

FIDEICOMISO PARA DESARROLLO DE OBRA PÚBLICA

Antonio Salazar Hidalgo¹, Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología

Diciembre, 2021

Resumen

El Fideicomiso de Obra Pública constituye una opción para las entidades gubernamentales propicio para alcanzar objetivos de desarrollo inmobiliario, especialmente de una forma ágil, en virtud de su constitución propia del derecho privado. Esto permite accionar ciertas cosas de manera más rápida, en comparación a un ente que trabaje cien por ciento en el derecho público, sin embargo, esto no le desliga de cumplir con la regulación estatal. El presente documento procura brindar un recorrido doctrinal y jurisprudencial sobre la figura que permita la comprensión de este y ejemplifique un panorama claro de su funcionamiento en el escenario costarricense actual, al tomar en cuenta que existen múltiples fideicomisos desarrollados en los últimos 6 años y estos han procurado la consecución de objetivos claros, como lo son: los Fideicomisos de la UCR, Asamblea Legislativa o del Poder Judicial, para la construcción de su infraestructura a lo largo del país, entre otros.

Palabras Claves: obra pública, fideicomiso, contratación, entidad, negocio.

Abstract

The Public Works Trust constitutes an option for government entities, conducive to achieving real estate development objectives, specially in an agile way, by virtue of its own constitution of private law, which allows it to do certain things more quickly, in comparison to an entity that works one hundred percent in public law, however, this does not separate it from complying with state regulation. This document seeks to provide a doctrinal and jurisprudential overview of the figure, which allows the understanding of it and exemplifies a clear panorama of its operation in the current Costa Rican scenario, considering that there are multiple trusts developed in the last 6

years, seeking to achieve clear objectives, such as the Trusts of the UCR, Legislative Assembly or the Judiciary, for the construction of its infrastructure throughout the country, among others.

Keywords: public works, trust, contracting, entity, business.

1. Introducción

La Obra Pública constituye todos los trabajos de construcción, ya sean infraestructuras o edificación, promovidos por una administración de un gobierno teniendo como objetivo el beneficio de la comunidad, el beneficio de la sociedad civil está dado en el bienestar de las personas en gozar de salud, educación y de contar con opciones adecuadas de transporte, servicios públicos, entre otras. El desarrollo de estas obras se torna difícil en ocasiones cuando es el Estado directamente quien debe de ejecutarlas, por lo cual, los Estados recurren a la contratación de empresas del sector privado, con el fin de delegar el desarrollo la obra pública según los requerimientos estatales.

Para la contratación en Costa Rica, se debe de apegar a la Ley de Contratación administrativa, o bien buscar la figura de la concesión también se puede optar por la constitución de un fideicomiso especialmente determinado para la consecución de obra pública, y esta figura se convierte en un híbrido entre el derecho público y el derecho privado, lo cual proporciona una serie de ventajas que permite agilizar las obras. La evolución y uso de esta figura en el país tuvo un auge en los últimos 6 años, claramente visible en la publicación del diario La República “Fideicomisos del BCR para obra pública alcanzan los \$2,5 mil millones”. Dicha noticia, expone que

“El Banco de Costa Rica (BCR) apuesta a la figura del fideicomiso para financiar obra pública y a la fecha su portafolio alcanzó los \$2,5 mil millones. Esfera, que es el nombre del portafolio, está destinado sobre todo a obras de infraestructura y salud.” (Gutierrez Wa-Chong, Tatiana, Fideicomisos del BCR para obra pública alcanzan los \$2,5 mil millones, larepublica.net, 16 mayo, 2017.)

Expone además el artículo la participación del banco en distintos sectores y con distintas instituciones, en el siguiente fragmento:

“En términos de infraestructura vial, una de las inversiones será la vía entre San José y San Ramón, que consiste en una ampliación de 55 kilómetros entre la Sabana y San Ramón por un monto de \$480 millones.

Otros proyectos en los que el BCR participará son los nuevos edificios de la Asamblea Legislativa, la Universidad de Costa Rica, el Poder Judicial, el Tribunal Registral Administrativo y Acueductos y Alcantarillados.”

Queda ampliamente comentado en dicha publicación del año 2017, la figura en mención, *esta* cobraba gran interés y uso dentro del sector público para el desarrollo de obra pública, y, por tanto, es de gran relevancia de estudio y conocimiento general con el fin de la satisfacción del interés público, y de la consecución de objetivos trasados con gran antigüedad, pero sin lograr su constitución, por medio de otras figuras. Por lo anterior, el presente documento proporcionará un recorrido conceptual, fundado en doctrina y legislación, que permita la adecuada comprensión de la figura, así como su relación con el derecho anglosajón, y el funcionamiento bajo la legislación costarricense. Finalmente, una revisión jurisprudencial y una serie de conclusiones encargadas de explicar las bondades la figura en la actualidad de nuestros mercados, y para la consecución del logro de objetivos estatales en obra pública, de cierta forma estancada en los últimos años.

2. Discusión

Obra pública como necesidad social y responsabilidad política

El desarrollo de obra pública es un tema de responsabilidad de los gobiernos, quienes son los encargados de velar por el desarrollo de un país en todos los temas relacionado con su progreso, económico, social, urbanístico, etc, con la finalidad de brindarle a la población las condiciones de vida adecuadas. La obra pública no solo representa un aspecto de desarrollo social, sino que mantiene una repercusión directa sobre la economía de un país al incentivarla, o en caso contrario, al no existir crea vacíos en las economías, lo anterior queda claramente evidenciado en la explicación sobre este tema del señor Alejandro Llorente Muñoz, presidente de AERCO

(Asociación Nacional de Empresas Constructoras de Obra Pública), asociación española, que indica:

“La alarmante escasez de inversión pública ha tenido unos efectos demoledores sobre nuestras empresas: disminución drástica de la actividad, ajustes de las plantillas y cierre de empresas. Estamos inmersos en una auténtica reconversión del sector, con pérdidas muy importantes de empleo y, a la vez, de conocimiento aplicado al trabajo, conocimientos y oficio que tanto ha costado construir a trabajadores y empresas, que han destinado importantes esfuerzos por consolidar un sector que mostró excelencia en sus obras, como se está viendo al ser claro ejemplo en el nivel internacional.” (Llorente, 2014, párrafo 4)

La inversión pública promueve el desarrollo de los sectores tanto públicos como privados, y debe de ser una temática esencial dentro de los planes gubernamentales pues su fortalecimiento presenta una demanda de empleo, entre otros aspectos, como bien lo indica el presidente de AERCO. El Índice de Competitividad Global (ICG), desarrollado por el Foro Económico Mundial en el Informe de Competitividad 2009-2010, muestra que la inversión en infraestructura, por parte de Costa Rica, era en esas fechas insuficiente y esto provoca o repercute en una limitante en la competitividad del país.

El informe citado fue ampliamente analizado por el Estado de la Nación en su decimosexto informe sobre el desarrollo humano sostenible, denominado “Desarrollo del mercado de financiamiento de obra pública en Costa Rica: oportunidades y desafíos”, realizado por el investigador Francisco Sancho Villalobos, explica:

La formación bruta de capital fijo (FBKF) representa los recursos destinados del país para creación de bienes y servicios que permiten la creación de otros bienes y servicios en el futuro. Durante el periodo 1999-2009 en promedio la FBK ha representado 21.5% del PIB real, con un máximo de 24.7% en el 2008 y un mínimo de 20.3% en el 2003. (Sancho, 2010, pág. 5).

