Ley de Usos, la cual fue establecida durante el reinado de Enrique VIII. Dicha ley establecía y regulaba las figuras que se constituían en parte del fideicomiso. En aquel entonces se identificaba a los *feoffees* (fiduciarios) como aquellos que permanecían con poder sobre los bienes transmitidos, ya fuera para administrarlos o para transmitirlos posteriormente a los fideicomisarios nombrados al efecto.

Según indica el autor Rodríguez Azuero, América Latina no fue excepción en el proceso de adopción e implementación de la fiducia, ya que en este territorio se había expedido el Estatuto de Manos Muertas (*StatuteofMortain*), el cual impedía a las comunidades religiosas poseer bienes inmuebles. Por lo que, para superar este obstáculo, al igual que en el período Romano, se

---

<sup>8</sup> De Arespacochaga, Joaquín. "EL TRUST, LA FIDUCIA Y FIGURAS AFINES". 1ª. Ed. Madrid, España.: MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCILAES S.A. 2000, p. 21.

<sup>9</sup> Esquivel Favareto. Op. Cit., p. 33.

recurrió a la figura fiduciaria. Esto debido a que los monjes transmitían bienes por medio de un tercero, llamado *feoffe to use*, lo que les posibilitaba adquirir o disponer de los inmuebles que estaban destinados a beneficiar a la comunidad, llamado *cestuio use*<sup>10</sup>.

Entre los antecedentes históricos de mayor interés para efectos de esta investigación, es que en esta época se comenzó a utilizar expresamente la transmisión testamentaria por medio de la figura del fideicomiso aún cuando era prohibido por ley<sup>11</sup>. Esto evidencia una conexión directa entre estas figuras fiduciarias de la época y nuestro instituto actual del fideicomiso testamentario.

A partir del siglo XVI comenzó un proceso de cambio para la fiducia tal y como se conocía; el proceso de transición culminó en el denominado “*Trust*”.

La mencionada figura del “*Trust*”, como figura propia del Derecho Anglosajón, a su vez tiene sus propios cimientos en este ordenamiento jurídico, siendo su punto de nacimiento la figura de los “*Uses*”. Los Uses son el antecedente histórico y jurídico del Trust; los primeros consistían en “compromisos de conciencia” que adquiría una persona al recibir los bienes que le eran entregados por otra. Estos compromisos de conciencia podían ser a favor del propietario inicial o de un tercero designado por él<sup>12</sup>.

Es imprescindible recordar en este punto que en Gran Bretaña durante un extenso periodo de tiempo subsistió un doble régimen jurídico, por medio del cual no sólo coexistieron principios jurídicos disímiles, sino que inclusive era

---

<sup>10</sup> Rodríguez Azuero, Sergio. “*Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina.*” Colombia.: Legis Editores S.A. 2005, p.16.

<sup>11</sup> Ibid., p. 17.

<sup>12</sup> Porras Zamora. Op. Cit., p. 12.

posible aplicar los mismos principios aplicados por jurisdicciones diferentes. Esto ocurrió a razón de la insuficiencia del CommonLaw para regular y resolver nuevas necesidades casuísticas que establecía la sociedad en evolución. Lo anterior dio pie a que fuera posible la coexistencia de la formulación “jurisprudencial de su derecho decisorio”, fundamentado en el CommonLaw, y decisiones basadas en el EquityLaw, lo cual ocasionaba que dos juzgadores ante situaciones en apariencia idénticas tenían la facultad de juzgar el mismo hecho bajo ópticas diferentes. Esta situación jurídica ocasionó un fenómeno de doble titularización de los bienes.<sup>13</sup> Así lo explica seguidamente el autor Jorge Porras (1998):

(...) fue la posibilidad de que, en relación con un mismo bien o un mismo grupo de bienes, pudiera reconocerse una doble titularidad, un titular formal de los bienes que es protegido por los principios del CommonLaw, y un titular beneficiario de los bienes, que estaba protegido por los principios del EquityLaw.

Esto en la realidad práctica del Derecho Inglés implicaba que la titularidad del fiduciario se protegía por los tribunales del CommonLaw, en cambio, de forma paralela, el derecho de propiedad del beneficiario era sometido a los tribunales de equidad, conviviendo ambas figuras jurídicas complementándose. Esta dualidad se extendió hasta el año 1875, momento en el que se fusionan ambos regímenes en virtud de la *Judicatura Acts* (1873-1875), al darse aquí la unificación de los sistemas judiciales cualquier tribunal anglosajón investía la potestad de juzgar los mismos hechos basado en las reglas del Derecho Común o las reglas del Derecho de equidad, siendo

---

<sup>13</sup> Ibid., p. 13.

inclusive las mismas partes quienes podían invocar uno u otro derecho en la misma demanda ante un único juzgador.

### 1.3. Costa Rica.

A partir del año 1963, en Costa Rica despierta por primera vez el interés sobre el fideicomiso, esto se evidencia en el proyecto del Código de Comercio de 1964 en el cual se introducen los primeros artículos que regulan el mencionado instituto.

Aún y con la introducción de la figura del fideicomiso en el ordenamiento jurídico costarricense ésta fue poco utilizada debido al desconocimiento sobre el tema, sobre la composición y aplicación, del mismo. No es sino hasta los años setenta en donde los bancos muestran un fuerte interés por implementar la figura fiduciaria en sus operaciones. Es a razón de esto que en el año 1971 nace la ley N° 4861. Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, emitida el 19 de octubre, que regula en su artículo 116 la facultad de los bancos de ejecutar contratos de fideicomiso. Se sienta entonces la posibilidad de los bancos de constituir fideicomisos como fiduciarios y afianza el instituto del fideicomiso como negocio jurídico bancario.

Así las cosas, desde la inserción de la figura fiduciaria en el sistema bancario nacional, es cuando el fideicomiso comienza a tomar un poco más de relevancia ya que aparecen distintas modalidades de operación, como el fideicomiso de garantía, por ejemplo, mismo que será adoptado por el Estado para la ejecución de contratos de obra pública.



El fideicomiso no es un contrato que haya alcanzado el apogeo en nuestro sistema jurídico, pero el aumento de su uso y necesidad, con el avance de los años es cada día más notorio, ya que dicho instituto es aprovechado al máximo por quien quiera darle forma de acuerdo con sus necesidades, esto en razón de su dinamismo y la capacidad de adaptar su propiedad fiduciaria al entorno jurídico que le sea impuesto.

## **2. Sección II. Conceptualización.**

La presente sección tiene como objetivo, la demarcación conceptual del fideicomiso en la vida jurídica, como se encuentra regulada en Costa Rica.

### 2.1. Concepto del Fideicomiso.

Siendo que el fideicomiso es una figura jurídica, podría decirse, única y especial en su génesis, sujetos y teleología, es de importancia demarcar el concepto, y con él, los límites de su existencia en la vida jurídica y por consiguiente sus alcances y efectos en la misma.

La legislación costarricense apunta, específicamente, en el artículo 633 del Código de Comercio, que un fideicomiso se define así: *Por medio del fideicomiso el fideicomitente trasmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos; el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo.*

La definición en la legislación, como puede verse, es directa y precisa en su proposición, más, sin embargo, se requiere de una mayor profundización y estudio para una verdadera comprensión del concepto y su naturaleza.

En términos simples, el fideicomiso, puede catalogarse como una operación o negocio jurídico en la cual el fideicomitente (persona física o jurídica), destina bienes y/o derechos, hacia una esfera patrimonial autónoma, encomendados (los bienes y/o derechos) a la realización de un fin lícito determinado, confiando para dicha realización a otra persona, también física o jurídica, llamada fiduciario. El fiduciario podrá actuar en este negocio limitado por los fines determinados y los lineamientos estipulados en el acto constitutivo. Un tercer elemento dentro de esta particular figura es la del *fideicomisario*, quien es aquel que recibe los beneficios y bienes derivados del fideicomiso, esta figura en algunas ocasiones podrá fundirse con la del fideicomitente.

El autor Jiménez Zeledón lo define como:

El fideicomiso es un negocio jurídico único y típico (unilateral, bilateral, multilateral) en virtud del cual una persona física o jurídica (fideicomitente) trasmite a otra (fiduciario) la propiedad de bienes o derechos, para la realización de fines lícitos y determinados señalados en el acto constitutivo, usualmente constituido en beneficio de un tercero (fideicomisario)<sup>14</sup>.

Esta definición refleja la ductilidad de la figura evidenciando que el contrato puede ser unilateral o suscrito por multiplicidad de partes. La propiedad fiduciaria puede estar compuesta por bienes y/o derechos, no son excluyentes entre sí, ni se encuentra un número limitado de los bienes que puedan integrar el patrimonio.

---

<sup>14</sup> Jiménez Zeledón, Mariano. FIDEICOMISO: NATURALEZA JURIDICA. Revista Jurídica Ius Doctrina, 2008, p. 82.

Por su lado, el sistema de justicia nacional, por medio de jurisprudencia del Tribunal Segundo Civil externa el siguiente criterio:

El contrato de fideicomiso es un contrato mercantil, mediante el cual el fideicomitente trasmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos para administrarlos, quedando obligado el fiduciario a la administración de esos bienes y derechos de conformidad con fines lícitos y predeterminados según el acto constitutivo del contrato de fideicomiso que hayan realizado el fideicomitente y el fiduciario, lo anterior es doctrina del artículo 633 del Código de Comercio que a la letra dice: "...Por medio del fideicomiso el fideicomitente trasmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos: el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo...", no hay duda entonces que cuando la norma antes transcrita dispone que el fideicomitente trasmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos, debe interpretarse que esa transmisión es de la titularidad de bienes y derechos. Nuestro Código Civil en el artículo 264 del Código Civil establece el "dominio" o "propiedad absoluta" sobre una cosa, la cual comprende los siguientes derechos: posesión, de usufructo, de transformación, enajenación, defensa, exclusión, restitución e indemnización. La doctrina ha evolucionado el concepto de "propiedad", determinándose que modernamente existen las llamadas "propiedades especiales", y dentro de estas existen algunas "propiedades limitadas", lo anterior en relación con el concepto absoluto que tiene la norma citada del Código Civil. Puede observarse que nuestro Código Civil en el párrafo primero del artículo 265 establece esa propiedad limitada. Con aplicación analógica de lo anterior, podemos establecer que la "propiedad fiduciaria", establecida así por la doctrina, es un tipo de propiedad imperfecta..."<sup>15</sup>

En atención a la definición que externa Hayzus, este lo analiza como un vehículo para el cumplimiento de la voluntad del constituyente:

---

<sup>15</sup> Tribunal Segundo Civil del I Circuito Judicial de San José, Sección II, resolución número 00168 de las 9:40 horas del 6 de mayo de 1999.

El fideicomiso sirve de marco y sustento jurídico para la asignación de beneficios económicos derivados de la propiedad de ciertos bienes, conforme a la voluntad de su dueño y con efectos hacia el futuro. Es un modo de disposición de la propiedad que “ata” los bienes a un destino determinado, en interés de personas distintas de aquella que recibe la propiedad.<sup>16</sup>

El contrato fiduciario sirve para instrumentar donaciones en vida del instituyente y también para establecer disposiciones de última voluntad. El beneficio apunta a personas que aquél quiere favorecer por razones particulares, o a instituciones de beneficencia y entidades de bien público que aprovechan el beneficio para su objeto específico.

## 2.2. Concepto del Fideicomiso Testamentario.

El Fideicomiso testamentario *mortis causa* como lo indica el Código de Comercio, es aquel que se encuentra inmerso dentro de un testamento, y que tiene su origen jurídico, en la muerte del causante.

El fideicomiso puede constituirse sujetando sus efectos a la muerte del fideicomitente. En estos casos estamos frente a un fideicomiso testamentario; estos fideicomisos, por su propia naturaleza, deben constar siempre en el testamento del fideicomitente, pues a partir de su muerte comienzan a surtir efectos. Por lo que se refiere a su aspecto formal, es oportuno hacer notar que este tipo de fideicomisos debe sujetarse a las formas establecidas por el Derecho común para los testamentos<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup>Hayzus, Jorge Roberto. FIDEICOMISO. Finalidades en los ámbitos familiar y de negocios. Funciones del fiduciario. Patrimonios separados. Protección de los beneficiarios. Administración, 2ª. Ed. Ciudad de Buenos Aires, Argentina.: Editorial Astrea, 2004., p. 2.

<sup>17</sup>Villagordoa Lozano, José Manuel. *Doctrina General del Fideicomiso*. México DF, México. Editorial Porrúa S.A. Segunda Edición. 1982, p. 207.

El fideicomiso testamentario es una clasificación especial de fideicomiso que tiene como objetivo la planificación patrimonial del fideicomitente a causa de la realidad de la muerte futura; designando, claro está, a un fiduciario para la temporal custodia, administración y finalmente disposición del patrimonio afectado.

Este tipo de fideicomiso se clasifica como un contrato bilateral, consensuado, típico y nominado.

Hasta el momento para la constitución de un fideicomiso testamentario es requisito sine qua non que se presenten dos partes a la suscripción del contrato, no se solicita imperativamente que dicha presentación sea en el mismo acto; pero no existiría fideicomiso sin fideicomitente y tampoco sin fiduciario.

Esto implica que no se puede constituir un fideicomiso si no existe una persona constituyente que aporte los bienes fideicometidos y tampoco existirá un fideicomiso si no existe persona alguna que se encargue de la administración de esos bienes o derechos, en el entendido que reine un ambiente de confianza entre los contratantes.<sup>18</sup>

Se entiende como típico y nominado, en el tanto la legislación costarricense lo ha plasmado en el Código de Comercio y le ha dado un nombre específico al mismo en el artículo 635 del código citado.

El objetivo o finalidad de este tipo de fideicomiso es la disposición patrimonial del fiduciario hacia los beneficiarios o fideicomisarios de aquellos bienes y/o derechos que se afecten por la propiedad fiduciaria, en las formas y términos estipulados en el acto constitutivo.

---

<sup>18</sup> Rodríguez Chacón, Cynthia. *El Fideicomiso Testamentario: Su Realidad Práctica*. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1998, p. 152.

Existen algunos autores que se han dado la tarea de conceptualizar esta figura.

Dentro de los pocos, se encuentra Francisco Ferrer, quien lo define:

(...) existirá cuando una persona (constituyente, fiduciante o fideicomitente) disponga por testamento transmitir la propiedad fiduciaria de su herencia, de una cuota, de la misma, o de bienes determinados, a otra (adquirente mortis causa fiduciario), a quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien designe el testador (beneficiario), y a transmitir dicha propiedad al cumplimiento de un plazo o condición, a los herederos del testador: al mismo beneficiario o al fideicomisario.<sup>19</sup>

Por otra parte, el Autor Marco Antonio Vaca Vélez, lo define como:

El fideicomiso testamentario es aquel cuyas bases constitutivas son establecidas en un testamento para surtir efectos evidentemente después de la muerte de su autor y precisamente por causa de ella. (...) A través de él el testador puede crear, mediante el diseño de los fines del fideicomiso que plantee, un esquema de administración (para el caso en que se plantea un fideicomiso de administración) o de conservación o administración provisional y distribución o solamente distribución (para el caso del denominado fideicomiso traslativo de dominio) de su patrimonio para después de su muerte, exactamente a la medida de sus intereses o necesidades, ya por las propias características de sus bienes y obligaciones, ya por circunstancias exógenas a estas como la intención de beneficiar a determinadas personas respecto de las cuales guarda el testador ciertas reservas, quizá por cuestiones de edad, habilidad, conflictos personales o hasta de estado civil, por mencionar algunos ejemplos. Además, dicho testador puede confiar sobre bases razonables que tales fines serán realizados en primer término por una fiduciaria ajena a los intereses de fondo del negocio, de acreditada solvencia y de limitadas facultades para tales efectos, y en segundo término a favor de las personas que específicamente de beneficiar, simultánea o sucesivamente<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Ferrer, Francisco A.M. “*El Fideicomiso Testamentario y la Flexibilización del Derecho Sucesorio*”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2000, p. 89.

<sup>20</sup> Vaca Vélez, Marco Antonio. *EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO Y LA NATURALEZA DE SUS FIDEICOMISARIOS*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, p. 402.

De lo anterior es imperioso aclarar que aquellos fideicomisos realizados en vida del autor en el cual se establezcan parámetros y/o lineamientos para la disposición de bienes y/o derechos en caso de muerte del fideicomitente, no se encuentran englobados en el llamado fideicomiso testamentario, en tanto como ya se mencionó anteriormente, en varias definiciones el mismo debe estar constituido dentro del marco de un testamento.

### 2.3. Concepto de propiedad privada.

En una Costa Rica inmersa en una lógica iusnaturalista que denomina la propiedad privada como un derecho fundamental de la persona por el hecho de ser persona, claramente el cuerpo jurídico protege, desde la Constitución Política de nuestra nación, la libertad de ser propietario.

Como refiere Don Ricardo Zeledón Zeledón:

*"La base de calificación de la propiedad como un derecho sacro que entraña su inviolabilidad obedece a la puesta en práctica – en el plano jurídico- de los principios sobre los cuales cobró vida el movimiento de la revolución francesa. El razonamiento por el cual justificar este doble calificativo proviene de entrelazar una serie de hipótesis iusnaturalistas. El hombre se encuentra en el centro del sistema, su valor supremo es la libertad que en el plano económico se traduce en la posibilidad de ser propietario lo que obliga a declarar al derecho de propiedad como un derecho del hombre, pues le es consustancial, de ahí que el ordenamiento jurídico debe cumplir la misión de reconocerlo y tutelarlos, nunca someterle limitaciones, en cuanto constituye un derecho natural, es decir un derecho que es sagrado e inviolable."<sup>21</sup>*

---

<sup>21</sup>Zeledón Zeledón, Ricardo. "En busca de un nuevo concepto de propiedad" en " La Propiedad. Ensayos". San José, Editorial Juricentro, 1983, p. 43.

Quedando así plasmado en la Constitución en su artículo 45 que: *“La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado (...)”*.

Aún y cuando concepto del derecho de propiedad ha evolucionado mutando hacia una visión y principio de que da valor a su función social, como así lo explica el profesor Barnes Vásquez:

*“(...) la propiedad privada, como garantía de las libertades individuales y sociales, es plenamente conciliable con el interés general que exige del titular del derecho como –miembro de la sociedad- la utilización del bien en el sentido que más convenga a la entera colectividad, yendo así más allá de un simple goce no dañino o perjudicial, o por decirlo de otro modo, socialmente neutro, que se limitara a no ejercerlo de una forma antisocial. (...) Es competencia del derecho de propiedad privada no ya proteger exclusivamente en el sentido indicado al dominus, sino de modo singular pretender de éste que, con su actuación, permita el acceso y participación de los demás ciudadanos en la vida económica, en cuanto instrumento de un mayor bienestar social.*

*En definitiva, por virtud de la función social, la utilización del bien, su explotación económica, no constituye el objetivo final de la propiedad privada. El rendimiento económico que pueda derivarse del bien ha de contribuir -con una cuota de participación que determinará el legislador- al beneficio social, verdadero fin de la institución.”<sup>22</sup>*

El derecho a la propiedad privada como se consigna desde la Constitución Política es base fundamental del Estado de derecho y de la dinámica social y

---

<sup>22</sup> Barnes Vásquez, Javier. *“La Propiedad Constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario”*. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1988, pp.52-55.



económica, la libertad de ser propietario y de acumulación de la propiedad es fundamento del quehacer social y económico.

Una de las preocupaciones que ser humano siempre ha tenido es, sin duda, la del destino que tendrán sus bienes al momento de su fallecimiento. Hoy por hoy nadie discute que al fallecimiento de una persona sus bienes deben pasar a alguien y que no se los apropie el primero que los encuentre, aun tratándose de personas allegadas. Esto quiere decir que los derechos y obligaciones de las personas, salvo en el caso de los derechos personalísimos, no se extinguen con la desaparición de su titular, sino que así como pueden ser transferidos en vida a título particular, también a título universal o particular son transferidos a otros sujetos, cuando la persona fallece.

Así las cosas, nace la disyuntiva no menos trascendental del futuro de esa propiedad acumulada durante la vida al enfrentarla con la realidad ineludible de la muerte, es ahí donde se encuentra la significancia de lo que llamamos *planificación patrimonial*.

Son pues la sucesión y la planificación patrimonial, consecuencias directas de un fundamento de nuestro entretejido jurídico, social y económico como lo es la libertad de ser propietarios y la inviolabilidad de esa propiedad. Las dinámicas que rigen estas realidades no le son pues menos importantes y deben ser estudiadas y tuteladas ya que atañen a derechos fundamentales e inviolables del ser humano.

#### 2.4. Concepto de Patrimonio en Marcha.

Entendiendo la lógica del fideicomiso testamentario o el fideicomiso mortis causa (sea esta la disposición de patrimonio post muerte), existe una clara correlación de su contenido y utilidad con la lógica de lo que se puede conceptualizar como patrimonio en marcha.

En esta línea se entiende por *patrimonio en marcha* como aquel conjunto de bienes y derechos (patrimonio) que pertenecen a una persona (sea física o jurídica) con valor económico que se encuentran en constante variación y dinámica; entendiéndose dentro de un esquema lógico de constante crecimiento y reducción en función de un afán empresarial; inversiones, créditos, pagos, rentas, fusiones, por mencionar algunos ejemplos.

Podría decirse que, un patrimonio en marcha es aquel que, no se mantiene estático en el tiempo o con leves variaciones, este se encuentra en constante mutación en arreglo de las necesidades de aquel o aquellos que buscan por este dinamismo la construcción de un mayor peculio.

El patrimonio en marcha se encuentra estrechamente relacionado con el concepto de *capital de trabajo*, el cual establece que el inversor, o inversores iniciales, aportan bienes (muebles e inmuebles), efectivo, títulos valores, para que funjan como patrimonio inicial y sea puesto en movimiento, comenzando a producir, y este patrimonio a su vez irá creciendo de acuerdo con las resultas del capital puesto en producción.

Es por esto, que es posible decir que un patrimonio en marcha es aquella inversión en la que se aportan bienes u otros activos para conformar un patrimonio y ponerlo a producir. Un patrimonio en marcha puede traducirse en

todas las empresas comerciales con ánimo de lucro, ya que todas requieren de un capital para existir y funcionar, una vez puesta en funcionamiento toda esa estructura económica tendremos un patrimonio en producción, o sea un patrimonio en marcha.

Es trascendental analizar este tema bajo la óptica empresarial-familiar, ya que en variadas ocasiones el capital puesto en marcha pertenece a una sola familia, o a una sola persona cabeza de esa familia. Entonces siempre habrá dudas sobre el acervo familiar a distribuir, opiniones disidentes de qué hacer con el patrimonio, la preocupación de traspasar la empresa cuando el titular falte en relación con el mantenimiento del giro económico, dirección y esencia de la empresa. Son incontables las variables que pueden aparecer en un ambiente empresarial-familiar que pueden entorpecer o estropear el funcionamiento de la empresa, lo cual representa un perjuicio al patrimonio puesto en producción.

Es aquí donde cobra vital importancia la idea de la planificación patrimonial mortis causa y su relación con el fideicomiso en general, el fideicomiso testamentario y el fideicomiso de administración con efectos mortis causa.

El proceso de planificación patrimonial consiste en el diseño e instrumentación de estrategias de largo plazo con el objeto de proyectar los negocios teniendo en mira el uso, corrección y disposición del patrimonio para su mejor aprovechamiento y para protección del heredante, y de quienes de él dependen.

El fideicomiso permite a aquel que se dispone a planificar sobre su patrimonio y su manejo después de su muerte, diseñar a medida y según sus necesidades

particulares un esquema administrativo dirigido por quien él juzgue más capaz y enmarcado dentro de los parámetros que considere idóneos; permite una aplicación más celeridad de ese programa administrativo a la hora de presentarse la muerte, en tanto, existen *patrimonios en marcha* que su andar es tan rápido, ágil y celoso, que el detenerse para la discusión en ámbitos judiciales sobre temas sucesorios, detendría su marcha y pondría en peligro la integridad del mismo patrimonio que se discute.

Puede decirse pues, que el *patrimonio en marcha* existe en tanto *está en producción* y cumple con un ritmo que le permite su existencia, en el momento que la productividad se pausa, se detiene o no se cumple como se debiera, este patrimonio se pone en riesgo y por ende los intereses de los beneficiarios finales.

Es entonces el fideicomiso una herramienta suficientemente maleable, en el tema de la planificación patrimonial, que permite a este tipo de patrimonios cumplir los objetivos de los interesados, eliminando o disminuyendo cuanto es posible el riesgo antes manifestado, y permitiendo el campo de acción para dirigir como se pretenda mejor, aún después de la muerte.

## **Capítulo II. Elementos del Fideicomiso.**

Sirva el presente capítulo como presentación pormenorizada de los sujetos, forma, finalidad, objeto y solemnidades especiales del fideicomiso, dentro del marco normativo costarricense.

### **3. Sección I. Partes del Fideicomiso.**

La presente sección pretende hacer descripción de aquellas particularidades de las partes (sujetos) que intervienen en el contrato de fideicomiso.

#### **3.1. Fideicomitente.**

El fideicomitente, también llamado fiduciante, es quien afecta sus bienes a una finalidad determinada, transmitiendo su propiedad a un tercero, llamado fiduciario, para que los administre, o ejecute con ellos actos determinados por el fideicomitente al crear el fideicomiso; o en su testamento, si fuera creado para un momento posterior a su fallecimiento.

El fideicomitente: a quien podríamos llamar también constituyente y que en algunas legislaciones llaman además como fiduciante. Es la persona capaz de disponer de bienes o derechos para que con ellos se pueda cumplir con un fin lícito determinado en el acto constitutivo.<sup>23</sup>

El fideicomitente es libre de establecer la finalidad para la cual traslada determinados bienes o la universalidad de ellos a un fideicomiso. Puede establecer que sean utilizados por el fiduciario para cumplir ciertas

---

<sup>23</sup> Porras Zamora. Op. Cit., p. 14.

condiciones, las que una vez realizadas, podrían hacer regresar los bienes, para que éstos les sean otorgados a determinadas personas por un plazo que indicará o sujeto a una condición a cumplir.

El fideicomitente es una de las partes esenciales del contrato ya que, sin su voluntad, simplemente no existe el fideicomiso, por lo que resulta imprescindible que posea la capacidad jurídica de fideicometer bienes o derechos. Es el fideicomitente el que debe dar las instrucciones de qué se debe hacer con sus bienes, cómo debe actuar el fiduciario en determinadas condiciones y los plazos que se deberán establecer tanto para la administración de los bienes, como aquellos aplicables antes del traslado de los bienes fideicometidos a favor de los fideicomisarios.

De acuerdo con el artículo 659 del Código de Comercio el fideicomitente tiene la posibilidad de revocar el fideicomiso en cualquier momento, siempre que haya dejado constando la reserva de revocarlo en el fideicomiso.

### 3.2. Fiduciario.

El fiduciario es la persona, física o jurídica, que recibe los bienes o derechos, constituyéndose en titular, de los mismos, para realizar las finalidades que se persiguen con la constitución del fideicomiso.

Si bien la constitución de un fideicomiso no comporta la creación de una persona jurídica independiente, lo cierto es que al fiduciario es a quien le corresponde la administración y ejecución del fideicomiso, así como la prestación de servicios que se deriven de esa administración. Su actuación se encuentra celosamente resguardada, pues se trata de que la misma se traduzca en el buen manejo del capital fideicometido y, por ende, de garantizar la exitosa realización de los fines del fideicomiso.

Por ello, sus facultades se restringen, en principio, a la realización de los actos necesarios para la correcta ejecución del encargo recibido; para lo cual deberá desplegar todos los cuidados de un buen padre de familia o como también se conoce en materia comercial, los cuidados de un buen hombre de negocios<sup>24</sup>.

El Código de Comercio, en su artículo 637 señala que son dos los tipos de fiduciarios autorizados: las empresas (personas jurídicas) cuyos estatutos permitan la actuación de fiduciarios y las personas físicas.

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

Según la legislación costarricense, si el fiduciario es una sociedad mercantil, debe estar específicamente autorizado en sus estatutos para recibir en propiedad fiduciaria, o sea para la administración de fideicomisos y para la aceptación de bienes y/o derechos provenientes de un testamento, debido a que en el mismo se estipuló la creación de un fideicomiso.

El fideicomitente tiene la potestad de nombrar a más de un fiduciario, quienes podrán actuar conjunta o sucesivamente.

II. Por medio del contrato de fideicomiso una parte (fideicomitente), transmite a otra (fiduciario), bienes o derechos, para que éste los emplee en la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo. Se trata de la transmisión

---

<sup>24</sup> OJ-104-2004. Procuraduría General de la República, 25 de agosto del 2004.

de bienes que forman un patrimonio autónomo finalizado a una actividad lícita. Así lo delimita el artículo 633 del Código de Comercio. Con esta transmisión no se crea una persona jurídica independiente, ni tampoco una "figura con personalidad jurídica restringida". Simplemente el fiduciario se convierte en propietario de los bienes que están afectos a una actividad o finalidad lícita establecida y éstos pasan a ser de su propiedad en calidad de fiduciario. Quien debe realizar la gestión indicada es el fiduciario y, en principio, la responsabilidad por los actos efectuados por él debe hacerse valer sobre los bienes fideicometidos. Por ello es, que, en cuanto a sus obligaciones y atribuciones, el artículo 644 del Código de Comercio señala que es al fiduciario, el sujeto con capacidad jurídica, a quien corresponde realizar los actos necesarios para la obtención de los fines del fideicomiso. En todas las normas citadas por el apelante, contrario a la interpretación que éste pretende darles, es el sujeto con capacidad jurídica denominado fiduciario quien actúa o ejerce los actos respectivos, no en representación de un "ente", sino en su condición de fiduciario. Es cierto, entonces, que se crea un patrimonio autónomo, pero no lo es que se trata de un sujeto, pues quien conserva tal calidad es precisamente el fiduciario. Por ello, no se puede accionar contra un "ente" al cual el ordenamiento jurídico no le ha conferido capacidad jurídica o de actuar. Si en la gestión del patrimonio fideicometido, realizada por el fiduciario, se han generado obligaciones, es a él, en calidad de tal, a quien debe demandarse.<sup>25</sup>

Es importante recalcar que aquel fiduciario que no cumpla con las disposiciones contenidas en el contrato de fideicomiso, así como con las regulaciones del Código de Comercio, podrá ser removido de su función por el juez competente, a solicitud de fideicomitente o cualquier interesado, siguiendo los trámites establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria. Lo anterior debido a que, por la naturaleza de su cargo y la legislación vigente, en todos sus actos y en el desempeño de su gestión, deberá observar el

---

<sup>25</sup> Resolución N° 406 de las 11:15 horas del 13 de octubre del 2000, del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, de San José, Costa Rica.



cuidado de un “buen padre de familia” en los negocios, término comúnmente utilizado para indicar el grado de responsabilidad que debe mantener para la protección y debida administración del patrimonio que le ha sido encomendado.

