

UNIVERSIDAD LATINOAMERICANA DE CIENCIA Y TECNOLOGIA

**Facultad de Ciencias
Empresariales**

**“Análisis de fideicomisos de garantía en comparación con hipotecas para
los sujetos de crédito y para las entidades financieras”**

Mary Jane Mora Gómez

En Costa Rica como en muchos países del mundo las personas y las empresas buscan cómo obtener financiamiento ya sea para la compra de viviendas, locales o para capital de trabajo, entre otros.

Según información publicada en la revista "Actualidad Económica", en Centroamérica se ha determinado que las carteras de crédito conforman el 50% de los activos de los bancos del área; es decir, que para el 2004 superaron los US \$ 18 mil millones. Al valorar las principales demandas de crédito de estos países se determina que los sectores de demanda son: consumo, comercio, vivienda y un porcentaje más bajo para industria. Cabezas, S(2005).

Para aplacar esta gran necesidad de dinero, las entidades financieras buscan cómo otorgar créditos sin dejar de lado que dichas obligaciones deben ser garantizadas de forma adecuada para evitar un mayor riesgo; por lo que para garantizar una obligación las entidades utilizan

varios instrumentos que les brinden una mayor seguridad y confianza.

Si se conceptualiza el crédito, se puede decir que es la facilidad que brinda un tercero para la obtención de dinero con un plazo y condiciones determinadas que bajo acuerdo con el prestamista cuenta con una garantía. La garantía "constituye un contrato accesorio, vinculado a uno principal y tienden a asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de éste último". (Rodríguez, S., 1990, p.308).

Según Rodríguez (1990), "todos los préstamos, cualquiera sea su modalidad o su plazo, pueden beneficiarse de igual cobertura, porque en todos ellos el acreedor transfiere al deudor en propiedad su dinero confiando en el reembolso futuro, que parecerá más cierto y seguro si se ha constituido una garantía". (308)

A raíz de lo anteriormente expuesto el presente artículo busca analizar y

comparar dos de las más usadas opciones para garantizar obligaciones que utilizan las entidades de nuestro Sistema Bancario Nacional, esto con el fin de que el sujeto de crédito pueda decidir cuál opción se adecúa más a sus necesidades y condiciones.

No solo es importante determinar estas opciones desde el punto de vista del sujeto de crédito sino también desde el punto de vista del acreedor ya que para escoger entre una u otra opción se debe valorar el trámite y la facilidad de recuperación; en caso de que la garantía tuviera que ejecutarse, los trámites legales y las dependencias del sistema judicial.

Las opciones que se estudiarán y analizarán son los fideicomisos de garantía y la constitución de hipotecas. El fideicomiso es una figura que tiene sus inicios en el derecho romano y anglosajón. En la actualidad latinoamericana “Panamá, México y Colombia son los países que más han contribuido en el

desarrollo de esta figura. En Costa Rica, su utilización se ha incrementado desde la reforma al artículo 662 del Código de Comercio en 1995, cuando se exoneró al fideicomiso del pago de todo derecho de registro, impuesto de traspaso y demás impuestos que se pagan por su inscripción.

Por otro lado hay quienes se inclinan más por lo “tradicional”, ven la hipoteca y otros tipos de cobertura como los medios más seguros para servir de garantía”. Muñoz, J (2004).

Sin embargo, a partir de 1971, cuando por reforma del artículo 116 de la Ley Orgánica de Sistema Bancario Nacional, se permite a los bancos costarricenses administrar fideicomisos. Y es a partir de esta fecha que esta figura tiene un ascenso importante y llega a manifestarse como los que es hoy.

En el presente documento se determinarán ventajas y desventajas así como las obligaciones y derechos

del deudor y/o fideicomitente, acreedor y/o fideicomisario y del fiduciario.

El Fideicomiso

Antecedentes del Fideicomiso

El fideicomiso que conocemos hoy en día proviene tanto del derecho Romano como del Anglosajón.

En el Derecho Romano se presentaron muchos negocios o casos basados en la confianza, una de las figuras era el *Fideicommissum*, la cual se originó debido a la insuficiencia que tenía este derecho en el tema de herencias y la necesidad que se tenía de hacer cumplir la voluntad de quien realizaba el testamento; dicha figura se fundamentaba en trasladar a una persona sus bienes con el propósito de que los manejara en favor de los beneficiarios, actuando como el mismo propietario.

No obstante, a quien le transferían los bienes podía aprovecharse de su situación y no cumplir el encargo apropiándose de los beneficios o incluso del mismo patrimonio. Debido a estos posibles abusos que se podían presentar, se fueron creando controles para que realmente se cumpliera el encargo, como fue el pago de una cuarta parte de la herencia a quien cumplía el compromiso.

Otra de las figuras que se presentaron fue el *Pactum fiduciae*, que consistía en un acuerdo entre vivos; la transmisión de los bienes se realizaba para cumplir un propósito específico con la salvedad de que después los bienes debían ser restituidos.

El *Pactum fiduciae* se presentaba en dos formas: como el *fiduciae cum creditote* que era la garantía presentada por el deudor a su acreedor y el *pactum fiduciae cum amico* que consistía en la transferencia de bienes que se hacía

para que un tercero o un “amigo” administrara o defendiera dichos bienes mientras el dueño tenía que faltar por un largo tiempo.

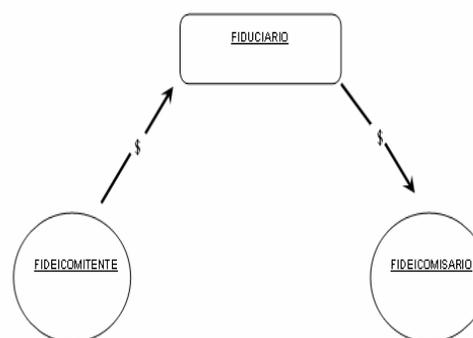
Por otra parte, el Derecho Anglosajón se originó con el uso de los *uses* que consistían en la transmisión de bienes a un tercero con un mandato de conciencia en favor del mismo dueño o de otro beneficiario. Se utilizó notoriamente entre los religiosos, a quienes se les prohibía la posesión de bienes inmuebles. De igual forma fue utilizado para trasmisiones de testamentos prohibidos o en fraudes de acreedores.