La FBKF del sector público ha representado un promedio de 4.1% del PIB durante este periodo, con un máximo de 5.7% del PIB en el 2003 y un mínimo de 3.2% en el 2006. Se puede observar la poca participación que tiene el sector público en la FBKF, al representar en promedio un 19% durante 1999-2009, lo cual, al significar la no realización de importante obra pública, limita el aumento de la competitividad del país. (Sancho, 2010, pág. 5).

En cuanto a los detalles que componen la infraestructura, la calidad general de esta ubica al país en el puesto 85 de entre 133 países, la calidad de las carreteras en el puesto 107, la calidad de trenes en el 106, calidad de puertos en el 128, aeropuertos en el 71 y kilómetros por asiento de avión disponible en el 74. Con respecto a calidad del suministro eléctrico el país se encuentra en el puesto 40 y disponibilidad de líneas de teléfono en el 37, en ambos el ICE ha mantenido una dinámica inversión en el pasado, y en el específico de líneas telefónicas, la calificación se debe por la inversión telefónica del pasado, pues el dinamismo más reciente en lo referente a la telefonía celular es medido por las suscripciones de teléfonos celulares, ocupando el puesto 107. (Sancho, 2010, pag. 7)

El país requiere que los gobiernos presenten dentro de sus planes de administración una fuerte inversión para el desarrollo de obra pública para permitir a la nación incentivar y activar los diversos sectores de la economía. Repercute no solo en un desarrollo en infraestructura, sino también en el tema de generación de empleo y satisfacción de los habitantes.

Gestión Pública

Al hablar de Gestión Pública, primero es esencia definir inicialmente el significado de Gestión, mismo que según la Real Academia Española es: “Acción y efecto de gestionar”, o “Acción y efecto de administrar”, la Gestión Pública obedece a la acción del Estado de desarrollar y administrar acciones en consecución con sus objetivos. El autor Ángel Latorre en su obra “Introducción al Derecho”, destaca que el Estado es un hecho social que presenta numerosas facetas y que puede ser contemplado desde diversos puntos de vista. (Latorre, 2008, p. 19)

Es el Estado quien inicia con el cumplimiento de sus funciones mediante el desarrollo de un conjunto de actividades, operaciones, tareas, que permita a la administración mediante la relación entre poder y función, la ejecución de funciones con la finalidad de alcanzar objetivos, siempre en consecución del bienestar de un territorio y sus habitantes. En consecuencia, comprende la administración pública un enfoque procedimental e incorpora todas las instituciones y organismos públicos y privados encargados de proporcionar servicios públicos. Así la gestión pública se define como el conjunto de acciones, mediante las cuales entidades tienden al logro de sus fines, objetivos y metas, enmarcadas por políticas gubernamentales establecidas por el Poder Ejecutivo.

Infraestructura Pública y Obra Pública

La infraestructura Pública es definida como las obras públicas o todos los trabajos de construcción, ya sean infraestructuras o edificaciones, promovidos por una administración pública, al tener como objetivo el beneficio de la comunidad, o de la población de un país. Esta obra es, en algunos casos, desarrollada directamente por los entes estatales en Costa Rica se dio dicha situación desde los años 50 en adelante, con el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, cuando la institución desarrolló viviendas con fuerza laboral propia; sin embargo, en la actualidad, la obra se desarrolla mediante la utilización de herramientas jurídicas que permitan a la Administración Pública, la consecución de sus fines. El tema de infraestructura pública es un tema de relevancia mundial, sobre el cual varias instituciones dedican investigaciones y publicaciones anualmente, al dar énfasis a diferentes circunstancias o aspectos referentes al tema.

La Corporación Andina de Fomento, en el año 2010, en su documento denominado “Infraestructura pública y participación privada, conceptos y experiencias en América y España”, define en su apartado presentación suscrito por el señor L. Enrique García presidente ejecutivo de la CAF (Vassallo Magro, J. M., & Izquierdo de Bartolomé, R. (2010), que:

La infraestructura es uno de los requerimientos básicos y urgentes para el desarrollo de América Latina. El posicionamiento adecuado de la región en el mapa de la competitividad mundial requiere la articulación de su territorio con infraestructura adecuada y eficiente,

que permita aumentar los niveles de competitividad y mejorar la calidad de vida de sus habitantes. Este reto exige cuantiosos recursos financieros, tecnología avanzada y variada, y una enorme capacidad institucional y de gestión.

Queda claro en las palabras del Presidente del CAF, que el tema de Infraestructura pública abarca a América Latina, más como anteriormente expreso, y citando el decimosexto informe del Estado la Nación, Costa Rica debe fortalecer este apartado en sus objetivos por desarrollar. (Sancho, 2010)

Orígenes históricos de la figura del Fideicomiso

El contrato de fideicomiso tiene su origen en el Derecho Romano, propiamente en el *fideicommissum* y en el *pactum fiduciae*. El *fideicommissum* o fideicomiso se relacionaba con actos mortis causa, acto en el cual un testador transmitía parte o la totalidad de sus bienes a una persona con el objetivo de permitirle a un tercero o beneficiario administrar la riqueza de la persona después del momento de su muerte.

Tal como señala el autor Malumián, en su estado primigenio, el fideicomiso se encontraba al margen del ordenamiento jurídico, pues el fideicomisario (beneficiario de los bienes en *fideicommissum*) carecía de toda acción contra el fiduciario para que cumpla con el gravamen restitutorio. “(...) Una de las principales causas por las cuales se utilizaba la figura del *fideicommissum* en el derecho hereditario, era el sin número de incapacidades consagradas por el Derecho Romano para heredar bienes. Esta característica del fideicomiso (su aptitud para alcanzar por vía oblicua objetivos vedados por la ley) contribuyó a su desprestigio, especialmente en los sistemas legales, en los que el orden sucesorio estaba rigurosamente reglamentado, Asimismo, esto explica la existencia de múltiples normas en legislaciones latinoamericanas que prohíben utilizar el fideicomiso para alcanzar un fin prohibido para el fiduciante.” (Malumián, 2006, Pag.5)

Por esta razón, el *pactum fiduciae* o la fiducia, corresponde a los actos inter vivos, es decir, una persona transmitía a otra la propiedad de una cosa mediante un convenio, que lo obligaba a administrarla con un destino específico (*fiducia cum amico*) o devolverla a la transmitente una vez

cumplida la obligación (*fiducia cum creditore*). De esta forma la *fiducia cum creditore* representa el punto de partida de la figura de fideicomiso de garantía. (Rodríguez, 2009, pag. 785). Posteriormente, el fideicomiso es utilizado en la cultura germana y anglosajona, sentando las bases del fideicomiso moderno, entre los usos más comunes del fideicomiso están: el fideicomiso de garantía, el fideicomiso de administración, el fideicomiso de obra pública, entre otros.

El Fideicomiso (Concepto y Definición)

La palabra fideicomiso tiene su origen etimológico del latín *fideicommissum*, cuenta con sus raíces en las palabras *fides*, que significa fe, y *commissus*, se define como comisión, en su construcción puede entenderse como “comisión de fe”, viene a ser parecido a “encargo de fe”, dado el fin que este contempla y la definición de comisión. El fideicomiso es por definición un contrato o convenio en el que una o más personas, conocidas como fideicomitente, transmite bienes, cantidades de dinero o derechos, presentes o futuros, de su propiedad a otra persona, sea ésta una persona física o persona jurídica, llamada fiduciaria, para que ésta administre o invierta los bienes en beneficio propio o en beneficio de un tercero, llamado fideicomisario. El autor Sergio Rodríguez Azuero define en diferentes publicaciones, que la concepción más sobre el contrato de fideicomiso corresponde al:

“negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y que con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero” (Rodríguez, 2002, p.830, 2009, p. 182).