*ARTÍCULO 648.- En toda operación que implique adquisición o sustitución de bienes o derechos, o inversiones de dinero o fondos líquidos, debe el fiduciario ajustarse estrictamente a las instrucciones del fideicomiso. Cuando las instrucciones no fueren suficientemente precisas, o cuando se hubiere dejado la determinación de las inversiones a la discreción del fiduciario, la inversión tendrá que ser hecha en valores de la más absoluta y notoria solidez. El fiduciario, en tales casos, no podrá invertir en valores con fines especulativos; le es prohibido, asimismo, adquirir valores en empresas en proceso de formación o bienes raíces para revender. Si hiciere préstamos en dinero, éstos habrán de hacerse exclusivamente con garantía hipotecaria de primer grado, y en ningún caso por suma mayor del sesenta por ciento del avalúo del inmueble, realizado por peritos idóneos.*

El cargo de fiduciario en la legislación costarricense es irrenunciable, una vez que se haya aceptado. Únicamente podrá considerarse su retiro si existe justa causa para ello, condición que deberá valorar el fideicomitente o el juez, en su caso.

El fiduciario tiene prohibido garantizar rendimientos de los bienes fideicometidos y responderá por cualquier pérdida que fuere ocasionada por su culpa o negligencia en la inversión o en el manejo y atención de dichos bienes.

Ante un eventual incumplimiento de las condiciones pactadas en el contrato inicial, el fideicomitente puede remover al fiduciario y solicitar la rendición de cuentas por aquellos actos que llevara a cabo durante su administración.

### 3.3. Fideicomisario.

El fideicomisario es la persona física o jurídica, en cuyo favor o interés se constituye un fideicomiso. Recibirá los beneficios de los bienes y/o derechos que resulten de la gestión fiduciaria.

A razón de la naturaleza con la que puede crearse un fideicomiso, las figuras de fideicomisario y el beneficiario suelen confundirse fácilmente.

El autor Hugo Lascala realiza una diferenciación de las figuras utilizando el siguiente planteamiento:

Cuando consistiere en entregar los beneficios de los bienes a una persona y los bienes o el producto de su venta a otra, el que recibe los primeros será denominado beneficiario, y el que recibe los últimos, fideicomisario.<sup>26</sup>

El autor costarricense Esquivel Favareto por su parte señala que cuando una misma persona reciba los beneficios de la administración, o los bienes fideicometidos, o el producto de su venta, la denominación será indistintamente la de beneficiario o fideicomisario.

---

<sup>26</sup> Lascala, Jorge Hugo. *Práctica del Fideicomiso*. 2ª reimpresión, Ciudad de Buenos Aires, Argentina.: Editorial Astrea, 2008, p. 87.

De acuerdo con el código de comercio cualquier persona, física o jurídica, puede ocupar el puesto de fideicomisario, no obstante, existen algunos detalles a resaltar respecto a los requisitos.

En primer lugar, si el fideicomisario o beneficiario es una persona jurídica, la duración del fideicomiso no podrá ser mayor a treinta años, con la salvedad de que sea estatal o una institución de beneficencia, científica, cultural o artística, constituida con fines no lucrativos. Y, en segundo lugar, la ley requiere que el fideicomisario o beneficiario designado esté al menos concebido a la hora de otorgar el contrato de fideicomiso. Todo lo anterior en concordancia con el artículo 661, incisos b) y c) del código de comercio.

Por otro lado, la Legislación costarricense no admite la coincidencia entre la figura del fiduciario y el fideicomisario, debido a que en este caso el fiduciario, siendo administrador del patrimonio encomendado, se convierte a su vez en beneficiario, del mismo, lo cual puede provocar un conflicto de interés entre su función de administrar y su posición de beneficiario. Reza así el articulado:

*ARTÍCULO 656.- El fiduciario no podrá ser fideicomisario. De llegar a coincidir tales calidades, el fiduciario no podrá recibir los beneficios del fideicomiso en tanto la coincidencia subsista.*

Es permitido que el fideicomitente sea el mismo fideicomisario y recibir los beneficios del contrato. Esto ocurre cuando el primero crea un fideicomiso en su propio interés para lograr algún beneficio de ello.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, indica en su Sentencia 384-2015, lo siguiente:

El propietario de los bienes y/o derechos, es el fideicomitente (fiduciante o instituyente), quien los recibe en propiedad fiduciaria o fideicometido, es el fiduciario o fideicometido. Estas son las partes que se requieren para su constitución, aunque dependiendo del tipo de Fideicomiso que se trate, puede haber más. En dicho concepto, se habla de la existencia de un beneficiario, -que puede ser el propio constituyente-, o un tercero (s), en cuya circunstancia se le denomina, fideicomisario (s) y puede no ser el destinatario (s) final de los bienes y/o derechos, sino solo de sus rentas.

Si el fiduciante es el fideicomisario o beneficiario, único o principal, deberá tener suficientes bienes aparte de los afectados a propiedad fiduciaria en caso de haber contraído obligaciones, de lo contrario podrá darse la presunción de fraude de acreedores.

*ARTÍCULO 658.- El fideicomiso constituido en fraude de acreedores podrá ser impugnado en los términos en que lo autoriza la legislación común. Se presume constituido en fraude de acreedores el fideicomiso en que el fideicomitente sea también fideicomisario único o principal, si hubiere varios. Contra esta presunción no se admitirán más pruebas que las de ser suficientes los beneficios del fideicomiso para satisfacer la obligación a favor del acreedor que lo impugne, o que el fideicomitente tenga otros bienes bastantes con qué pagar.*

Debido a la posición jurídica y las características que atañen a la figura del fideicomisario, este último puede adoptar diferentes roles dentro del contrato fiduciario, desde una posición sumamente pasiva, como lo sería el hecho de recibir únicamente los bienes (producto final) del fideicomiso; así como un

papel más protagónico, en fideicomisos de desarrollo o de garantía por citar algunos.

En cualesquiera de todos los tipos de fideicomiso, el fideicomisario podrá tener desde una labor absolutamente pasiva, como sería el caso del fideicomiso testamentario, en el cual no debe llevar a cabo ninguna actividad hasta que se cumpla la razón principal de ese contrato, que sería el fallecimiento del fideicomitente, hasta una labor muy activa, como sería el caso de un fideicomiso de desarrollo, en donde el fideicomisario podría ser el prestamista del dinero para desarrollar y, por ende, debe supervisar la forma en que se invierten sus aportes.<sup>27</sup>

En el caso de los fideicomisos para planificación patrimonial o hereditaria, el fideicomisario adquiere una relevancia trascendental ya que este es el destinatario final de todas las rentas, bienes y derechos, los cuales son dejados por el fideicomitente a modo de herencia, ya sea en un solo tracto o de forma planificada.

#### **4. Sección II. Tratamiento del Fideicomiso.**

Esta sección es dirigida a la exposición sobre la figura del fideicomiso en el ordenamiento jurídico costarricense; su naturaleza, forma, finalidad, objeto y particularidades.

##### **4.1. Marco legal del fideicomiso.**

La figura del fideicomiso en general se encuentra regulada en el código de comercio de Costa Rica, en los artículos que van del 633 al 662. Se destaca

---

<sup>27</sup> Esquivel Favareto. Op. Cit., p. 110.

que la base de la figura se encuentra en los artículos citados, sin embargo, se requieren ciertas aplicaciones de leyes paralelas para entender sus implicaciones dentro de los contratos modernos que utilizan esa figura. Entre ellos, cabe destacar regulaciones que se encuentran en la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, en relación con la administración de fideicomisos que hagan las entidades financieras; la Ley Reguladora del Mercado de Valores utilizada por los puestos de bolsa; la Ley de impuesto sobre la Renta y su Reglamento con referencia a la parte impositiva del fideicomiso; en el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, en cuanto a las obligaciones que genera la figura; en la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional en relación con los bancos y las operaciones de comisiones de confianza; en Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos en cuanto a la propiedad fiduciaria de un inmueble así como en otras de menor importancia. Y por último la Ley 8204 en referencia a la inscripción de fiduciarios ante la SUGEF.

Se ha puesto en práctica como se ve a continuación, por medio de diversas regulaciones de orden público, las cuales contemplan entre sus disposiciones aspectos en relación a la creación de fideicomisos, algunos de ellos como: Ley de Modernización del Sistema Financiero de la República, 4 Noviembre de 1988, Ley de Administración Financiera y Recursos Públicos del 2001, Ley de Contratación Administrativa, Programa de Fideicomiso Agrario; Reglamento de Fideicomiso Agrario para los Bancos Estatales, Ley de Concesión de Obra Pública, Reglamento del CONASSIF sobre Oferta Pública de Valores para el Desarrollo de Obras Públicas, Reglamento de Oferta Pública de Valores Provenientes de procesos de Titularización de CONASSIF, Reglamento de

SUGEF sobre Gestión del Riesgo de Titularización y Fideicomisos, Reglamento del Fondo de Garantía de la Bolsa Nacional de Valores, entre otros varios<sup>28</sup>.

Aunado a esto debemos tener presentes los lineamientos y directrices emitidas por el Registro Nacional de la propiedad para la debida inscripción de fideicomisos. Lo anterior debido a que, si bien no es necesario aportar el contrato de fideicomiso, el Registro Nacional por medio de sus guías de calificación registral solicita el cumplimiento de determinados requisitos para cambiar el estado de los bienes que sean afectados por la propiedad fiduciaria.

#### 4.2. Naturaleza jurídica del fideicomiso.

Existen diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso. Algunos lo han asimilado al 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 fideicometido sí tiene un titular: el fiduciario. También se ha visto la naturaleza jurídica del fideicomiso como un desdoblamiento de la propiedad. Sin embargo, se ha objetado esta concepción el ser propia de la distinción del Derecho Anglosajón entre *Commonlaw* y *Equity*, extraña a los sistemas jurídicos fundados en el Derecho Romano.

---

<sup>28</sup> Revista Jurídica IUS Doctrina, N° 12, 2015. ISSN 1659-3707

Para gran parte de la doctrina, el fideicomiso es una especie de los negocios jurídicos fiduciarios, o sea, los negocios jurídicos en que la confianza que inspira uno de los contratantes es el elemento decisivo para la concertación del negocio<sup>29</sup>.

Debido a la naturaleza de la propiedad fiduciaria del fideicomiso, no es correcto clasificar a la propiedad fiduciaria como unívoca para todos los diferentes tipos de fideicomisos que existen, ya que cada uno de estos posee sus propias características, diferentes contenidos y alcances, así como variaciones en los fines y las modalidades de propiedad fiduciaria.

El fideicomiso constituye una especie del género del negocio jurídico, presentando a su vez subespecies con distintos contenidos y alcances, no solo en cuanto a sus fines, sino en cuanto a las modalidades de propiedad fiduciaria. Tal variabilidad de contenidos permite reconocer una pluralidad de propiedades fiduciarias<sup>30</sup>.

Nuestra jurisprudencia patria con alguna timidez e interpretaciones un poco ambiguas aborda el tema de las propiedades especiales del fideicomiso, reconociendo su existencia de acuerdo al tipo de fideicomiso que se constituya y la forma en cómo se disponga ejecutarlo, la ambigüedad yace en la calificación de “imperfecta” o de “propiedad limitada” que le otorga la citada jurisprudencia a la propiedad fiduciaria, ya que como veremos las limitaciones a la propiedad fiduciaria no son absolutas, pueden ser eliminadas. Por lo que al clasificar de “limitada” la propiedad sobre la cual tiene dominio el

---

<sup>29</sup> Thompson Chacón, Alan. *El Fideicomiso*. REVISTA IVSTITA. San José, Costa Rica. Número 31, año 3, 1989, p. 8.

<sup>30</sup> Yglesias Mora, Roberto. “*MARCO TEÓRICO DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA*”, Revista Jurídica IUS Doctrina N°12, 2015, p.3.



fiduciario en calidad de un auténtico titular (en función del fideicomiso) se le estaría mermando los derechos de *posesión, de usufructo, de transformación, enajenación, defensa, exclusión, restitución e indemnización*, adquiridos sobre los bienes afectos al patrimonio autónomo.

El contrato de fideicomiso es un contrato mercantil, mediante el cual el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos para administrarlos, quedando obligado el fiduciario a la administración de esos bienes y derechos de conformidad con fines lícitos y predeterminados según el acto constitutivo del contrato de fideicomiso que hayan realizado el fideicomitente y el fiduciario, lo anterior es doctrina del artículo 633 del Código de Comercio que a la letra dice: "...Por medio del fideicomiso el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos: el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo...", no hay duda entonces que cuando la norma antes transcrita dispone que el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos, debe interpretarse que esa transmisión es de la titularidad de bienes y derechos. Nuestro Código Civil en el artículo 264 del Código Civil establece el "dominio" o "propiedad absoluta" sobre una cosa, la cual comprende los siguientes derechos: posesión, de usufructo, de transformación, enajenación, defensa, exclusión, restitución e indemnización. La doctrina ha evolucionado el concepto de "propiedad", determinándose que modernamente existen las llamadas "propiedades especiales", y dentro de estas existen algunas "propiedades limitadas", lo anterior en relación con el concepto absoluto que tiene la norma citada del Código Civil. Puede observarse que nuestro Código Civil en el párrafo primero del artículo 265 establece esa propiedad limitada. Con aplicación analógica de lo anterior, podemos establecer que la "propiedad fiduciaria", establecida así por la doctrina, es un tipo de propiedad imperfecta..."<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Tribunal Segundo Civil del I Circuito Judicial de San José, Sección II, resolución número 00168 de las 9:40 horas del 6 de mayo de 1999.

Según Yglesias, desde este marco jurídico-legal, el fiduciario ostentará un poder jurídico sobre el patrimonio fiduciario, correlativo al de un titular real y caracterizado por un determinado poder sobre o con relación al patrimonio fideicometido, cuyos alcances han sido previamente delimitados en el convenio de Fideicomiso<sup>32</sup>.

Con base en este poder previamente delimitado se adquieren derechos reales como el de persecución y el “*iusopponendi*” frente a terceros, siempre y cuando se hayan cumplido los requisitos mínimos legales de publicidad y eficacia erga omnes. Sumado a esto los poderes de inmediatez y de inherencia que el fiduciario ejerce sobre los bienes y/o derechos fideicometidos afirman los derechos reales típicos de un titular pleno. Así las cosas, el fiduciario adquiere la propiedad con todos los derechos que un titular real tiene, únicamente limitado a la letra del contrato de fideicomiso.

#### 4.3. Constitución.

El artículo 635 del Código de Comercio establece únicamente que el fideicomiso se creará por escrito, en vida; o por medio de testamento. Consideramos que además de establecer la “vía”, podría decirse, de constituir un fideicomiso hace referencia a un requisito mínimo, esto sería que el contrato sea escrito. Entonces entendemos que para el acto de constitución de un fideicomiso además del requisito mencionado y la voluntad del fideicomitente, el contrato tiene la virtud de crearse de cualquier forma. Por ejemplo, dejando su creación al albacea testamentario, en cuyo caso ni

---

<sup>32</sup> Yglesias Mora. Op. Cit., p. 4.

siquiera es el fideicomitente el que constituye el contrato, solo se requiere su voluntad y que el albacea testamentario constituya el fideicomiso por escrito una vez abierto el testamento que así lo indique.

Tal y como se ha mencionado, la constitución de un fideicomiso depende en un primer plano de la mera voluntad del fideicomitente, ya que sin esta no existe un deseo de disposición de los bienes y/o derechos para que se constituya un patrimonio autónomo. Sin bienes que conformen un patrimonio para los fines del fideicomiso la ejecución, del mismo deviene en imposible.

Además de ser necesaria la voluntad del constituyente, el fideicomiso debe apegarse a la legislación y lineamientos vigentes respecto a este. El artículo 635 establece que cualquier fideicomiso debe constituirse por escrito, ya sea este mediante acto entre vivos o por medio de testamento. Gracias a esta norma y a la naturaleza jurídica de la figura, existe la posibilidad de crear contratos fiduciarios de diversas formas e inclusive determinar a partir de cuál momento comenzará los efectos. Debido a ello, existen múltiples maneras de constituir y ejecutar un contrato de fideicomiso.

Algunas formas de constituir el fideicomiso:

- a) Qué el fideicomitente constituya un fideicomiso de administración.
- b) Qué el fideicomitente constituya un fideicomiso de administración que continúe sus efectos aún después de su muerte (cláusula mortis causa).
- c) Qué el fideicomitente otorgue testamento en donde se constituya el fideicomiso.
- d) Qué el fideicomitente otorgue testamento indicando que se debe de constituir un fideicomiso.

e) Qué se otorgue un fideicomiso testamentario respaldado por un contrato de fideicomiso celebrado en vida por el testador.

Es importante recalcar que para la constitución del fideicomiso debe de operar la transmisión de bienes respectivos conforme al acto jurídico que las origina (contractual o testamentario).

En la creación de un fideicomiso la aceptación del cargo de fiduciario es imprescindible para el comienzo y realización del fideicomiso, ya que éste tendrá verdaderos efectos cuando se de la transmisión real de los bienes y/o derechos al fiduciario para que este los administre o ejecute instrucciones. De acuerdo con el artículo 646 del Código de Comercio una vez aceptado el cargo es irrenunciable salvo que medie justa causa.

Para completar la constitución del contrato fiduciario aquellos bienes susceptibles de inscripción deberán ser registrados en la sección de bienes respectiva para cada uno, cumpliendo con los puntos requeridos en las guías de calificación registral así como directrices y lineamientos emitidos por el Registro Nacional de la propiedad para inscribir bienes en propiedad fiduciaria. Todo lo anterior en cumplimiento del numeral 636 del Código de Comercio.

#### 4.4. Patrimonio Autónomo.

El fideicomiso tiene como efecto la creación de un patrimonio separado de aquel propio del fiduciario y del fideicomitente. Un fiduciario puede tener bajo su administración tantos patrimonios autónomos como fideicomisos

tenga bajo su tutela. Contablemente ingresa en una cuenta de orden aparte y se registra, llevando su propia contabilidad separada, lo que permite al fiduciario rendir cuentas de la gestión llevada a cabo.

Se ha afirmado que en virtud de dicho negocio jurídico se produce una transferencia de la titularidad de un patrimonio en favor del fiduciario, pero este está limitado en el ejercicio de dicha titularidad en razón del contrato de fideicomiso; de ahí que a esta restricción al ejercicio de la propiedad en pleno se le llame propiedad fiduciaria, la cual es “imperfecta” o se ve disminuida en las acciones sobre la propiedad; pero que ante terceros ostenta la titularidad plena de los bienes fideicometidos<sup>33</sup>.

El patrimonio fideicometido es, por lo tanto, un patrimonio especial con su propio activo y pasivo, el cual adquiere el fiduciario en carácter de titular, dueño de los bienes, únicamente limitado por los lineamientos del contrato. Por lo cual el fideicomiso carece de personalidad jurídica. El patrimonio es distinto y separado de los bienes del fiduciante, del fiduciario y del fideicomisario.

Los bienes exclusivos del fideicomiso son afectados por la propiedad fiduciaria, la cual además de darles autonomía los destina a un fin determinado, que es el fin querido por el constituyente. Por ello es un patrimonio de afectación.

Se trata entonces de la afectación de un patrimonio a un determinado fin: una unidad completa y autosuficiente en sí misma. De modo tal que el patrimonio en cuestión no podría ser perseguido por deudas que contraiga el fideicomitente, el

---

<sup>33</sup> Rodríguez Chacón. Op. Cit., p. 155.

fiduciario o el fideicomisario -o viceversa-, excepto si el fideicomiso se ha constituido en fraude de los acreedores, según los términos que al efecto dispone el artículo 658 del Código de Comercio.<sup>34</sup>

El patrimonio autónomo que constituye el fideicomiso es la característica esencial de este tipo de contrato, de la cual se deriva una amplia gama de ventajas.

Mantenerlo como patrimonio separado del fiduciario evita que un posible acreedor de éste pueda atacar el bien que se mantiene en fideicomiso, al tenerlo en un estado especial de excepción que no permite a sus acreedores personales tratar de hacerse con dichos bienes. Lo mismo aplica para acreedores del fiduciante o de los fideicomisarios, con sus salvedades.

La conformación de un patrimonio autónomo o de afectación constituye uno de los elementos más sobresalientes de la figura del fideicomiso, pues permite que los recursos puestos en fideicomiso no se confundan contable ni jurídicamente con los del propio fiduciario, ni aún con otros recursos fideicometidos que éste pudiera tener bajo su administración.<sup>35</sup>

Sin embargo, no se debe olvidar que los bienes sí responden por obligaciones contraídas por el fiduciario en el ejercicio del fideicomiso, hasta el límite de los bienes fideicometidos.

El bien o derecho una vez fideicometido sale de la esfera patrimonial del fideicomitente y, por ende, de su patrimonio personal. Este efecto que causa la

---

<sup>34</sup> Dictamen C-398-200318 de diciembre del 2003.

<sup>35</sup> Porras Zamora. Op. Cit., p. 27.

salida del bien o derecho es esencial para el cumplimiento de los fines del fideicomiso, al existir como consecuencia jurídica una “protección” al no poder ser atacado por futuros acreedores del fideicomitente ya que esa masa que se compone de derechos, bienes, activos y pasivos ya no le pertenece.

La excepción a la regla anterior la constituye el hecho de crear un fideicomiso en fraude de acreedores. También existe la presunción de fraude cuando el fideicomitente es, a su vez, el principal o único fideicomisario de los bienes y derechos fideicometidos, mas no deja de ser una presunción únicamente, hasta tanto no sea cuestionada y demostrada su ilegalidad, o bien, el fraude en sí.

Este principio de autonomía patrimonial significa, además, que los bienes o derechos fideicometidos son los únicos recursos que pueden y deben ser utilizados para la consecución de los fines del fideicomiso. De modo tal que el patrimonio en cuestión no podría ser perseguido por deudas que contraiga el fideicomitente, el fiduciario (personalmente) o el fideicomisario - o viceversa -, excepto si el fideicomiso se ha constituido en fraude de acreedores tal y como lo dispone el artículo 658 del Código de Comercio.<sup>36</sup>

El fideicomisario lo que tiene es una expectativa de derecho de lo que eventualmente le puede pertenecer, mas no un derecho consolidado, es por esto que, tampoco él puede disfrutar ni disponer de los bienes que aun se encuentran afectos a la propiedad fiduciaria.

---

<sup>36</sup> OJ-104-2004. Procuraduría General de la República, 25 de agosto del 2004.

#### 4.5. Confianza.

El vocablo *fides* (fiducia) significa fe, confianza. Desde sus orígenes la característica principal de la fiducia ha sido la confianza, misma que va en una doble vía; confianza del titular de ciertos bienes y derechos que los transmite a otro, quien los recibe para realizar con ellos el encargo que se le ha encomendado. Es por esta razón por la que se afirma que los negocios fiduciarios son *intuitu personae*, es decir, “en consideración de la persona”, basados en el conocimiento de quien delega y quien los administra<sup>37</sup>.

Etimológicamente *fideicomiso* proviene de dos palabras: *fides*: confianza, fe (que comprende además los términos de seguridad, honradez y lealtad, todos ellos involucrados en su configuración), y *comittio*: comisión, o encargo.

Debe recordarse que en el Derecho Romano la fiducia, constituía un contrato formal basado en la confianza por el cual una persona, fiduciante, transmitía a otra, fiduciario, la propiedad de una cosa *mancipable*; quedando este último obligado a restituir la cosa en un determinado plazo o circunstancia al beneficiario designado por el fiduciante.

Es la relación fiduciaria que se establece respecto de ciertos bienes y en virtud de la cual, quien tiene la propiedad de ellos, obliga por deberes de lealtad y confianza a utilizarla en beneficio del comitente u otra persona. Es pues, el encargo efectuado a alguien de nuestra confianza, para que tenga una cosa

---

<sup>37</sup> Porras Zamora. Op. Cit., p. 14.



propia, y la destine o afecte a un fin determinado, y sobre aquella confianza basamos su ejecución y cumplimiento cabal.<sup>38</sup>

Debe quedar claro entonces que el fideicomitente, deposita toda su confianza en una persona o entidad fiduciaria, para que realice labores sumamente específicas con el objetivo de que se cumpla un fin predeterminado en el contrato de fideicomiso, para lo cual se destinará un patrimonio que puede representar la totalidad o parte de los esfuerzos de una persona a lo largo de su vida. Es por esto, que el fideicomitente quiere asegurarse que el fin del fideicomiso se cumpla y lo encarga a alguien en quien confíe plenamente, porque el primero quiere que se haga su voluntad. Esto se agrava aún más en el caso de fideicomisos con efectos mortis causa, debido a que el fideicomitente ya no estará presente para cerciorarse del cumplimiento cabal del contrato fiduciario, cobrando una importancia aún mayor *la confianza*.

#### 4.6. Finalidad.

Todo fideicomiso es creado para cumplir con un fin, el cual puede ser de cualquier índole conforme al tipo de contrato fiduciario que se cree y sus características particulares. Hay que tener en consideración las regulaciones existentes respecto al fin para el cual puede ser creado un fideicomiso.

Lo que señala el artículo 633 del Código de Comercio es que los fines deben ser lícitos y además deberán estar predeterminados en el acto constitutivo.

Son ilegales los fines secretos del contrato de fideicomiso, se encuentran expresamente prohibidos en el artículo 661, el fin no puede ser oculto, debe

---

<sup>38</sup> Gonzales Beatriz, Maury. *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ad Hoc. S. R. L. Segunda Edición. Febrero de 2000, p. 34.

ser conocido por las partes contratantes y aquellas a las que afectará. De igual forma se prohíben los fideicomisos con una duración mayor a 30 años cuando el fideicomisario sea una persona jurídica con ánimo de lucro.

La finalidad del fideicomiso debe ser especificada cuidadosamente, ya que, en algunos casos, el cumplimiento del fin para el cual fue creado el fideicomiso implica su propia terminación. Toda la organización del fideicomiso debe avanzar siempre en aras de cumplir el fin establecido, sobre todo el fiduciario, quien es el administrador y por ende principal responsable; esto debido a que si el fin deviene en imposible por cualquier circunstancia el fideicomiso fenecerá.

#### 4.7. Objeto del fideicomiso.

El objeto del fideicomiso lo constituyen todos aquellos bienes y derechos (comercializables) que sean afectados por la propiedad fiduciaria y que sean destinados a la consecución de los fines previstos en la constitución del contrato.

##### 4.7.1. Identificación de los bienes.

El fideicomiso, o sus bienes, no representan un fin en sí mismo, sin embargo, los bienes representan el acervo esencial con el que debe operar el fideicomiso, de lo contrario éste queda sin contenido.

El artículo 634 del Código de Comercio, señala que el objeto del fideicomiso puede estar conformado por cualquier clase de bien y/o derecho que esté dentro el comercio de las personas.

Los bienes y derechos son susceptibles de ser traspasados individualmente o de forma conjunta, es decir, la totalidad del patrimonio en el caso de los fideicomisos no testamentarios.

No obstante, lo anterior, es realmente importante describir con el menor detalle los bienes que serán fideicometidos, a efecto de que no se presente ninguna confusión al llevarse a cabo la finalidad para la cual fue creado el fideicomiso.

Aunque no exista restricción respecto a la forma de transferir los bienes y derechos a un patrimonio autónomo, el individualizar los bienes puede agilizar los trámites del fideicomiso y traer algunas ventajas. Por ejemplo, la descripción completa de los bienes que tengan que ser inscritos en el Registro de la propiedad es imprescindible.

Se facilita la ejecución de la finalidad para la cual se crea el contrato y tanto fideicomisario como beneficiario tendrán la certeza de que el bien fideicometido es aquel que les está siendo transmitido.

#### 4.7.2. Transmisión de los bienes.

Los bienes que conforman el patrimonio autónomo de un fideicomiso pueden ser los mismos, o el mismo, durante todo el plazo de vigencia del contrato; de igual forma los bienes pueden ir cambiando, sustituyéndose unos por otros, inclusive quedando un solo bien o ninguno si ese es el propósito del fideicomiso.

Un fideicomiso no está limitado a vivir como unidad legal en relación con los bienes o derechos que se le incorporen. Puede el fideicomitente establecer las reglas mediante las cuales unos bienes podrán salir antes que otros de esa universalidad de bienes fideicometidos y entregados en administración al fiduciario<sup>39</sup>.

(...) De esta forma, pueden darse las condiciones mediante las cuales bienes que le fueron entregados vayan saliendo conforme se cumplan las condiciones que regulan el fideicomiso, por ejemplo, que uno de los fideicomisarios cumpla la edad establecida para recibir los bienes que forman parte del acervo fideicometido<sup>40</sup>.