Concepto y partes del Fideicomiso

La palabra Fiducia proviene del latín y significa confianza.

Aunque en nuestra legislación no está determinado un concepto explícito acerca del fideicomiso, sí se explica para que es, tal y como lo establece literalmente el artículo 633

del Código de Comercio, “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”. Es decir, el fideicomiso es el contrato por el cual un tercero llamado Fiduciario quien actúa como administrador recibe un bien determinado por parte del fideicomitente, quien es el que pone a disposición dicho bien, mediante el traspaso a título de confianza, para que, cumpla las condiciones preestablecidas en el acuerdo. (Jiménez Meza, A., 2002, p. 225).



El fideicomiso como se explicó anteriormente es constituido por tres

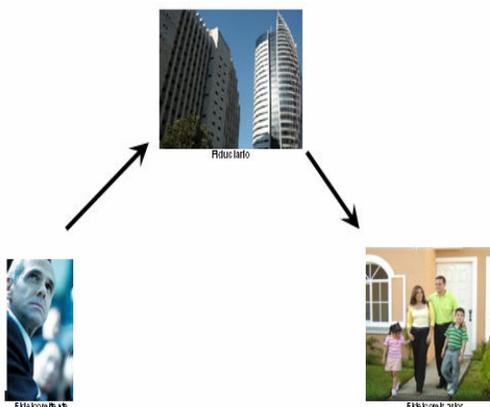
partes, la primera de ellas es el fideicomitente, que según el autor Jorge Porras, (1998) es “la persona capaz de disponer de sus bienes o derechos para que con ellos se pueda cumplir con un fin lícito determinado en el acto constitutivo.”, es decir, puede ser una persona física o jurídica que a voluntad traspasa los bienes o derechos determinados, para cumplir con las especificaciones que establece en el contrato de fideicomiso y que son aceptadas por todas las partes. (Porras J., 1998, p. 14).

La segunda parte es el fiduciario que según se explica “es quien adquiere los bienes y se compromete a administrarlos o enajenarlos para la consecución de la finalidad señalada en el acto constitutivo. Es pues, no solo un propietario frente a terceros, sino el ejecutor de la voluntad del constituyente expresada por acto entre vivos o por testamento.” (Rodríguez, S., 1990, p. 633)

Nuestra legislación señala que el Fiduciario puede ser cualquier persona física o jurídica, que sea capaz de adquirir derechos y hacerle frente a obligaciones. De igual forma pueden actuar varios fiduciarios conjunta o sucesivamente en el contrato de Fideicomiso, éste no podrá delegar sus funciones más bien se determina que su desempeño deberá ser como el de un buen padre de familia. Es importante resaltar como lo muestra la figura que el fiduciario recibe a título de confianza bienes para ser administrados de la mejor manera con el fin de que estos puedan ser devueltos al fideicomitente o al fideicomisario; incluso con ganancias importantes que dependen del tipo de patrimonio fideicometido.

Y por último la tercera parte es el fideicomisario, que como manifiesta Jorge Porras (1998) es “llamado en muchos casos también beneficiario, a pesar de las diferencias que podrían existir entre ambas personas, y quien

es la persona en cuyo favor o interés se realiza el fideicomiso.” (p.15).



Es importante aclarar que el Fideicomitente y el Fideicomisario pueden ser la misma persona, sin embargo nuestra legislación establece en su artículo 656 que el Fideicomisario y el Fiduciario no podrán ser la misma persona, esto para evitar un conflicto de intereses ya que se vería beneficiado del producto de los bienes que administra.

Como se puede observar, la responsabilidad del fiduciario es sumamente alta con respecto de los bienes y obligaciones que reciba en el acto constitutivo pues está

comprometido ante el fideicomitente y fideicomisario de los bienes que reciba. Incluso si éste no cumple a cabalidad con lo pactado puede ser demandado y debe responder con su propio patrimonio, es por esto que se espera que quien desee constituir un fideicomiso lo haga con un ente que cuente con el respaldo y el reconocimiento adecuado.

Elementos del Fideicomiso

El fideicomiso presenta algunos elementos que lo caracterizan, Dentro de los que se encuentran:

- Confianza: ésta constituye el principal componente en el negocio, tal y como se ha descrito desde sus inicios, ya que es un acto de confianza el de transmitir a un tercero sus bienes con el fin de que los administre.
- Finalidad: los fideicomisos tienen un propósito implícito para cumplir; el mismo debe

ser lícito, preciso, posible y realizable.

- Patrimonio autónomo: los bienes fideicometidos conforman un patrimonio autónomo que es separado contable y jurídicamente del Fiduciario y del patrimonio de otros fideicomisos.
- Gestión profesional: aunque en nuestra legislación se establece que cualquier persona física o jurídica puede ser fiduciario, es importante que quien administre el patrimonio sea capaz de cumplir tanto la ley como lo que establece el contrato.
- Flexibilidad: esta figura permite que se puedan efectuar gran variedad de negocios debido a la elasticidad con la que cuenta y a que la legislación de este instrumento es sumamente general por lo que mientras el fin sea legal se pueden hacer diferentes tipos de negocio.

- Titularidad: el titular de los bienes fideicometidos es el fiduciario, en toda relación fiduciaria existe una relación de titularidad, los bienes que integran un fideicomiso quedan afectos a un fin y, por lo tanto, el fideicomitente deja de ser propietario de ese bien, hasta la realización del negocio o cumplimiento de la meta prevista.
- Inembargabilidad: los bienes fideicometidos no pueden ser embargados, dado que son traspasados y no pertenecen económicamente al fideicomitente, ni pueden ser ejecutados en contra del fiduciario, quien solo tiene la facultad de disposición, ya que tampoco le pertenecen. Es conveniente aclarar que un bien sólo puede ser embargado cuando ha sido constituido como fraude a sus derechos, con el fin de insolventarse como deudor. El fideicomiso no puede ser

utilizado para conseguir fines ilícitos, por lo cual puede impugnarse de nulidad aquel que fuese constituido en fraude.