En el mismo sentido, el autor Romero lo ha definido, como el convenio por el cual una persona, física o jurídica transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes a una institución fiduciaria para realizar un fin lícito que la propia persona señala en el contrato respectivo. (Romero, 2004, p. 109)

Elementos del Fideicomiso

Esta figura comercial persigue diferentes fines u objetivos. Jurídicamente, procura como cualquier contrato comercial, la generación de riqueza para quien lo constituye. Además, comprende o mantiene sin importar, el uso del fideicomiso una estructura general, donde encontraremos diferentes actores:

1. El fideicomitente: Este es quien transfiere a otros, bienes determinados para el desarrollo del negocio u objeto perseguido. Tiene que poseer el dominio pleno de los bienes dados en fideicomiso.
2. El fiduciario: Está obligado a administrar los bienes fideicometidos con la prudencia y diligencia propias del buen “hombre de negocios”, lo que se entiende cómo administrar lo ajeno como si fuera propio. Actúa sobre la base de la confianza depositada en él y puede ser cualquier persona física o jurídica, según nuestro ordenamiento.
3. El beneficiario: Es la persona en cuyo beneficio se ha constituido el fideicomiso (puede o no existir), sin ser el destinatario final de los bienes y puede ser una o varias personas físicas o jurídicas.
4. El fideicomisario: Se define como el destinatario final o natural de los bienes fideicomitidos.

Normalmente, el beneficiario y el fideicomisario son una misma persona. Sin embargo, puede existir que no sea la misma persona, puede ser un tercero, o el propio fideicomitente.

Usos del Fideicomiso

El fideicomiso tiene varios usos, estos son definidos según las necesidades y definición de su objeto, el mismo es versátil y puede ser utilizado para la realización de diferentes negocios. Los usos principales: el fideicomiso de garantía, el fideicomiso de administración, el fideicomiso de obra pública, entre otros, los cuales definimos.

Fideicomiso de Garantía

Este es un contrato mediante el que un deudor (fideicomitente) transfiere bienes a un fiduciario (Administrador), con el objeto de respaldar el cumplimiento oportuno de una obligación en favor de un tercero (fideicomisario). Cuando el deudor no satisfaga oportunamente la deuda, el fiduciario procederá a la venta del bien o bienes destinados, el producto obtenido será para el pago de la deuda, en caso de excedente, se devuelve al fideicomitente. Caso contrario, si se ejecuta oportunamente el pago de la deuda, los bienes son restituidos por la fiduciaria al fideicomitente.

Fideicomiso de Administración

El Señor Rodolfo Batiza expresa que: “por fideicomiso de administración, se conoce aquel en que el fideicomitente entrega bienes inmuebles al fiduciario que se encargue 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” (El fideicomiso, teoría y práctica, 2da ed, México, Asociación de Banqueros de México, 1973, p, 118)

En consecución el autor Emilio Gutiérrez, explica que, a este tipo de fideicomiso, se le “atribuye a éste un carácter restringido en cuanto a que el objeto de administración se limita a inmuebles, no obstante que en la práctica es posible que otra clase de bienes puedan ser materia de tales fideicomisos” (Gutiérrez, año, p, 59). Además, expresa que este fideicomiso “implica la realización de operaciones de guarda, conservación o cobro de productos y entrega de estos, al denotar con ello uno de los significados frecuentes que desde el punto de vista jurídico y en oposición a traslativo de dominio suele atribuirse al término “administración”.” (Gutiérrez, año, p.60)

Fideicomiso de Obra Pública

El Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero definió mediante el Reglamento sobre Oferta Pública de Valores, en su Título IV, CAPÍTULO II, denominado “Valores provenientes de Fideicomisos de desarrollo de Obra Pública”, este fideicomiso de la siguiente manera:

Artículo 73. Fideicomiso de desarrollo de obra pública

El fideicomiso de desarrollo de obra pública es un contrato en virtud del cual, la Administración Pública suscribe un contrato de fideicomiso con un fiduciario con el único fin de llevar a cabo la ejecución de un proyecto concreto de construcción y desarrollo de obra pública, para su posterior arrendamiento, operativo o financiero, con o sin opción de compra por parte de la Administración Pública. A estos efectos, la Administración transmite al fideicomiso un conjunto prefijado de activos o derechos necesarios para el desarrollo del proyecto, tales como derechos de uso, de usufructo, flujos futuros de efectivo, estudios, diseños preliminares, propiedad intelectual, propiedades inmuebles entre otros, de los cuales sea titular.

Con posterioridad a la constitución del fideicomiso, el fiduciario puede incorporar al fideicomiso otros activos adquiridos directamente por él o cedidos por otra entidad de la Administración Pública o terceros, que resulten necesarios para el desarrollo del proyecto, según lo dispuesto en el contrato de fideicomiso. Para los efectos de este reglamento, no se permite la incorporación de activos al fideicomiso a través del uso de vehículos de estructuración como figuras societarias, fideicomisos u otros similares.

El Trust, figura semejante del derecho inglés.

El *Trust* nace del derecho inglés, se origina como consecuencia de algunas variantes que fueron incorporadas a la institución del *Use*. Este instrumento consistía en una relación fiduciaria con respecto de determinados bienes, por la cual la persona que los posee (*trustee*), está obligada a manejarlos en beneficio de un tercero (*cestui*), al surgir como resultado de un acto voluntario expreso de la persona que lo crea (*settlor*).

El factor sobre el cual se constituye este instituto es la confianza delegada sobre el *trustee*, éste no podía delegar en otra persona la consecución del fin encomendado en el momento de la *creación del trust*.

Aparecen tres personas dentro del trust,

1. El *settlor* (Fideicomitente), llamado también creador o trustor, por su condición de creador de este.
2. El *trustee* (fiduciario)
3. El *cestuit que trust* o beneficiario.

Elementos del trust

Como se indicó anteriormente, el Trust mantiene tres partes o elementos, los cuales se explican seguidamente:

El *settlor* desaparecería una vez formalizado el trust, salvo que se reservara el derecho de revocarlo, alterarlo o enmendarlo en cualquier momento, podía, además, reservarse el derecho de instruir al *trustee* en materia de inversiones y el de fiscalizar los actos que a su juicio fuese necesario. En virtud del trust, el trustee o fiduciario se convierte en el titular de los bienes o derechos fideicometidos, requiriéndosele para poder ejercer esa función, poseer no solo la capacidad de gozar de los bienes y derechos que se le trasladarán sino de ejercitarlos también.

Cuando el *settlor* se nombrará a sí mismo como *trustee*, la coincidencia era permisible, siempre y cuando tuviese la capacidad suficiente de efectuar la transmisión de los bienes o derechos, materia del *trust* a un tercero. En este supuesto no existe transmisión de bienes o derechos, sino únicamente la división de estos dentro del patrimonio personal del *settlor trustee*, al crearse el patrimonio propio del trust. Las calidades del *trustee* y beneficiario no podrían darse, salvo cuando un grupo de personas sea designado trustee y beneficiarios a la vez, por cuanto no existe una fusión que acarree la nulidad del negocio, sino que se justifica en el argumento de que existiendo varios *trustee-cestuis*, los derechos que corresponden a los mismos individuos en uno y otro carácter son esencial y recíprocamente diferentes.