Dentro de la gran gama de fideicomisos, se hallan los de administración de todo tipo de bienes, los cuales permiten ir incorporando a la lista otros que, por su propia naturaleza, nacen o se generan como consecuencia de la administración del bien o bienes principales que le fueron entregados al fiduciario.

(...) De esta forma, se permite la inclusión y crecimiento de los bienes fideicometidos y, por ello, es importante que el fideicomitente gire las instrucciones precisas de qué debe hacer el fiduciario con estos bienes que vienen incorporándose durante la vida del fideicomiso<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Esquivel Favareto. Op. Cit., p. 63.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> Ibid., p. 61

De igual forma, es importante contemplar que, en determinados fideicomisos, se puede entregar un único bien, el cual, durante la administración y ejecución de aquellos, se convertirá en varios bienes de los cuales el fiduciario deberá disponer durante la vigencia. Podemos citar de ejemplo el desarrollo inmobiliario, en donde se comienza con solo el terreno de una finca a la cual se le inyecta capital y se pone en administración del fiduciario a quien se le encomienda entregar el proyecto urbanizado, dividido en filiales y hasta construido; únicamente para vender, recuperar lo invertido y distribuir dividendos.

Así como resulta posible la incorporación de nuevos bienes al fideicomiso, es posible sustituir o enajenar aquellos que se hayan fideicometido desde el principio, así como los que se vayan incluyendo con el transcurso del tiempo.

Actualmente en Costa Rica, de acuerdo al artículo 662 del Código de Comercio, reformado por el artículo 8° de la ley N° 9069 del 10 de setiembre del 2012, "Ley de Fortalecimiento de la Gestión Tributaria" y el criterio externado por la Procuraduría General de la República en su dictamen C-285-2017, todos los bienes registrables, muebles e inmuebles, al ser traspasados en propiedad fiduciaria y posteriormente a un tercero, deberán cancelar los timbres respectivos por concepto de impuesto de traspaso y timbres de registro.

**Artículo 662.-** Cuando sea necesario inscribir en el Registro Público los bienes inmuebles fideicometidos, a favor de un fiduciario debidamente inscrito ante la Superintendencia General de Entidades Financieras (Sugef) y, en su calidad de tal, con un fideicomisario constituido como sociedad o empresa dedicada a prestar servicios financieros, la cual debe estar debidamente inscrita ante la Sugef, dichos inmuebles estarán exentos del

impuesto sobre traspasos de bienes inmuebles y de todo pago por concepto de derechos de registro y demás impuestos que se pagan por tal inscripción, mientras los bienes permanezcan en el fideicomiso y constituyan una garantía, por una operación financiera o crediticia. Cuando el fiduciario traspase los bienes fideicometidos a un tercero diferente del fideicomitente original, se deberá cancelar la totalidad de los cargos por concepto de derechos de registro y demás impuestos que correspondan por esa segunda inscripción, incluido el impuesto sobre traspasos de bienes inmuebles. No podrá el fideicomitente formar parte conjunta o separada del fideicomisario ni el fideicomisario podrá formar parte conjunta o separada del fideicomitente. Los bienes muebles e inmuebles fideicometidos a favor de un fiduciario, que permanezcan en un fideicomiso, debidamente inscrito en el Registro Público y constituido al amparo de la legislación que se reforma, cuando el fiduciario los traspase a un tercero diferente del fideicomitente original deberá cancelar la totalidad de los cargos por concepto de derechos de registro y demás impuestos que correspondan por esa segunda inscripción, incluido el impuesto sobre traspasos de bienes inmuebles y el impuesto sobre la transferencia de vehículos automotores, aeronaves y embarcaciones, cuando corresponda.

El Registro Nacional de la propiedad, por su parte, ya aplicaba de igual forma este criterio desde que emitió la *CIRCULAR RIM-020-2012*, en la cual se unifican criterios estableciendo que todo traspaso de bienes a favor de fideicomisos distintos al de garantía deben cancelar los timbres de impuesto de traspaso, Registro y Abogado.

Con el fin de unificar criterios y de aplicar correctamente lo dispuesto en la citada Ley se les instruye para que:

**PRIMERO:** Para los traspasos en fideicomiso de bienes inmuebles, cuya fecha de otorgamiento sea a partir del viernes 28 de setiembre del 2012, únicamente se encuentran exentos del pago de derechos y timbres e impuesto de traspaso (con excepción del timbre de abogado, por tratarse de una contribución especial), los fideicomisos de garantía de una operación financiera o crediticia en los cuales tanto el fiduciario

como el fideicomisario se encuentren inscritos ante la Superintendencia General de Entidades Financieras, tal y como establece el artículo 662 del Código de Comercio. Debe el notario dar fe de la existencia de la mencionada inscripción. Los demás traspasos en propiedad fiduciaria deben cancelar la totalidad de los tributos. SEGUNDO: Se les recuerda que la Directriz RIM-DIR-001-2010 de fecha 07 de Abril del 2010, y Directriz RIM-DIR-002-2010 de fecha 31 de mayo del 2010 continúan vigentes, con excepción del punto 3 de la directriz 001-2010; por cuanto con la reforma introducida al artículo 662 del Código de Comercio, únicamente se establecen los presupuestos fácticos para que un traspaso en propiedad fiduciaria se encuentre exento, quedando incólumes las demás consideraciones en cuanto a los elementos constitutivos del fideicomiso y los elementos a considerar en el procedimiento de calificación registral.

Entonces es notable que debido a situaciones tributarias que solo reflejan el apremiante estado financiero del país costarricense desde esa época (2012), ya que se evidencia el desfaldo de las finanzas públicas al tener como principal incidente el excesivo gasto público y la falta de contención de la evasión y elusión fiscal. Esto ocasiona recurrir a maniobras legislativas para poder captar recursos de dónde sea sin proyectar el impacto económico ni la incidencia comercial, así como ocurre con la modificación del artículo 662 del Código de Comercio, cuyo texto final solo cabe interpretar la carga impositiva al utilizar la figura del fideicomiso. Aunado a esto se refuerza este criterio tributario recaudador mediante la circular *RIM-020-2012* por parte del Registro Nacional en aplicación a la ley modificada y por el dictamen C-285-2017 de la Procuraduría.

Siendo, así las cosas, el Estado, al querer sobrecargar fiscalmente esta figura la encarece y por más dones que tenga una herramienta jurídica si tiene costos muy elevados la población migra hacia opciones más asequibles. Entonces

una figura tan funcional como el fideicomiso cae en desuso y se inutiliza al ser inviables económicamente todos los fideicomisos distintos al de garantía por los altos costos fiscales, timbres de Registro y demás.

#### 4.8. Extinción.

Todo contrato fiduciario tiene un inicio y un final, independientemente de que se cumpla la finalidad para la cual fue creado el fideicomiso. El fideicomiso es creado con un propósito el cual cumplir, el lapso de vida del contrato fiduciario es determinado por el tiempo que se dure realizando dicho propósito, sin perjuicio de las pautas que establece la ley. Las causas de extinción del fideicomiso yacen en el mismo contrato fiduciario o en su defecto en la legislación costarricense.

Conforme a lo establecido en el artículo 659 del Código de Comercio, el fideicomiso se extinguirá:

*a) Por la realización del fin que éste fue constituido, o por hacerse éste, 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. El Administrador Fiduciario bajo la supervisión de la División Jurídica, elaborará un contrato de finiquito del fideicomiso en administración, el cual será firmado por ambas partes (fideicomitente, fideicomisario y fiduciario), de conformidad con lo establecido en las Políticas de la administración fiduciaria, Disposiciones administrativas del fiduciario y Disposiciones administrativas de cumplimiento para los fideicomisos.*

Si bien es cierto que la duración del contrato fiduciario puede ser determinada por el fideicomitente esta no podrá ser mayor a 30 años cuando el sujeto fideicomisario sea una persona jurídica con fines lucrativos, por lo cual el tiempo que dure ejecutándose el fideicomiso debe ser contemplado para su correcta consecución.

## **5. Sección III. Principales tipos de fideicomiso.**

En la presente sección se exhibe de forma ordenada, la categorización doctrinaria que se da del fideicomiso por su uso práctico.

### **5.1. Fideicomiso de administración.**

El fideicomiso de administración es aquel en que se transmiten bienes o derechos al fiduciario con la finalidad de que lo administre y destine los

productos o rendimientos que tal administración produzca a los fines previstos en el contrato.

Los fideicomisos de administración son aquellos donde los fideicomitentes traspasan bienes y/o derechos de su propiedad a los fiduciarios, con el propósito de que éstos últimos los administren de una forma eficiente y segura que permita obtener el máximo rendimiento económico posible. Generalmente, en el mismo contrato de constitución de fideicomiso se establecen las instrucciones específicas al fiduciario de la administración o inversión de los bienes fideicometidos<sup>42</sup>.

Rodolfo Batiza expresa lo siguiente:

Por ‘fideicomiso de administración’ se conoce aquel en que el fideicomitente entrega bienes inmuebles al fiduciario que se encarga de la celebración de contratos de arrendamiento, del cobro de rentas, de la promoción de juicios de desahucio o lanzamiento, del pago de los diversos impuestos que gravan la propiedad raíz, etcétera, todo ello en interés del beneficiario.<sup>43</sup>

Por su parte, Manuel Villagordoa Lozano señala que los fideicomisos de administración son aquellos en virtud de los cuales se transmiten al fiduciario determinados bienes o derechos, para que el fiduciario proceda a efectuar las operaciones de guarda, conservación o cobro de productos de los bienes fideicometidos que le encomiende el fideicomitente, entregando los productos o beneficios al fideicomisario<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Gonzales Beatriz. Op. Cit., p. 27.

<sup>43</sup> Batiza Rodolfo. *El fideicomiso, teoría y práctica*. 2a. ed., México, Asociación de Banqueros de México, 1973, p. 118.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 194.

Es aquel tipo de fideicomiso cuyo propósito es la administración y el manejo de bienes en general, los cuales son trasladados en administración al fiduciario para la consecución de determinados fines.

Las actividades fundamentales que en el fideicomiso de administración realiza el fiduciario se refieren a la guarda y conservación de los bienes que integran el patrimonio fideicometido, el cobro de los productos o rendimientos que generen y su transmisión al fideicomisario o a algún tercero, en su caso. Además, es posible que dentro de los actos de administración que deba realizar el fiduciario se encuentren la inversión de los bienes fideicometidos mediante la adquisición de bienes de diversa naturaleza, en cuyo caso es frecuente que sea el acto constitutivo del fideicomiso en donde se señalen los bienes que podrá adquirir el fiduciario.<sup>45</sup>

Así las cosas, el fideicomiso de administración es “la modalidad base” de las figuras de fideicomisos, los cuales pueden convertirse en otro tipo, dependiendo de la finalidad más específica para la cual se ponen en fideicomiso los bienes.

## 5.2. Fideicomiso con fines hereditarios.

El fideicomiso de planeación patrimonial es un contrato mediante el cual una persona (fideicomitente) en vida, con el propósito de planificar el destino que tendrá su patrimonio en el futuro, lo transmite a un fiduciario para que lo

---

<sup>45</sup> Villagordoa Lozano. Op. Cit., p. 195.

administre y entregue a las personas a quien quiera beneficiar cuando fallezca. El propósito fundamental de este mecanismo es facilitar el proceso de transmisión de sus bienes, permitiendo de esta forma asegurar al individuo mismo, a su familia o a las personas que de él dependan, la cobertura de sus necesidades, cuando ocurran determinados sucesos como la muerte, la incapacidad o una larga ausencia.<sup>46</sup>

Al fideicomiso con fines hereditarios también se le denomina fideicomiso de planificación hereditaria, debido a que lo que se pretende es planificar un orden en que sucederán las cosas, desde la incorporación de los bienes, su administración, pago de impuestos y futura repartición entre los fideicomisarios<sup>47</sup>.

El fideicomiso de planeación patrimonial, por tanto, resulta ser una figura interesantísima porque permite conformar un “patrimonio de afectación especial” bajo la administración de una entidad de confianza (el fiduciario) con conocimientos profesionales sobre la administración de fideicomisos y activos, para que cumpla con la voluntad de la persona que ha constituido el fideicomiso.

Actualmente el ordenamiento jurídico nacional únicamente contempla el fideicomiso testamentario como fideicomiso tipificado utilizado exclusivamente para estos fines (planificación patrimonial).

---

<sup>46</sup> Porras Zamora, Jorge. *El fideicomiso de planeación patrimonial*. OpiniónLaRepublicaNet. Obtenido de: [https://www.larepublica.net/noticia/fideicomiso\\_de\\_planeacion\\_patrimonial](https://www.larepublica.net/noticia/fideicomiso_de_planeacion_patrimonial). (Consultado 17 septiembre 2019).

<sup>47</sup> Esquivel Favareto. Op. Cit., p. 114.

El fideicomiso suele emplearse porque permite un mayor control sobre el destino de los bienes integrantes del caudal hereditario. Así, el causante puede designar como herederos a personas que inicialmente no podrían serlo, gracias al sucesor intermedio. Además, puede determinar los fines a los que puede aplicarse el patrimonio legado.

### 5.3. Fideicomiso de garantía.

El fin jurídico de toda garantía es acercar la probabilidad de cobro a la certeza, razón por la cual su función o finalidad jurídica es facilitar el recaudo de un producto suficiente para cubrir lo que reclama el acreedor.<sup>48</sup> En este sentido podemos señalar que el Fideicomiso de Garantía ofrece seguridad y agilidad frente a otras opciones de garantía tradicional como la hipoteca, la fianza, la prenda, el pagaré y el aval.

Jorge Porras Zamora lo define como:

Aquel negocio en virtud del cual una persona transfiere, generalmente de manera irrevocable, la propiedad de uno o varios bienes o títulos, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo o a cargo de terceros. Además, se designa como beneficiario al acreedor de éstas, quien puede solicitar a la entidad fiduciaria, la realización o venta de bienes fideicometidos, para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto en ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Porras Zamora. Op. Cit., p. 85.

<sup>49</sup> Ibid., p. 86.

La Sala Primera en su Voto 384-2015 define este fideicomiso de la siguiente manera:

(...) es aquel donde el fideicomitente –deudor- transmite al fiduciario bienes con el propósito de garantizar al fideicomisario –acreedor- el pago de una obligación y su prioridad cuando se trate de cobrarla. En el convenio por lo general se estipula entre otras cosas que, cuando el deudor no paga, entonces el fiduciario deberá sacar a remate el bien, según se estipuló en el instrumento de constitución del fideicomiso, para que con su producto se honre lo adeudado. Para el caso cuando el obligado cumpla a cabalidad con su obligación el bien retornará a su patrimonio, o, si en el documento constitutivo se fijó otro destino, entonces seguirá el establecido de antemano.

Se logra apreciar que el fideicomiso de garantía es empleado para facilitar la obtención de créditos en los cuales se deja algún bien o bienes designados para responder como garantía en caso de no pagar el fideicomitente. Pero si esta forma de operar es muy similar a las prendas, hipotecas y demás medios jurídicos de garantía, ¿por qué se emplea el fideicomiso de garantía?

Es posible afirmar que el fideicomiso de garantía posee varias ventajas sobre los mecanismos jurídicos convencionales de garantía. Entre ellas su agilidad debido a que se permite estipular la ejecución del procedimiento previsto para remates no judiciales en caso del impago del fideicomitente deudor, lo que le da celeridad a la recuperación de dineros al ejecutarse la garantía rápidamente sin atascos judiciales.

Cabe mencionar que estos contratos admiten la modificación del clausulado que lo rige, por lo que las partes contratantes pueden ponerse de acuerdo en casi todos los aspectos, contrario sería el caso de remates en sede judicial en el sentido de que es al usuario al que se le impone las reglas por seguir y estos

procesos judiciales pueden no ser los más amenos, sea para el fideicomitente o peor aun para el acreedor que quiere recuperar su crédito pronto.

#### 5.4. Fideicomiso de seguros.

El fideicomiso de seguros consiste en el nombramiento del fiduciario como beneficiario de una póliza de vida, con cuyos fondos deberá actuar como administrador, en beneficio del fideicomisario.

Este tipo de fideicomiso tiene la particularidad de que su nacimiento se divide en dos partes. Una primera parte es la disposición voluntaria del fideicomitente de crear el fideicomiso con el producto que genere la póliza de vida adquirida por éste; consecuentemente se dará la segunda parte y nacerá para efectos de su administración y ejecución, posterior a la muerte del fideicomitente, que será cuando el fiduciario reciba los fondos con los cuales podrá llevar a cabo su administración en beneficio de los fideicomisarios.<sup>50</sup>

El fideicomiso en estudio funciona de la siguiente manera: El fideicomitente suscribe un seguro de vida o accidente y designa como fiduciario a una entidad bancaria, indicándole en el contrato que cuando se pague la póliza o una vez que éste fallezca, cobre la misma y administre el dinero del seguro en beneficio de los fideicomisarios que éste le haya indicado.

Este tipo de fideicomisos se engloba dentro de los denominados mortis causa, o sea sus efectos jurídicos inician con el fallecimiento del fideicomitente. Se analiza que la idea principal es dejar un patrimonio para que el fiduciario lo

---

<sup>50</sup> Esquivel Favareto. Op. Cit., p. 75.

administre en favor de un beneficiario y así asegurarle una economía sostenible por un tiempo determinado.

El contrato de seguros al tener esta naturaleza es utilizado como medio de planificación patrimonial para la sucesión, con la única diferencia de que en el primero (contrato de seguros) por lo general el objeto del fideicomiso será una suma de dinero líquida por concepto de pago de la póliza de seguro, en el tanto el segundo (fideicomiso) puede tener por objeto cualquier clase de bienes y derechos.

#### 5.5. Fideicomiso de inversión.

El fideicomiso de inversión es una modalidad más del de administración, su diferencia respecto al anterior radica en el sentido que se entregan al fiduciario instrumentos financieros con el propósito de que gestione dicho fideicomiso, para la consecución de determinados fines y la obtención de rendimientos pactados, que puedan venir a incrementar el patrimonio fideicometido.

Es aquel negocio fiduciario en el cual se establece como finalidad principal, hacer posible la participación del inversionista individual en los beneficios que se obtienen de realizar inversiones a gran escala, a través de una administración profesional de carteras.

Los fiduciarios a cargo de la administración de estas carteras son gestores que, a cambio de una remuneración, ejercen sobre los recursos recibidos una administración especializada, con miras a la seguridad, rentabilidad, y liquidez



de las inversiones y a la distribución oportuna, entre los beneficiarios de los rendimientos generados por su inversión respectiva.<sup>51</sup>

También en el fideicomiso de inversión, el fiduciario recibe certificados de depósito a plazo o incluso efectivo, para que, de acuerdo con sus mejores conocimientos, los invierta y saque mayor provecho de rentabilidad para el fideicomiso mismo.

---

<sup>51</sup> Porras Zamora. Op. Cit., p. 72.

## **TITULO II. Herramientas jurídicas como medio de planificación patrimonial y sucesoria.**

### **Capítulo I. El Fideicomiso.**

En este apartado se establece la diferenciación entre las modalidades de fideicomiso (en su forma base) y el fideicomiso testamentario para dilucidar la naturaleza y el tipo de funcionamiento entre las figuras dichas y su aptitud para la planificación y sucesión patrimonial.

#### **6. Sección I. Fideicomiso Testamentario.**

En cuanto al fideicomiso se conocen los medios por los que el mismo se constituye, mas es necesario hacer diferenciación en el hecho de que, como lo indica el Código de Comercio, los fideicomisos testamentarios tienen su génesis en el testamento. No obstante, de igual forma puede realizarse un contrato fiduciario de administración en el cual se convenga que los efectos se extiendan incluso después de la muerte del fideicomitente; o en el que contenga una cláusula que deja pendiente la eficacia del mismo, supeditada esta, a la muerte del causante; lo cual constituye la diferencia entre fideicomiso testamentario y fideicomiso de administración con cláusula mortis causa, de ahí su nombre de “Contrato de Fideicomiso con Cláusula de Eficacia Mortis Causa”, contrario sensu a como se le ha denominado genéricamente: Fideicomiso con Cláusula Testamentaria.

Es menester recalcar la diferencia entre una figura y otra debido a que, por omisiones técnicas y conceptuales, se denomina indiscriminadamente “fideicomiso testamentario” al fideicomiso de administración con cláusula de

eficacia mortis causa y no propiamente al fideicomiso creado mediante testamento. Aunque parezca un mero tecnicismo legal, lo cierto es que los alcances y efectos varían dependiendo de cuál tipo de fideicomiso sea y la forma en que se constituya; lo cual debe dilucidarse aquí con el objetivo de contrastar ventajas y desventajas de una modalidad a otra a la hora de crearse, ejecutarse y surtir efectos sobre las partes para determinar su idoneidad en el ordenamiento jurídico.

#### 6.1. Fideicomiso contractual con cláusula mortis causa.

La presente modalidad de fideicomiso nace cuando el fideicomitente, en vida, decide crear un contrato de fideicomiso en el cual se transmitirá determinados bienes al fiduciario para que éste los administre de acuerdo con las reglas del contrato, la traslación de la titularidad de bienes y derechos hacia los fideicomisarios verá sus efectos interrumpidos por una cláusula suspensiva cuyo fin será el fallecimiento, ausencia o incapacidad del constituyente.

Por otra parte, existe la posibilidad también, de que se produzca un fideicomiso de administración en vida, que extienda sus efectos incluso después de la muerte del fideicomitente por la manda de una cláusula mortis causa. En este tipo de fideicomisos existen numerosas posibilidades sobre el destino de los bienes, pero en general, al acaecer la muerte del constituyente los bienes pueden transferirse del fiduciario a los beneficiarios, si así lo establece el contrato, o de igual forma es posible inclusive dejar la repartición de los bienes objeto del fideicomiso para un momento posterior, al ser

cumplida una condición determinada y/o haberse cumplido el fin del fideicomiso, por lo que el fiduciario se mantendrá administrando los bienes y entregándole los réditos (si los hubiere) a los beneficiarios, hasta que se cumpla con alguna de las condiciones pactadas inicialmente para la transmisión de bienes.

El autor Esquivel Favareto establece la siguiente idea sobre este tipo de fideicomiso:

Por un lado, aquel creado como un contrato entre vivos, en el cual una parte, llamada fideicomitente, transfiere a un tercero administrador, denominado fiduciario, bienes o derechos para su administración, mientras que se mantenga el contrato inicial y cuya culminación como contrato dependerá de las condiciones o regulaciones con las que fuera creado. No obstante, predomina la idea de que el fideicomiso *inter vivos* busca que los bienes o derechos transferidos le sean entregados a un fideicomisario o beneficiario al cumplirse el primer requisito, que sería el fallecimiento del fideicomitente, o bien, luego de ocurrido el acontecimiento principal, cuando se cumplan los otros requisitos establecidos, entre los que podría estar la edad de los beneficiarios, para recibir los bienes o beneficios.<sup>52</sup>

Aún diferenciando estas dos figuras, es pertinente afirmar que existe un motivo trascendental en común entre ambas, y es la planificación patrimonial, misma que constituye el eje central de este estudio.

El fideicomiso contractual con fines hereditarios busca la planificación elemental de la forma en que se dispondrá de los bienes, su administración y el momento en que debe ser traspasado el patrimonio fideicometido a aquellos que el fideicomitente nombre como fideicomisarios herederos.

---

<sup>52</sup> Esquivel Favareto. Op. Cit., p. 37.

Esta modalidad posee la ventaja de que permitirá al constituyente, acordar con quien será fiduciario, los términos y condiciones que regirán el contrato, dentro de esto se engloba incluso; la retribución por sus labores de quien se constituirá como fiduciario, lo que elimina las complicaciones que se presentan con la muerte del fiduciante, como la aceptación del fiduciario y otras modificaciones que sean necesarias de hacer sin previsión sobre la marcha.

El contrato de fideicomiso con fines hereditarios se pacta entre el fideicomitente y el fiduciario previamente, para establecer la lista de bienes que le serán entregados al segundo por parte del primero, así como la lista de responsabilidades que adquiere con ellos, específicamente, la forma en que deberán administrarse los bienes antes de que éstos sean entregados a los fideicomisarios beneficiarios al fallecer el fideicomitente.<sup>53</sup>

Permite el fideicomiso hereditario (inter vivos) al fideicomitente la transmisión total o la nuda propiedad de los bienes que así tenga a bien, conservando el usufructo vitalicio si así lo quisiera, dando tangibilidad jurídica a los bienes y/o derechos, a los beneficiarios, hasta el momento de su muerte.

En esta modalidad de fideicomiso, estará el constituyente o fideicomitente siempre en determinados bienes en cualquier momento. Podrá, además, el constituyente, si así lo quisiera, estipular la posibilidad de suprimir e incorporar fiduciarios a su gusto, igual suerte corre lo correspondiente a los

---

<sup>53</sup> Carregal, Mario A. *Planificación Patrimonial y Sucesoria*. 1ª ed. Buenos Aires, Argentina.: Heliasta, 2012., p. 54.

beneficiarios<sup>54</sup>. Como detalle importante a mencionar, será posible para el fideicomitente, heredar a personas no existentes o que presume su existencia en el futuro mas no se encuentran concebidas, entiéndase quien hereda a su nieto futuro o a su hijo aun no nacido o concebido. No obstante, el fideicomisario debe estar concebido al momento del fallecimiento del constituyente.

Podría decirse que, ante esta forma de fideicomiso, el fiduciario sustituye las funciones que tendría en otro caso el *albacea testamentario*, lo que obviamente, aporta mayor seguridad al fideicomitente del respeto riguroso de su voluntad, ya que el primero debe regirse por instrucciones claras contenidas en el fideicomiso, además es designado previamente por el fideicomitente por un voto de confianza.

Sumado a algunos aspectos positivos mencionados, se pueden citar algunas ventajas de la modalidad contractual sobre el fideicomiso testamentario:

- a) Permite al constituyente acordar directamente con el fiduciario los términos del contrato, incluso lo respectivo a la retribución por el desempeño del cargo, sin los riesgos de aceptación o de modificación posteriores al fallecimiento o incapacidad, propios del fideicomiso constituido por testamento.
- b) El fideicomiso constituido por medio de un testamento cubre solamente el evento de la muerte, no así la incapacidad sobreviviente o ausencia del fiduciante.

---

<sup>54</sup> Esquivel Favareto. Op. Cit., p. 41.

- c) El fideicomitente tiene la libertad de nombrar o dejar de lado fideicomisarios; si se tratara de un testamento, no necesariamente tendría esa posibilidad.
- d) El fideicomitente puede, en vida, transferir la propiedad fiduciaria de determinados bienes o la nuda propiedad de éstos manteniendo un usufructo vitalicio, con lo cual se asegura la tangibilidad jurídica del patrimonio transferido hasta el momento en que corresponda asignarlo a los beneficiarios.
- e) Puede reservarse el derecho de eliminar o modificar determinadas cláusulas contractuales, sin necesidad de aprobación o intervención de los beneficiarios.
- f) La actuación del fiduciario sustituye en la práctica las funciones que tendría un albacea testamentario, aportando mayor seguridad al constituyente en el sentido de que será rigurosamente respetada su voluntad.

## 6.2. Fideicomiso Testamentario.

El Fideicomiso testamentario como lo indica el código de comercio, es aquel que se encuentra inmerso dentro de un testamento, y que tiene su origen jurídico, en la muerte del causante.

Existen algunos autores que se han dado la tarea de conceptualizar esta figura.

Dentro de los pocos, se encuentra Francisco Ferrer, quien lo define:

(...) existirá cuando una persona (constituyente, fiduciante o fideicomitente) disponga por testamento transmitir la propiedad fiduciaria de su herencia, de una cuota, de la misma, o de bienes determinados, a otra (adquirente mortis causa fiduciario), a quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien designe el testador (beneficiario), y a transmitir dicha propiedad al cumplimiento de un plazo o condición, a los herederos del testador: al mismo beneficiario o al fideicomisario.<sup>55</sup>

Así las cosas, el fideicomitente puede otorgar un testamento en el que su voluntad indique que determinados bienes, o todos en general, que le pertenezcan al fallecer deben ser traspasados a un fideicomiso. En esta manifestación de su última voluntad, el fideicomitente indicará el nombre del fiduciario o la forma en que éste, sea uno o varios, deberán ser nombrados, así como las condiciones que deberán cumplir para ejecutar su voluntad testamentaria en el futuro fideicomiso.

En general, la opción del fideicomiso testamentario es recomendable para quienes tienen inversiones como acciones, participación en empresas y depósitos en efectivo, que hacen que el monto de los activos fluctúe y sus herederos no estén en aptitud de asumir la responsabilidad administrativa y de dirección necesaria para conservar y/o aumentar el patrimonio invertido.

En este caso, con la muerte del causante y la observancia del testamento, habrá una porción o totalidad de los bienes que serán afectados por la propiedad fiduciaria, lo que no significa de ninguna forma que, al fiduciario en este caso se le da la condición de heredero o legatario. Claro está que, el fiduciario no adquiere para sí los bienes y/o derechos, los adquiere dentro del

---

<sup>55</sup> Ferrer, Francisco A.M. Op. Cit., p. 89.



marco de los términos y condiciones demarcados por el fideicomiso, y lo hace de forma transitoria. Así las cosas, entendiendo lo anterior, se colige que el fiduciario será sucesor del causante en correlación con su muerte, los bienes y/o derechos fideicometidos pasaran del fideicomitente al fiduciario sin existir ningún intermediario.

El fideicomiso cuyo nacimiento es posterior al fallecimiento del fideicomitente es considerado como la expresión de la voluntad, en cuanto a qué hacer con la universalidad de bienes o con algunos de ellos, para que sean administrados por un tercero, siguiendo las disposiciones que al efecto manifieste el testador en su testamento.