Tipos de Fideicomiso

Antes de indicar los tipos de Fideicomiso es importante resaltar que los mismos pueden ser revocables o irrevocables según indica el autor José Manuel Villagordoa (1982) “cuando el fideicomitente constituye un fideicomiso por causas que se equiparan a un contrato gratuito, debe tener la facultad de reservarse el derecho de revocar o modificar el fideicomiso; en otras palabras, la revocabilidad es consecuencia del acto gratuito. Cuando los motivos provienen de causas que asemejan el fideicomiso a un contrato oneroso, o sea cuando el fideicomitente ha recibido o recibirá una contraprestación motivada por esa causa, dicho fideicomitente no tiene derecho a revocarlo o modificarlo,

porque lesionaría a los derechos del fideicomisario”. (p.187).

Como se detalló anteriormente el fideicomiso es una figura que se ajusta a las necesidades de quienes requieren del contrato. Se describirán algunos de los tipos más usados, sin embargo se hace la salvedad que el fideicomiso se ejecuta según la necesidad del fideicomitente por lo que pueden haber más posibilidades.

El Fideicomiso de Administración les facilita a aquellas personas que por razón de sus múltiples ocupaciones, ausencia del país, o por incapacidad, no pueden administrar determinado patrimonio; el Fiduciario se los administra e invierte, y con las utilidades puede pagar impuestos, reparaciones, nuevas obras, mejoras, entre otros. De igual manera, pueden emplearse los réditos en pagar la educación de los Fideicomisarios, o una pensión alimenticia, o amortizaciones a obligaciones de diversos tipos, recepción de mensualidades de alquiler,

administración de condominios, entre muchas otras opciones que el fideicomitente pueda necesitar y que el fiduciario esté dispuesto a realizar.

El Fideicomiso de Inversión es el Fideicomiso por medio del cual una persona física o jurídica, le hace entrega de un patrimonio a un Fiduciario a fin de que éste lo invierta en negociaciones productivas. Las utilidades de estas negociaciones deberán ser entregadas al Fideicomitente o a otros Fideicomisarios señalados en el documento constituido. Así mismo puede darse el caso de que el Fiduciario pueda estar autorizado para reinvertir las utilidades antes citadas capitalizando el patrimonio y buscando nuevas y mejores alternativas de inversión.

El patrimonio que le es destinado a este tipo de Fideicomiso, y que se le entrega al Fiduciario, suelen ser sumas de dinero, bonos, acciones de sociedades, certificados hipotecarios, certificados de depósito a plazo, etc.

Las aplicaciones del Fideicomiso de Garantía son múltiples y generalmente se presentan en aquellas operaciones en que el pago del precio no se realizó de inmediato, sino en forma parcial, o bien cuando se trata de garantizar el pago de un crédito.

Estos tipos de Fideicomisos se pueden constituir con garantía de bienes muebles o inmuebles, con acciones o incluso con inversiones. En el caso de que los bienes sean inmuebles o muebles inscribibles, el contrato debe otorgarse ante Notario Público e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad con el fin de realizar el traspaso en propiedad fiduciaria.

Podemos decir que el Fideicomiso de Garantía se da cuando en una transacción uno de los dos tratantes se encuentra en la necesidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones que ha contraído directamente o que habían sido contraídas por un tercero. Entonces

el Fiduciario recibe del titular de los bienes (quien obra como Fideicomitente), el bien que constituye la garantía y conserva su titularidad durante el plazo establecido, para que el obligado cumpla con su obligación.

Por su parte, el fideicomiso de titularización proporciona a quien lo realiza liquidez mediante transferencia de activos fijos; con base a estos se emiten títulos valores que son administrados por la fiduciaria, después de ser aprobada la emisión por La Superintendencia General de Valores se colocan en el Mercado Primario, lo que permite captar del Mercado de Capitales los recursos para el manejo propio de este fideicomiso.

Como se indicó anteriormente estos son algunos de los tipos de fideicomisos que más se utilizan en nuestro país, sin embargo la versatilidad que tiene este instrumento le permite a quien lo utiliza buscar distintas alternativas

para lograr el fin que desea, siempre y cuando dicho fin sea lícito y sea aceptado por quien administrará dichos bienes.

Según cifras proporcionadas por la Superintendencia General de Entidades Financieras, el total de activos fideicometidos distribuidos en la banca privada asciende a la suma de $\text{¢}609,308,371,000.00$, lo que deja entrever la magnitud de la utilización de esta figura en la actualidad, la entidad financiera con el monto más elevado en activos fideicometidos es Banco Improsa, seguido por Banco Cuscatlán y Banco Interfín.

Marco legal costarricense

El fideicomiso por su parte se encuentra regulado por el Código de Comercio por los artículos comprendidos del 633 al 662. La ley establece algunas obligaciones y derechos de las partes que se explicarán posteriormente.

Generalmente en el contrato del fideicomiso de garantía se establece el detalle del crédito garantizado, luego se realiza el traspaso en propiedad fiduciaria de los bienes; se detallan las partes que conforman el contrato, se indica la conformación del patrimonio fideicometido y la finalidad del mismo. En el contrato se detalla el procedimiento que se debe seguir para la ejecución, subasta y adjudicación de los bienes fideicometidos en caso de incumplimiento de pago, se detalla si así se pacta el uso que le puede dar el fideicomitente al bien y que le concede la fiduciaria. Además, se establecen los derechos y obligaciones de las partes, los honorarios del fiduciario, el plazo del contrato, se establece quien debe asumir los pagos de los gastos y tributos. El nombre del contrato, se puede dejar estipulado el nombramiento de un fiduciario sustituto si el que se designó no pudiera cumplir sus funciones, o en algunos casos se deja consignado el fiduciario de ejecución quien acepta

en el acto, se indica como se debe proceder si por alguna razón existieran conflictos y se tuviera que ir a un arbitraje, y finalmente como se procede en caso de modificaciones al contrato y las notificaciones que se deban hacer durante la vigencia del mismo.