Si se diera el caso de que el *settlor* no hubiese nombrado un fiduciario al momento de constituir el trust, el tribunal de equidad lo hará por cuanto la disposición y no se permitirá la frustración de un *trust* por falta de *trustee*, al aplicarse la misma regla cuando sea nombrado este

administrador, el mismo, por falta de capacidad o simplemente por falta de voluntad, no acepte el cargo.

En lo que se refiere al *cestui que trust* o beneficiario, cabe indicar, que en el momento de constituirse o formalizarse el *trust*, debe ser señalado sin ambigüedades, eso es, de forma clara y concreta. En el caso de *trust* privados, en los públicos o de beneficencia, los beneficiarios, serán indeterminados individualmente, al conformar un gran grupo de personas a las cuales se les brinda un servicio social y de caridad, denominándoseles *charitables trust*. En vista entonces de la imposibilidad de individualizar a cada uno de los beneficiarios, basta con señalar al grupo de personas que se pretende beneficiar, con la constitución de ese *trust* público.

En la actualidad cualquier sujeto con capacidad de tener propiedad para sí, puede ser beneficiario, pero en la época de la esclavitud un esclavo no podía tener propiedad, por ende, era incapaz de ser un *cestui*, además, se consideraba también, cuando un extranjero tenía la condición de *cestui que trust*, no podía tener interés en él, pero todo ha sido superado. En principio puede ser beneficiario toda aquella persona que posee la capacidad de adquirir derechos y obligaciones iguales a los fideicometidos en su beneficio.

El *settlor* puede constituirse asimismo en beneficiario único o en uno de los asignados, aunque en distintas entidades federativas de los Estados Unidos no se acepten que sea único el beneficiario. En este supuesto, aunque el *settlor* no tuviese intención de defraudar a sus acreedores, se presume de pleno derecho (*juris et de jure*) que sí existe, por lo que sus acreedores pueden pagarse sus créditos con los bienes o derechos fideicometidos.

Clasificación del trust según su naturaleza jurídica

En doctrina se habla de diversas clases de *trust*. Por un lado, el exprés *trust* en sus dos categorías, *executed trust* y *executory trust*.

- El exprés *trust*: es aquel que se constituye por la voluntad expresa del *settlor*;

- El *trust* ejecutado (*executed*): es aquel que luego de haber sido constituido formalmente con sus declaraciones o instrucciones concretas, no exige, para producir todos sus efectos, ningún acto ulterior,
- El *trust* eventual (*executory*): las instrucciones son sólo un intento para servir como minuta a perfeccionar en un momento posterior.

Puede hablarse del *express trust* instrumental cuando el *trustee* debe seguir rigurosamente las instrucciones dadas y del *discretionary*, cuando el trustee tiene un poder de apreciación. También del *express trust* según el interés que proteja. Por un lado, el de interés privado es cuando el patrimonio fideicometido afecta solamente intereses privados, y el de interés público, si el interés protegido es general, es decir, útil para la sociedad. Por otro lado, se comenta sobre el *implied trust* en sus dos dimensiones, *resulting* (presuntivos) y *constructive* (forzosos), el primero lo creaba un Tribunal de Equidad cuando encontraba motivos para presumir que una persona, a juzgar por ciertos de sus actos, pretendió un *trust* expreso, que, por circunstancias ajenas, no llegó a formalizarse. El segundo los constituye el mismo tribunal con el fin de evitar que un individuo alegue injustamente riquezas ilegítimas en perjuicio de un tercero.

Orígenes del fideicomiso en Costa Rica

En Costa Rica, el contrato de fideicomiso inicialmente fue regido por las normas relativas al mandato (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 87 de las 14:20 horas del 11 de agosto de 1995.), hasta que, en 1974, el fideicomiso como tal se reguló en el Código de Comercio, el cual toma como base la legislación mexicana, especialmente la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. El fideicomiso de garantía fue regulado con la reforma al artículo 187, inciso g) de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, Ley No.7732 del 17 de diciembre de 1997, el cual afectó el artículo 648 párrafo in fine del Código de Comercio.

Posteriormente, el Fideicomiso encuentra un espacio en normativa nacional cuando el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero adicionó dentro del Reglamento sobre Oferta Pública de Valores, en su Título IV, CAPÍTULO II, denominado “Valores provenientes de Fideicomisos de desarrollo de Obra Pública”, la definición y regulación en relación con la emisión

de títulos valores para el soporte o gestión de financiamiento de éstos, según consta en artículo 8 del acta de la sesión 881- 2010, celebrada el 17 de setiembre del 2010.

Se puede apreciar que, si bien la figura del fideicomiso está dentro de un código normativo desde 1974, durante el pasar de los años se va regulando mediante otros textos normativos, como lo son directrices, reglamentos, entre otros, se pueden divisar los diferentes usos de la figura del fideicomiso. En sentido estricto, el caso de la obra pública se valora al Fideicomiso como opción para el desarrollo de obra pública, al cobrar desde ese momento un impulso y hoy en día hay diversos ejemplos, como los son el caso de la Universidad de Costa Rica, para la ampliación del campus universitario, el caso de la Asamblea Legislativa, para la remodelación del Edificio del Poder Supremo del Estado, entre otros que se han tramitado o se mantienen en ejecución.

El Fideicomiso en Costa Rica

En Costa Rica, el fideicomiso se encuentra regulado en el Código de Comercio, en el artículo 633, siguientes y concordantes, además, como se indica apartados anteriores, el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero definió mediante el Reglamento sobre Oferta Pública de Valores, en su artículo 73, Título IV, Capítulo II, denominado “Valores provenientes de Fideicomisos de desarrollo de Obra Pública”. No obstante, el articulado establecido para la regulación de los fideicomisos de obra pública ha sido derogado por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero en el artículo 13 del acta de la sesión 1124-2014, celebrada el 8 de setiembre del 2014. Dicha acción evidencia la ausencia de regulación específica sobre esta materia, también revela que la existencia de instrumentos generó una demanda o una posibilidad para el desarrollo de obra pública, algo que hasta la fecha no se había presentado; más la derogatoria de esta norma, dejó sin regulación específica la titularización, para el financiamiento de fideicomisos de obra pública.

Características del Fideicomiso en Costa Rica

El contrato de fideicomiso tiene las siguientes características, dentro de nuestra Legislación Costarricense:

1. Mercantil. Está regido por el Código de Comercio que es el que regula la actividad comercial.
2. Real. El fideicomiso necesita para su existencia y ejecución, el traspaso del patrimonio fideicometido, a manos del fiduciario y ello lo convierte en real.
3. Consensual. Es necesario para su constitución el acuerdo expreso de las partes intervinientes; al menos la voluntad del fiduciario y el fideicomitente.
4. Formal. El fideicomiso debe ser otorgado en documento privado o público escrito. En los casos en que el fideicomiso estará constituido, al menos en parte, por bienes inmuebles, deberá otorgarse escritura pública ante notario y ésta se inscribirá en el Registro Público.
5. Es típico. Por el hecho de estar contemplado dentro del articulado del Código de Comercio, el fideicomiso goza de tipicidad.
6. Es intuitu personae. El contrato de fideicomiso está basado en la “consideración de la persona”, toda vez que la confianza es un elemento básico, para el acuerdo y ejecución del Fideicomiso: el fideicomitente entrega la titularidad de todos o algunos de sus bienes y derechos, a otro, quien los recibe para realizar con ellos el encargo manifestado
7. Final. Esto significa que fideicomiso se realiza por algo y para algo, y todo el actuar de las partes contratantes está destinado al logro de dicho fin.
8. Patrimonio Autónomo. El patrimonio fideicometido, se convierte en un conglomerado de bienes y derechos diferentes completamente, separados de la hacienda de las personas que intervienen en el contrato: fiduciario (principalmente), fideicomisario y fideicomitente.
9. De gestión profesional. Para lograr el fin deseado, el fideicomiso debe ser administrado por un gestor profesional, capaz de cumplir las indicaciones tanto del contrato como de la ley.
10. Elástico. La enorme elasticidad que presenta la figura del fideicomiso permite que se puedan llevar a cabo múltiples negocios, de acuerdo con las necesidades del fideicomitente.