También existe la posibilidad dentro de esta modalidad que se expresen, dentro de un testamento, los lineamientos que el causante desea para la creación de un fideicomiso, nombrando un fiduciario, diferente o no, al albacea o encargándole a quien es nombrado como tal, la designación de un fiduciario.

Al nacer el fideicomiso *mortis causa*, el testamento deberá contener las condiciones bajo las cuales aquel nacerá a la vida jurídica por voluntad del testador, o si el fideicomiso se constituye contractualmente estando vivo el testador, este contrato deberá considerar las expresiones de voluntad del fideicomitente, a efecto de que se respeten sus legados o la administración de los bienes que someta al fiduciario.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Carregal, Mario A. *Op. Cit.*, p. 30.

Existe en el fideicomiso *mortis causa*, la condición de que el fiduciario acepte su cargo para que el fideicomiso nazca a la vida jurídica; en caso de que el mismo no acepte la posición y no haya designado el fideicomitente otros posibles fiduciarios, como lo permite el artículo 638 del código de comercio, será entonces, el juez civil quien designará el nuevo fiduciario. Podrá también el fideicomitente desde un inicio hacer solicitud expresa en el testamento al juez civil, para que sea él quien designe el fiduciario, y a falta de manifestación sobre este tema, será siempre dicha autoridad la encargada de realizar la designación del fiduciario.

Ante esta condición necesaria de que el fiduciario debe de aceptar su puesto y obligaciones para el nacimiento del fideicomiso, se presenta la problemática de que el fiduciario al tener la posibilidad de no aceptar el cargo se pueden dar dos posibles escenarios. Primero: que el fideicomiso sea imposible de constituirse ya que la persona o entidad llamada a ser fiduciario que posea las características y requisitos necesarios para el fin establecido en el contrato, y sobre todo la confianza del fiduciante depositada en quien, eventualmente desempeñaría ese cargo, no lo acepte y sea imposible su sustitución, en cuyo caso no se concretaría el fideicomiso.

Segundo: Qué el responsable de nombrar al fiduciario sea el juez civil de la jurisdicción cuando el primero se niegue a aceptar el cargo, o cuando no sea nombrado del todo ningún fiduciario. Con lo anterior puede ser que el nombramiento del juez no sea el más acertado de acuerdo con las necesidades del fideicomiso, ya que él no conoce el fideicomiso en particular, ni las necesidades específicas de cada heredero, que serán en este caso los beneficiarios.

Por lo expuesto anteriormente es que no se recomienda dejar a la libre el nombramiento del fiduciario, si no que se acuerde previamente dentro del testamento o en documento contractual adjunto quién se desempeñará como fiduciario.

Otra solución es el hecho de que se le instruya al albacea testamentario en sus labores constituir un fideicomiso con los bienes del fideicomitente y nombrar un fiduciario idóneo para la ejecución del fideicomiso o que el mismo albacea sea el llamado consecutivamente a tomar el puesto de fiduciario.

En todo caso es relevante recordar que estos obstáculos no se presentan en el fideicomiso de administración con cláusula *mortis causa*, ya que el fideicomitente acuerda de previo las cláusulas de disposición a seguir por parte del fiduciario, de esta forma se garantiza mayor seguridad en el cumplimiento cabal de su voluntad y el destino que debe sufrir su patrimonio.

En otro orden de ideas, resulta necesario hacer referencia a aspectos puntuales del procedimiento en cuanto al fideicomiso testamentario concierne, y es que, como se cita al inicio, el fideicomiso testamentario tiene su génesis en el testamento, lo cual obliga inexorablemente a abrir el respectivo proceso sucesorio del *de cuius*, ya sea en vía notarial o judicial según las circunstancias que prescriba la norma.

¿Cuál es el dilema que presenta la constitución mediante testamento?

El asunto a destacar es que en esta modalidad de fideicomiso (“puramente testamentario”) es necesario a todas luces abrir -la mortal- del fallecido, ya que es el juez civil quien debe constatar la validez del testamento si este es cerrado o no auténtico, de los documentos que activen el fideicomiso y de que

no se estén vulnerando los derechos de menores de edad o incapaces. En razón de esto encontramos que si bien no hay que tramitar todo un engorroso proceso sucesorio hasta el final, sí hay que al menos iniciarlo y lograr la activación del fideicomiso una vez abierto el testamento y posteriormente, si fuera posible, solicitar la separación del proceso para trasladarlo a sede notarial, lo cual procede si las partes están de acuerdo y no existen menores de edad ni incapaces.

En el fideicomiso constituido vía testamento no es necesario que comparezca el fiduciario ni beneficiarios, únicamente el fideicomitente, no obstante, es importante señalar que es preferible la designación de un fiduciario que de previo esté anuente a la aceptación del cargo, o que el fiduciario sea una entidad financiera la cual se contrate. Lo anterior con la intención de evitar atrasos e incertidumbres al no haberse nombrado fiduciario hasta la apertura y activación del fideicomiso y que en ese momento el fiduciario designado no acepte el cargo, ya no sea más idóneo o se encuentre fallecido; en cuyos casos corresponderá al Juez Civil la designación final de un fiduciario, situación que puede distorsionar gravemente la última voluntad del fideicomitente.

Es evidente entonces que todo fideicomiso testamentario no solo posee una capacidad de resultar potencialmente idóneo para lograr los objetivos buscados, sino que también refleja la voluntad del testador respecto del destino que habrá de dárseles a los bienes relictos, con lo que configura un claro supuesto de planificación patrimonial.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> Carregal, Mario A. Op. Cit., p. 24.

No obstante, lo anterior, se debe aclarar que el fideicomiso testamentario no es siempre infalible en cuanto a trabas y problemas, debido a que como se recalcó, al ser necesario iniciarlo mediante la apertura de un proceso sucesorio esto potencialmente puede presentar todos los inconvenientes que son inherentes a este tipo de procesos judiciales en el ordenamiento costarricense. Además, resaltar que muchos de los inconvenientes que se citan se encuentran supeditados a la claridad y el cuidado con que se redacte el contrato fiduciario que rijan una actividad.

## **7. Sección II. Facultades y obligaciones de las partes del fideicomiso.**

En esta sección se lleva a cabo un análisis pormenorizado de las obligaciones y facultades que acarrea cada una de las partes que tienen participación en el contrato de fideicomiso con la intención de lograr un entendimiento integral del alcance y funcionamiento del instituto jurídico bajo estudio.

### **7.1. Derechos y obligaciones del fideicomitente.**

En relación estricta con lo que se ha expuesto sobre las características y funciones de las partes del fideicomiso y aunado al marco legal que rige la figura del mismo, se esboza a continuación los principales derechos y atribuciones de quienes suscriben el contrato en aras de generar una mayor comprensión del funcionamiento de los sujetos individualmente para así lograr un entendimiento integral al ver la figura del fideicomiso en acción.

Así las cosas, se encuentra en primer término al fideicomitente, en el cual yace el comienzo de todo contrato de fiduciario mediante su voluntad. Este, por ser uno de los principales interesados, la ley y su interpretación le han dotado de los siguientes derechos y atribuciones.

Revocar el fideicomiso: Por su parte, tanto la revocación del testamento como del fideicomiso es el acto por el cual el fideicomitente/testador deja sin efecto una o todas las cláusulas del testamento o fideicomiso por él creado, pudiendo hacerlo en forma expresa- mediante una manifestación escrita- o tácita- disponiendo en vida de un bien que había dejado en su testamento.

Para ser revocados el testamento y el fideicomiso, el testador/fideicomitente debe hacerlo por escrito, mediante el otorgamiento de otro testamento/fideicomiso, o bien, por una manifestación escrita en que deje sin efecto la totalidad del testamento otorgado y cualquier otro detalle que resulte importante para su identificación. La revocatoria del fideicomiso se puede cumplir al darlo por terminado a partir de la manifestación de voluntad, acto en el cual los bienes fideicometidos regresan a formar parte de su patrimonio personal<sup>58</sup>.

Se ha reiterado que el artículo 659 del Código de Comercio establece la posibilidad de extinguir el fideicomiso unilateralmente por parte del fideicomitente mediante la revocación del contrato de fideicomiso, este es un derecho del fideicomitente siempre y cuando haya hecho reserva expresa del mismo previamente y si el tipo de fideicomiso lo permite. Ya que algunos fideicomisos no son revocables mientras subsista obligación, ejemplo el de garantía.

---

<sup>58</sup> Esquivel Favareto. Op. Cit., p 59.

Rendición de cuentas: Es importante destacar que el fiduciario debe rendir cuentas tanto al fideicomitente como a los fideicomisarios nombrados, dependiendo del tipo de fideicomiso, pero siempre existe la obligación de realizar un reporte con la información pertinente, mínimo una vez al año.

Así las cosas, el fideicomitente tiene derecho a exigir cuentas al fiduciario al menos una vez al año, salvo que se pacte un plazo diferente.

Los interesados en solicitar información sobre la administración del fideicomiso cuentan con un plazo máximo de cuatro años para hacerlo, así externado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia<sup>59</sup>.

Nombrar albacea: El fideicomitente posee el derecho de designar al albacea de su confianza, tanto uno principal como sustituto. Esto para efectos testamentarios.

Cuando el fideicomiso es constituido vía testamento el albacea debe cumplir la función de transmitir los bienes al fiduciario o de realizar cualquier otra indicación que se encuentre plasmada como voluntad del constituyente para que el fideicomiso comience a operar.

Es relevante recalcar, que el albacea testamentario podrá ser nombrado fiduciario también, cumpliendo de forma independiente los lineamientos de cada figura y del marco jurídico que las regula.

Nombrar fiduciarios: El fideicomitente tiene la potestad de designar uno o más fiduciarios que se encarguen de la administración del patrimonio

---

<sup>59</sup> Voto N° 87 del 11 de agosto de 1995. Sala I de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. San José, 1995.

fideicometido, ya sea de forma conjunta o sucesivamente, así como el orden y las instrucciones a seguir para la sustitución.

El tema de contar con fiduciarios sustitutos es casi imprescindible, debido a que si no existiera al momento otro fiduciario que continuara el cargo ni el desarrollo del fideicomiso este último deviene en imposible de ejecutar y se extinguiría así la operación fiduciaria.

Siempre es una medida sana el contar con más de un fiduciario, máxime en el caso de que éste sea persona física. No contemplar la sustitución sería correr el riesgo de que al fallecer, la administración del patrimonio deba terminar en forma forzosa y, como tal, perder beneficios que se hayan adquirido o liquidar inversiones que se encontraban a nombre del fideicomiso que dejaría de existir<sup>60</sup>.

En relación con el plazo de designación, los fideicomisos no pueden constituirse por un periodo mayor a treinta años cuando se designa como fideicomisario a una persona jurídica, salvo si ésta fuere estatal o una institución de beneficencia, científica, cultural o artística, constituida con fines no lucrativos. No obstante, no se establece restricción en cuanto al periodo que puede estar operando un fiduciario. Así lo establece el artículo 661 del Código de Comercio.

Nombrar beneficiarios: En el fideicomiso es posible nombrar a cuantos fideicomisarios o beneficiarios desee el fiduciario, la única limitante es que deben de estar concebidos al momento de la muerte del fideicomitente. De igual forma, el constituyente puede nombrar fideicomisario a cualquier sujeto

---

<sup>60</sup> Gonzales Beatriz. Op. Cit., p. 55.



de acuerdo a su voluntad, tiene la libertad de nombrar o dejar de lado fideicomisarios mientras se encuentre en vida.

Recordemos que, al disponer de sus bienes por la vía del fideicomiso, el fideicomitente tiene plena libertad de decidir qué hacer con ellos y traspasarlos a su entera voluntad o dejar establecidas las condiciones mediante las cuales los fideicomisarios recibirán el bien o los beneficios que éste pueda producir.<sup>61</sup>

La libertad de nombrar beneficiarios al arbitrio del fideicomitente únicamente subsiste en el fideicomiso contractual con cláusula mortis causa, ya que en el fideicomiso testamentario se deben respetar aspectos como los bienes gananciales en caso de existir cónyuge y la obligación de garantizar alimentos a los hijos menores, padres y el mismo cónyuge mientras lo necesiten.

## 7.2. Derechos y obligaciones del fiduciario.

El fiduciario, sea persona física o jurídica, es quien lleva la mayor carga y responsabilidad dentro de la figura del fideicomiso. Debido a que, si bien las funciones del fiduciario pueden variar en cada contrato por separado, su principal función es administrar, y hacerlo correctamente. Líneas atrás mencionamos que no es posible plasmar y acordar con el fiduciario todas las situaciones previsibles que se puedan dar a lo largo del desarrollo del contrato fiduciario y la forma en el que él deba actuar, pero es por esta razón que el Código de Comercio establece como principal norma genérica, el hecho de que el fiduciario debe cuidar y administrar el patrimonio fideicometido como

---

<sup>61</sup> Hayzus. Op. Cit., p. 41.

un buen hombre de negocios. Partiendo de este principio es que deben derivar todas las funciones que desempeñe el fiduciario.

Los lineamientos estipulados para el fiduciario cambiarán de acuerdo con la naturaleza y redacción de cada contrato, siendo que no se puede establecer a priori una lista taxativa de todas las funciones que debe realizar el fiduciario veremos las principales.

Aceptar o rechazar el cargo: Hay que recordar que es facultad del fiduciario aceptar o rechazar el cargo para el cual fue designado en el fideicomiso, pero una vez aceptado el cargo, de acuerdo con nuestra legislación, el puesto de fiduciario será irrenunciable, salvo justa causa que el fideicomitente o el juez valorarán.

En el caso que se aborda, los inconvenientes respecto a la aceptación del cargo comienzan cuando el fideicomitente decide constituir el fideicomiso vía testamentaria y la aceptación o no del fiduciario debe darse a la hora de abrir el testamento, o sea posterior a la muerte del constituyente. Esto debido a que como hemos reiterado, al existir la posibilidad de que el fiduciario rechace el cargo o no exista para aceptarlo, el fideicomiso puede verse comprometido si no existen fiduciarios sustitutos o si el fiduciario escogido inicialmente poseía cualidades y experticia única para desarrollar el fideicomiso que le iba a ser encargado.

En el siguiente fragmento explica el autor Esquivel Favareto sobre estas situaciones:

Es precisamente en ese escenario que se vuelve importante que la parte que decida crear el fideicomiso vía testamentaria sea clara

en la posibilidad de que, de no aceptar el nombramiento el fiduciario de su confianza haya otros dos suplentes o secundarios ya nombrados para que éstos puedan manifestarse sobre su posible vinculación con la administración de los bienes dejados en fideicomiso. No debemos perder de vista que, en el caso del fideicomiso otorgado vía testamentaria, cabría la posibilidad de que el fiduciario o los fiduciarios suplentes ya no existan o no quieran aceptar sus nombramientos, en cuyo caso será el juez de la jurisdicción donde se abra el proceso sucesorio el que deba nombrar al fiduciario, para que ejecute las instrucciones del fideicomitente<sup>62</sup>.

Percibir honorarios: Quien desempeñe el cargo de fiduciario, al igual que un administrador en cualquier otro contrato, tiene derecho a percibir honorarios por las labores a realizar en estricto cumplimiento del contrato fiduciario. Estos honorarios deben de estar pactados de previo en el acto constitutivo del contrato. De no ser así, los honorarios serán fijados por un juez, analizando dictámenes periciales, en diligencias sumarias especialmente incoadas al efecto y siguiendo los trámites establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria; todo en concordancia con el artículo 661 del Código de Comercio.

Dentro del marco legal que regula los fideicomisos se encuentran totalmente prohibidos aquellos en los cuales se pacten ganancias, comisiones, premios o cualquier otra ventaja económica diferente de los honorarios asignados previamente. Entre otras cosas, se debe a que si existe la posibilidad de que el fiduciario obtenga ganancias económicas que dependan del fideicomiso sus intereses pueden cambiar, inclusive en perjuicio del fideicomiso.

Defender el patrimonio: El fiduciario goza de legitimación procesal activa y pasiva en relación con acciones judiciales reales y personales que atañan a las

---

<sup>62</sup> Esquivel Favareto. Op. Cit., p. 68.

cosas bajo su dominio. Él ostenta por ley los derechos de “*ius persguendi*” y “*vindicandi*”<sup>63</sup>. Tiene como obligación ejercer todos los derechos y acciones necesarias legalmente para garantizar la defensa del patrimonio fideicometido para que este no pierda sus bienes o se vean vulnerados.

Administrar el patrimonio: La administración del fideicomiso debe ser gestionada por medio de las acciones del fiduciario que se encuentran preestablecidas en la constitución del contrato de administración. Sin embargo, no es posible prever todas las situaciones que se le puedan presentar al fiduciario durante su administración. Es por esto, que el artículo 645 del código de comercio establece que la gestión del fiduciario sobre el patrimonio debe realizarse con el cuidado de *un buen padre de familia* o, lo que es su equivalente en materia comercial, con el cuidado de *un buen hombre de negocios*. Lo cual denota que las acciones en general del fiduciario deberán realizarse de buena fe procurando siempre un bienestar y mejora económica al patrimonio fiduciario y deberá velar por el resultado positivo de sus actuaciones.

Además de la administración, el fiduciario debe estar listo para transmitir los bienes y derechos que conforman el haber fideicometido y transmitirlos a los fideicomisarios cuando llegue el tiempo acordado. Por lo que los bienes deben cambiar de titular al destinatario final y el fiduciario no puede retenerlos en ninguna circunstancia sin justificación.

---

<sup>63</sup> Yglesias Mora, Roberto. *MARCO TEÓRICO DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA*, Revista Jurídica IUS Doctrina N°12, San José, Costa Rica. 2015, p. 20.

La transmisión de los bienes generará una serie de gastos de traspaso que en principio debe estar cubierta por el fideicomiso, sea de previo o por el fondo que el mismo fideicomiso tiene o produzca.

El tema de gastos debe ser de cuidado en lo que concierne a la administración del fideicomiso, en primer término, los gastos deberán estar asignados de previo al menos como un aproximado, ya que si no se considera el volumen de los pagos que se deban realizar por concepto de administración y/o ejecución del fideicomiso podría no ser rentable a corto o largo plazo y mermar el haber patrimonial.

Como segundo punto, si no se considera el monto en que se incurrirá por la ejecución del contrato, el fiduciario deberá encargarse de los pagos en la medida en que le sea posible y podrá cobrar todos los gastos a los fideicomisarios, salvo que estos pasivos deban ser pagados del fondo del fideicomiso hasta donde alcance; lo cual nos lleva al tercer aspecto.

Si no se contemplan los rubros por concepto de gastos, o al menos un estimado; y los pagos se dejan a discreción del fiduciario, este último cancelará lo adeudado hasta donde alcance el haber patrimonial y los resultados de su buena administración. Si los activos del patrimonio no fueran suficientes la ejecución del fideicomiso se torna imposible y se produce la extinción, del mismo.

Mantener el patrimonio separado: Los bienes objetos del fideicomiso deben mantenerse separados de los bienes del fiduciario y de otros fideicomisos que a su vez administre. A razón de ello, es que, al crearse un fideicomiso, nace a su vez un patrimonio autónomo, a parte de los demás y el fiduciario tiene la

obligación de identificar específicamente los bienes que lo integran para que no se confundan con otros. Este patrimonio no debe solamente de separarse físicamente, si no que por igual la contabilidad debe registrarse individualmente en cada fideicomiso.

Tal y como lo indicara anteriormente, el fiduciario tiene la obligación de identificar los bienes fideicometidos, registrarlos, mantenerlos separados de sus bienes propios y de los correspondientes a otros fideicomisos que tenga e identificar en su gestión el fideicomiso en nombre del cual actúa. Los bienes fideicometidos constituirán un patrimonio autónomo para los propósitos del fideicomiso, con lo cual se logra evitar que terceros que quieran atacar legalmente al fiduciario puedan tocar los bienes fideicometidos.<sup>64</sup>

Y es que precisamente, como se evidencia, de las principales funciones del patrimonio autónomo es el evitar estar al alcance de acreedores y acciones legales que vayan dirigidas contra el fideicomitente, el fiduciario o el fideicomisario, siempre y cuando la transmisión de bienes se haya hecho dentro del marco de legalidad permitido.

Rendir cuentas: El artículo 644 del código de comercio establece que el fiduciario tiene la obligación de rendir cuentas de su gestión al fideicomisario o su representante, y en su caso, al fideicomitente o a quien éste haya designado, al menos una vez al año, salvo que se pacte un plazo diferente.

---

<sup>64</sup> Rodríguez Azuero. Op. Cit., p. 24.

### 7.3. Derechos y atribuciones del fideicomisario o beneficiario.

Acorde con la legislación comercial, los fideicomisarios-beneficiarios tienen los siguientes derechos y atribuciones:

Recibir los bienes: Los fideicomisarios o beneficiarios son los destinatarios finales del patrimonio y sus utilidades. Cuando se trata de fideicomisos de administración o testamentarios son el fin último del fideicomiso, porque los bienes acumulados o en su defecto lo que quede de ellos, deben ser entregados a los fideicomisarios para su disfrute.

Respecto a la transmisión de bienes, existen algunos aspectos a destacar. En cuanto al haber patrimonial debe quedar claro que el fideicomisario tiene una expectativa de derecho sobre éste, no puede pretender que tenga un derecho consolidado sobre los bienes y derechos, debido a que los activos que conforman el patrimonio fiduciario pueden cambiar constantemente durante la vida del fideicomiso, de acuerdo con la naturaleza e instrucciones del contrato. Por lo que el producto final puede ser completamente distinto a los bienes con los que se constituyó el patrimonio fiduciario inicial. El fideicomisario o beneficiario no es titular del patrimonio, cumplirá tal condición hasta que se le entregue el producto del fideicomiso, si lo hubiere. Además, debe contemplarse la posibilidad de que el fideicomiso puede tener pérdidas; por ejemplo, un fideicomiso de inversión que resulte infructuoso.

Otro punto importante es que el fideicomisario debe velar por que las condiciones y cláusulas del contrato de fideicomiso sean cumplidas a cabalidad ya que de esto depende también la transmisión de los bienes. Es así, que un fideicomisario no puede pretender tener un derecho concreto sobre el

patrimonio de un fideicomiso en marcha. Tendrá que esperar a la finalización del fideicomiso y ver el remanente del patrimonio, sin perjuicio de las cuentas que rinda el fiduciario.

En segundo orden, superado lo anterior, y existiendo un patrimonio remanente, el fideicomisario debe aceptar los bienes como requisito formal de transmisión, de no hacerlo, los bienes serán devueltos al sucesorio del difunto.

Exigir cuentas: Respecto al contenido sobre rendición de cuentas, nuestra legislación es omisa sobre esto, sin embargo, se comparte lo señalado por el autor Rodríguez Azuero que al respecto establece:

Dicho informe comprende distintas manifestaciones particulares, ya comentadas, como la de avisar dentro de un corto término la celebración de ciertas operaciones de inversión o el recibo de frutos derivados de las mismas, pero en forma más concreta se refiere a la necesidad de presentar informaciones completas y fidedignas sobre el movimiento contable de los bienes en su poder; los ingresos y egresos producidos durante el lapso correspondiente y la suma o bienes con que cuenta el fideicomiso, así como sus pasivos. Si se quiere, y analizado por este aspecto el fideicomiso como un patrimonio autónomo o especial, la rendición de cuentas supone la presentación de un balance del fideicomiso acompañado de un estado de pérdidas y ganancias que registre ingresos y egresos y muestre la existencia o no de un superávit obtenido por la gestión.<sup>65</sup>

Solicitud de remoción de fiduciario: La solicitud de remoción del fiduciario puede ser solicitada tanto por el fideicomitente, así como por el fideicomisario, salvo pacto en contrario. Esta solicitud deberá estar fundamentada en una causa justa o grave. Estas causas se encuentran ligadas

---

<sup>65</sup> Ibid., p. 30.



con la mala gestión del patrimonio administrado o resultados deficientes del mismo. En el caso de fideicomisos testamentarios le corresponde al fideicomisario la labor de solicitar la remoción.

## **Capítulo II. Medios alternativos de planificación patrimonial.**

En el presente capítulo se indaga sobre las similitudes y el contraste entre el fideicomiso y otros medios jurídicos de uso convencional para la planificación patrimonial mortis causa.

### **8. Sección I. Análisis de los instrumentos jurídicos convencionales utilizados para fines de planificación patrimonial.**

En esta sección se realiza un estudio de los aspectos positivos, así como de las adversidades que se presentan en el uso de los principales institutos jurídicos “convencionales” a los que acude la población costarricense en aras de dejar preparado su patrimonio en caso de su fallecimiento, incapacidad o ausencia. Estas figuras jurídicas en múltiples ocasiones son empleadas como medios de planificación patrimonial sin que las mismas hayan sido creadas específicamente para ese destino y es ahí en donde a pesar de sus variadas virtudes también salen a la luz sus principales limitantes.

Es una realidad social saber que la búsqueda de opciones alternas en mecanismos de sucesión y/o planificación por parte de los usuarios del derecho costarricense, parte de una necesidad social presente en gran parte de la población, la cual es buscar la opción más económica y más pragmática,

entendiendo esta última en el sentido de darle tangibilidad a los bienes del causante, así como agilidad a la tramitación para que sea posible; es por esto que se acude a figuras como la donación con reserva de usufructo, las sociedades mercantiles y los testamentos, en aras de encontrar “mejores” medios para disponer de sus bienes

Actualmente se identifican tres instrumentos jurídicos que se emplean como medios de sucesión o planificación patrimonial por la población costarricense.

Primero el mecanismo por antonomasia y establecido por la ley para estos propósitos, es el proceso sucesorio, el cual por imperativo legal funciona para determinar el haber universal del causante y posteriormente distribuirlo entre los presuntos herederos que posteriormente sean declarados.

La sucesión es característica por su supletoriedad, ya que a falta de cualquier disposición de última voluntad entrará a regir la normativa establecida para el proceso de mortual; por lo cual, si el causante dejó sin organizar y distribuir sus bienes, la ley viene suplir la falta de instrucciones del causante y a dar remedio a sus sucesores. Aunque no siempre es la mejor de las soluciones ni la más expedita, ya que como veremos posteriormente, el proceso sucesorio es conocido por nuestra sociedad por ser sumamente longevo y engorroso.

Como segundo mecanismo, está la donación con reserva de usufructo que es utilizada, en vida, para desplazar bienes actuales que se pretenden trasladar a la esfera patrimonial de un beneficiario, esa disposición se da de forma gratuita e inmediata; se reserva el usufructo con la finalidad de no ceder la totalidad de la propiedad del bien, debido a que lo que se busca es no perder el control, uso y disfrute del bien al haber transmitido la nuda propiedad.

Y por último se encuentran las sociedades mercantiles las cuales poseen alguna peculiaridad en la práctica jurídica. Las sociedades mercantiles, en principio suponen toda una estructura de organización de capital material y humano bajo el mando de alguien con el fin de vender bienes o servicios para la obtención de utilidades. Las peculiaridades yacen en que en Costa Rica se estila a que, en muchas ocasiones, las sociedades comerciales son simples tenedoras de bienes, sean muebles, inmuebles y/o derechos, lo cual desnaturaliza el objetivo de lucrar con las mismas. Esto sucede debido a que se utilizan estas ficciones jurídicas para darle “protección” a los bienes que conforman el patrimonio social para que no sean perseguidos por obligaciones o deudas que contraiga la persona física que aprovecha los bienes de la sociedad. Sumado a esto, de igual forma se estila que las sociedades jurídicas sean propietarias de bienes para que al momento de fallecer el dueño o presidente, sean empleadas como un vehículo de sucesión al haberse traspasado las acciones o cuotas sociales a sus sucesores.

#### 8.1. Proceso Sucesorio.

Las normas de fondo que rigen el Derecho sucesorio en Costa Rica son realmente antiguas y son pocas las reformas que han sufrido en aras de mejorar esta rama del Derecho y de responder a los cambios socioeconómicos de una sociedad costarricense que muta de necesidades a un paso cada vez más acelerado.

Según menciona el Dr. Herman Mora Vargas al respecto:

Desde la redacción de las letras instadas por el mismo Napoleón, hasta la actualidad, es poco lo que han cambiado los Códigos

Civiles de Latinoamérica, especialmente en el campo de las sucesiones. Es una rama del derecho que ha evolucionado poco. Y en nuestro país casi nada. Las sucesiones se han sostenido sobre los mismos andamios desde 1804. No se han propuesto vigorosas reformas que renueven los estamentos de esta rama del Derecho.

En Costa Rica, de no ser por la introducción de la figura del Notario como director del proceso en las sucesiones en esta sede, (Código Procesal Civil y Notarial) contaríamos únicamente con modificaciones insignificantes. Huérfana de aquella idea de que el Derecho tiene el cometido de dar respuesta a los fenómenos sociales que definen el cambio, al tenor de los tiempos, es que las mutaciones, que inciden sobre la organización de las personas y las familias han sido francamente escasas.<sup>66</sup>

Tal y como se expone los fundamentos de nuestro Derecho sucesorio rigen desde la aprobación del Código Civil desde setiembre de 1887 y no ha sufrido de grandes variaciones desde entonces, lo cual deja de lado las necesidades actuales de los usuarios y se excluye toda forma de mejorarlo si no es sujeto a modificaciones críticas.