Adicionado a lo anterior es importante que se aclare que aunque en el protocolo del notario queden todos los puntos mencionados anteriormente al Registro Nacional se envía un testimonio el cual contiene principalmente el traspaso y no cuenta con la información detallada del crédito.

Derechos y obligaciones del Fideicomitente, Fideicomisario y Fiduciario

Las tres partes participantes del fideicomiso tienen derechos y obligaciones que se derivan de la ley, por lo que es importante que se describan con el fin de que el análisis le proporcione al lector un punto de

comparación importante para tomar su decisión e identificar cual opción se ajusta más a sus necesidades.

Desde el punto de vista de los fideicomitentes se identifican entre algunos de sus derechos, el que se establezca en el contrato de fideicomiso todos los fines y propósitos que espera que el Fiduciario gestione durante la vigencia del mismo, que designe uno o varios fiduciarios y los fideicomisarios que considere pertinentes, de igual forma en el acto constitutivo puede nombrar un fiduciario sustituto en caso de que faltare el que se había nombrado inicialmente.

Entre las obligaciones de los fideicomitentes están transmitir al fiduciario los bienes o derechos que se van a fideicometer; adicionalmente debe cumplir las obligaciones que se pacten en el contrato, como lo son el pago de honorarios del fiduciario si existieran, mantener los bienes en

buen estado, el pago de impuestos, entre otros.

Por su parte el fideicomisario también tiene derechos importantes al ser el beneficiario de dicho pacto, entre estos derechos están aquellos que se le conceden en el contrato de fideicomiso como recibir los frutos de dicho pacto. Sumado a esto puede exigirle al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y pedir la remoción del mismo en el momento en que se vea perjudicado por la forma de actuar del fiduciario.

En el caso de que el fideicomiso sea de garantía el fideicomisario principal o acreedor debe notificar al fiduciario los atrasos que presente el deudor así como solicitarle en el momento oportuno la ejecución del contrato.

Es muy importante que quien opte por un fideicomiso conozca las obligaciones que tiene el fiduciario en el manejo administrativo del fideicomiso, ya que se verá directamente afectado por los actos que realice o deje de realizar. Entre

las obligaciones se pueden mencionar la utilización de los bienes que recibe por parte del fideicomitente, ya que los mismos se deben utilizar para fines lícitos, que se determinan en el contrato de fideicomiso. Este que de ser aceptado por las partes, debe cumplirse fielmente para que no se vea involucrado en demandas u objeciones; estos bienes debe mantenerlos en un patrimonio autónomo separado de sus propios bienes y de los de otros fideicomisos.

El fiduciario, según lo establece el Código de Comercio, no puede ceder sus funciones; sin embargo, si puede determinar auxiliares que actúen bajo su responsabilidad, el fiduciario debe suministrarle al fideicomisario y al fideicomitente toda la información necesaria de los bienes, así como de su gestión. Es su responsabilidad defender el fideicomiso y sus bienes ante terceros. Una de las obligaciones más importantes que tiene el fiduciario es ejercer en su gestión el cuidado de un buen padre

de familia, lo cual significa ser diligente y poner su mejor esfuerzo en la consecución del contrato.

Adicionalmente, el fiduciario no puede renunciar si no es por una razón de peso, le es prohibido garantizar algún tipo de rendimiento y en caso de alguna pérdida ocasionada por su negligencia deberá responder por ella. En caso de que se lo indique el fideicomisario principal, cuando se trata de un fideicomiso de garantía y el deudor incumple con los pagos, debe vender o rematar el bien. Finalmente debe velar porque se paguen los impuestos y tasas de los bienes fideicomitados o pagarlos según lo establezca el contrato. Sin embargo, es solidariamente responsable del cumplimiento de estos puntos.

Se pueden citar algunos de los derechos que se le atribuyen al fiduciario como lo son, que en caso de que éste sustituya a otro fiduciario no será responsable de las acciones del anterior salvo que con conocimiento se conserven bienes

adquiridos ilícitamente, o no se asegure que le han entregado todos los bienes o no le da el seguimiento necesario para que el anterior repare cualquier incumplimiento. De igual forma puede designar apoyo de auxiliares para la consecución del fideicomiso y cobrar por el ejercicio de sus funciones la retribución que se negocie y se pacte en el acto.

Cabe destacar que el fiduciario, según todas las obligaciones que se detallaron anteriormente, tiene

responsabilidades muy importantes que recaen sobre él, por lo que debe contar con una infraestructura administrativa capacitada y especializada en la materia, con sistemas de información flexibles y capaces de llevar los controles necesarios para dar una atención oportuna a los clientes.

Se adjunta una comparación de los derechos y obligaciones de las tres partes del fideicomiso.