Fideicomiso de Obra Publica

El desarrollo de Obra Pública se realiza mediante la contratación de empresas del sector privado siguiendo los procesos establecidos en la regulación nacional. Para el desarrollo de obra pública, en nuestra legislación se encuentran establecidas diferentes herramientas, o figuras jurídicas, dentro de las cuales se encuentra los procesos tradicionales de Contratación Administrativa, regulados bajo la Ley de Contratación Administrativa, los Fideicomisos de Obra Pública, entre otros.

El fideicomiso, en los últimos años, está siendo utilizado por diferentes entidades estatales, por su flexibilidad operativa, al ser una figura amplia, pues se ajusta a diversos modelos de administración. Es una figura de derecho privado, independiente de las partes que lo conforman, y es utilizado por la Administración Pública, para cumplir con una finalidad lícita y determinada, a efecto de fomentar el desarrollo económico y social, a través del manejo de recursos aportados por el Gobierno y administrados por una institución fiduciaria.

Las Instituciones con la necesidad de construir infraestructura no necesariamente pueden recurrir al fideicomiso, al tratarse de soluciones jurídicas a la medida de las necesidades de cada institución. El Ing. José Miguel Mena Marín, en un artículo publicado en octubre del 2010, llamado “Fideicomisos para el desarrollo de obra pública”, explica:

El fideicomiso es una clase especial de contrato contemplado en el Código de Comercio mediante el cual, un fideicomitente, en este caso la Administración encargada de realizar la obra, transmite al fiduciario, que puede ser un banco u otro con capacidad para el efecto, la propiedad de bienes o derechos; el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo (contrato de fideicomiso). Antes de continuar, es oportuno recalcar que los fideicomisos no son una solución universal para todo tipo de proyectos, tampoco hacen milagros, un proyecto que no puede financiarse por esquemas convencionales, tampoco se podrá financiar mediante un fideicomiso de titularización. Tampoco son fáciles de estructurar, y lejos de ser un producto financiero masivo, son como trajes hechos a la medida de cada proyecto y de la empresa que promueve su desarrollo. (Mena, 2010, Pag.2)

Constitución y Funcionamiento del Fideicomiso de Obra Publica

La constitución y el desarrollo de un Fideicomiso de Obra Pública, requiere inicialmente de la existencia de una necesidad de desarrollo de una o varias obras publicas por parte de una Entidad estatal, y de una entidad financiera con la experiencia, capacidad patrimonial, financiera, técnica y administrativa, con el fin de guiar el desarrollo y ejecución adecuado y exitosa. En el país, el Banco Nacional y el Banco de Costa Rica son las entidades fortalecidas en esta materia y han ejecutado proyectos de obra pública en Costa Rica utilizando la figura del fideicomiso, que a la fecha cuentan con un grado comprobado de eficiencia y éxito. Para el desarrollo del presente segmento, se mantuvo conversación con el Señor Osvaldo Morales, jefe de Seguimiento, de la Dirección de Fideicomisos del Banco Nacional, quien brindó el paso a paso de la constitución de un fideicomiso de esta naturaleza.

De esta forma, se debe tener presente que las instituciones públicas pueden optar por un fiduciario público o privado, sin embargo, la contratación de un banco estatal permite realizar un contrato en apego al artículo 131 de la ley de Contratación Administrativa vigente, el cual es un contrato entre entes de derecho público. Se admite contratar de manera directa, sin concurso público, eliminando tiempos de contratación administrativa propias de un proceso convencional, las cuales retardan la ejecución de lo requerido inicialmente. Comenta el señor Morales, que aún así, la Contraloría General de la República en adelante CGR solicita a las entidades tener oferta de los bancos públicos para definir la mejor opción estatal en la materia.

El Fiduciario, necesariamente debe contar con la experiencia, control, asesoría, cobertura, recursos materiales y técnicos, que garantice el adecuado avance en el proyecto. Esto pues, en caso de situaciones no previstas, contingencias, u otras necesidades, tenga la capacidad de accionar en procura de no retardar el objeto perseguido. El contrato de fideicomiso en Costa Rica, específicamente el de obra pública, no cuenta con una regulación (Ley, Reglamento, etc) determinada, sino que debe constituirse en un marco de acción, en el cual se tomen decisiones a partir de las necesidades del ente público, para este contrato es “el fideicomitente” el de las condiciones del mercado y de las capacidades del mismo fideicomiso, según sea su naturaleza, objeto y alcances, pues todos son diferentes, aunque pretendan fines similares y tengan estructuras

similares. Los fideicomisos o figuras jurídicas semejantes, en donde aplica el principio de legalidad, es esencial establecer esa previsión contractual, sobre en la función realizada por el Fiduciario “de un buen padre de familia”, debe tratar de gestionar lo que mejor convenga a los intereses del Fideicomitente, pero para poder ofrecerlas, analizarlas, compararlas y tomar decisiones, debe haber diversidad.

Según el señor Morales, los fideicomisos de Obra Pública están sujetos a las regulaciones de la CGR, por interactuar entre entes de derecho público, manejar fondos públicos, y mantener un fin público, aunque el fideicomiso debidamente constituido, corresponda a un ente de derecho privado. Lo anterior en debida concordancia con el artículo 4, inciso b, de la “Ley Orgánica de la Contraloría General de la República N° 7428”, el cual cita que la CGR “ejercerá su competencia sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública: ..., b) Los sujetos privados, que sean custodios o administradores, por cualquier título, de los fondos y actividades públicos que indica esta Ley.”. Como consecuencia, el fideicomiso deberá apegarse en su operación una vez sea constituido a las regulaciones que le apliquen propias del derecho público, específicamente en el manejo de los recursos públicos bajo su custodia, y por lo cual, en su operación deben de respetar los principios de la contratación administrativa para sus procesos de compra.

De esta forma, y en esta secuencia regulatoria, deben los contratos de fideicomiso ser refrendados en apego al “Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública”. Fue publicado en el diario oficial La Gaceta N°202 del 22 de octubre del 2007 y sus reformas porterioras, el cual indica en su artículo tercero, inciso cuarto:

“Artículo 3°. -Contratos administrativos sujetos al refrendo. Se requerirá el refrendo contralor en los siguientes casos: ...

4) Todo contrato o convenio específico celebrado entre dos o más entes, empresas u órganos públicos, en el tanto tengan por objeto el otorgamiento de concesiones o la constitución de fideicomisos.”

Una vez brindado el refrendo por la CGR, si el contrato requiera una modificación, deberá estar en apego al artículo 17, del citado reglamento, y darse por aprobación interna. Con el refrendo

contralor, el contrato de fideicomiso cuenta con aval legal para su ejecución, es decir, el Contrato de Fideicomiso de Obra Pública, desarrollado y firmado por las partes, previa a su constitución legal, debe de contar con refrendo de la CGR y hasta ese momento se puede continuar con su proceso de formalización.