El proceso Sucesorio se encuentra regulado en nuestro sistema normativo en los artículos 520 al 614 del Código Civil y en los artículos 115 al 135 del Código Procesal Civil. En dicho proceso se regulan las dos formas de heredar dentro de una sucesión o mortal; siendo la primera *ab intestato* (a falta de testamento), en la cual entraría en aplicación el artículo 572 correspondiente a la sucesión legítima, estableciendo la norma el orden de preferencia de quienes son herederos legítimos; y la segunda, *testamentaria*, en cuyo caso el testador establecerá el destino de sus bienes y derechos de acuerdo con su

---

<sup>66</sup> Sucesiones Judiciales Y Notariales A Luz Del Nuevo Código Procesal Civil. Recuperado de: <https://academianotarialdecostarica.org/sucesiones-judiciales-y-notariales-a-luz-del-nuevo-codigo-procesal-civil/>

voluntad o lo más aproximado a ella. Siendo entonces que la primera se aplica en ausencia de la segunda.

En ambas formas de tramitar un proceso sucesorio el objetivo común y principal es trasladar por completo los bienes y/o derechos del causante, extinguir las obligaciones personales y transferir todo el patrimonio a sus respectivos herederos o beneficiarios para que así estos puedan disponer de los bienes.

Así las cosas, es posible establecer que una sucesión es aquel proceso en el cual una persona a causa de su muerte deja un haber hereditario, componiéndose este de bienes, derechos, activos y/o pasivos, el cual debe ser distribuido y trasladado hacia aquellos declarados como herederos de acuerdo con las reglas establecidas en un testamento, o en ausencia de este último, de acuerdo con los preceptos legales. Cabe destacar que el patrimonio relicto solo será repartido posterior al pago respectivo de deudas del causante.

De tal forma reza el artículo 115 del Código Procesal Civil en una especie de definición:

***ARTÍCULO 115.-** Procedencia. Es procedente el proceso sucesorio para constatar y declarar la existencia de los sucesores del causante, determinar el patrimonio relicto, acabar la indivisión de los bienes sucesorios y dotar a la sucesión de representación.*

De acuerdo con lo expuesto y al verdadero espíritu de la ley, el objetivo primordial es suceder el patrimonio relicto y en estricto apego a la última

voluntad del causante, si constare. Es darle tangibilidad pronta a los herederos del haber que el causante acumuló durante toda su vida o parte de ella.

#### 8.1.1. Aspectos positivos del proceso sucesorio en Costa Rica.

En la presente subsección se acomete sobre el tema de funcionalidad práctica y bondades del proceso sucesorio como herramienta de planificación patrimonial.

##### 8.1.1.1. Ley en carácter supletorio.

El tema de “ordenar” los bienes habientes y las situaciones jurídicas existentes, en el sentido de que todo quede preparado previo al fenecimiento de una persona, o en el eventual caso de cualquier imprevisto, por lo general es un aspecto que no es ameno para quien lo concibe, ya que debe representarse su propia muerte en un tiempo futuro; lo cual es natural, es el ciclo normal de la vida, pero en muchas ocasiones no es bien asumido por temores; temor a proyectar nuestra finitud, preocupación de qué pasará con aquellos que dependen de nosotros, entre otras cosas. Pero las resistencias a pensar en la propia muerte nos invaden al punto de hacernos olvidar que no tomar ninguna previsión, es decir, no realizar ninguna elección, implica de hecho tomar sólo una, que es dejar que a nuestra muerte la ley disponga.

Cuando el causante no se preocupó por la planificación patrimonial de su haber o la distribución de sus bienes antes de su muerte, es la ley, de forma supletoria, la que contempla la solución para estos casos estableciendo el

procedimiento legal respectivo para la declaración de quienes se presumen herederos y la liquidación del patrimonio relicto.

De acuerdo con las disposiciones sucesorias del derecho positivo, se aplica el sistema de la sucesión legítima, el cual se encuentra regulado del artículo 571 al 576 del código civil. El numeral 571 dispone lo siguiente:

***ARTÍCULO 571.-** Si una persona muriere sin disponer de sus bienes o dispusiere sólo en parte, o si, habiendo dispuesto, el testamento caducare o fuere anulado entrará a la herencia sus herederos legítimos.*

Es evidente entonces que a falta de disposición la ley se aplicará de forma supletoria estableciendo en el artículo 572 del mismo código, quiénes son los sujetos que en carácter de herederos legítimos podrán entrar en la sucesión, así como el orden en que deben hacerlo.

A todas luces, dejar a la libre el destino del haber sucesorio no es una opción recomendable ya que un sin fin de trabas y obstáculos se pueden presentar desde el fallecimiento del causante, hasta la culminación del proceso sucesorio con la adjudicación de los bienes por parte de los herederos, si es que se termina la mortual, ya que a falta de lineamientos qué seguir en la distribución de bienes puede provocar la disputa de los herederos sobre estos y dilatar los trámites a falta de acuerdo.

#### 8.1.1.2. Proceso sucesorio en sede notarial.

Siendo la duración y la complejidad los principales problemas que adolecen al sistema sucesorio judicial actual, ha sido necesario explorar otras vías legales

que descongestionen el sistema judicial y brinden soluciones expeditas a los usuarios del Derecho en lo que a sucesiones se refiere. Es por esto que la legislación ha autorizado la figura del notario público para la tramitación de procesos sucesorios en sede notarial.

Anteriormente, el procedimiento sucesorio extrajudicial se encontraba regulado en el Código Procesal Civil a partir del artículo 945, mismo que establecía la competencia del notario para iniciar un proceso sucesorio en sede notarial. La redacción de la norma indicaba, que el notario podía abrir una-  
mortal- siempre que hubiese un testamento abierto otorgado ante notario público y todos los sucesores fuesen mayores de edad, hábiles y estuvieren de acuerdo. A contrario sensu se colige que no es permitido gestionar este tipo de sucesiones extrajudiciales si existen menores de edad o incapaces, o si existe contención. Además, si el testamento es cerrado o no auténtico deberá el proceso al menos iniciarse en sede judicial y luego solicitar autorización para trasladar el caso a sede notarial una vez comprobada la validez del testamento, si todos están de acuerdo y no existen menores e incapaces. Todo de acuerdo con los artículos 61 y 71 de lineamientos para el ejercicio y control del servicio notarial.

A falta de un testamento, se realizará el proceso sucesorio en sede notarial aplicando las reglas de la sucesión legítima consagradas en el artículo 572 del código civil en donde se establece el orden de prelación de quienes se consideran herederos legítimos.

Actualmente, estos preceptos legales fueron desplazados por el nuevo Código Procesal Civil el cual deja un vacío respecto a la normativa citada. Es por esta



razón que se debe acudir al código notarial, específicamente al artículo 129 reformado mediante ley N° 9486, la cual autoriza la competencia del notario para tramitar procesos sucesorios. No obstante, sigue siendo imprescindible que para tramitar un sucesorio en sede notarial no debe haber menores de edad ni incapaces y que además solo es posible si el testamento es abierto y autenticado por un notario previamente. No procede en casos de testamento cerrado o testamentos no auténticos. En el caso de estos dos últimos debe iniciarse la sucesión en sede judicial. Todo lo anterior de acuerdo con la normativa:

***Artículo 118.2 Testamento cerrado.** El testamento cerrado deberá presentarse necesariamente al tribunal para su apertura, junto con el testimonio de la escritura de su presentación ante el notario. Al momento de su recepción se dejará constancia del estado del sobre, de sus cerraduras y de lo escrito en ella. Para la apertura se convocará a una audiencia a la que deberán comparecer el notario y los testigos, a quienes se interrogará sobre la autenticidad de sus firmas, si el documento se encuentra en las condiciones en que estaba cuando se otorgó, sobre la verdad de las afirmaciones contenidas en la razón notarial y si el sobre fue otorgado siguiendo las formalidades legales. A falta de notario o de alguno de los testigos se procederá al cotejo de firmas y los demás indicarán si los ausentes estuvieron presentes en el acto. Se dejará constancia de todas las observaciones que se hagan y se abrirá y leerá el testamento ante los presentes del Código Procesal Civil.*

A razón de lo expuesto es que queda claro que es posible recurrir a la vía notarial para así aligerar el lapso de tramitación de un proceso sucesorio, pero, solamente si se cumplen los requisitos de ley ya mencionados. El inconveniente deviene cuando no se califica de acuerdo con los requerimientos de ley, ya que no quedaría otra vía más que la judicial. Sumado a esto resaltamos que siguiendo la normativa que aplica, ninguno de los presuntos herederos debe estar en desacuerdo, ya que en caso de

contención también se debe remitir el expediente al sistema judicial. Por lo tanto, todas las personas excluidas de estos supuestos no les queda más remedio que la tramitación en sede judicial.

Aún solucionado el tema de los requisitos legales para acceder a la vía notarial quien tiene la voluntad de hacerlo debe tener claro que es una vía sin duda más expedita pero que también puede resultar, eventualmente, más onerosa, esto debido a que, respecto al pago de honorarios por servicios notariales, el arancel de honorarios por servicios notariales establece un mínimo a cobrar, pero no determina un tope específico. Siendo que queda a criterio del Notario Público el monto a cobrar por concepto de tramitación de sucesorio y de adjudicación de bienes siempre que se respete el mínimo legal.

#### 8.1.2. Falencias del proceso sucesorio en Costa Rica.

Subsección conducida a reseñar las carencias prácticas que contiene el proceso sucesorio como mecanismo utilizado para de planificación patrimonial y la traslación de la propiedad con causa de la muerte.

##### 8.1.2.1. Trámite complejo y duración.

El proceso sucesorio en Costa Rica, como se mencionó, cuenta con algunas virtudes como lo es su carácter supletorio a falta de disposiciones de última voluntad, en el que la ley otorga alguna seguridad jurídica a los presuntos herederos al señalar los lineamientos a seguir en estos casos. Pero también debemos resaltar que el proceso sucesorio en sede judicial ha sido altamente

cuestionado debido a inconvenientes como la duración total del proceso, la falta de impulso procesal, la rigidez para resolver situaciones y la falta de acuerdo entre herederos, entre otros. Y es que nuestro sistema judicial en general se encuentra atascado por la cantidad de trabajo y de trámites que se gestionan a diario. La mora judicial es una realidad que afecta a todas las ramas del derecho, y el derecho sucesorio no escapa de ello. Así lo resaltan algunos autores como Juan Carlos Esquivel:

El sistema judicial costarricense ha resultado ser tan engorroso que un trámite sucesorio puede demorar meses y hasta años, por falta de definición o reglas claras en cuanto a lo que se debe hacer con los bienes.

Ni qué decir cuando los herederos mismos no se ponen de acuerdo en la forma en que ha de administrarse la universalidad de bienes que van a heredar.

De ahí que la figura del fidecomiso testamentario resulte en un instrumento que tiene la flexibilidad necesaria para su creación o modificación, a fin de llevar con éxito la conclusión de un proceso, o bien la administración de la empresa familiar, una vez que falte su titular.<sup>67</sup>

A razón de esta mora generalizada a nivel de sistema judicial se han realizado algunas reformas a las leyes con el objetivo de reorganizar el sistema y de modificar procesos que por su naturaleza son longevos y engorrosos, tal como el proceso sucesorio. La última modificación en aras de agilizar los procedimientos judiciales fue con la inserción del “nuevo Código Procesal Civil” en el año 2018. Este nuevo compendio de normas, a pesar de contener algunas figuras novedosas y de cambiar lo relativo a lo procesal, en algunos institutos jurídicos, se encuentra lejos de poder realizar sus objetivos en cuanto a celeridad y seguridad jurídica se refiere. Y es que por un lado se

---

<sup>67</sup> Esquivel Favareto. Op. Cit., p. 25.

crean lagunas jurídicas al eliminar normativa sin el debido cuidado, y por otro lado, a dos años de haberse implementado el nuevo código, la mora judicial sigue estando a la orden del día en los despachos de forma generalizada. Es por esto, que, a continuación, analizaremos otras clases de falencias del proceso sucesorio dentro del sistema judicial, para determinar si dicho mecanismo es recomendable o no al ser sugerido como una herramienta de planificación patrimonial, verificando o desacreditando así su idoneidad para tal propósito.

#### 8.1.2.2. Prejudicialidad.

La prejudicialidad, en palabras de Argüello Rojas, es:

(...) la prejudicialidad en materia civil opera de oficio o a solicitud de parte cuando, de cara a la resolución de un proceso determinado, existe pendiente, ante un mismo Despacho Judicial o un Tribunal distinto, otro proceso judicial no penal en trámite, que no siendo acumulable ni idéntico necesariamente por su objeto principal, sí influye en alguna cuestión o en la decisión final que se pueda tomar en la resolución de aquella contienda judicial, generando como efecto jurídico condicionado la suspensión del curso de las actuaciones de aquel proceso en particular, mientras tanto no se resuelva definitivamente el litigio no penal que genera tal influencia<sup>68</sup>.

El instituto de la prejudicialidad está regulado en el actual Código Procesal Civil en la sección sexta denominada “Suspensión del Procedimiento”, artículo 34.2 el cual, textualmente establece:

---

<sup>68</sup> Argüello Rojas, L. M. *La prejudicialidad en el nuevo proceso civil costarricense*. Revista Jurídica IUS Doctrina. - Vol. 10 No.24 (2018), pp. 147-159.

Prejudicialidad. La existencia de un proceso penal en ningún caso dará lugar a prejudicialidad.

Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que a su vez constituya el objeto principal de otro proceso no penal pendiente ante el mismo o distinto tribunal, si no fuera posible la acumulación de procesos, el tribunal, de oficio o a solicitud de parte, podrá decretar la suspensión del curso de las actuaciones.

Cuando se haya ordenado instruir proceso penal por falsedad del documento base de una ejecución hipotecaria y prendaria, el remate no se aprobará mientras no haya finalizado el proceso penal. Quedará a opción del oferente mantener o no la propuesta, cuando al efectuarse el remate no se tuviera conocimiento de la existencia del proceso penal.

Dicha regulación impone un giro copernicano en lo que a “suspensión del procedimiento” se refiere, ya que como señala dicho artículo la existencia de un proceso penal no dará lugar a prejudicialidad, contrario a como se encontraba plasmado en el código pasado. Y es que este cambio de norma tan antagónico no es por casualidad ni mero capricho. Tiene su fundamento en la experiencia catastrófica vivida por quienes operan el derecho- tanto jueces como abogados litigantes- de las consecuencias tan dilatorias de la suspensión de un proceso activo en los juzgados o tribunales debido a que se encontraba a la espera de resolución de un proceso penal pendiente.

Un claro ejemplo es la crítica que realiza Luis Argüello Rojas, quien expresa que no en pocas ocasiones la prejudicialidad fue utilizada simplemente con ocasión de retrasar el proceso, debido a que se echaba mano de este instituto jurídico con una simple causa penal abierta.

La forma en que estaba regulada la prejudicialidad, las dilaciones causadas por la misma y cualquier suspensión del proceso, sea que tenga origen en esta

figura o en otra causa, son catalogadas según Argüello Rojas y Jorge López-citado por el primero- de acuerdo con la doctrina como una “crisis procesal”.

El instituto de la prejudicialidad es uno de los supuestos de lo que la doctrina denomina crisis procesal. La doctrina entiende que existen muchas crisis procesales, la mayoría relacionada con algún tema procesal en particular. Existe crisis procesal cuando se da la suspensión o interrupción del procedimiento y si la prejudicialidad tiene esos efectos, no hay duda de que es un supuesto de crisis procesal.<sup>69</sup>

Sumado a lo anterior, como nuevo aspecto en el código procesal civil se elimina el fuero de atracción, es decir, el proceso sucesorio no atrae a los demás procesos relacionados a la jurisdicción que conoce -la mortual- debe tramitarse cada proceso en su despacho respectivo hasta la finalización, del mismo. Aunado a esto, en el artículo 120 del Código Procesal Civil encontramos la *prejudicialidad en materia de sucesiones*, la cual establece que ante demandas que versen sobre la calidad de herederos, la validez y eficacia del testamento y lo que afecte la integridad del patrimonio, se suspenderá el proceso sucesorio a la espera de resoluciones finales de estos asuntos. Lo anterior puede dilatar enormemente el proceso debido a que no se avanza hasta tener las resoluciones en firme de la jurisdicción en donde se tramita -la mortual- u otra jurisdicción; resoluciones judiciales que en ocasiones son meses de espera para una simple prevención o para aprobar el curso del proceso.

**ARTÍCULO 120.- Prejudicialidad.** Cuando se presente demanda sobre calidad de sucesores, validez o eficacia del testamento, se suspenderá el proceso sucesorio hasta la resolución definitiva. El mismo efecto tendrán las demandas que afecten la integridad del patrimonio o sobre la existencia,

---

<sup>69</sup> Argüello Rojas, Op. Cit., pp. 147-159.

extensión o preferencia de créditos, siempre y cuando el resultado del litigio afecte de tal manera el patrimonio que no sea posible hacer liquidaciones parciales.

El problema radica cuando se destaca la frase *“las demandas que afecten la integridad del patrimonio o sobre la existencia, extensión o preferencia de créditos siempre y cuando el resultado del litigio afecte de tal manera el patrimonio que no sea posible hacer liquidaciones parciales”*, ya que se torna un tanto generalizado, lo que amplía el ámbito de reclamos que pueda hacerse sobre el patrimonio o sobre créditos. Si se hiciera conciencia sobre la cantidad de reclamos que pueden presentarse ante un proceso de liquidación, de una persona que en vida fuera comerciante, o cualquier actividad comercial que implique acreedores, comprenderemos el atraso que puede generarse cuando estos últimos se presenten a hacer valer sus derechos sobre la existencia de créditos o que afecten el patrimonio. Siendo este un punto más a considerar que puede ralentizar el paso del proceso sucesorio.

#### 8.1.2.3. Incapacidad de recibir por testamento.

Es imprescindible analizar el tema de la capacidad jurídica porque este guarda estrecha relación con la planificación patrimonial y la sucesión, esto debido a que en numerosas ocasiones la planificación o sucesión gira en función de personas menores de edad o incapaces, sean hijos, nietos, sobrinos, ahijados, en general familiares del causante allegados a él o inclusive alguien por nacer. Ya que la idea de la planificación sucesoria es que el patrimonio del difunto llegue a sus herederos y que estos los aprovechen de la mejor forma posible de acuerdo con ciertos lineamientos los cuales eviten el quebranto del patrimonio

por mala administración. El asunto es que en observancia de la legislación vigente, existen ciertas prohibiciones que se aplican a quien vaya a heredar por medio de testamento, dentro de ellas se encuentra la capacidad jurídica.

***ARTÍCULO 36.-** La capacidad jurídica es inherente a las personas durante su existencia, de un modo absoluto y general. Respecto de las personas físicas, se modifica o se limita, según la ley, por su estado civil, su capacidad volitiva o cognoscitiva o su capacidad legal; en las personas jurídicas, por la ley que las regula.*

El menor de quince años es absolutamente incapaz para obligarse por actos o contratos que personalmente realice, mientras que aquellos que lleve a cabo una persona mayor de quince y menor de dieciocho serán relativamente nulos y podrán anularse a solicitud de su representante; o del mismo menor, cuando alcance la mayoría de edad, salvo casos específicos señalados en el artículo 39 del Código Civil indicado y además cuando no trate de actos ilícitos.

En lo que concierne al otorgamiento de contratos por parte de aquellos cuya capacidad volitiva y cognoscitiva, se encuentre limitada por legislación, éstos serán relativamente nulos salvo que la incapacidad haya sido declarada judicialmente, en cuyo caso serán absolutamente nulos.

Siendo entonces que los menores de edad y los incapaces declarados judicialmente no pueden adquirir los bienes de forma directa si no solo por medio quien los represente.

Adicionalmente es interesante añadir lo indicado en el artículo 592 del Código Civil. Este artículo establece una limitación a la libertad de testar. Dicho numeral prohíbe la capacidad de recibir por testamento de un grupo clasificado de personas; veamos:



**ARTÍCULO 592.-** *Tienen incapacidad relativa de recibir por testamento:*

*1) Del menor no emancipado, su tutor, a no ser que habiendo renunciado la tutela haya dado cuenta de la administración, o que sea ascendiente o hermano del menor;*

*2) Del menor, sus maestros o pedagogos, y cualquier persona a cuyo cuidado esté entregado*

*3) Del enfermo, los facultativos que le asistieron en la enfermedad de que murió.*

*4) Del cónyuge adúltero, su copartícipe, si se ha probado judicialmente el adulterio, salvo que se hubieren unido en matrimonio.*

*5) Del testador, el cartulario que le hace el testamento público o autoriza la cubierta del testamento cerrado, y la persona que le escriba ésta.*

En relación con el mencionado artículo 592 del Código Civil es necesario cuestionarse cuál fue la causa de imposición de estas limitaciones y con qué criterios se merma la libertad de testar, debido a que probablemente, lo que motivó a la creación de la norma ya no se ajusta a la realidad jurídica y socioeconómica actual. Tal es el caso de la derogación previa que sea había realizado en esta misma norma y en los dos numerales siguientes, por medio del Voto 6328-00 de la Sala Constitucional. En dicho Voto se analiza todo el contexto histórico religioso de recelo contra la Iglesia por parte del Estado en el momento de legislar la norma en estudio, la cual establecía prohibiciones anticlericales; como prohibir las mandas a favor de la iglesia cuando excedan el diez por ciento de los bienes del testador y no poder disponer por medio de testamento del enfermo sus confesores. Son tópicos antiguos que remarcaron

relevancia en su época, mas la misma Sala lo clasifica como un mero “capricho histórico”, lo cual es simple reflejo de la lentitud con la que se legisla y se actualizan las normas de nuestro ordenamiento jurídico. Esto deja sin sentido el contenido de algunas normas y lejos de regular situaciones actuales se vuelve prohibitivo.

En análisis del artículo 594 hay que mencionar brevemente que se debe tener especial cuidado en el sentido que se le puede dar a la interpretación de la norma, ya que la misma establece nulidad sobre las disposiciones hechas a favor de personas “inhábiles”. Dicha expresión puede confundirse con “incapaces”, denotando incapacidad legal o moral. Así lo indica Francisco Vargas Soto:

Es de advertir que el artículo 594 crea confusión al hablar de inhábil a secas, pues pudiera entenderse que la norma cobija a cualquier inhábil, esto es a personas que padezcan cualquier tipo de incapacidad moral o legal. Mas en la especie se trata de aquellas personas que conforme el artículo 592 del Código Civil no puede recibir por testamento bienes del causante.<sup>70</sup>

## 9. Donación.

Subsección que contiene definición de la donación, como se encuentra en la normativa costarricense actual, y su instrumentalización como vehículo jurídico para la planificación patrimonial ante la muerte.

---

<sup>70</sup> Vargas Soto, Francisco Luis. “*Manuel de Derecho Sucesorio costarricense*”. Editorial: Universidad de San José, 1990. San José Costa Rica, p. 232.

### 9.1. Disposiciones prácticas en el Derecho costarricense.

La donación es el desprendimiento del dominio de propiedad de los bienes por parte de un sujeto a favor de otro a título gratuito.

Entre los actos de liberalidad que suelen realizarse, figura muy particularmente la donación, nombre con que se designa un contrato por el que una persona traspa a otra, gratuitamente la propiedad de una cosa.<sup>71</sup>

Para transmitir válidamente por donación, se requiere que la persona esté capacitada mental y legalmente para contratar; que sea suya la cosa que dona; y que exprese en forma legal su intención de donar. En cuanto a la causa jurídica del traspaso, basta como tal, la libre determinación del donante de ejercer un acto de beneficencia.

La donación se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico nacional, propiamente en el código civil, del artículo 1393 al artículo 1408.

Tal y como se desarrolló en líneas anteriores, la planificación patrimonial no es algo por lo cual todos optamos de buenas a primeras, esto debido a variadas razones; tales como el miedo a la muerte, la escasez de conocimiento de instrumentos jurídicos, así como la utilización de actos o contratos preexistentes intentando adaptar su uso a la disposición de bienes y/o derechos para después de la muerte. Ejemplo claro de esto es la donación.

Más, sin embargo, al darse la donación pura y simple del dominio total de un bien, su propietario pierde todo poder a ejercer sobre ella, ya que se

---

<sup>71</sup> Brenes Córdoba, Alberto, "*Tratado de los Contratos*". San José: Editorial Juricentro. 1985, p. 273.

transfieren todos los derechos consagrados en el artículo 294 del Código Civil (posesión, usufructo, transformación y enajenación, defensa y exclusión, y restitución e indemnización). Siendo, así las cosas, perdería sentido el traspasar los bienes en vida, perdiendo toda dirección y control con la finalidad de “planificar”. Es por esto que en la actualidad se estila a realizar el acto de donación de parte del dominio de la cosa, o sea la nuda propiedad, reservándose el propietario el derecho de usufructo, para así de esta manera seguir ejerciendo control y no perder el dominio total sobre la cosa donada, aunque, ya no le corresponda el resto de los derechos que componen el dominio total. Así lo permiten los artículos 335 y 337 ambos del Código Civil.

Entonces se observa que la donación con reserva de usufructo es empleada para que de alguna forma las cosas sigan manteniendo una limitante respecto a su disposición, ya que, sin el consentimiento del usufructuario o su muerte, no es posible disponer del bien plenamente, debe respetarse el usufructo.

Lo explicado anteriormente es solo uno de los mecanismos de “prevención” que utilizan los propietarios para darle un mejor uso al bien o intentar retenerlo indirectamente la mayor cantidad de tiempo posible en manos del donatario. Esto sucede cuando el donante sabe o especula que quien será o sean los sucesores de su haber, no se encuentran preparados para administrarlo correctamente; situaciones que son cotidianas en cualquier familia, en cualquier sociedad.

Como se menciona, esta es solo una de las formas a las que se puede acudir con estas intenciones, ya que también existe en la legislación las limitaciones

a la propiedad, la cual es aplicable por medio de la donación y será analizada seguidamente.

## 9.2. Limitaciones del artículo 292 del Código Civil.

Dentro de nuestra legislación civil costarricense se encuentra el artículo 292, el cual, es básicamente una limitación legal a la libertad de disponer de ciertos bienes que hayan sido transmitidos bajo esta condición y a título gratuito. Según dicho artículo, al donatario se le impone un tiempo mínimo en el cual debe ser titular del bien sin transmitir el dominio, del mismo. La imposición de este tiempo puede ser de un máximo de 10 años, o en su defecto el menor de edad que se puede extender hasta que éste cumpla los 25 años, de edad.

Es menester aclarar que aunque la ley brinde la posibilidad de esta imposición, consideramos que es una limitante a la circulación de los bienes y a la voluntad de disposición del titular, ya que si bien es cierto, dicho artículo ha sido utilizado para la protección de la propiedad del donatario, la realidad práctica es que no es la mejor opción para suceder en todos los casos, ya que el donatario puede verse afectado por necesidades económicas las cuales pueden ser solventadas con la enajenación o afectación del bien y este se encuentra impedido legalmente para disponer de este inmueble que conforma su patrimonio.

Por razones como ésta, en que se quiera o se necesite la transmisión del bien y no sea posible por la limitación impuesta, es que se cuestiona si realmente las limitaciones del artículo 292 son un “arma de doble filo” al poder utilizarse para “proteger” los bienes de quienes se consideran que aún no deben disponer

de ellos, pero a su vez puede perjudicar al nuevo beneficiario titular del bien, limitado al no poder este último sacar ninguna utilidad de este cuando sea necesaria la transmisión de bienes.

Acerca de las limitaciones de naturaleza legal, son relacionadas generalmente con la noción de función social de la propiedad, en cuanto su sustento suele estar fundamentado por motivos de esa índole; este tipo de limitaciones tienen como fundamento el principio de solidaridad<sup>72</sup>. En efecto así nacen limitaciones al uso de los inmuebles, al *ius aedificand*, y a la disposición por motivos de interés público y establecida por ley o mandato judicial (cuando por ejemplo se intenta defraudar el pago de una deuda y el deudor se “deshace” fraudulentamente de sus bienes). Así las limitaciones legales o imperativas pueden a su vez dividirse en aquellas impuestas directamente por la normativa y aquellas impuestas por orden judicial. La justificación, o bien, la validez de estas limitaciones generalmente no se cuestiona, por considerarse ellas una consecuencia natural de la potestad imperio del Estado y de obligación de reglar y reconocer los derechos fundamentales a los ciudadanos. Sin embargo, evidentemente, el propio ordenamiento le impone un límite a la creación de este tipo de limitaciones y así son válidas siempre y cuando se respeten los parámetros que señala – constitucionalmente – el contenido esencial de la propiedad.

De tal manera es posible asegurar que ni siquiera las limitaciones a la libre disposición impuesta por autoridades estatales, ya sea mediante leyes o mediante mandatos judiciales son totales y completamente absolutas y libres

---

<sup>72</sup> Rojas Valverde. Trabajo Final de Graduación: *El concepto de propiedad privada en Costa Rica y su desfase con el ordenamiento infraconstitucional*. Universidad de Costa Rica Sede de Occidente: Facultad de Derecho. San Ramón, Costa Rica, 2011, p. 47

de límites y su justificación o fin debe ser expresamente autorizado y superior al de la libre disposición.<sup>73</sup>

Las limitaciones del artículo 292 son injustificadas, carecen de un fundamento legal razonable para establecer limitaciones; como la función social o la potestad de imperio debido al interés público por ejemplo, pero no se encuentra un motivo expreso funcional y que se respalde en la realidad socioeconómica nacional actual para inmovilizar una propiedad, excluirla del comercio y restarle la mayoría de derechos que ejerce un auténtico titular dominical de acuerdo al artículo 264 del Código Civil.