**DERECHOS Y DEBERES DE LOS FIDEICOMITENTES
FIDEICOMISARIOS Y DEL FIDUCIARIO**

	<u>Fideicomitente</u>	<u>Fideicomisario</u>	<u>Fiduciario</u>
Derechos	Establecer en el acto constitutivo los fines y propósitos del fideicomiso.	Derechos que se le concedan en el contrato.	Puede designar el apoyo de auxiliares para el cumplimiento de sus funciones, los cuales estarán bajo su responsabilidad.
	Designar uno o varios fiduciarios.	Exigirle al fiduciario el cumplimiento de sus funciones.	Cobrar honorarios por el ejercicio de sus funciones.
	Designar uno o varios fideicomisarios.	Podría pedir la remoción del fiduciario si fuera necesario.	Puede recurrir ante un juez si existen dudas con respecto a alguna estipulación del contrato.
	Puede nombrar el fiduciario sustituto en caso de que el nombrado inicialmente faltare.	En un fideicomiso de garantía podría pedir la ejecución del contrato si el deudor incumpliera con los pagos.	
	Autorización expresa de realización de inversiones.	Recibir los bienes una vez concluido el fideicomiso, si así se pacta.	
	Recibir los bienes una vez concluido el fideicomiso, si así se pacta.		
Deberes	Traspasar los bienes o derechos que quedarán en el patrimonio del fideicomiso.		Utilizar los bienes fideicometidos para fines lícitos y que se detallan en el contrato, las estipulaciones del contrato las debe cumplir tal y como se especifican.
	Debe cumplir las obligaciones que se detallan en el contrato: como pago de honorarios, impuestos, tasas, cuidado de los bienes, entre otros, si en el contrato se estipula que lo debe hacer.		Mantener los bienes separados de como un patrimonio autónomo tanto de sus bienes como de los de otros fideicomisos.
			No puede ceder sus funciones.
			Realizar los actos necesarios para el cumplimiento del contrato.
			Suministrar al fideicomitente y fideicomisario información de los bienes y de su gestión.
			Defender el fideicomiso y sus bienes.
			Ejercer en su gestión el cuidado de un "buen padre de familia"
			No puede renunciar a su cargo si no es por una razón de peso.
			No puede garantizar rendimientos en las inversiones y será responsable de pérdidas ocasionadas por su negligencia
			Pagar impuestos y tasas derivados de los bienes fideicometidos.
		Devolver los bienes al fideicomitente o fideicomisario, según corresponda, una vez cumplido el fin del fideicomiso.	

Fuente: Elaboración propia

Ventajas y desventajas de los fideicomisos de garantía

Así como se detallaron anteriormente los derechos y obligaciones de las partes que conforman el fideicomiso; es conveniente también puntualizar lo que se consideran algunas de las principales ventajas para el acreedor y el fideicomitente con respecto de los fideicomisos de garantía. Dentro de las principales ventajas se pueden mencionar:

Ejecución: la ejecución del patrimonio en caso de incumplimiento del crédito garantizado, es sumamente expedita y no requiere que sea tramitada en los tribunales de justicia. El tiempo promedio de una ejecución es de dos meses, si el deudor promueve un arbitraje o se requiere promover uno para lograr la efectiva ejecución; el período se puede extender de cuatro a seis meses más en promedio.

Dicha ejecución es solicitada por el fideicomisario principal por incumplimiento del deudor en el

crédito otorgado y se actúa como se estableció en el contrato. En caso de que se ejecute el contrato se realiza la notificación respectiva a los fideicomitentes; se hace la publicación de la subasta en un periódico de circulación nacional y se celebra dicho acto, con esto se obtiene un considerable ahorro en costos, tiempo y molestias.

Control de pago de impuestos sobre los bienes inmuebles: al estar las fincas en propiedad fiduciaria, se tiene un control del pago de los impuestos municipales, que pueden llegar a ser un problema para una eventual ejecución si no se han pagado a tiempo, ya que el monto podría llegar a ser muy alto y sería un riesgo de pérdida adicional del valor de la garantía para el acreedor, adicionado a que si no se cancelan dichas tasas, la finca podría ser embargada por este motivo, con prioridad sobre la garantía de la entidad financiera.

Arrendamiento de bienes inmuebles: al estar las fincas en propiedad fiduciaria, el fiduciario es el único que puede permitir la suscripción de cualquier contrato de arrendamiento o similares. Mientras que en una hipoteca, el propietario puede suscribir en cualquier momento contratos de arrendamiento a terceros, inclusive de mala fe (a precios ridículos), los cuales deberán ser respetados por un determinado plazo que establece la ley, aunque la finca haya sido rematada y adjudicada a un tercero o al propio acreedor.

Notificaciones al deudor: En los contratos de fideicomiso, existe una mayor flexibilidad en el tema de notificaciones, ya que se pueden utilizar medios alternativos como el fax o el correo electrónico, y además no se requiere que las notificaciones sean efectuadas por un despacho judicial, ya que esto último genera atrasos en los procesos de ejecución, de igual forma un notario puede apersonarse al domicilio estipulado

en el contrato y realizar la notificación; adicionalmente al tener éste fe pública levanta un acta en la que describe si le aceptaron o no dicha notificación.

Traspaso en propiedad fiduciaria: al transmitirse los bienes estos quedan afectos a la obligación que se trata de garantizar y por tanto, fuera del patrimonio del fideicomitente y de cualquier posibilidad de disposición de la titularidad de los mismos bienes por parte suya, adicionalmente el patrimonio se excluye de cualquier proceso de insolvencia en el que queden involucradas las partes.

Venta de bienes en caso de incumplimiento: el fideicomitente, no se verá afectado por un remate judicial ruinoso, sino que a través de la venta que efectúe el fiduciario, obtendrá la liquidación de la garantía, en las mejores condiciones posibles, tanto económicas como profesionales, con el monto recibido se cancela el crédito pendiente, los gastos y honorarios derivados del

proceso y si existiera un remanente el mismo será devuelto al fideicomitente.

Garantías: las garantías que se pueden constituir pueden ser no solo de bienes inmuebles, si no de bienes muebles, acciones de sociedades, títulos valores, derechos, entre otros.

Pago de impuestos de inscripción: en la inscripción de bienes en el Registro Público a favor del fiduciario estará exento de todo pago por concepto de derechos de registro y demás impuestos que se pagan por tal inscripción, si los bienes se traspasan a un tercero diferente del fideicomitente original si se deberá cancelar la totalidad de los cargos por concepto de derechos de registro y demás impuestos que correspondan. Esta facilidad se da porque no hay una venta sino que es un traspaso para administración o garantía.