Los contratos de fideicomiso no se inscriben al ser estos actos privados, se regulan por medio del contrato y el derecho privado. Sólo se debe inscribir la sección del contrato que contiene bienes registrados, pero no existe un Registro de Fideicomisos en nuestro Registro Nacional (en adelante RN). En cuanto a los fideicomisos a solicitud de parte se le puede asignar por parte del RN un número de identificación, pero tal circunstancia no los habilita como personas jurídicas.

Ahora bien, una vez que el fideicomiso esta debidamente constituido, este mismo encontrará su regulación en las normas propias del fideicomiso, y del contrato fuente de su existencia. En estos contratos, para la consecución de obra pública explica el jefe de Seguimeinto de Fideicomisos del Banco Nacional que el fiduciario procede a la constitución de una Unidad Administradora, la cual será el ente administrador del fideicomiso, y también se constituyen una diversidad de manuales internos las cuales rigen el funcionamiento del fideicmiso y su operación, entre los cuales se destacan los manuales de:

1. Administración,
2. Gestión de Riesgos,
3. Vigilancia,
4. Adquisición de Bienes y Servicios,
5. Entre otros,

Dichos manuales se constituirán en concordancia con los principios de la contratación administrativa, en caso de que se presente alguna situación positiva o negativa no regulada en los manuales, debe de resolverse en apego a la Ley que corresponda según la materia de la situación en conflicto. Sobre el manual de bienes y servicios, este es uno de los mas relevantes, pues todo ente tiene diversas necesidades a contratar, debe respetar los principios de contratación administrativa. Estos principios se deberán definir en el contrato de fideicomiso, con el objetivo

de que sea posible valorar y auditar los procesos de contratación. Los procesos de contratación deberán buscar siempre la oferta más conveniente para el alcance del fin perseguido.

Los Fideicomisos pueden recurrir a diferentes formas de financiamiento, sean estos préstamos o emisión de bonos, gracias a que su concepción representa una figura jurídica independiente en su accionar, a los actores principales del mismo Fideicomiso. Debe tenerse claro el no limitar en el contrato de Fideicomiso, los financiamientos de los proyectos a un único mecanismo, así como debe de flexibilizarse temas como el plazo, la moneda, la tasa de interés, entre otros. El financiamiento debe ajustarse a la necesidad de efectivo y a la etapa misma del proyecto, siempre buscando el menor costo financiero posible.

Los proyectos de inversión son formalizados por el área de Banca de Inversión de los bancos, las cuales cobran comisiones por la estructuración financiera del proyecto. Los honorarios del Fiduciario no cubren la totalidad de las actividades requeridas, para que el Fideicomiso logre sus objetivos, hay algunas actividades que debe contratar el Fideicomiso con terceros como lo son: calificación de riesgo en caso de requerirse (disposición SUGEF), Unidad Administradora de Proyectos, empresas constructoras, dietas del Comité de Vigilancia, entre otros.

El Fiduciario puede cobrar entre un 0.2% y un 0.5% sobre el valor total del pasivo administrado, o un mínimo mensual. La razonabilidad de los honorarios pactados debe revisarse bien por los constituyentes, la Contraloría General de la República verificará estos a la hora de refrendar el contrato de Fideicomiso. La comisión no debería ser fija durante toda la vida del Fideicomiso, que puede ser una comisión variable asociada a cada etapa del proyecto, que puede ser más alta al principio y más baja una vez finalizadas las obras, o determinada según los costos de cada etapa.

Sí se optará por captar recursos a través de una colocación pública o privada de valores se deberá recurrir a otras entidades tales como Puestos de Bolsa para hacer la colocación de valores, por lo que se deben firmar necesariamente contratos por esos servicios, ya que el Fideicomiso actuaría en este supuesto como un cliente más y particularmente como emisor o deudor. El financiamiento con Bancos obliga a pagar comisiones por estructuración de créditos, comisiones

por desembolsos, comisiones por no desembolsos y otras, las cuales forman parte del costo total del funcionamiento y donde el Fideicomiso es el deudor.

Un costo muy importante de un Fideicomiso de esta naturaleza es el de la Unidad Administradora de Proyectos responsable de la gestión del Fideicomiso como brazo ejecutor del Fiduciario que debe existir durante toda la vida del Fideicomiso. Un costo de menor relevancia, pero que debe ser considerado por el Fideicomiso, es el pago de dietas a los representantes del Comité de Vigilancia del Fideicomiso, el cual deberá estar conformado por al menos 3 representantes que devengarían dietas mensuales.

Impacto de la Ley General de Contratación Pública

El dieciocho de mayo del presente año fue aprobada una ley conocida como “Ley General de Contratación Pública” No 9986, la cual entrará en vigor el próximo año. La misma constituye la derogación de la Ley de Contratación Administrativa vigente y supone un cambio estructural en los procesos de compras de bienes y servicios del Estado. Sin embargo, señala el Señor Osvaldo Morales que esta ley es de carácter relevante, incluye en su Capítulo VI, el tema de fideicomisos, denominando este apartado como “Contrato de fideicomiso público”, citando inicialmente en su artículo 79:

“Artículo 79. - A través del contrato de fideicomiso público la Administración constituye un patrimonio de afectación a un fin público, el cual será administrado por un fiduciario en su condición de gestor profesional de negocios ajenos, atendiendo a los objetivos definidos en el contrato, según los estudios previos de carácter financiero, ambiental y social, según corresponda, que justifiquen que el fideicomiso resulta ser la mejor opción para la Administración, respecto a otras figuras jurídicas aplicables.”

Esta incorporación en una norma ejecuta varios cambios en la figura en mención, dado que no solamente están los fideicomisos regulados en el Código de Comercio, de manera general, sino que ahora los fideicomisos de naturaleza pública están regulados de manera exclusiva por la nueva norma. Consecuentemente, muchos actos regulados por los Fideicomisos deberán sujetarse a esta

nueva normativa, a la fecha en apego a principios más ajustados a criterios propios de su administración. Podrían considerarse algunos de estos aspectos en la futura creación de un reglamento a la presente ley, ayudaría definir mayor cantidad de regulaciones específicas sobre la constitución y funcionamiento de estos fideicomisos, como de dar iniciativa a entes reguladores, como la CGR, y las diversas superintendencias, a generar normativa mas específica sobre est figura, limitándole su actuar privado, y convirtiéndola una figura de gran flexibilidad para el desarrollo de obra pública, en una figura menos flexible y eficiente en la consecución de sus fines.

Análisis Jurisprudencial sobre el Fideicomiso de Obra Pública

El objeto del presente apartado tiene la finalidad de estudiar jurisprudencia actual sobre la figura del fideicomiso de obra pública, no obstante, realizada una revisión en la plataforma Nexus, se pudo encontrar únicamente una resolución de la Sala Primera, y varias actas de la Corte Plena, de las cuales una brinda un aporte importante sobre el tema en estudio. La revisión brindó una visión clara que este tipo de fideicomisos son muy específicos, al estar concretamente relacionados con el Estado, y, por tanto, son fideicomisos constituidos exclusivamente, para obra pública, y no se cuenta con amplia jurisprudencia.

1. EXP. 11-002559-1027-CA, RES. 000401-F-S1-2014, SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas cincuenta y cuatro minutos del trece de marzo de dos mil catorce.

La citada resolución corresponde a un recurso de casación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE SEGUROS; contra el BANCO CENTRAL DE COSTA RICA específicamente el CONSEJO NACIONAL DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO Y SUPERINTENDENCIA GENERAL DE VALORES, en virtud que el citado demandado en sesión número 881-2010, celebrada el 17 de setiembre de 2010, aprobó adicionar al Reglamento sobre Oferta Pública de Valores, el Capítulo II, denominado "*Valores Provenientes de Fideicomisos de Obra Pública*". Esa reforma fue publicada en La Gaceta no. 198 del 12 de octubre de 2010.