Ahora bien, las prohibiciones voluntarias o impuestas por sujetos de derecho privado constituyen no sólo el tema central de esta tesis final de graduación, sino que además forman parte esencial del tema más cuestionable sobre las prohibiciones a la facultad de disposición. Ello porque no se justifican ni en la potestad imperio ni tampoco cuentan – en la gran mayoría de casos – con un objeto o causa expresa y lícita. Estas limitaciones consisten en la prohibición general de disponer (e inclusive a veces de dar cierto uso determinado al bien inmueble, aunque el artículo nunca autorizó tal cosa) que el transmitente de un acto gratuito impone a quien va a recibir el bien, entendido que si no lo acepta no puede recibir el bien.<sup>74</sup>

Así, la persona que adquiere el dominio lo adquiere incompleto. No tiene dentro de su haz de facultades como propietario de un bien inmueble la libertad de disponer de él. Las limitaciones se reflejan como una fuerte disminución en el dominio del nuevo propietario, un claro obstáculo al

---

<sup>73</sup> Fonseca Pión, Alonso José. *Las limitaciones privadas a la libre disposición de los bienes inmuebles, como resultado del traspaso a título gratuito de la propiedad: Artículo 292 del Código Civil*. Universidad de Costa Rica. San José, 2013, p. 50

<sup>74</sup> Ídem

principio de libre disposición y de circulación de los bienes. Estos dos principios han estado unidos a lo largo de la historia y uno de los objetivos del cuerpo filosófico del Dominio – modernamente – lo conforma el hecho de facilitar el tráfico económico, la transmisibilidad de la tierra como bien productivo por excelencia y el propio crédito territorial<sup>75</sup>.

### 9.3. Nulidad al establecer condiciones en la donación.

El instituto jurídico de la donación no es un instrumento que permita imponerle condiciones a los donatarios cuando el cumplimiento de estas dependa solamente de la voluntad del donador. Así reza el artículo 1395: *Es nula la donación bajo condiciones cuyo cumplimiento dependa sólo de la voluntad del donador.* Este aspecto limita la posibilidad de establecer lineamientos o condiciones de dirección y administración sobre los bienes que se pretendan donar.

Resulta importante hacer un hincapié en que, según la ley civil, es absolutamente nula la donación que recaiga sobre bienes por adquirir, lo mismo que la indeterminada del todo o parte alícuota de los bienes presentes, pues las cosas donadas deben describirse individualmente.

**ARTÍCULO 1398.-** *También es absolutamente nula:*

*1º.- La donación indeterminada del todo o de parte alícuota de los bienes presentes: los bienes donados, sea el todo o una parte*

---

<sup>75</sup> Lasarte, C. *Propiedad y Derechos Reales de Gocce Principios de Derecho Civil Tomo IV*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2010, p. 67



*de los que pertenecen al donador, deben describirse individualmente; y*

*2º. -La donación de bienes por adquirir*

La importancia de resaltar estos aspectos yace en que todas estas limitaciones impuestas al sistema de donación pueden ser vistas como obstáculos si la intención es planificar o suceder por este medio, ya que como se muestra no es posible establecer condiciones ni lineamientos de administración cuando dependan solo de la voluntad del donante. Tampoco es posible realizar donaciones de cosas indeterminadas, ya que todo debe ser descrito individualmente.

Así las cosas, se puede afirmar que muchos de estos impedimentos son susceptibles de ser superados si se implementa la herramienta adecuada para fines de planificación patrimonial y sucesión; sea esta un fideicomiso testamentario o un fideicomiso de administración con cláusula mortis causa.

#### 10. Sociedades Mercantiles.

Las sociedades mercantiles se pueden entender como agrupaciones de personas físicas y/o jurídicas que se unen y se consolidan en forma legal bajo esquemas típicos del ordenamiento jurídico, para el cumplimiento de un objetivo común.

Las sociedades mercantiles, según el ordenamiento jurídico costarricense, son “personas” llamadas “jurídicas”, claramente estas no existen físicamente como un ser humano, pero a través de una ficción jurídica se les otorga

personalidad. Esta personalidad implica entonces que, se le reconoce a este tipo de sociedad la potestad de poseer derechos y contraer obligaciones. Así las cosas, de manera independiente y autónoma de los socios o fundadores, las sociedades mercantiles son consideradas personas independientes, que se hacen responsables de sus propias obligaciones y reclaman sus propios derechos.

Bajo el ordenamiento costarricense, los esquemas tipificados en la Ley, para las sociedades mercantiles son aquellos que se encuentran limitados por el Código de Comercio en sus artículos 5 y 17, este último nos indica de la siguiente manera: *Sin importar su finalidad son mercantiles: La sociedad en nombre colectivo, la sociedad en comandita simple, la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima.*

Es la usanza, en aras de evitar las trabas y tramitología que conlleva el proceso sucesorio, que las personas utilicen estos vehículos societarios para "disponer" de sus bienes en vida.

Los bienes se colocan bajo el cobijo de la sociedad mercantil, las acciones o cuotas sociales se disponen a nombre de la persona a quien se pretende suceder, manteniendo la representación judicial y extrajudicial aquel de quien, en la realidad práctica, es el dueño del o los bienes y/o derechos contenidos en la sociedad mercantil utilizada como vehículo para la futura "sucesión".

En resumen, en esta modalidad aquel que desea planificar sobre sus bienes y derechos los contiene en una sociedad mercantil y pone en poder de sus futuros sucesores las acciones o cuotas de dicha sociedad, más, sin embargo, por ley y en la constitución de dicha sociedad se establece como representante

al presidente (“dueño”), para mantener el poder del uso, disfrute y disposición de los bienes contenidos en ella. A la hora de su muerte, las acciones se mantienen a nombre de aquellos que ya de por sí, son tenedores de estas, los cuales cambian las normas constitutivas y/o reemplazan la posición de representante que ostentaba el difunto.

#### 10.1. Virtudes de las sociedades mercantiles en la sucesión de negocios.

La práctica de utilizar las sociedades mercantiles como vehículo de planificación patrimonial, es relativamente eficaz en cumplir los objetivos finales de aquel que tiene interés de prever sobre sus bienes y/o derechos, en tanto es un vehículo que permite eludir los costos y problemáticas de la tramitología y congestión del proceso sucesorio, además permite la disposición, digamos, fraccionada en tanto se puede distribuir diferentes acciones o cuotas a diferentes sujetos en diferentes porcentajes del patrimonio social.

Aunado a lo anterior, es posible englobar en una sola figura, como la sociedad mercantil, todos los bienes y derechos del futuro “causante”; simplificando, podría decirse, el trabajo de la disposición, de los mismos.

Finalmente se puede percibir positivamente de esta práctica, la realidad de que, gracias a la ficción jurídica los bienes no se mantienen en la esfera patrimonial, ni de aquel que pretende suceder, ni de aquel beneficiario de dicha disposición, si no que, se mantienen arropados por la sociedad

mercantil, por lo que los actos a título personal de cada uno de ellos no podrán, en principio, afectar los bienes contenidos en la sociedad.

Sobre las acciones se puede realizar de igual forma una donación con reserva de usufructo para que el dueño de la nuda propiedad de las acciones siga manteniendo cierto “control” sobre estas al conservar la propiedad y el derecho a voto en las asambleas extraordinarias y el donatario en las ordinarias, salvo pacto en contrario; todo acorde con el artículo 139 bis del código de comercio.

#### 10.2. Falencias de las Sociedades Mercantiles.

El uso de las sociedades mercantiles para la planificación patrimonial mortis causa, concentra en ellas varias falencias que debe contemplar aquel que pretende utilizar este vehículo jurídico con dicho fin.

En principio la creación de la sociedad mercantil no es gratuita y requiere de costos e impuestos, además de los honorarios del profesional aquel que la crea. En un segundo término al trasladar los bienes de aquel que los tiene en su esfera patrimonial, a la esfera patrimonial de la sociedad, habrá de pagar los impuestos de traspaso y derechos de registro por el traspaso de dichos bienes y los honorarios del profesional notario que trasmite el mismo. Y se deberá cancelar nuevamente los aranceles correspondientes si se quiere devolver los bienes a nombre personal.

Por otro lado, las sociedades mercantiles requieren un cierto costo anual para operar, uno de estos rubros será el pago periódico de los impuestos sobre las sociedades jurídicas. Este impuesto que se establece con la Ley N° 9428 y que rige a partir del 01 de setiembre del 2017. Estos son los rubros desglosados según dicha Ley:

Las sociedades inactivas pagarán el (15%) de un salario base (67.530).

Las sociedades activas con ingresos menores a 54 millones pagarán 25% de un salario base (112.550).

Las sociedades activas con ingresos menores a 126 millones pagarán 30% de un salario base (135.060).

Las sociedades activas con ingresos superiores a 126 millones de colones pagarán 50% de un salario base (225.100).

Considerando que este impuesto es anual, debe tomarse en cuenta como gastos de mantenimiento en los que hay que incurrir obligatoriamente para sostener las sociedades en uso.

Sumado a lo anteriormente dicho, es obligatorio, a partir de setiembre del 2019, realizar la declaración del “Registro de Transparencia y Beneficiarios Finales” del Banco Central anualmente so pena de multa de como mínimo 1,3 millones de colones<sup>76</sup>. Establecido así mediante *Decreto N°41040-H del 5-04-2018 y la Resolución Conjunta de Alcance General, DGT-ICD-R-14- 2019 del 8-03-2019*. Para este trámite deberá el presidente o gerente de la sociedad mercantil o en su defecto alguno personero con facultades suficientes contar con el dispositivo de Firma Digital para poder completar la declaración. En

---

<sup>76</sup> Decreto N°41040-H del 5-04-2018 y Resolución Conjunta de Alcance General, DGT-ICD-R-14- 2019 del 8-03-2019. Obtenido de: <https://www.hacienda.go.cr/contenido/14847-registro-de-transparencia-y-beneficiarios-finales-rtbf>, 19 de enero, 2020.

caso de que ningún representante cuente con la firma digital deberá acudir ante Notario Público a otorgar poder a favor de otro Notario Público para que éste sea finalmente el autorizado capaz de incluir la declaración del Registro de Accionistas, de esta forma se incurriría en un gasto adicional por todos los servicios notariales.

Por otra parte, fuera del tema económico, la disposición patrimonial mortis causa por este medio, no permite a quién tiene intención de suceder, dar mayor dirección a la disposición de dichos bienes. Entiéndase en este caso cómo *dirección* a la posibilidad que tiene el fideicomitente de establecer el tratamiento y las instrucciones de qué hacer con el patrimonio. Por ejemplo, en el *fideicomiso testamentario* o en el *contractual*, de moldear la forma en que se dispondrá de su patrimonio y del control que se mantendrá, sobre dichos bienes y derechos, como lo hace el fiduciario.

Aquel que utiliza las sociedades mercantiles como vehículo de sucesión podrá solo disponer el porcentaje de las cuotas o acciones de la sociedad que dejará a cada uno de sus sucesores y hasta ahí llegará su poder una vez fallecido, dejando en total poder de los sucesores su patrimonio de una sola vez, lo que en muchos casos no es la intención final de quien planifica.

Este medio de transmisión puede decirse que, obliga necesariamente (a menos de que el beneficiario final sea único) a la copropiedad, lo que puede generar conflictos varios o el aprovechamiento de un grupo de beneficiarios sobre un grupo menor. Entiéndase como que en una sociedad anónima en la cual se repartieron las acciones en porcentajes iguales entre cinco beneficiarios, tres o cuatro se agrupen en contra de los intereses de él o los otros.

Finalmente es también un peligro o falencia de este medio utilizado para la transmisión, que aquel que es dueño de los bienes y/o derechos y los engloba en un sociedad mercantil para su transmisión, solo tiene la posibilidad de dejarle a nombre de aquellos a quienes quiere suceder, las cuotas o acciones, lo que genera el riesgo de que los mismos se agrupen y le eliminen su representación judicial y extrajudicial, dejándolo por fuera de la sociedad mercantil y por lo tanto eliminando por completo su poderío sobre los bienes. La única solución sobre este tema será la donación de las acciones con reserva del usufructo vitalicio de acuerdo con el artículo 139 bis del Código de Comercio, o el endoso de los títulos físicos (mas no su entrega) de las cuotas o acciones, lo que supone en si mismo problemas sobre la fragilidad, de los mismos y de su resguardo.

#### **11. Sección II. Realidad del *Fideicomiso Contractual o Testamentario* como herramienta de planificación patrimonial sucesoria en el ámbito civil y empresarial.**

En el presente de trabajo de investigación se ha analizado el fideicomiso en su forma básica o genérica, así como diferentes tipos de fideicomiso que existen; siendo su base el de administración, el cual, reviste tremenda importancia ya que de éste surgen la mayoría de las modalidades del fideicomiso en nuestro ordenamiento. Aunado a esto se ha analizado de igual forma las partes que conforman el contrato fiduciario, sean estos los sujetos, el objeto, las finalidades y demás elementos conformadores del fideicomiso y por lo tanto del fideicomiso testamentario. Todo lo anterior en aras de identificar qué elementos componen y rigen el fideicomiso, las características y funcionalidad

de cada uno para comprender sus alcances, facultades, obligaciones y limitantes; esto con la finalidad de explotar al máximo las ventajas que ofrece la figura del fideicomiso testamentario y el de administración con cláusula mortis causa, ambos gozando de numerosas virtudes y facilidades, para contrastarlas con las de *figuras jurídicas convencionales* que son utilizadas como medios de sucesión y planificación y de esta forma determinar cuál es el instrumento jurídico idóneo para planificación y/o sucesión patrimonial.

Con la misma finalidad se han resaltado las falencias que adolecen los contratos de fideicomiso de administración y los constituidos vía testamento para tener una visión completa del panorama actual de estas figuras al ser aplicadas en la realidad socioeconómica costarricense y dilucidar si se pueden identificar como figuras idóneas de planeamiento económico.

#### 11.1. Funcionalidad del Fideicomiso contractual y Testamentario.

La subsección a continuación informa sobre las bondades percibidas del fideicomiso como herramienta de planificación patrimonial dentro de la legislación costarricense.

##### 11.1.1. Cumplimiento cabal de última voluntad.

La voluntad del testador o fideicomitente es uno de los elementos de mayor relevancia para la existencia de un fideicomiso, ya que sin la voluntad del fideicomitente de transmitir sus bienes y derechos al fiduciario para un determinado fin es imposible el nacimiento del fideicomiso a la vida jurídica.



Recordemos que el fideicomiso es un contrato que puede ser unilateral o bilateral dependiendo de su naturaleza, pero al ser unilateral se requiere la voluntad por escrito del fideicomitente o testador y nada más.

Es así, que siendo un aspecto tan importante la voluntad, debe de respetarse a cabalidad las manifestaciones de última voluntad de quien fideicomete su haber patrimonial, ya que son sus intenciones y deseos plasmados en papel de la forma en que se debe disponer de su patrimonio posterior al acaecimiento de su muerte. En este aspecto juega un papel crucial la confianza, con base en ella es que se designará al fiduciario, quien se supone es la persona o ente de mayor confianza del fideicomitente, ya que este le encargará todo o cierta parte de su haber patrimonial.

El patrimonio puede estar conformado por activos de gran valor, como una empresa, títulos valores, inversiones, los bienes familiares, en fin, todo esto para quien se nombre fideicomisario. En muchos casos los fideicomisarios o beneficiarios finales son familiares, como los hijos o el cónyuge y entonces adquiere aún más importancia la confianza sobre quién será el gestor fiduciario de los activos, para que este los administre eficientemente en apego a las instrucciones del contrato y los haga llegar de forma segura a quien el fideicomitente designó.

Es en este punto en concreto – el cumplimiento de la voluntad del constituyente - en que los instrumentos jurídicos utilizados convencionalmente para planificar y suceder encuentran una limitante grave debido a su naturaleza.

En primer término, institutos como la donación con reserva de usufructo y las sociedades mercantiles, no permiten la inclusión y aplicación de instrucciones precisas sobre la forma en que se debe disponer y/o administrar los bienes y derechos del patrimonio que el donante o accionista traspasa, lo cual puede distorsionar severamente la voluntad del transmitente, ya que la propiedad será traspasada al donatario y posterior a eso es libre de disposición, con las salvedades de que se reserve el usufructo de lo traspasado, sean bienes o acciones, pero aún así la nuda propiedad ya no le pertenece al donante, quedando facultado el donatario para disponer de los bienes respetando únicamente el usufructo.

Aunado a esto, el donatario, en el caso de donación de bienes, debe respetar las limitaciones correspondientes al artículo 292 del Código Civil cuando le hayan sido impuestas, ya que este es otro mecanismo utilizado para darle algún tipo de “planificación” al bien y que perdure un tiempo en manos del donatario. Esto con la intención de que el bien donado no sea enajenado de forma repentina, por el o los donatarios ante situaciones de necesidad económica u otra situación adversa que puede ser contemplada o no por el donante. Un claro y típico ejemplo en el ordenamiento costarricense es la donación que realizan uno o ambos padres de la propiedad inmueble que contiene el hogar familiar, a su hijo o hijos con la intención de que vivan en ella una vez acaecida la muerte de los progenitores, y como modo de protección – no de planificación - se establecen las limitaciones del artículo 292 para que el inmueble con el hogar donado mantenga su función de casa de habitación y no sea vendido en razón de una necesidad repentina por causa de

una mala administración de las finanzas del hijo o hijos, como no pocas veces ocurre.

Este tipo de situaciones poco pragmáticas se ven superadas con facilidad con la correcta redacción de un contrato de fideicomiso de administración con cláusula mortis causa o un fideicomiso testamentario, ya que en ambos es posible detallar con la mayor rigurosidad posible el destino y administración de los bienes y/o derechos fideicometidos mediante instrucciones precisas que permitan asimilar la realidad de una forma más práctica y no solo limitando la enajenación de la propiedad por un periodo de tiempo.

#### 11.1.2. Planificación patrimonial.

Puede sostenerse que el proceso de planificación patrimonial consiste en el diseño e instrumentalización de estrategias de largo plazo con el objeto de proyectar los negocios teniendo en mira el uso, corrección y disposición del patrimonio para su mejor aprovechamiento y para protección del heredante, y de quienes de él dependen.<sup>77</sup>

Las crisis de las empresas en ocasiones devienen por la falta de planificación y la inclusión de nuevos socios ajenos a la empresa, por lo que se va perdiendo la *affectiosocietatis*, esa voluntad de unión que fue la naturaleza de constitución de la empresa ya sea familiar o no.

Precisamente, planificar permite “tomar control” articulando intereses, deseos y necesidades de heredante y herederos, evitando, en definitiva, que la

---

<sup>77</sup> Carregal, Mario A. Op. Cit., p. 8.

desgracia familiar se convierta en tragedia económica. Un buen plan de futuro surge de los intereses personales, de la determinación de las metas de la familia y del consenso de lo que es justo. No hay otro modo de hacerlo, pues una política de igualdad absoluta plantea innumerables dilemas en la división de la herencia. La tarea de definir igualdad para todos en familias numerosas y complejas (ensambladas, multi-jurisdiccionales, con hijos de diferentes capacidades, en distintas franjas etarias o con disímiles aptitudes y necesidades) provoca, a menudo, crisis muy difíciles de superar, ya que “*justicia*” no significa necesariamente “*igualdad*” y en estos términos es mejor aplicar la “*equidad*”<sup>78</sup>.

Aún con herramientas como el fideicomiso no es posible prever todas las posibles situaciones que puedan acontecer en una empresa o una familia, pero sí es posible minimizar los impactos o asumir sin tanta dificultad situaciones complejas que surjan respecto a orden y administración en los bienes.

Es por esto, que el fideicomiso testamentario o el fideicomiso clausula mortis causa se presentan como herramientas de planificación patrimonial con mejores cualidades sustantivas. Porque permite la redacción concisa de instrucciones, permite darle dirección a los bienes y se puede incluir cualquier indicación que sea necesaria, mas no ilegal, para que el fideicomiso funcione de la forma en que el fideicomitente quiere o quiso.

En el ámbito empresarial, con estas herramientas, es posible de igual forma establecer los lineamientos precisos para que la empresa continúe operando armoniosamente incluso después del fallecimiento del constituyente. Ya que

---

78 Ibid., p. 10.

las disputas empresariales suelen comenzar al no continuar el dueño original (cabeza de familia en algunas ocasiones) por fallecimiento o incapacidad; y es donde empiezan las pujas de los bandos familiares para querer controlar la empresa de determinada manera. Estos aspectos pueden controlarse si el fideicomitente deja establecido la forma en que deba administrarse la empresa, las utilidades y los activos; o en defecto la respectiva disposición de cada uno de estos.

Es así, que, mediante la institución de la fiducia, se puede encargar la administración empresarial para preservar la esencia que ha llevado el negocio al éxito, o sea mantener su giro comercial, su calidad y lo que lo distinga. Ya sea que el propio fiduciario designado para tal efecto administre directamente o se le encomienden tareas para que pueda incidir en la dirección empresarial, así como labores de fiscalización para monitorear con constancia el desempeño de la empresa.

#### 11.1.3. Fideicomisarios y beneficiarios menores de edad e incapaces.

De conformidad con el Código Civil de Costa Rica, la capacidad jurídica es inherente a las personas durante su existencia, de un modo absoluto y general.

En lo que respecta a las personas físicas, esta capacidad puede verse limitada o modificada de acuerdo con la ley, por su estado civil, su capacidad volitiva o cognoscitiva, o su incapacidad legal, mientras que las personas jurídicas estarán limitadas por lo que la ley que permita su creación indique.

Así mismo, el menor de quince años es absolutamente incapaz para obligarse por actos o contratos que personalmente realice, mientras que aquellos que lleve a cabo una persona mayor de quince y menor de dieciocho serán relativamente nulos y podrán anularse a solicitud de su representante o del mismo menor, cuando alcance la mayoría de edad, salvo casos específicos señalados en el artículo 39 del Código Civil indicado y además cuando no trate de actos ilícitos. En lo que concierne al otorgamiento de contratos por parte de aquellos cuya capacidad volitiva y cognoscitiva, se encuentre limitada por legislación, éstos serán relativamente nulos, salvo que la incapacidad haya sido declarada judicialmente, en cuyo caso serán absolutamente nulos.

Anteriormente, las personas en estado de interdicción o insania no tenían la posibilidad de recibir bienes provenientes del patrimonio sometido a planificación lo cual representa una problemática en otros instrumentos ya que los incapaces no tenían capacidad jurídica para contratar, pero nada les impedía el recibir dividendos para sí, por medio de fideicomisos aptos para estas situaciones no contempladas en la ley.

Actualmente, por medio de la ley número 9379 “Ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad” que entró a regir en el mes de agosto del 2016, lo que pretende es “devolver” parcial o totalmente, según sea el caso, la capacidad jurídica y los derechos a las personas con discapacidad.

Realizando una revisión del texto de la norma se colige que se deroga el articulado correspondiente a la curatela y el proceso de insania y se introduce la denominación “*Salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con*

*discapacidad*”. Este proceso de salvaguardia tiene como figura principal al “garante” el cual es la sustitución de las figuras derogadas mencionadas anteriormente. El garante funge para asegurar el goce pleno del derecho a la igualdad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, mental y psicosocial, le garantiza la titularidad y el ejercicio seguro y efectivo de sus derechos y obligaciones.

Así de igual forma se distingue como figura novedosa la “*asistencia personal humana*” dentro de la ley en estudio. Esto es aquella persona, debidamente capacitada para brindarle servicios de apoyo al incapaz en la realización de las actividades de la vida diaria a cambio de una remuneración.

La Ley por medio de estas figuras pretende que todas las personas con discapacidad gocen plenamente de igualdad jurídica, lo que implica: a) El reconocimiento a su personalidad jurídica, su capacidad jurídica y su capacidad de actuar. b) La titularidad y el legítimo ejercicio de todos sus derechos y atención de sus propios intereses. c) El ejercicio de la patria potestad, la cual no podrá perderse por razones basadas meramente en la condición de discapacidad de la persona.

Por lo tanto, se evidencia que la ley número 9379 es un gran aproximamiento a “devolverles” a las personas con discapacidad la plenitud de sus derechos para que estos últimos puedan llevar a cabo una vida integral.

No obstante, hay que tener en cuenta que siempre existirá un grupo de personas que por su nivel de incapacidad no podrá ejercer ciertos derechos como la titularidad y disposición de bienes debido a que su estado lo impide

ya que son personas que por su grado de incapacidad no pueden tomar decisiones inclusive.

Si bien es cierto, que fue creada la figura de la “asistencia personal humana” para apoyar al incapaz en sus actividades diarias cabe recordar que la ley otorga únicamente este servicio a quien no pueda sufragar asistencia privada por lo que se debe de cumplir una serie de requisitos técnicos para ser merecedor de tal servicio que en todo caso tiene un límite.

Siendo que la ley no puede afectar positivamente a todas las personas con discapacidad o que para algunas no es funcional, es que se debe voltear la mirada a otras herramientas jurídicas del ordenamiento en busca de soluciones específicas para situaciones particulares. Y es que el fideicomiso por su naturaleza representa esto último, un “traje a la medida” para quien lo requiera.

Mediante la figura del fiduciario es posible asegurar una cantidad determinada de utilidades que le tengan que ser entregadas a quien represente al incapaz o a este mismo, para la manutención de este último durante su vida.

En el caso de las personas menores de edad, estos sí pueden recibir bienes, pero únicamente por medio de la representación y será aprovechable hasta que el menor cumpla la mayoría de edad, esto hace que los bienes no sean completamente tangibles para el menor y no se sabe si los bienes y recursos destinados al menor serán empleados de la mejor manera para él a falta de lineamientos que sean de acatamiento obligatorio.

Como lo indica Pérez (2011) en la revista VIA IURIS:



La figura del fideicomiso, ya sea constituido este por acto inter vivos o mortis causa puede resultar idónea para la protección de personas con discapacidad o dependencia económica, así como también para menores, al rentabilizarse un patrimonio en manos expertas como las de un banco que se dedique con regularidad a la administración de fideicomisos, de modo que los frutos civiles que rinda el patrimonio fideicometido le reportarán una verdadera utilidad en el orden patrimonial al beneficiario, máxime cuando su discapacidad o minoridad no le favorecen a procurarse tales ganancias.<sup>79</sup>

Así las cosas, es rescatable este aspecto positivo del fideicomiso bajo el entendido de que, la fiducia se presenta como una buena opción para dejar un patrimonio en manos de un administrador (fiduciario) y que este lo administre a favor de menores o incapaces según sea el caso. Esto es posible debido a que por medio del contrato de fideicomiso se pueden direccionar los bienes mediante instrucciones precisas para que los frutos y eventualmente los mismos bienes lleguen provechosamente al o los destinatarios predeterminados en contrato.

## 11.2. Adversidades del Fideicomiso cláusula mortis causa y Testamentario en su aplicación práctica.

En la presente subsección se pretende hacer exposición de potenciales inconvenientes y desventajas del fideicomiso como vehículo jurídico para la planificación y traslación patrimonial a causa de la muerte.

---

<sup>79</sup> Gallardo, L. *Fideicomiso constituido por testamento: Una mirada desde el derecho latinoamericano*. Revista *Vía Juris*, (11), 2014, pp. 11-35. Recuperado a partir de: <https://revistas.libertadores.edu.co/index.php/ViaJuris/article/view/124>.

### 11.2.1. Aspectos tributarios y costos de administración del fideicomiso testamentario.

A lo largo de la presente investigación se recalca con alguna insistencia en los beneficios que conlleva el utilizar una herramienta jurídica como lo es el fideicomiso, sea contractual, o constituido por testamento; para fines de planificación patrimonial sucesoria.

Las propiedades sui generis de la cual goza la figura permite al usuario que la requiere obtener múltiples ventajas de ella; como planificación, ductilidad, autonomía patrimonial, seguridad jurídica y celeridad. No obstante, debemos aclarar que al implementar una figura como el fideicomiso a la hora de planificar y suceder se debe de realizar un estudio íntegro de todos los aspectos que pueden entrar en juego, ya sea al momento inmediato, o a lo largo del tiempo que opere la figura. Entre todos estos aspectos de interés a considerar se encuentra por supuesto el tema de los costos de operación y el tratamiento fiscal.

Consideramos que es de vital importancia analizar los temas de costos, así como de tributos fiscales en los que se debe incurrir al constituir un fideicomiso de esta modalidad.

De acuerdo con el artículo 662 del código de comercio y el criterio externado por la Procuraduría General de la República en su dictamen C-285-2017, todos los bienes registrables, muebles e inmuebles, al ser traspasados en propiedad fiduciaria y posteriormente del fiduciario a un tercero distinto del fideicomitente, deberán cancelar los timbres respectivos por concepto de impuesto de traspaso y timbres de registro. Veamos:

Como ya se indicó, la regulación que el primer párrafo establece concierne los fideicomisos de garantía de bienes inmuebles que presenten las condiciones que allí se indican. No existe ninguna disposición en el primer párrafo que permita considerar que se aplica a otros fideicomisos y, en particular, a los fideicomisos de garantía de bienes muebles, que para efectos tributarios se regulan en el segundo párrafo del artículo 662. Dicho párrafo no contiene ninguna frase que permita considerar que es aplicable a otros fideicomisos. Si la pretensión del legislador hubiese sido que por medio de este párrafo se regularan todos los fideicomisos de bienes muebles e inmuebles fideicometidos, no habría establecido en el segundo párrafo que “cuando el fiduciario los traspase a un tercero diferente del fideicomitente original deberá cancelar la totalidad de los cargos por concepto de derechos de registro y demás impuestos que correspondan por esa segunda inscripción...” porque el primer párrafo ya disponía que “cuando el fiduciario traspase los bienes fideicometidos a un tercero diferente del fideicomitente original, se deberá cancelar la totalidad de los cargos por concepto de derechos de registro y demás impuestos que correspondan por esa segunda inscripción, incluido el impuesto sobre traspasos de bienes inmuebles.”<sup>80</sup>

No existe ninguna exención fiscal, salvo que sea un fideicomiso de garantía sobre un inmueble y se cumplan los siguientes supuestos:

- 1-. Inscripción del traspaso del inmueble en el Registro Público a favor de un fiduciario.
- 2-. Que el fiduciario esté inscrito ante la SUGEF, en esa calidad.
- 3-. Que el fideicomisario sea una sociedad o empresa dedicada a prestar servicios financieros y esté debidamente inscrita ante la SUGEF.
- 4-. Que la exención se otorga y se mantiene mientras los bienes permanezcan en el fideicomiso y constituyan una garantía para la operación financiera o crediticia.<sup>81</sup>

---

80 Dictamen C-285-2017 05 de diciembre, 2017. Procuraduría General de la República.

81 Ídem.