Valor de las propiedades: el traspaso al fiduciario no incrementa el valor de las propiedades para efectos de

impuestos territoriales y municipales, ya que las mismas se traspasan con el valor fiscal que tienen en el Registro Público, excepto si en el acto se hace una compraventa, en este caso el Registro tomaría nota de este nuevo monto y quedaría actualizado.

Enmiendas: en el fideicomiso se pueden realizar enmiendas e incluso segregaciones de bienes inmuebles con más agilidad y con costos menores.

Beneficiarios: en el documento se puede incluir beneficiarios en caso de muerte del fideicomitente por lo que se evitaría un proceso mortal.

Entre las desventajas que podemos apuntar del fideicomiso se encuentran:

Impuestos de Bienes Inmuebles: al pasar el bien a nombre del fiduciario una persona física no puede solicitar a la Municipalidad la exoneración de impuestos, en aquellos casos en que correspondía. De igual forma si el

fiduciario con o sin culpa no paga los impuestos correspondientes el bien puede ser rematado, por lo que el fideicomitente también debe estar atento a que dichos pagos se efectúen y pedir los recibos o respaldos necesarios.

Titularidad del bien: el dueño del bien no puede arrendar o realizar un trámite ante una institución (estudios de suelo, permisos de construcción, conexión de servicios públicos, entre otros) si no es con el previo consentimiento del acreedor y del fiduciario y por medio de este último.

Honorarios del fiduciario: el fiduciario, si así se negocia, cobra un honorario que puede disminuir el ahorro al escoger este tipo de instrumento, sin embargo dicho costo se diluye mientras el crédito se encuentre vigente.

La Hipoteca

Antecedentes y Concepto de la Hipoteca

Sus inicios surgen desde que los pueblos antiguos buscaban tener seguridades reales, como en el antiguo Derecho Griego, que la hipoteca era solo un medio de ejecución de ciertas acreencias especialmente privilegiadas, aún en ausencia de toda condena.

Incluso en el Derecho Romano podemos determinar sus orígenes, cuando por medio del *pignus* el deudor transmitía al acreedor la posesión del bien, si el primero no pagaba su obligación al acreedor, este en lugar de retener el bien promovía su enajenación y la deuda era saldada con el monto resultante de la venta del bien.

Según los autores Fabozzi y Modigliani (1996) la hipoteca es “una garantía de propiedad para asegurar el pago de una deuda”. Es decir, que

la hipoteca garantiza una obligación financiera usualmente entre una entidad financiera y una persona física o jurídica; ésta garantía otorga al acreedor los derechos de venta y preferencia de pago si la obligación no fuera cancelada, sin embargo no desposee al dueño del bien. (p.480)

La hipoteca es una garantía accesoria, cuya validez queda supeditada a la del préstamo. La garantía de la Hipoteca incluye, tanto el importe del capital del préstamo, como el interés y gastos en caso de ejecución judicial para los casos de falta de pago de las cuotas. Además permiten al acreedor vender el bien al vencimiento de la deuda sino se le paga, sin importar en manos de quien esté el bien, y cobrarse la deuda con preferencia de otros acreedores.

La hipoteca permanecerá, aunque se reduzca el préstamo que garantiza, incluso aunque este sea totalmente pagado. Hasta tanto no se cancele dicha deuda, con el consentimiento expreso del acreedor a través de

escritura de cancelación presentada en el Registro de la Propiedad, la hipoteca no desaparece, hasta que el préstamo se encuentre debidamente cancelado.

Como contrato que es, debe constituirse necesariamente en escritura pública, otorgada siempre ante Notario, e inscribirse posteriormente en el Registro de la Propiedad para que tenga validez. La hipoteca no impide que el bien pueda ser vendido a un tercero, con el debido conocimiento y consentimiento de las partes para asumir dicho compromiso.

Elementos de la Hipoteca

Este tipo de garantía accesoria se caracteriza por varios elementos que se enuncian a continuación:

- Es un derecho real, que no trae desposeimiento del bien por parte del acreedor, está sujeta a los bienes sobre los que se constituye.

- Es un derecho accesorio al crédito ya que el bien dado en hipoteca garantiza el cumplimiento de una obligación, los términos y condiciones que afectan la obligación principal afectarán a la hipoteca.
- Es indivisible, es decir, no se divide cada parte del inmueble que funciona como garantía de la totalidad de la deuda.
- El inmueble no deja de permanecer en poder del deudor o del tercero que la constituye.
- Derecho de persecución da el derecho de perseguir el bien hipotecado en manos de quien se encuentre. Es el derecho de persecución que tiene el acreedor hipotecario.
- Derecho de preferencia, el acreedor tiene facultad de solventar la deuda preferentemente con el producto del remate de los bienes hipotecados.

- Publicidad de la hipoteca, es de carácter público.

Marco legal costarricense

Este instrumento está debidamente regulado por medio del Código Civil en los artículos del 409 al 425.

La ley especifica algunos puntos importantes de resaltar, como por ejemplo que los bienes que se pueden hipotecar son aquellos que se pueden enajenar, o que no se pueden hipotecar los derechos de uso. Indica que es importante establecer el nivel de responsabilidad por cada bien que se hipoteque y que no importa quien posea la finca, ésta siempre responde por la deuda hasta tanto la misma no sea cancelada.

La constitución de una hipoteca no impide que se establezcan otras en provecho de terceras personas, porque con ello no se ven interrumpidos los derechos del acreedor favorecido con anterioridad, el cual siempre tendrá preferencia respecto a los acreedores que vienen

después. Cuando desaparece una hipoteca, la que sigue en grado inferior pasa a ocupar el lugar de aquella y las otras ascienden también un grado, en el orden en que han sido establecidas.

La constitución del gravamen no permite al acreedor gozar del bien hipotecado; lo que se le concede es un privilegio de que con el producto cancele el monto del crédito adeudado, en caso de incumplimiento por parte del deudor.