Reclama entonces el INS que después de la adición de el artículo 76 de ese Reglamento, se establece lo siguiente: “Partes del fideicomiso de desarrollo de obra pública. Las partes del fideicomiso de desarrollo de obra pública se deben ajustar a los siguientes lineamientos: a. El fideicomitente: Únicamente puede constituirse como fideicomitente la Administración Pública, según se define en el artículo 74 de este Reglamento. b. El fiduciario: Pueden constituirse como fiduciarios los bancos sujetos a la supervisión de la SUGEF, y los organismos financieros internacionales con participación del Estado costarricense. c. El fideicomisario: Serán fideicomisarios la Administración Pública para la que esté destinada el proyecto, así como los inversionistas tenedores de valores emitidos por el fideicomiso”. En este proceso, el Instituto Nacional de Seguros (INS o el Instituto en futuras referencias), pretende declarar la nulidad absoluta del numeral 76 inciso b) de ese cuerpo normativo, por cuanto, en su criterio, limita de manera ilegítima su posibilidad de participar como fiduciario en los contratos de fideicomisos de obra pública. Aseveró, el Reglamento impuso una exclusión que la ley no establece, por lo que “va más allá de lo que dispone la ley”.

Sobre lo cual, la Sala resuelve en favor del Instituto, indicando que: “Una interpretación literal de las normas de la Ley del Instituto Nacional de Seguros, que definan su competencia solamente para desarrollar la actividad aseguradora y reaseguradora como lo exponen los jueces, atentaría contra los intereses económicos del INS y los de la propia Administración, pues no se les permitiría utilizar esquemas alternativos de financiamiento y ejecución para el desarrollo de obra pública. En el precepto 9 de la Ley 12, se infiere que los contratos de fideicomiso de cualquier índole cuando el INS funja tanto como fideicomitente, fiduciario o fideicomisario, debían quedar excluidos de los procedimientos ordinarios de concurso establecidos en la Ley, porque ello le iba a permitir la efectiva participación en un mercado abierto, empero, no se puede caer en la tesis que esa participación se limita solo a la actividad de seguros. Se insiste, el objetivo principal de la norma es que el INS y sus empresas no tuvieran inconvenientes u obstáculos en su labor dentro del terreno de los seguros, pero para ello, resulta fundamental que también puedan acudir a otros mercados de inversión de su capital, pues ello depararía en la generación de mayor rentabilidad para la institución y, por ende, para el desarrollo de sus negocios.

Consecuencia del razonamiento extraído, la Sala da lugar al recurso anulando el artículo 76 inciso b) del Reglamento sobre Oferta Pública de Valores, el virtud que el mismo es contrario a la norma, específicamente a lo determinado en el Código de Comercio, lo cual es regulativo, pero no exclusivo con ningún ente y también contrario a la Ley Reguladora del Mercado de Seguros, cuenta con la iniciativa de brindarle al INS y a su grupo empresarial la oportunidad de diversificar y ampliar sus operaciones en diversos mercados, por lo cual, debe el CONASSIF, corregir la restricción creada.

Por esta, el Poder Judicial mantiene un Fideicomiso para el desarrollo de obras propias, sobre el cual se discute en sesiones de la Corte Plena. En el Acta de Corte Plena N° 022 – 2014, pueden extraerse los siguientes fragmentos capaces de brindar información acerca del funcionamiento del fideicomiso de obra pública: III. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL FIDEICOMISO. La figura del fideicomiso se concibe como un contrato a celebrarse con las reglas atinentes al derecho común. Específicamente se encuentra regulado en los artículos 633 a 662 del Código de Comercio y que tiene como objeto la creación de un patrimonio autónomo para el cumplimiento de fines determinados. Se conforma de tres sujetos: fideicomitente, fiduciario y fideicomisario. Se constituye para la ejecución de un encargo lícito y tiene como prohibición dar a los recursos asignados, un destino diferente al contratado, por lo que tampoco podría pensarse en una cesión absoluta del derecho de propiedad, sino que únicamente su administración mientras se consiguen los objetivos propuestos. Explica el fragmento que el fideicomiso es concebido para un fin determinado y cierto, para lo cual se constituye con diferentes actores ampliamente explicados en el presente artículo, su finalidad específica es la de atender el fin para el cual se constituye el fideicomiso y no podrán efectuar acciones fuera de su naturaleza.

Definido lo anterior, en el acta consultada, se cita el voto 2004-14421 que indica: VI. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL, sobre la posibilidad de que las Administraciones Públicas suscriban fideicomisos, la Sala Constitucional señaló en su sentencia n° 2004-14421 de las 11:00 horas del 17 de diciembre de 2004, lo siguiente: “(...) las formas propias de los procedimientos de la contratación administrativa así como los recaudos de carácter adjetivo que establece el ordenamiento jurídico para la validez y eficacia de un contrato administrativo deben interpretarse de forma flexible en aras del fin de todo contrato administrativo, sin descuidar, claro está, la

sanidad y corrección en la forma en que son invertidos los fondos públicos. Desde esta perspectiva, los procedimientos administrativos de contratación son la sombra (forma) que debe seguir, irremisiblemente, al cuerpo (sustancia), son los fines y propósitos del contrato administrativo de satisfacer el interés general y, desde luego, procurar por el uso racional, debido y correcto de los fondos públicos. Por último, debe recordarse que los principios de la eficiencia y la eficacia en cuanto informan la organización y gestión administrativa tienen fuerte asidero constitucional (artículos –todos de la Constitución Política- 140, inciso 8, en cuanto le impone al Poder Ejecutivo el deber de ‘Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas’, el 139, inciso 4, en la medida que incorpora el concepto de ‘buena marcha del Gobierno’ y el 191 al recoger el principio de ‘eficiencia de la administración’)” (resaltado no es del original).

Del texto transcrito, la Sala resalta la relevancia de los procesos de contratación administrativa para la consecución de los fines propios de la administración pública, por lo cual, en concordancia con la legislación actual y vigente en la materia, se tiene que todo instituto formado con fondos públicos debe de atender sus necesidades teniendo en cuenta los principios de contratación administrativa, siendo consecuencia de esto, que los fideicomisos de obra pública, para la consecución de su objetivo, deben de contar con un reglamento de adquisición de bienes y servicios que respete los citados principios. En síntesis, no se cuenta con una jurisprudencia abundante, ni una normativa extensa, más si existe un marco legal bastante claro, encargado de determinar el funcionamiento de estos. Así, como queda claro que una vez constituidos, corresponde a la creación de un ente de derecho privado con manejo de fondos públicos, y bajo supervisión de la Contraloría General de la República.

3. Conclusiones y recomendaciones del Fideicomiso para el desarrollo de obra pública.

- a) El fideicomiso en Costa Rica no cuenta con una ley o una reglamentación clara y definida, únicamente en los artículos del 633 en adelante del Código de Comercio, se encuentra definido generalmente, y en los últimos años se ha dado una inmersión de normativa por parte de entes como la Contraloría General de la República, CONASIFF y SUGEF. Para el próximo año entrará en vigor la nueva norma de compras publicas, lo cual brindará una

regulación para los fideicomisos de esta naturaleza, sin embargo, la misma es muy general aún.