Según lo esbozado, ni los tipos de fideicomiso en estudio, y prácticamente ningún otro, califican para optar por la exención fiscal según la norma, debido a ello deben pagar los tributos señalados por la ley sin excepción.

El Registro Nacional de la propiedad, por su parte, aplica de igual forma este criterio desde que emitió la *CIRCULAR RIM-020-2012*, en la cuales unifican criterios estableciendo que todo traspaso de bienes a favor de fideicomisos distintos al de garantía deben cancelar los timbres de impuesto de traspaso, registro y abogado. Por tanto, no hay una exención de ningún tipo en el tema tratado, con la salvedad de bienes inmuebles en fideicomiso de garantía que cumplan los requisitos supra citados.

Aunado a esto, es pertinente incluir los costos de la labor notarial al constituirse y dotar de un patrimonio al fideicomiso. De acuerdo con el *Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado*, la constitución de fideicomisos devengará honorarios calculados sobre la cuantía del contrato, pero siempre devengando un mínimo de ciento ochenta y un mil quinientos colones, sin perjuicio del monto total que se podría calcular sobre una gran masa de bienes. Además, de igual forma se debe cancelar honorarios por concepto de los traspasos de cada a uno de los bienes los cuales se calculan por el mayor valor del bien, entre el valor real y el de hacienda, siempre manteniéndose un cobro mínimo de honorarios más impuestos, sin perjuicio del valor de los bienes sobre el que pueda realizarse el cálculo de los costos de honorarios.

En este mismo orden de ideas se debe agregar que, dependiendo de la naturaleza del fideicomiso o el interés del fideicomitente, es posible nombrar

instituciones financieras como fiduciarios al tratarse de fideicomisos cuantiosos en donde se pretende asegurar la custodia y el destino de los bienes, así como garantizarse seguridad jurídica. Es por esto, que quien constituye un fideicomiso busca respaldo en quien tenga experticia como administrador fiduciario. En este caso los bancos han encontrado un nicho atractivo de mercado y los mismos ofrecen paquetes de administración de fideicomisos, algunos de ellos tanto contractuales como testamentarios.

El detalle de esto, visto bajo la óptica de los costos, son los gastos de formalización y administración que requieren las entidades financieras para llevar a cabo la operación fiduciaria con sus clientes.

Según los datos recopilados en algunos entes financieros públicos y privados, reflejan que en general existen costos de administración bancaria que pueden considerarse elevados; veamos: En una institución financiera estatal como el Banco Nacional de Costa Rica, por la constitución de un fideicomiso por un monto de \$30.000, el costo de administración ronda el 1% anual del patrimonio fideicometido, más los gastos de formalización.<sup>82</sup> En una institución bancaria privada como el BAC San José una operación de constitución de un fideicomiso de administración con cláusula testamentaria, conlleva un monto de gastos administrativos mensuales de \$150 y la constitución del contrato legal ronda los \$1.000. Todo monto se encuentra sujeto a cambios dependiendo del valor del patrimonio, la naturaleza y especificaciones del contrato.

---

<sup>82</sup> Entrevista Santiago Salas, Dirección de Fideicomisos Banco Nacional de Costa Rica. Obtenido de: Curso de Fideicomiso Testamentario y Administración de Acciones, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 3 y 5 de diciembre de 2019.

Es más que evidente que quien requiera los servicios fiduciarios de una entidad financiera debe constituirlo sobre un patrimonio que genere sus propios réditos, o sea sobre un “patrimonio en marcha”, o sobre un haber hereditario tan cuantioso que los costos de constitución, administración y ejecución no “devoren” el patrimonio mismo. Lo anterior debido a que, si el patrimonio a fideicometer se encuentra conformado por bienes que no generan ninguna utilidad, como la casa de habitación familiar y/o los vehículos personales, por ejemplo, en poco tiempo el valor de administración bancaria superará el patrimonio fideicometido y quedará el fideicomiso sin objeto.

A través del aspecto económico desarrollado se vislumbran dos panoramas: 1) Los fideicomisos de administración (inter vivos) y testamentarios que ofrecen las entidades financieras no son idóneos para cualquier tipo de patrimonio, esto debido a los altos costos de administración. Por el contrario, como ya se indicó, el patrimonio debe tener suficiente solvencia para soportar los gastos, o generar utilidades provenientes de un *patrimonio en marcha*, entendido este como una o varias actividades comerciales consolidadas, capaz de asumir sus propios costos por medio de las utilidades que genera y además aumente el haber con el remanente. 2) Los sujetos que requieran de un fideicomiso testamentario sin incurrir en costos tan altos de administración, por cualquiera que sea la naturaleza, podrán encontrar una opción más asequible contratando un fiduciario físico, de forma tal que se pueda negociar los honorarios de este estableciendo una suma prudencial.

En este sentido es primordial destacar el papel que puede realizar un fiduciario designado dentro del mismo ámbito familiar, asemejándose tal función a la figura del albacea de la sucesión. O sea, designar en el cargo del fiduciario a

quien normalmente se eligiera en el cargo de albacea, por motivos de confianza y también de parentesco familiar, para poder pactar de previo un monto prudente de honorarios y de esta forma abaratar más la operación de un fideicomiso, (sobre todo si conlleva la administración de bienes) y poder hacer el fideicomiso un poco más asequible.

Actualmente, permanece un impedimento práctico frente a este tema y es que los fiduciarios, aún físicos, deben estar inscritos ante la SUGEF por el solo hecho de que “administren recursos”, lo cual sigue entorpeciendo la figura y restándole agilidad comercial.

#### 11.2.2. Demanda de fideicomiso testamentario

Luego de haber analizado el tema de costos y gastos en los que se incurre al existir la voluntad de constituir un fideicomiso, se presenta un panorama con una visión un poco onerosa de lo que puede representar contratar una figura así, más aún en los casos en los que se requiera una entidad bancaria o financiera como fiduciario.

En estrecha relación con este aspecto es necesario analizar y comentar qué tantas personas considerarían realmente necesario el utilizar esta figura y qué tan accesible es económicamente. Ya que quien lo haga debe planificar con cierta rigurosidad el presupuesto del que dispone y además cuestionarse si las circunstancias y el patrimonio que posee son las idóneas para crear un fideicomiso contractual o testamentario, o reformular elegir otra vía.

Siendo, así las cosas, el umbral de accesibilidad que pueda tener una persona al fideicomiso testamentario como herramienta de planificación patrimonial se estrecha cada vez más proporcionalmente en relación con sus ingresos y su patrimonio. Y en un país de pequeñas dimensiones con la economía actual que rige el territorio, la mayoría de las personas no gozan de salarios o ingresos caudalosos como para acumular un patrimonio considerablemente cuantioso y planificar con él; será el caso de una minoría. Es por esto, que es imprescindible tener en consideración la demanda que pueda tener una herramienta como el fideicomiso en nuestro país a la hora de planificar y de suceder, como una arista más al proponer el fideicomiso testamentario como el mecanismo con más idoneidad para tales fines.

Dada la estructura del ingreso capital y la distribución de la riqueza en nuestro país, la cúpula de la pirámide económica muestra un reducido número de personas con patrimonios importantes. De acuerdo con el último estudio de ingresos por persona en el sector público y privado costarricense del año 2017 presentado por la Dirección General de Hacienda, solamente 44 costarricenses devengaban ingresos por más de 35 millones de colones mensuales. El resto del décimo decil el cual contiene la población con la mayor capacidad económica y la cual puede ser candidata para el uso de fideicomiso mortis causa en tanto devengan los ingresos más cuantiosos en comparación con el resto de la población de igual forma abarcan una cantidad reducida de personas. Lo anterior sin entrar en la discusión de que gran parte de la población aun y cuando se encuentren en el décimo decil no por ello necesariamente poseen un patrimonio en marcha, o requieran de un tratamiento especial en cuanto a la sucesión en tanto, este decil abarca a



quienes perciben de entre 35 millones de colones hasta 1,5 millones de colones mensuales, podría decirse con vista en esta información que prácticamente los otros 9 deciles y la mitad del décimo decil se reduce la posibilidad de requerir el uso de fideicomisos de planificación, dados sus costos de constitución, traspaso, administración fiduciaria y realidades prácticas.

Con base en este punto es que se remite a líneas anteriores en donde ha quedado claro que para la constitución de fideicomisos de administración con cláusula mortis causa, o de fideicomisos testamentarios, se estila hacer sobre patrimonios sustanciales, sobre todo sobre aquellos patrimonios puestos “en marcha”, sean desarrollos, inversiones, alquileres, negocios en general, los cuales permiten pagar sin ningún riesgo los costos de administración comerciales (sean bancarios y/o notariales) y además simultáneamente seguir produciendo capital para aumentar el patrimonio fiduciario y/o distribuir utilidades a los fideicomisarios-beneficiarios.

Por lo tanto, se arriba a la conclusión de que existen patrimonios que no son aptos para constituir un fideicomiso (de cualquier naturaleza) debido a que dependiendo de algunas circunstancias; como el valor del patrimonio, la finalidad que se le dé al mismo, la designación de fiduciario, entre otros, pueden generar altos costos y gastos por concepto de administración que encarecen tanto el fideicomiso hasta el punto de no ser viable.

### 11.2.3. Repercusión de la Ley N° 8204, Artículo 15 en la figura del Fideicomiso.

*Ley número 8204 y circular 10-2010 de la SUGEF:* La Superintendencia General de Entidades Financieras emitió una circular en la cual indica los tipos de fideicomiso que, a su criterio, obligan al fiduciario a estar inscrito ante ella. Esto con motivo de la Ley N° 8204 “*Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo*”, artículo 15, que obliga a aquellos que administren recursos de terceros a inscribirse ante la SUGEF.

*El artículo 15 establece que aquellos que se dediquen a la administración de fideicomisos estarán obligados a inscribirse ante la Superintendencia General de Entidades Financieras sin conceptualizar puntualmente ni hacer diferenciación entre administración de “recursos financieros” y administrar cualquier otro tipo de recurso. Esta disposición carece de sentido cuando la expectativa es que se crean muchos fideicomisos que no necesariamente conllevan la administración de recursos financieros y, sin embargo, la ley, por algún error legislativo o por omisión no hace diferencia expresa entre aquellos que administren bienes, pero no recursos financieros y aquellos que sí administran dichos recursos<sup>83</sup>.*

#### **Artículo 15.**

A efectos de combatir la legitimación de capitales, el financiamiento al terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva, estarán sometidos a esta ley quienes desempeñen las siguientes actividades:

---

83 Esquivel Favareto. Op. Cit., p.148.

**d)** La administración de recursos por medio de fideicomisos o de cualquier tipo de administración de recursos, efectuada por personas jurídicas, que no sean intermediarios financieros.

**Artículo 15 bis.**

Las personas físicas o jurídicas que desarrollen las siguientes actividades deberán cumplir las mismas obligaciones establecidas en los incisos del a) al i) del artículo anterior, conforme al alcance que sea compatible de acuerdo con su respectiva naturaleza, incluyendo el deber de inscripción ante la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF), sin que por ello se interprete que están autorizadas para operar, y deberán someterse a la supervisión de esta Superintendencia, respecto de la materia de prevención de la legitimación de capitales, el financiamiento al terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, bajo un enfoque basado en riesgos que establezca el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (Conassif) mediante normativa prudencial, incluyendo el régimen sancionatorio establecido en el artículo 81 de la presente ley. Esta normativa deberá consultarse previamente a los sectores regulados. Solo mediante resolución motivada el Conassif podrá apartarse del criterio de los sectores regulados.

Estará sujeto a esta obligación quien desempeñe las siguientes actividades:

**f)** Los proveedores de servicios fiduciarios, incluyendo quienes participen en la creación, el registro y la administración de fideicomisos.

Hay que recordar que el principal componente de la obligación consiste en la administración de fideicomisos o de recursos de terceros, definición que la misma autoridad ha omitido. Por lo que se genera una incertidumbre entre la verdadera fiscalización de actividades relacionadas con fondos de terceros y el deseo de inmiscuirse en las relaciones netamente comerciales entre sujetos de derecho privado.

Lo anterior además de generar inseguridad jurídica, eventualmente se presentará como un obstáculo para constituir un fideicomiso y nombrar un fiduciario, ya que este último debe estar suscrito a la SUGEF en determinados casos a pesar de que no es completamente claro en cuáles. Para la inscripción registral de bienes en propiedad fiduciaria, es necesario que el Notario Público de fe de que la sociedad se encuentra autorizada en sus estatutos para administrar fideicomisos y así mismo de que dicha sociedad se encuentra inscrita ante la SUGEF, con las salvedades dichas. Siendo este un trámite más dentro de la burocracia que puede entorpecer la constitución y el desarrollo de fideicomisos opacando la utilidad de estos contratos.

### 11.3. Soluciones para el Fideicomiso Testamentario y de planificación patrimonial, frente a los problemas actuales de planificación patrimonial.

Esta subsección tiene como objetivo el planteamiento de diferentes propuestas para el fortalecimiento e incentivo del uso de la figura del fideicomiso testamentario entendidas sus bondades y fortalezas.

#### 11.3.1. Exoneración parcial o total de impuesto de traspaso sobre bienes.

De acuerdo con el tema de aspectos económicos y gastos, analizado a la hora de constituir y operar un fideicomiso de planificación patrimonial, es evidente que actualmente existe un rezago de la institución del fideicomiso que tiene su origen en los altos costos que demandan este tipo de contratos.

Según lo esbozado en líneas anteriores, uno de los costos más elevados del fideicomiso surge a razón de los altos aranceles de administración, del mismo, lo cual puede considerarse un asunto de carácter meramente privado-comercial y que es optativo -en principio- para todo aquel usuario que pretenda ser fideicomitente.

Pero por otro lado existen rubros correspondientes a impuestos, timbres, gastos; y que deben ser cancelados según las leyes y criterios registrales obligatoriamente. Por ejemplo, el impuesto de traspaso y los timbres por derechos de Registro cada vez que se traspase un bien.

Y este segundo elemento es de gran interés, ya que como se expuso, debido a la reforma establecida por el artículo 8 de la N° 9069 del 2012 "*Ley de Fortalecimiento de la Gestión Tributaria*" es que se modifica el artículo 662 del Código de Comercio, cobrando impuestos de traspaso, timbres y derechos de registro por los bienes que salgan del patrimonio fiduciario hacia un tercero que no sea el fideicomitente.

Esbozado lo anterior, se logra colegir que si lo que se pretendiera es un mayor uso y aprovechamiento del fideicomiso con todas sus bondades, deberían de establecerse exenciones, sean totales o parciales, para algunos tipos de fideicomiso dependiendo de su naturaleza o fines específicos; así como se exonera al fideicomiso de garantía. Un claro ejemplo sería el hecho de exonerar el traspaso de bienes registrales en fideicomisos hereditarios y que existan apartados dentro del Registro que califiquen y corroboren esa naturaleza.

De encontrársele utilidad el legislador podría, según lo estudiado, reformar el artículo 662 del Código de Comercio (a su vez ya anteriormente reformado por la Ley de Fortalecimiento de la Gestión Tributaria, en su artículo octavo) o agregar un nuevo artículo, para que el mismo contenga en sí, una exoneración de cargas tributarias como se hace ya para el fideicomiso conocido como “de garantía”, pero esta vez para el fideicomiso “testamentario” o “mortis causa”. Está de más decir que, al igual que se da con el fideicomiso de garantía, sería necesario definir de forma clara y con buena técnica legislativa, en este mismo artículo aquello que se entendería por fideicomiso testamentario; en principio, este puede ser descrito como:

“Aquel fideicomiso que se encuentre enmarcado dentro del testamento del fideicomitente, que contenga voluntades y fines hereditarios”.

“Aquel fideicomiso, o parte, del mismo, que se sujete a cláusula suspensiva la cual sea la muerte del propio fideicomitente y que contenga fines hereditarios”.

Es posible también, la opción de crear una figura como el “fideicomiso civil”, en el Código Civil, el cual daría espacio también para definir esta nueva figura con derechos y obligaciones para un fideicomiso que tenga como fin la herencia, una vez más, limitándolos a aquellos que posean cláusula suspensiva con relación a la muerte del fideicomitente o que encuentre su génesis en el

testamento del fideicomitente; a su vez eliminando cargas tributarias por su interés público ya anteriormente justificado.

Sería preferible que se forme, en estos casos en el Registro Nacional, una sección especializada que analice y filtre los fideicomisos; los catalogue como “con fines hereditarios” o “de garantía”, por así llamarlos, para que estos gocen, a la hora de realizar los traspasos necesarios, de la exoneración mencionada.

#### 11.3.2. Qué la figura del fiduciario testamentario desplace la del albacea.

En estrecha relación con el tema anterior, dentro de todos los aspectos económicos a tomar en cuenta para iniciar un fideicomiso, inter vivos o mortis causa, debe considerarse los honorarios del fiduciario por la labor a desempeñar. Ha quedado plasmado que cuando el que debe fungir como administrador fiduciario es una persona jurídica o un ente financiero, los costos serán más elevados que si se designara un fiduciario físico particular, lo anterior por motivos obvios de que existe una gran diferencia de los servicios que puede brindar el primero gracias a sus estructuras comerciales y financieras consolidadas, versus el segundo –persona física-.

Tomando esto en cuenta, se debe considerar lo expuesto en referencia a darle un papel más protagónico al fiduciario testamentario encomendándole todas las funciones posibles, en la redacción del testamento, respecto a la disposición de bienes y administración de patrimonio, restándole obligaciones al albacea a tal punto de que solo deba aparecer para transferir los bienes al fideicomiso. Todo esto con el afán de realizar una traslación expedita de los

bienes y que sean aprovechables, ya que entre menos dure el patrimonio en el proceso sucesorio mejor.

Entonces se presentan dos aspectos positivos del fiduciario como persona física. Primero el poder abaratar los costos del fideicomiso pactando honorarios razonables de previo con el fiduciario a fungir. Aún mejor en los casos en que el proceso sucesorio es meramente familiar y se pueda designar a quien sería eventualmente albacea, como fiduciario para la gestión de los bienes.

Segundo: El hecho de que los bienes pasen del sucesorio (albacea) al fiduciario a la mayor brevedad posible le dará mayor tangibilidad al patrimonio. Ya que el haber hereditario es sumamente rígido de aprovechar dentro del proceso sucesorio y no es disponible, ni hablar cuando existe contención. Una vez en propiedad fiduciaria existe un amplio margen de maniobrabilidad y disposición, del mismo de acuerdo con la voluntad del fideicomitente o de los fideicomisarios.

### 11.3.3. Aclaración de las circulares emitidas por la SUGEF respecto a la administración de fideicomisos sobre recursos financieros.

Con la creación de la Ley N° 8204 “*Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo*” y su reforma, específicamente el artículo 15 y la circular 10-2010 emitida por la SUGEF, se obliga a las personas, físicas o jurídicas, a estar inscritas ante la SUGEF solo por el hecho



fáctico de “administrar recursos de terceros”. Esta última frase como hemos expuesto, al ser indeterminada porque no especifica cuáles “recursos” (dólares, títulos valores, camotes, ganado, propiedades, sillas) denota una generalidad muy amplia de lo que pueda entenderse por “recurso”, sin quedar claro cuáles recursos en específico le importan a la SUGEF.

Es de recalcar nuevamente lo expresado por Esquivel Favareto quien explica que estos casos, sean causados por una omisión legislativa o aprovechado por la SUGEF para interpretar por su propio criterio, obligan a instituciones como el Registro Nacional a solicitar a los Notarios dar fe de la inscripción del fideicomiso ante la SUGEF cuando el fiduciario administre lo que sea.

Este es un trámite burocrático más que se añade al proceso de constitución de fideicomisos, restándole dinamismo y pragmatismo a la figura opacando su virtudes y funcionalidad.

Es por todo esto que lo deseable como solución es; primero la emisión de una aclaración por parte de la SUGEF en la que solo se deban inscribir aquellas personas (físicas o jurídicas) que se dediquen a la administración de recursos financieros.

La otra propuesta a destacar que tiene incidencia directa en el tema anterior es el hecho de reformar la ley N° 8204, específicamente su artículo 15 y 15 bis para que donde se establece la “administración de recursos” se lea: “administración de recursos financieros”. Y así se excluye a todos aquellos fideicomisos que quieran constituirse para la administración de cualquier otro tipo de bien.

#### 11.3.4. Consolidación de un registro eficiente de fideicomisos en el Registro Nacional.

En la actualidad el Registro Nacional maneja la información de fideicomisos de forma separada, pero quizás no de la forma más eficiente y accesible para los usuarios. Actualmente, quien requiera información sobre bienes o derechos sometidos a propiedad fiduciaria únicamente puede consultar en la página web del registro que el bien consta con esa condición; “en propiedad fiduciaria”. Debido a esto, quien requiera información completa y esencial del contrato fiduciario deberá de solicitar una certificación de fotocopia del contrato fiduciario completo y aunque lo obtenga, si no posee conocimientos en Derecho con un poco de orientación en materia fiduciaria probablemente no sea entendible la mayor parte del texto, lo cual configura una limitante al acceso de información que en principio es pública.

Es por esto que se sugiere como una recomendación el modificar la información que se presenta en Registro respecto a fideicomisos, debiendo darle aun mayor publicidad registral a la figura, mostrando elementos esenciales como: Duración del contrato fiduciario, objeto (totalidad de bienes que afecta), el fin, partes, sustitución de bienes, en fin, información elemental y que se pueda consultar fácilmente para que el principio de publicidad registral sea realmente efectivo y a su vez se merma paulatinamente la ignorancia que hay sobre la figura fiduciaria y se da seguridad jurídica al usuario costarricense.

## **Conclusiones.**

### **Propiedad privada, sucesión y planificación patrimonial como elementos jurídicos, sociales y económicos relevantes.**

Costa Rica se encuentra inmersa en una lógica iusnaturalista que designa la propiedad privada como un derecho fundamental de la persona, es evidente pues, que el cuerpo jurídico protege desde el rango constitucional la libertad de ser propietario.

El artículo 45 de la carta magna materializa este paradigma, forjando la base del derecho de propiedad; el mismo refiere: *“La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado (...)”*.

El concepto del derecho de propiedad ha continuado en desarrollo, mutando hacia una visión y principio, que da mayor valor a su función social; se dice que, la utilización de los bienes no es el objetivo final de la propiedad privada. La explotación del bien debe de contribuir al beneficio social. Entiéndase entonces, que la propiedad privada, su uso y disfrute no son un fin en sí mismos, si no que existen, se regulan y protegen como un elemento de beneficio para el colectivo social. El derecho a la propiedad privada como se regula en nuestro ordenamiento es base primaria de nuestro Estado de Derecho y nuestra dinámica social y económica, la libertad de poseer, de acumulación de la propiedad y la inviolabilidad de esa libertad es piedra angular de nuestro quehacer social y económico.

Así las cosas, aparece la complejidad no menos significativa del futuro de la propiedad acumulada durante la vida al confrontarse con el escenario de la

muerte, he ahí la significancia de lo que llamamos *sucesión y planificación patrimonial*.

La sucesión y la planificación patrimonial nacen como consecuencia de un cimientamiento de nuestro entrelazado jurídico, social y económico, como lo es el de la libertad de ser propietarios y la inviolabilidad de esa propiedad. Las dinámicas que rigen estas realidades deben ser objeto de estudio y tutela en tanto afectan derechos fundamentales del ser humano y el tejido social que nos une.

Desde que el hombre ha podido llamar algo como de su propiedad, se ha visto angustiado por el destino futuro de sus bienes una vez que llegue su muerte. Hoy no está en discusión que al fallecimiento de una persona sus bienes pasan a otros de forma ordenada, sea por quien fallece o por el ordenamiento jurídico. Se entiende entonces, que los derechos y obligaciones de las personas, exceptuando el caso de los derechos personalísimos, no desaparecen con su titular, sino que, de igual forma que pueden ser transferidos en vida a otras personas, también a título universal o particular son transferidos a otros sujetos, una vez acaecida la muerte. El proceso de planificación patrimonial refiere al acto de diseño e instrumentación de estrategias con el objeto de proyectar el patrimonio al futuro, que sea sostenible y aprovechable, para protección de la voluntad del heredante, y de aquellos de quien el mismo dependan. Planificar en este sentido, permite vincular intereses, deseos y necesidades de quien hereda y de aquellos que serán herederos. Por lo general un buen plan de futuro patrimonial, toma en cuenta las necesidades y deseos personales, las metas del colectivo familiar y del arreglo de lo que se entiende como “equitativo” para los beneficiarios. En lo que a planificación

patrimonial refiere, la “*equidad*” es un concepto de gran relevancia, ya que valora circunstancias específicas.

El proceso de planificación patrimonial refiere al acto de diseño e instrumentación de estrategias con el objeto de proyectar el patrimonio al futuro, que sea sostenible y aprovechable, para protección de la voluntad del heredante, y de aquellos de quien el mismo dependan. Planificar en este sentido, permite vincular intereses, deseos y necesidades de quien hereda y de aquellos que serán herederos. Por lo general un buen plan de futuro patrimonial, toma en cuenta las necesidades y deseos personales, las metas del colectivo familiar y del arreglo de lo que se entiende como “equitativo” para los beneficiarios. En lo que a planificación patrimonial refiere, la “*equidad*” es un concepto de gran relevancia, ya que valora circunstancias específicas.

**El fideicomiso es una herramienta ágil de planificación patrimonial mortis causa, con suficiente maleabilidad para facilitar el cumplimiento de la última voluntad del causante.**

En términos simples, el fideicomiso, es una operación o negocio jurídico en la cual persona física o jurídica, cualquiera, destina bienes y/o derechos, hacia una esfera patrimonial autónoma y los encomienda para la realización de un fin lícito determinado, a otra persona, también física o jurídica. El fiduciario actúa en este negocio limitado por los fines determinados y los lineamientos estipulados en el acto constitutivo. Una tercera figura dentro de esta operación fiduciaria es la del *fideicomisario*, quien es aquel beneficiario que se deriva del fideicomiso. Nuestra legislación norma sobre el fideicomiso lo siguiente:

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

Por su parte, el fideicomiso testamentario, es aquel en el cual se tiene como objetivo la planificación patrimonial del fideicomitente, causada por la realidad de la muerte; designado mediante el instrumento jurídico del testamento, a un fiduciario para la temporal custodia, administración y finalmente disposición del patrimonio afectado una vez se de la realidad de su muerte.

Este tipo de fideicomisos pueden encontrarse como un fideicomiso de administración con cláusula suspensiva hasta la muerte del fiduciario o cómo fideicomiso inserto en la realidad de un testamento que al entrar a regir da nacimiento al fideicomiso.

Esta modalidad permitirá al constituyente, acordar con quién será fiduciario, los términos y condiciones que rigen el contrato, incluso el pago por sus labores.

Aunado a lo anterior es posible, en todo momento, hacer remoción del fiduciario si el mismo no hace cumplimiento cabal y satisfactorio de los objetivos, o se deslinda de las instrucciones impuestas en el fideicomiso por el constituyente; este es un elemento de coacción siempre presente que brinda tanto, seguridad al fideicomitente o al fideicomisario, como límite al fiduciario, en aras de cercar el rango de acción de este último en su actuar en lo que refiere a los bienes y/o derechos puestos a su administración y dirección en propiedad fiduciaria.

Permite el fideicomiso testamentario al fideicomitente la transmisión total o nuda propiedad de los bienes que así considere, conservando el usufructo vitalicio si así lo deseara, lo que da tangibilidad jurídica a los bienes y/o derechos a los beneficiarios, hasta el momento de su muerte. El constituyente o fideicomitente siempre estará en la facultad de estipular en el contrato la revocabilidad, del mismo, o de excluir o sustituir bienes en cualquier momento. Podrá además el constituyente, si así lo quisiera, estipular la posibilidad de eliminar o incorporar fiduciarios a su gusto, igualmente ocurre en lo correspondiente a los beneficiarios. Será siempre posible para el fideicomitente, heredar a personas no existentes o que presume su existencia en el futuro, pero no se encuentran concebidas, pero que al fallecer el fideicomitente ya lo estén.

Así las cosas, una vez analizada la figura del fideicomiso, y en específico del fideicomiso testamentario, se puede colegir que la figura dada su naturaleza permite una dinámica especial del manejo del patrimonio que admite lineamientos precisos sobre la voluntad de disposición del fideicomitente. Su maleabilidad permite la continuación de patrimonios en marcha, entendiéndose como patrimonio en marcha aquel conjunto de bienes y/o derechos que pertenecen a una persona que contienen un valor económico y se encuentran en constante cambio y dinámica; dentro de la lógica de constante crecimiento y reducción en función de un afán empresarial, inversiones, créditos, pagos, rentas, fusiones, o sea, giros empresariales o financieros que no admiten demoras o dilaciones en sus procesos. Es aquel que no se mantiene estático en el tiempo o con simples leves variaciones, estos tipos de patrimonios se encuentran en una constante transformación en función de las

necesidades de aquel o aquellos que buscan por este dinamismo la construcción de un mayor peculio.

Bien definidos el fiduciario, los beneficiarios y los marcos de acción del fiduciario, siempre que los lineamientos sean legales y posibles, el fideicomiso funge como un manual que debe seguirse fielmente, pensado y diseñado por quien dispone de su patrimonio y para el beneficio de quien o quienes él juzgue mejor.