Ventajas y desventajas de las hipotecas

Así como se mencionaron con anterioridad las ventajas y desventajas que se consideraron para el fideicomiso es necesario que se anuncien de igual forma las que se estiman para la hipoteca; entre las ventajas se deben destacar:

Titularidad: al tener el deudor la titularidad del bien puede realizar cualquier trámite en forma personal,

sin necesidad de solicitar dichos trámites por medio de un tercero.

Arrendamiento o venta: el deudor puede arrendar el bien, o incluso venderlo. Lo importante es que quien considere ser propietario de dicha finca esté consciente de la hipoteca que pesa sobre el bien hasta tanto no se cancele la deuda o se cancele la hipoteca.

Privilegio de cobro: este tipo de garantía reviste de un privilegio de cobro sobre las garantías personales y otros tipos de obligaciones de menor rango, por lo que vienen a garantizar en un mayor grado la recuperación de un crédito en caso de incumplimiento.

Se precisan algunas de las desventajas que se considera presenta este tipo de instrumento de garantía:

Ejecución: en caso de que el bien se remate judicialmente, el eventual remanente es muy escaso o nulo por

la cantidad de gastos del proceso y además porque el trámite es sumamente prolongado; lo que incrementa el monto de intereses.

Notificaciones: las notificaciones deben ser efectuadas por un despacho judicial lo cual genera importantes atrasos en los procesos de ejecución por la lentitud que presenta nuestro sistema judicial.

Costos: los costos de formalizar una hipoteca son bastante altos por la cantidad de timbres que deben cancelarse al presentar la escritura al Registro de la Propiedad.

Impuestos de Bienes Inmuebles: las Municipalidades basan el cobro de

los impuestos en el valor de la hipoteca que presenta el Registro por lo que el monto de estos impuestos es superior.

Enmiendas: al ser un instrumento más rígido no permite realizar enmiendas ni segregaciones a los bienes.

Ambas figuras muestran ventajas y desventajas importantes, como se muestra en el siguiente cuadro comparativo.

Cuadro de ventajas y desventajas de las hipotecas y de los fideicomisos de garantía

	HIPOTECAS		FIDEICOMISOS DE GARANTIA	
	VENTAJAS	DESVENTAJAS	VENTAJAS	DESVENTAJAS
Ejecución		Se efectúa un remate judicial, si existiera un remanente podría ser muy escaso esto debido a que los costos son sumamente altos.	Es un proceso expedito en el cual se obtiene un considerable ahorro en costos y tiempo. Con la venta de los bienes se cancelan las deudas pendientes derivados del crédito y del proceso y si existiera un remanente será devuelto al fideicomitente.	
Impuestos Municipales y de Bienes Inmuebles		Los impuestos de bienes inmuebles se cobran en base al valor de la Hipoteca, incluso si la misma es en dólares, de igual forma el pago de los mismos está en total control del deudor.	Se mantiene un control del pago y se evita un posible embargo por parte de la Municipalidad debido al incumplimiento del pago, los bienes mantienen el valor fiscal.	Una persona física no podría tramitar una exoneración de impuestos ante la Municipalidad debido a que el traspaso del bien queda registradamente a nombre de la fiduciaria.
Arrendamiento de bienes	El deudor puede arrendar el bien o incluso venderlo, esto mientras las partes estén en pleno acuerdo.	Al tener esta libertad podría suscribir un contrato de arrendamiento de mala fe y a un precio ridículo.	Dichos trámites deben ser avalados y autorizados por el fiduciario, con el fin de tener control sobre los bienes fideicometidos	
Notificaciones		Las notificaciones deben ser realizadas por un despacho judicial, lo cual genera importantes atrasos en la ejecución de la garantía.	Mayor flexibilidad ya que las notificaciones pueden realizarse por fax, correo electrónico o medios alternativos.	
Traspaso o cambio de titularidad	En la Hipoteca no existe un cambio de titularidad lo que para muchos es muy atractivo por ser más tradicional.		Se traspasan los bienes en propiedad fiduciaria, usualmente el fideicomitente se reserva el derecho de usufructo y se traspasa la nuda propiedad.	Muchos señalan como desventaja la dependencia que existe de la fiduciaria y del acreedor debido al cambio de titularidad del bien para arrendarlo o para la solicitud de permisos, entre otros.

Cuadro de ventajas y desventajas de las hipotecas y de los fideicomisos de garantía

	<u>HIPOTECAS</u>		<u>FIDEICOMISOS DE GARANTIA</u>	
	VENTAJAS	DESVENTAJAS	VENTAJAS	DESVENTAJAS
Tipos de garantía		La garantía es solo de bienes inmuebles.	Todo tipo de bienes y derechos que sean aceptados por el acreedor como garantía y por el fiduciario como bienes a administrar.	
Pago de impuestos de inscripción		La hipoteca y todas sus modificaciones deben ser presentadas en el Registro Público, el cual aparte de ser un trámite un poco engorroso, es mucho más oneroso para el cliente ya que el cálculo de los gastos se hace sobre el monto de la hipoteca.	Está exento de todo pago por concepto de derechos de registro y demás impuestos que se pagan por tal inscripción, esto en cuanto a los impuestos de traspaso, si debe pagar timbre por \$5.000 o su equivalente en dólares.	
Valor de las propiedades		E-l valor de la propiedad queda registrado por el monto de la hipoteca.	Los bienes se traspasan por el valor fiscal, excepto cuando exista una venta de por medio el valor si se actualizaría.	
Enmiendas		No se pueden realizar enmiendas para adicionar, eventualmente si el acreedor lo aprueba se podrían realizar hipotecas por otros grados.	Se pueden realizar enmiendas al contrato e incluso realizar segregaciones de manera ágil y a bajo costo.	
Beneficiarios		No se puede incluir ningún beneficiario	En el documento se pueden incluir fideicomisarios secundarios en caso de muerte del fideicomitente con el fin de evitar un proceso mortal.	
Comisiones		El costo se debe pagar al momento de la constitución en un solo pago.	El gasto por comisión fiduciaria se diluye en el plazo del fideicomiso.	