- b) La figura del Fideicomiso constituye un mecanismo sumamente ágil y flexible para realizar los procesos de contratación en tiempos mucho más cortos, dado que su ejecución se desarrolla de una manera directa, al funcionar como un ente de Derecho Privado. No obstante, al utilizar esta figura se debe contemplar costos como “Costos Hundidos”, dado que, en la formalización de esta figura, participan durante meses e incluso años, profesionales tanto de los entes financieros, como de los entes que procuran la figura, y esto representan costos bastante altos, que al tomarse los plazos totales (formulación del Fideicomiso – desarrollo del Fideicomiso), mostrarían una eficiencia menor de esta figura.
- c) El Fideicomiso está sujeto al principio de legalidad y a toda la regulación que en materia jurídica concierne al aparato público, con las excepciones –eso sí- que potencian su aplicación y bondades del derecho privado. Esto al estar normado en el Código de Comercio, al ser un mecanismo idóneo, para la consecución de fines diversos. Es claro que el Fideicomiso representa un negocio de derecho privado, en su accionar, lo cual permite su agilidad.
- d) El objeto del negocio fiduciario puede ser uno o más proyectos, esto debe ser definido por el fideicomitente y el fiduciario según sus necesidades. Por ejemplo, un fideicomiso puede únicamente construir un edificio de oficinas o un centro de oficinas, un proyecto de vivienda o varios de estos, de manera simultánea u ordenada y consecutiva. Los fines del fideicomiso pueden ser amplios y variados, deben, exclusivamente, estar sujetos a las necesidades de sus creadores, y en cumplimiento del objeto definido.
- e) En el proceso de negociación es fundamental para la determinación de las necesidades, la definición del objeto, mecanismo de financiamiento de las obras, definición de las comisiones, y estructura administrativa que este tendrá, así como capacidades de éstas y sus alcances en las tomas de decisiones. Lo anterior pues, podría el fideicomitente o

fiduciario guardar ciertas facultades de aprobación o ejecución, sobre las determinadas a las unidades administrativas.

- f) Los costos de un contrato de Fideicomiso pueden representar un costo muy alto del proyecto, principalmente cuando se trata de proyectos relativamente pequeños, pero que, a la hora de la ejecución de las obras, son más ágiles que los entes estatales y su ejecución administrativa, debido a las múltiples leyes y pasos que deben ser considerados, lo cual permite o representa una figura más eficiente, al ejecutar obras en menor plazo, permitiendo recuperar la inversión antes que en los procesos tradicionales.

El fideicomiso, en conclusión, es una opción de gran viabilidad para el desarrollo de Obra Pública dentro de legislación nacional, al brindar diversas ventajas en el ejercicio privado que desarrolla aún cuando está utilizando fondos públicos, pues, aunque debe actuar considerando el principio de legalidad, su accionar está dado en el derecho privado.

Referencias

Leyes y Reglamentos.

1. Código Civil.
2. Código de Comercio.
3. Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica.
4. Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional.
5. Ley Reguladora del Mercado de Valores.
6. Ley de Contratación Administrativa
7. Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (N° 7428)
8. Ley General de Contratación Pública (N° 9986)
9. Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la administración pública.
10. Reglamento sobre Oferta Pública de Valores.

Jurisprudencia

1. Sala Primera de la Corte, Resolución N° 00401 – 2014, Fecha de la Resolución: 13 de marzo del 2014 a las 2:54 p. m., Expediente: 11-002559-1027-CA, Redactado por: Román Solís Zelaya. (<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/ext-1-0034-151082>)
2. Acta de Corte Plena N° 022 – 2014, **Fecha:** 26 de Mayo del 2014. (<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/act-1-0003-2838-21>)

Libros

1. Betancourt, Fernando (2007): Derecho Romano Clásico, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones. 3era Edición.
2. BRAVO, Gonzalo (1998): Historia de la Roma antigua, Alianza Editorial, S.A, Madrid 1ª edición.
3. Cómo Investigar En Educación (Spanish Edition), por J. W. Best Ediciones Morata (Mayo 1992).
4. González-Páramo, José Manuel. Gestión pública: conceptos e instituciones. Año 1996.

5. Malumián, Nicolás et al. (2006). Fideicomiso y securitización, análisis legal, fiscal y contable. 2° ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial La Ley. Pág.5.
6. Rodríguez Azuero, Sergio. (1997) La responsabilidad del fiduciario. 1. ed. Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.
7. Rodríguez Azuero, Sergio. (2002) Contratos Bancarios Su Significación en AméricaLatina. 5. ed. Colombia: Legis.
8. Rodríguez Azuero, Sergio. (2005) Negocios Fiduciarios Su Significación en América Latina. 1. ed. Colombia: Legis.
9. Rodríguez Azuero, Sergio. (2009) Negocios Fiduciarios Su Significación en América Latina. 2° ed. Colombia: Legis.
10. Romero Pérez, Jorge Enrique. (2004) Contratos Económicos Modernos. 1. ed. San José, Costa Rica: EDITORAMA.
11. Rodríguez Azuero, Sergio. (2009). Contratos Bancarios: Su significación en América Latina. 6 ed. Colombia: Legis Editores S.A. Pág.785.

Informes

1. Jimenez, Adrián y Lopez, Dora, Consecuencias jurídicas que surgen dentro de un fideicomiso de garantía cuando el fiduciario y fideicomisario pertenecen a un mismo grupo de interés económico, trabajo final de graduación para optar por el grado de licenciatura en derecho, febrero 2011.
2. Mata, Guillermo A., Sobre los Fideicomisos, Area de Gestion Tecnico y Asesoría Juridica, Caja Costarricense del Seguro Social de Costa Rica. (año desconocido)
3. Sancho Villalobos, Francisco, Desarrollo del mercado de financiamiento de obra pública en Costa Rica: oportunidades y desafíos, DECIMOSEXTO INFORME ESTADO DE LA NACIÓN EN DESARROLLO HUMANO SOSTENIBLE, 2010.
4. Programa SOPLA, Inversión en Infraestructura Pública y Reducción de la Pobreza en América Latina, octubre 2011.
5. Vassallo Magro, J. M., & Izquierdo de Bartolomé, R. (2010). Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España. Caracas: CAF, 2010, Retrieved from <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/421>.

6. World Economic Forum, The Global Competitiveness Report 2009–2010, Geneva: Global Competitiveness Network, 2009, página 121

Websites

1. <http://www.pgr.go.cr/Scij/>
2. <http://www.adeconewsletter.com/construccion/35/articulo/adecco-construccion-alejandro-llorente-aerco-asociacion-nacional-de-empresas-constructoras-de-obra-publica>

Noticias

1. Gutierrez Wa-Chong, Tatiana, Fideicomisos del BCR para obra pública alcanzan los \$2,5 mil millones, larepublica.net, 16 mayo, 2017.

Entrevistas

1. Señor Osvaldo Morales, jefe de Seguimiento, de la Dirección de Fideicomisos del Banco Nacional de Costa Rica.

Final Grade Submitted 12/14/21, 8:53 PM (CST)

CARTA FILOLOGO

Cartago, 11 de enero del 2022

Universidad Latinoamericana de la Ciencia y la Tecnología – Facultad de Derecho

A quien corresponda:

Por medio de esta carta hago constatar que yo, Jose Francisco Arce Sánchez, Filólogo Bachiller de la Universidad de Costa Rica, miembro de la Asociación Costarricense de Filólogos, carné número 339, he finalizado con la revisión filológica del artículo: **FIDEICOMISO PARA DESARROLLO DE OBRA PÚBLICA**. Creado por la autoría del señor Antonio Salazar Hidalgo

Atentamente

José Francisco Arce Sánchez