**El fideicomiso como herramienta jurídica de planificación patrimonial en sí, puede superar los medios *convencionales* de disposición patrimonial actuales.**

Al hacer un análisis pormenorizado sobre los medios de disposición patrimonial comúnmente utilizados en nuestro país, la realidad es que el fideicomiso podría ser una solución ágil que evite la tramitología, dilación, costos, prejudicialización y la imposibilidad de acceder a beneficios testamentarios de algunas personas que nos presenta el Proceso Sucesorio.

El proceso sucesorio en sede judicial está sometido a grandes cuestionamientos debido a varios inconvenientes como lo son: la duración del proceso en su totalidad, ausencia de impulso procesal, la rigidez al resolver y el desacuerdo entre herederos, entre otros. El sistema judicial costarricense, en términos generales, se encuentra casi paralizado por la cantidad de quehaceres y trámites que se gestionan continuamente. El sucesorio no escapa a la mora judicial, realidad que afecta a todas las ramas del derecho.



El nuevo código procesal civil en cuanto a sus nuevas disposiciones es también en parte un obstáculo más para la celeridad del proceso sucesorio en sede judicial. El nuevo código elimina el fuero de atracción en el proceso que nos atañe, es decir, el sucesorio no atrae a los demás procesos relacionados a la jurisdicción que conoce -la mortal- debe entonces, tramitarse cada proceso en su respectivo despacho hasta que se dé la finalización, de los mismos.

Por otra parte, en el artículo 120 encontramos lo que se domina como prejudicialidad sucesoria, la cual dispone que ante demandas que tengan relación directa con la calidad de herederos, la validez y eficacia del testamento y lo que afecte la integridad del patrimonio, debe de suspenderse el proceso sucesorio a la espera de resoluciones finales de estos asuntos. Así las cosas, el proceso sucesorio en sede judicial, enfrenta nuevos retrasos y depende no solo de su propia jurisdicción, si no que, está en manos de otros despachos para su normal desarrollo y/o ejecución.

En lo referente al sucesorio en sede notarial, que llega a presentarse como solución a las problemáticas antes comentadas, el mismo presenta algunos bemoles en comparación con el fideicomiso utilizado con el mismo fin; sigue siendo imprescindible, en el sucesorio en sede notarial, que para tramitar un sucesorio no comparezcan menores de edad o personas incapaces, junto a esto, es una realidad que solo es posible iniciarlo notarialmente si el testamento es abierto y previamente autenticado por un notario. En los casos en que el testamento sea cerrado o que el mismo sea no auténtico, deberá comenzarse el proceso sucesorio en sede judicial y luego está la facultad de solicitar continuarlo en sede notarial, lo que agrega complicaciones y excepciones que requieren ser tomadas en cuenta. La flexibilidad del fideicomiso permite la

participación de menores e incapaces como beneficiarios de utilidades, o de bienes por medio de fiduciario, sin la necesidad de someter a judicialización el proceso y enfrentar las complejidades que ya han sido repetidas anteriormente.

En sí, el fideicomiso no debería presentar mayor dilación, estando bien logrado el contrato que lo constituye, los costos en principio no tienen por qué ser muy elevados cuando se trate de fiduciarios físicos, y cualquier persona puede verse como beneficiaria en el mismo.

En este mismo sentido el fideicomiso supera a la figura de la donación en tanto esta no permite la disposición de bienes por adquirir, indeterminados o parte alícuota de los bienes presentes, pues las cosas donadas deben describirse individualmente en el acto. Aunado a lo anterior, la donación no permite limitaciones especiales a los bienes donados (cuando estos límites vienen dados por la simple voluntad del donador). Es en este especial sentido que el fideicomiso aventaja a esta figura, en tanto permite la disposición del patrimonio guiando la forma en que este será trasladado a la esfera patrimonial del beneficiario, permitiendo así no solo transmitir el bien, sino que dicha traslación se realiza bajo los términos que aquel que dispone, considera más idóneos. Finalmente, el fideicomiso permite la disposición de bienes no determinados o por adquirir y que la misa se realice a beneficiarios incluso no nacidos o no concebidos al momento de constituir el contrato, libertad que no se da en la donación.

Con la donación viene seguidamente el tema de las limitaciones del artículo 292 del Código Civil. Estas limitaciones no permiten al donatario el poder disponer libremente del bien en plenitud de todos sus derechos, tales

restricciones son impuestas por el donante. Si bien es cierto que detrás de esto existe una “buena” intención de mantener el bien donado la mayor cantidad de tiempo en titularidad de quien lo recibe, hemos considerado que el bien en la práctica es “excluido” temporalmente del comercio puesto que el titular no puede enajenarlo, considerando esto un arma de doble filo para quien requiera sacar provecho del bien y sea único activo.

En cuanto a la utilización de sociedades mercantiles, nos enfrentamos a múltiples obstáculos que no enfrenta el fideicomiso, en tanto como ya se examinó, la creación de sociedades mercantiles y su contenido patrimonial no es gratuito y el pago de impuesto de sociedades jurídicas anualmente, son costos que deben contemplarse a la hora de planificación por la muerte futura. En suma, a lo ya manifestado existe la obligación formal de realizar los trámites anuales de registro de beneficiarios finales lo cual puede representar un gasto adicional a contemplar o una multa importante en caso de no cumplir con dicha obligación.

Las sociedades mercantiles no son vehículos jurídicos creados para la planificación patrimonial o disposición del mismo, por lo que al utilizarlo para esta finalidad se nos presentan falencias como la pérdida total o parcial de la dirección sobre la disposición y administración de los bienes y/o derechos a transmitir, en tanto el único poder que podrá ostentar aquel que utiliza este medio es el de disponer el porcentaje de la participación de cada uno de los beneficiarios en la sociedad mercantil.

Por otra parte, una vez realizada la transmisión de acciones o cuotas, queda a merced de aquellos tenedores de acciones, en el tanto podrían quitarle

cualquier representación y/o posibilidad de acción con respecto a la sociedad mercantil. Finalmente es una realidad que, a menos que el beneficiario a quien se le transmiten las acciones o cuotas sea único, los beneficiarios estarán obligados a la copropiedad de los bienes y/o derechos contenidos en la sociedad; en esto se pueden prever contención entre los tenedores en tanto se traben las voluntades en lo referente al futuro del patrimonio, o que las voluntades de las mayorías afecten o perjudiquen a las voluntades de las minorías.

Contrariedades e inconvenientes todos evitables mediante la utilización de la figura del fideicomiso que permite la disposición del patrimonio, manteniendo el fiduciario control de sus bienes, sin pago de especiales impuestos u obligaciones formales anormales, además de la posibilidad de dirigir la repartición y la administración de sus bienes en la forma que el fideicomitente juzgue más adecuada. Brindando así mayor libertad a quien dispone de su patrimonio, evitando conflictos con y entre los beneficiarios.

**El cumplimiento cabal de los objetivos del fideicomiso, se encuentra sujeto al concierto de voluntades entre fideicomitente y fiduciario.**

El fideicomiso aún y cuando es un instrumento con bondades especiales, precisamente por sus amplias libertades y capacidades de dirección por parte del fiduciario, necesita de cuidados y especial atención en las especificaciones de su constitución; el instrumento, por sí mismo, no garantiza la correcta disposición de bienes y/o derechos, este debe redactarse con especial atención al detalle, a la voluntad y deseo del fideicomitente.

Es recomendación importante garantizarse la voluntad de aquel que se pretende designar como fiduciario, de serlo, y de contar con las capacidades y disposición que se requieren para el encargo encomendado. De no darse una correcta redacción en la constitución del fideicomiso o de encomendar a un fiduciario incapaz, que no desea o no puede fungir como tal, la continuidad del fideicomiso, del patrimonio y por lo tanto de la voluntad del fideicomitente corren peligro.

Todo lo anterior dada la realidad de que, existe en el fideicomiso testamentario, la condición de que el fiduciario acepte su cargo para que el fideicomiso surja a la vida jurídica; en caso de que el mismo no acepte dicha posición y no se haya designado por el fideicomitente otros posibles fiduciarios, será entonces el juez civil quien elegirá el nuevo fiduciario. Siempre a falta de manifestación sobre este tema, será dicha autoridad la encargada de realizar la designación del fiduciario.

Ante esta condición necesaria de aceptación de su puesto por parte del fiduciario para el nacimiento del fideicomiso, se presenta la problemática de que, aquel que se había designado anteriormente como fiduciario, al tener la posibilidad de no aceptarse como tal, se den las dos siguientes situaciones:

Que el fideicomiso sea imposible de constituirse ya que la persona o entidad llamada a ser fiduciario que posea las características y requisitos necesarios para el fin establecido en el contrato, y sobre todo la confianza del fiduciante depositada en quien, eventualmente desempeñaría ese cargo, no lo acepte y sea imposible su sustitución, en cuyo caso no se concretaría el fideicomiso.

Puede darse también que, el responsable de nombrar al fiduciario sea el juez civil de la jurisdicción. Con lo anterior puede suceder que el nombramiento dado por el juez no sea el más idóneo de acuerdo con las necesidades del fideicomiso, ya que él no conoce del mismo, ni las necesidades específicas de cada patrimonio o heredero.

También es posible que, en el caso del fideicomiso testamentario, el fiduciario se vea imposibilitado de ejercer su cargo, si no se estipuló por parte del fideicomitente reemplazos para el mismo, este podría ser sustituido por quien no sea de su confianza o no cuente con las características que el causante requería para este encargo.

Aunado a lo anterior, como en cualquier otro contrato, la claridad y especificidad en lo correspondiente a las fronteras y lineamientos de acción dentro del fideicomiso son de vital importancia. Si el fideicomiso se redacta con muchas generalidades, dejando cabos sueltos o espacios para la interpretación, tendrá mayor campo de acción y de discrecionalidad, por decirlo así, el fiduciario. Por otra parte, entre más específicas y detalladas se redacten las cláusulas del fideicomiso, menos espacio tendrá el fiduciario para actuar conforme su propia voluntad y tendrá un campo más estrecho de acción en correspondencia con su labor ante el fideicomiso.

Así las cosas, la redacción, claridad y especificidad del documento constitutivo del fideicomiso tienen paralela conexión con la ejecución cabal de la voluntad final del fideicomitente.

**Costos y procedimientos convierten al fideicomiso en una herramienta en desuso, con interés único en lo correspondiente a fideicomiso de garantía.**

En Costa Rica la legislación vigente y las interpretaciones intrainstitucionales, los costos y procedimientos para aplicar el fideicomiso, prácticamente lo hacen prohibitivo, segregando de forma importante a la población que puede tener interés en acceder a sus facilidades, por lo tanto, este instrumento jurídico es poco útil y desconocido para la población en general, lo que dirige a entenderse como una herramienta en desuso o con interés especial y único en lo correspondiente a fideicomiso de garantía.

Dada la legislación vigente en cuanto a los fideicomisos en el código de comercio y la interpretación que hace de la misma la Procuraduría General de la República y la aplicación por parte del Registro Público de la Propiedad; los costos de transmitir por medio de esta figura son iguales a cualquier otro traspaso después de la modificación al artículo 662 del código de comercio. Actualmente hay que pagar no solo, cargos por concepto de impuesto de traspaso, derechos de registro y demás, que correspondan, sino que también, costos de administración y demás gastos demandados por parte de aquellos fiduciarios bancarios o comerciales, además de la constitución del fideicomiso mismo, lo que prácticamente elimina al fideicomiso como una posibilidad de vehículo de planificación, dejando interesados únicamente a aquellos los cuales su patrimonio requiere de determinada administración y que corre especial peligro enfrentado a los otros medios de transmisión patrimonial mortis causa.

Es de notar que el artículo 8° de la ley N° 9069 del 10 de setiembre del 2012, "Ley de Fortalecimiento de la Gestión Tributaria" fija exención fiscal a los fideicomisos que constituyan una garantía, por una operación financiera o crediticia, exención que se extiende únicamente para este tipo de fideicomisos (conocidos como fideicomisos de garantía), excluyendo a todas las demás formas de fideicomiso, sin especial razón. Es posible suponer que, al ser la clase de fideicomiso más utilizado por el Estado e instituciones bancarias al instituir fideicomiso entre sí, y al ser herramienta especialmente útil para operaciones crediticias, dichos intereses protegieron al fideicomiso de garantía de el hambre estatal por ingresos de tipo tributario.

Bajo las condiciones actuales, existen patrimonios que no son aptos para constituir un fideicomiso sea cual sea su clase, el valor del patrimonio, la finalidad que se le dé al mismo, la designación de fiduciarios comerciales, entre otros, pueden generar altos costos y gastos por concepto de administración que encarezcan tanto el fideicomiso hasta el punto de no ser viable. El umbral de accesibilidad que pueda tener una persona al fideicomiso testamentario como herramienta de planificación patrimonial se estrecha proporcionalmente a sus ingresos. En un país de pequeñas dimensiones, con una economía en vías de desarrollo, la mayoría de las personas no gozan de salarios o ingresos caudalosos como para acumular un patrimonio considerablemente cuantioso y planificar con él; será este el caso de una minoría. Es por esto, que es imprescindible tener en consideración la demanda que pueda presentarse de una herramienta como el fideicomiso a la hora de planificar y de suceder, como una arista más al proponer el fideicomiso testamentario como el mecanismo más idóneo para tales fines.



Dada la estructura del ingreso de capital y la distribución de la riqueza nacional, la parte superior de la pirámide económica muestra un exiguo número de personas con ingresos especialmente cuantiosos. De acuerdo con el último estudio de ingresos por persona en el sector público y privado costarricense del año 2017 presentado por la Dirección General de Hacienda, solamente 44 costarricense devengaban ingresos por más de 35 millones de colones mensuales. El resto del décimo decil, el cual contiene la población con mayor capacidad económica y la cual podría ser candidata para el uso del fideicomiso *mortis causa*, en tanto devengan los ingresos más cuantiosos de la población, de igual forma abarcan una cantidad bastante reducida de personas. Esto sin entrar al estudio de que mucha población aún y cuando se encuentra en el decil diez no posee patrimonios en marcha o patrimonio que requiera de un tratamiento especial en cuanto a la sucesión, en tanto, este decil abarca desde quienes perciben de entre 35 millones de colones hasta aquellos que perciben 1.5 millones de colones mensualmente.

Podría decirse con una perspectiva pragmática que, con vista en la realidad de los ingresos y patrimonios de los costarricenses, la población que se categoriza dentro de la mitad inferior del decimo decil y los otros nueve deciles no consideraran tan necesario el uso del fideicomiso *mortis causa* dados sus costos y realidades prácticas.

Junto a lo anterior, según disposiciones de la *Ley número 8204 y circular 10-2010 de la SUGEF*, de forma especialmente amplia obliga a la inscripción de aquellos que fungen como fiduciarios “administradores de recursos” ante la SUGEF sin conceptualizar puntualmente ni hacer diferenciación entre administración de “recursos financieros” y administrar cualquier otro tipo de

recurso. Esta última frase como hemos expuesto, al ser indeterminada porque no especifica cuáles “recursos”, denota una generalidad muy amplia de lo que pueda entenderse por “recurso” sin quedar claro cuáles recursos en específico le importan a la SUGEF.

Este es un trámite burocrático más que se añade al proceso de constitución de fideicomisos, restándole dinamismo y pragmatismo a la figura opacando su virtudes y funcionalidad.

Así las cosas, y siguiendo las leyes de oferta y demanda, lo planteado anteriormente lleva a que existan pocos oferentes de la figura en el mercado y que los pocos que la ofrecen, lo hacen con costos constitutivos y administrativos prohibitivos para la mayoría de los costarricenses.

Posterior a haber realizado un análisis exhaustivo de la figura del Fideicomiso, tanto el de administración con cláusula mortis causa, así como el testamentario, como vehículos y herramientas para la planificación patrimonial sucesoria en el ámbito civil y empresarial se concluye lo siguiente:

El fideicomiso en general es una figura jurídica que fue creada en sus inicios como respuesta a la necesidad de las personas que no podían ser titulares de bienes por impedimentos de carácter legal o religioso de épocas anteriores. Posterior a esto se mantuvo la figura con un tinte más comercial celebrándose como contratos de confianza para los negocios. Por lo que dentro de los elementos que siguen siendo esenciales son estos la confianza y los lineamientos para la ejecución del contrato. Siguen siendo características vitales del fideicomiso aún en la actualidad porque la confianza y la dirección

del contrato conforman la piedra angular de la fiducia. A esto se le debe sumar el patrimonio autónomo que es hoy por hoy uno de los elementos mas útiles y atractivos del fideicomiso por los beneficios que ofrece.

El fideicomiso en sí, como herramienta para cualquier actividad es sumamente útil por poder confeccionarse a la medida. Hemos reiterado con insistencia las bondades y ventajas de su naturaleza que tienen incidencia directa en la planificación patrimonial sucesoria; como lo son el patrimonio autónomo, la maleabilidad, la redacción de lineamientos y dirección de los bienes y/o derechos, fiscalización de bienes, celeridad, seguridad jurídica, aprovechamiento del patrimonio, entre muchos otros que se pueden incluir. La naturaleza sui generis de la figura y las virtudes que esta ofrece nos lleva a asegurar que el fideicomiso y el fideicomiso testamentario, como herramientas de planificación patrimonial sucesoria superan a los otros institutos jurídicos convencionales como vehículos utilizados para la planificación patrimonial y la sucesión en apego a la voluntad de quien dispone. Esto debido a que el fideicomiso correctamente constituido se puede ajustar a situaciones específicas de planificación, dirección y sucesión en el plano civil, familiar, comercial y familiar-comercial; mientras que las otras figuras como la donación, el proceso sucesorio y las sociedades mercantiles encuentran serias limitantes respecto a la dirección de bienes, el cumplimiento de la voluntad del causante, la duración del proceso y sobre todo la confianza.

No obstante, esas aseveraciones son sostenibles únicamente en la esfera jurídica, ya que, al haber realizado un análisis íntegro de la figura del fideicomiso, se evidencia que el mismo adolece cuando tomamos en cuenta

aspectos económicos, sociales, legislativos y fiscales para su constitución y funcionamiento.

Se considera que ciertos problemas que acarrea el fideicomiso encuentran lugar en la labor de legislar solo por recaudar más impuestos sin tener en consideración el impacto social y comercial que puede causar. Esto tiene su origen en las presiones fiscales que se ejercen desde el 2012 por la situación económica apremiante del país. Es en este año con motivo de la ley “Ley de Fortalecimiento de la gestión Tributaria” se modifica el artículo 662 del código de comercio, modificándole al fideicomiso su naturaleza económica al establecer impuesto de traspaso para todos contratos fiduciarios, excepto de garantía solo en ciertos supuestos. Se puede observar cómo el hambre voraz de las finanzas del Estado hace caer en desuso una figura jurídica tan útil.

Y es posible afirmar que no es el primer yerro legislativo. Igual suerte sufrió la figura del fideicomiso con la introducción de la “*Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo*” y sus reformas; en donde se establece la obligación de todo fideicomiso de inscribirse ante la SUGEF solo por el hecho de “administrar recursos”. Situación que se convierte en un obstáculo más a cumplir sin fundamentación alguna y que entorpece la utilización del contrato innecesariamente, ya que no todos los negocios fiduciarios administran recursos financieros, pero la Ley y la SUGEF englobaron todos los fideicomisos con esta indeterminación jurídica.

Por lo tanto, se puede concluir que el fideicomiso y con este, el testamentario y los fideicomisos con fines hereditarios caen en desuso y se vuelven poco

prácticos y sufren de escasa demanda a razón de la pobre labor legislativa que recae sobre los diputados de turno por obedecer a presiones fiscales y a la necesidad de requerir información sin sentido por aplicación directa de leyes de primer mundo como sucede con la SUGEF.

## BIBLIOGRAFÍA

Alan Thompson Chacón. El Fideicomiso. REVISTA IVSTITA. San José, Costa Rica. Número 31, año 3. 1989.

Alberto Brenes Córdoba, “*TRATADO DE LOS CONTRATOS*”. 1ª Ed. San José, Costa Rica.: EDITORIAL JURICENTRO, 1985.

Ángel Mariano González. “*El fideicomiso de acciones*”, 1ª ed. Buenos Aires, Argentina.: Ad-Hoc, 2010.

Beatriz Maury González. “*TRATADO TEÓRICO PRÁCTICO DE FIDEICOMISO VOL. 1*”. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina.: Ad-Hoc, 2000.

Carlos Alberto Ghersi, y Celia Weingarten. “*FIDEICOMISO*”. DERECHO BANCARIO / 3, 1ª. Ed. Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2007.

Carlos Lasarte. Propiedad y Derechos Reales de Goce Principios de Derecho Civil Tomo IV. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2010.

Convención de la Haya relativa a la ley aplicable a la fiducia y a su reconocimiento del 1º de Julio de 1985.

Federico Torrealba Navas. “*LECCIONES DE CONTRATOS*”. Primera Parte: Elementos del Contrato. 1ª Ed. San José, C.R.: Editorial ISOLMA, 2009.

Francisco A.M. Ferrer “El Fideicomiso Testamentario y la Flexibilización del Derecho Sucesorio”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2000.

Javier Barnes Vázquez. "La Propiedad Constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario". Madrid, Editorial Civitas S.A., 1988.

Javier Paricio. “*Historia y fuentes del Derecho Romano*”: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, España, 1988.

Joaquín De Arespachaga. “*EL TRUST, LA FIDUCIA Y FIGURAS AFINES*”. 1ª. Ed. Madrid, España.: MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCILAES S.A., 2000.

Jorge Hugo Lascala. “*Práctica del Fideicomiso*”. 2ª reimpresión, Ciudad de Buenos Aires, Argentina.: Editorial Astrea, 2008.

Jorge Roberto Hayzus. “*FIDEICOMISO*”. Finalidades en los ámbitos familiar y de negocios. Funciones del fiduciario. Patrimonios separados. Protección de los beneficiarios. Administración, 2ª. Ed. Ciudad de Buenos Aires, Argentina.: Editorial Astrea, 2004.

Jorge Luis Porras Zamora. “*El Fideicomiso en Costa Rica*”. Nociones y Productos Básicos, 1ª. Ed. San José, Costa Rica.: J. Porras. Z, 1998.

Jorge Luis Porras Zamora. *“Riesgo y Mejores Prácticas Fiduciarias”*, 1ª. Ed. San José, Costa Rica.: JPorrasZ, 2009.

José Manuel Villagordoa Lozano. *“DOCTRINA GENERAL DEL FIDEICOMISO”*. 2ª ed., AV. República Argentina, México, EDITORIAL PORRÚA S.A., 1982.

Juan Carlos Esquivel Favareto. *“FIDEICOMISO CIVIL Y MERCANTIL”*. Teoría General y Derecho Costarricense, 1ª. Ed. San José, Costa Rica.: Juritexto, 2012.

Juan David Terrazas. “Orígenes y cuadro histórico del Fideicomiso”. Chile, Revista Chilena de Derecho, no. 25, 1998. Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649981.pdf>. (Consultado: 4 de marzo de 2019).

Leonardo Perez Gallardo. Fideicomiso constituido por testamento: Una mirada desde el derecho latinoamericano. Revista Vía Iuris, (11), 2014. Recuperado a partir de: <https://revistas.libertadores.edu.co/index.php/ViaIuris/article/view/124>.

Luis Mariano Argüello Rojas. La prejudicialidad en el nuevo proceso civil costarricense. Revista Jurídica IUS Doctrina. - Vol. 10 No.24, 2018.

Luis Francisco Vargas Soto. “Manuel de Derecho Sucesorio costarricense”. Editorial: Universidad de San José, 1990.

Marco Antonio Vaca Velez. *“EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO Y LA NATURALEZA DE SUS FIDEICOMISARIOS”*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

Mario A Carregal. *“EL FIDEICOMISO”*. Regulación jurídica y posibilidades prácticas. 1ª. Ed. Buenos Aires, Argentina.: EDITORIAL UNIVERSIDAD, 1982.

Mario A. Carregal. *“PLANIFICACION PATRIMONIAL Y SUCESORIA”*. 1ª. Ed. Buenos Aires, Argentina.: Heliasta, 2012. 52

Mauricio Jiménez Zeledón. *“Fideicomiso: naturaleza jurídica”*. Revista de Ciencias Jurídicas No. 79. Setiembre-diciembre. San José, Costa Rica. 1994

Sergio Rodríguez Azuero. *“Contratos Bancarios”*. Su significación en América Latina. 5ª. Ed. Colombia.: LEGIS, 2003.

Sergio Rodríguez Azuero. *“LA RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO”*. 1ª Ed. Medellín, Colombia.: BIBLIOTECA JURIDICA DIKE, 1997.

Ricardo Zeledón Zeledón. *“En busca de un nuevo concepto de propiedad, La Propiedad. Ensayos”*. San José, Editorial Juricentro. 1983

Roberto Yglesias Mora. *“MARCO TEÓRICO DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA”*, Revista Jurídica IUS Doctrina N°12, San José, Costa Rica. 2015.

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

Wilbert Arroyo Álvarez. *“Temas de Derecho Sucesorio Costarricense”*. 1ª. Ed. San José, Costa Rica.: Editorial IJSA, 2004.

### **Jurisprudencia:**

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. San José. Voto Número 87 del 11 de agosto de 1995.

Sala Primera Corte Suprema de Justicia, resolución número 918-F-S1-2018 de las 9:30 horas del 8 de septiembre del 2016.

Tribunal Primero Civil de San José, resolución número 411-3 de las 14:25 horas del 26 de mayo de 2015.

Tribunal Segundo Civil del I Circuito Judicial de San José, Sección II, resolución número 00168 de las 9:40 horas del 6 de mayo de 1999.

### **Tesis:**

Alonso José Fonseca Pión. *“Las limitaciones privadas a la libre disposición de los bienes inmuebles, como resultado del traspaso a título gratuito de la propiedad: Artículo 292 del Código Civil”*. Trabajo final de graduación para optar por el grado de Licenciado en Derecho Universidad De Costa Rica. San José, 2013.

Cynthia Rodríguez Chacón. *“El Fideicomiso Testamentario: su realidad práctica.”* Tesis de grado para optar por el título de Licenciados en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1998.

Nohelia Vega Carvajal. *“La Patología en la ejecución del contrato de fideicomiso de garantía”*. Tesis para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2013.

Randall Gerardo Moya Valverde y Douglas Soto Campos. *“La Naturaleza Jurídica del Fideicomiso: Necesidad de dotarlo de Personalidad Jurídica”*. Tesis de grado para optar por el título de Licenciados en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999.

Omar Eduardo Rojas Valverde. Trabajo Final de Graduación: *“El concepto de propiedad privada en Costa Rica y su desfase con el ordenamiento infraconstitucional”*. Universidad de Costa Rica Sede de Occidente: Facultad de Derecho. San Ramón, Costa Rica, 2011.

### **Otras fuentes:**

Decreto N°41040-H del 5-04-2018 y Resolución Conjunta de Alcance General, DGT-ICD-R-14- 2019 del 8-03-2019. Obtenido de: <https://www.hacienda.go.cr/contenido/14847-registro-de-transparencia-y-beneficiarios-finales-rtbf>. (Consultado 19 de enero, 2020)



Dictamen C-398-2003. Procuraduría General de la República, 18 de diciembre del 2003.

Dictamen C-285-2017. Procuraduría General de la República, 05 de diciembre, 2017.

Dr. Herman Mora Vargas Sucesiones. *Judiciales Y Notariales A Luz Del Nuevo Código Procesal Civil*. Recuperado de: <https://academianotarialdecostarica.org/sucesiones-judiciales-y-notariales-a-luz-del-nuevo-codigo-procesal-civil/> (Consultado 7 agosto 2019)

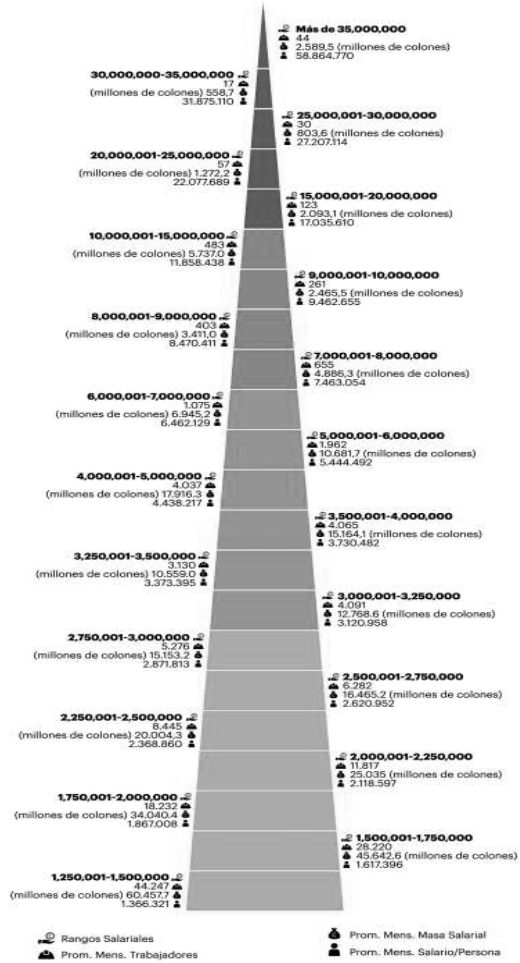
Opinión Jurídica-104-2004. Procuraduría General de la República, 25 de agosto del 2004.

Porras Zamora, Jorge. El fideicomiso de planeación patrimonial. OpiniónLaRepublicaNet. Obtenido de: [https://www.larepublica.net/noticia/fideicomiso\\_de\\_planeacion\\_patrimonial](https://www.larepublica.net/noticia/fideicomiso_de_planeacion_patrimonial). (Consultado 17 septiembre 2019).

# Anexo

## La pirámide del ingreso por salario

El Decil 10 distribuido por rangos salariales según datos de la CCSS del año 2017.



Fuente: Dirección General de Hacienda