Fuente: elaboración propia

Como corolario de esta investigación se desprende que ambas figuras son muy utilizadas en nuestro entorno a pesar de que la hipoteca es la más común o tradicional. Se puede observar que el uso del fideicomiso ha aumentado de manera sustancial, lo que demuestra que es una figura confiable que le brinda tanto al deudor como al acreedor una importante y segura herramienta.

Como se explicó anteriormente el fideicomiso es un instrumento dinámico y flexible en el que el fideicomitente puede establecer varias de condiciones para su administración y liquidación; mismas que pretenden beneficiar en última instancia, la recuperabilidad del patrimonio fideicometido. Esto es la garantía del crédito.

Por medio del cuadro comparativo realizado de las ventajas y desventajas (Anexo N° 4) de ambos instrumentos se pueden identificar algunas que vale la pena resaltar.

El fideicomiso muestra considerables ventajas. Estas siguen favoreciendo al acreedor sin dejar de lado que en muchos aspectos el deudor también se ve beneficiado. Dentro de las ventajas más sobresalientes se pueden apuntar beneficios económicos, es decir, el ahorro en los costos, en comparación a otros instrumentos, existe además una importante ventaja tributaria con la que cuenta el fideicomiso con respecto a la hipoteca en cuanto a los impuestos territoriales que se desprenden del bien fideicometido y finalmente la facilidad en la ejecución que se realiza por el incumplimiento por parte del deudor. Sin embargo, al ser relativamente nuevo su uso en Costa Rica, se puede decir que la jurisprudencia existente es muy poca y esto genera para muchos, que la figura esté expuesta a nulidades.

Por su parte la hipoteca es una figura muy rígida, sin embargo los requisitos están muy bien definidos por la normativa costarricense. Su único fin es el de garantizar el cumplimiento de

un crédito otorgado a un deudor (es una garantía real); siendo que no tiene la pluralidad de funciones que si tiene el fideicomiso.

La principal ventaja que tiene la hipoteca, es que su ejecución está amparada a una autoridad judicial; o sea se ejecuta mediante un proceso judicial denominado proceso ejecutivo hipotecario, por lo que da seguridad de que el mismo se realizará por un tercero totalmente imparcial tanto del Banco como del cliente. Asimismo da seguridad a las entidades Bancarias de que su inscripción en el Registro otorga un lugar preponderante sobre cualquier otro derecho que tenga algún tercero registral.

Su principal desventaja es que la ejecución, por ser tramitada por una autoridad judicial, puede llegar a ser muy lenta y propensa a dilaciones, contrariamente a lo que sucede en el caso de los fideicomisos de garantía; que al ser ejecutados en sede privada son sumamente expeditos.

En términos económicos si comparamos los dos instrumentos en un ejemplo de un cliente que deba garantizar un crédito por \$100,000.00 el costo de la hipoteca solo por timbres o impuestos le saldría por \$406.45 mientras que los timbres por la constitución del fideicomiso son de \$10.68. Y aparte de esto el cliente debe considerar los honorarios legales por la constitución de dichos documentos. Es decir, si optara por el fideicomiso se ahorraría solo en gastos \$395.77.

Finalmente se puede decir que ambos instrumentos son muy útiles y seguros. Sin embargo; para el acreedor, el fideicomiso de garantía puede llegar a ser más expedito en caso de una ejecución , aunado a que es más atractivo para el cliente por ser más económico.

Caso contrario, para el deudor puede ser recomendable la constitución de una hipoteca, ya que en la ejecución del mismo se le da más oportunidad para defenderse y hasta para dilatar

el proceso de ejecución todo en aras de buscar una salida alterna.

A pesar de que se investigaron profundamente estas dos figuras es importante dejar al lector la inquietud de conocer más la normativa y jurisprudencia de ambas figuras para que concrete su decisión.

¿Se encuentra listo para decidir que instrumento se ajusta más a sus necesidades?

Lista de Referencias

1. Banco Santander Puerto Rico. (2006) *Información Fiduciaria*. Recuperado el 21 de julio del 2006, de http://www.santandernet.com/es/personas/inversiones/fideicomiso/fideicomisos_personales.aspx
2. Cabezas, S (2005). *Centroamericanos prefieren dólares*. Recuperado el 01 de junio de 2006, de http://www.actualidad.co.cr/315-316/26.especial_bancos2.html
3. Drake, R. (2000). *El Contrato de Fideicomiso y su Regulación*. San José: Jiménez & Tanzi.
4. Fabozzi, F. y Modigliani F. (1996). *Mercados e Instituciones Financieras*. México: Prentice Hall
5. Federación Latinoamericana de Bancos FELABAN (2006). *Congresos Latinoamericanos de Fideicomisos*. Recuperado el 10 de junio del 2006, de http://www.felaban.com/memorias_congreso_latinoamericano_de_fideicomiso_colafi.php
6. Jiménez, A. (2002). *Código de Comercio*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A.
7. Legalmanía. (2001). *Fideicomisos de garantía ¿si o no?*. Recuperado el 06 de julio del 2006, de http://www.legalmania.com.ar/derecho/fideicomiso_garantia.htm
8. Muñoz, J (2004). *Fideicomiso de garantía*. Recuperado el 10 de junio de 2006, de <http://www.ariaslaw.com/site/en/servicedetail3.php>

9. Parajeles, G. (2002). *Código Civil*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A.
10. Porras, J. (1998). *El fideicomiso en Costa Rica: Nociones y Productos Básicos*. San José.
11. Rodríguez, S. (1990). *Contratos Bancarios: su significado en América Latina*. Bogotá: Felaban.
12. Superintendencia de Entidades Financieras. (2006). *Información Contable, balance de situación junio 2006*. Recuperado 16 de julio del 2006, de <http://www.sugef.fi.cr/pagina.asp?lang=0&pagina=servicios/entidades/default.asp?Padre=3>
13. Villagordoa, J (1982). *Doctrina General del Fideicomiso*. México: Editorial Porrúa, S.A.