



# Informe de Investigación

## TÍTULO: FIDEICOMISO BANCARIO

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Comercial	<b>Descriptor:</b> Fideicomiso
<b>Palabras clave:</b> Contrato de Fideicomiso, Entidad Bancaria, Banco, Inversión, Crédito.	
<b>Fuentes:</b> Normativa y Jurisprudencia.	<b>Fecha de elaboración:</b> 10/10/2011

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1. RESUMEN.....</b>	<b>1</b>
<b>2. NORMATIVA.....</b>	<b>1</b>
a) Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional.....	1
b) Código de Comercio.....	3
<b>3. JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>5</b>
a) Posibilidad de utilizar la figura del fideicomiso en el sector público.....	5
b) Crédito en condición de fiduciario con banco estatal.....	7
c) Préstamo con banco estatal en calidad de fideicomisario .....	9
d) El contrato de fideicomiso se rige por el derecho privado.....	12

#### 1. RESUMEN

En el siguiente informe se incorpora una recopilación normativa y jurisprudencial que versa sobre el contrato de fideicomiso en el sector bancario. Se incorpora la normativa relacionada tanto de la Ley del Sistema Bancario Nacional, como del Código de Comercio, en tanto materia regulada de forma exclusiva por el derecho privado. Se incorporan también una serie de extractos jurisprudenciales sobre la participación bancaria en este tipo de contrataciones, así como sobre la posibilidad de que sean llevadas a cabo en el sector público.



## 2. NORMATIVA

### ***a) Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional<sup>1</sup>***

#### **Artículo 116.- (\*)**

Los bancos comerciales podrán efectuar las siguientes comisiones de confianza:

- 1) Recibir custodia de fondos, valores, documentos y objetos y alquilar cajas de seguridad para la guarda de valores;
- 2) Actuar como agentes financieros y comprar o vender, por orden y cuenta de sus clientes, toda clase de valores y bienes;
- 3) Hacer cobros y pagos por cuenta ajena y efectuar otras operaciones por encargo de sus clientes, siempre que sean compatibles con su naturaleza de bancos comerciales;
- 4) Actuar como depositarios judiciales o extrajudiciales o como interventores en negocios o asuntos bancarios;
- 5) Actuar como liquidadores de toda clase de personas siempre que no se hallaren en estado de quiebra o de insolvencia;
- 6) Actuar como mandatarios y, especialmente, como Administradores de bienes sucesorios o que pertenezcan a menores, incapaces o ausentes;
- 7.- Realizar contratos de fideicomiso, conforme a lo dispuesto en el Código de Comercio y las demás normas legales y reglamentarias aplicables. (\*)

En la eventualidad de que terceras personas pretendieran algún derecho sobre los bienes afectados en fideicomiso, o que dichos bienes fueran amenazados en alguna forma por motivos anteriores a la fecha del contrato de fideicomiso, los bancos, como fiduciarios, si están en conocimiento de dichos hechos deberán ponerlo en conocimiento del fideicomitente y de los beneficiarios para que ellos ejerciten los derechos y acciones correspondientes, siendo esta la única obligación de los bancos en este sentido. Si los motivos fueran posteriores a la fecha del fideicomiso, se estará lo dispuesto en el artículo 644 inciso e) del Código de Comercio.

En el contrato respectivo puede convenirse en el establecimiento de controles en cuanto al manejo de los fondos afectos al fideicomiso. Si se establecieran " Comités Especiales " con ese propósito el fiduciario al sujetarse a sus disposiciones , descargará su responsabilidad en cuanto a la respectiva transacción.

Respecto del Impuesto de la Renta por los rendimientos de los bienes afectados en fideicomiso, la obligación de los bancos como fiduciarios se limitará a notificar a la Tributación Directa, con copia al fideicomitente, debiendo dicho informe remitirse aun en el caso de que el patrimonio afectado esté constituido por valores exentos del pago del Impuesto de la Renta. En este último caso lo advertirá así. (\*)

(\*) El párrafo final del presente artículo ha sido adicionado mediante Ley No. 4861 de 19 de octubre de 1971.

(\*) El párrafo primero del presente artículo ha sido reformado mediante Ley Reguladora del Mercado de Valores No. 7732 de 17 de diciembre de 1997. LG# 18 de 27 de enero de 1998.

## **b) Código de Comercio<sup>2</sup>**

### **Artículo 633.-**

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.

### **Artículo 634.-**

Pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes o derechos que legalmente estén dentro del comercio. Los bienes fideicometidos constituirán un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso.

### **Artículo 644.-**

Son obligaciones y atribuciones del fiduciario:

- a) Llevar a cabo todos los actos necesarios para la realización del fideicomiso;
- b) Identificar los bienes fideicometidos, registrarlos, mantenerlos separados de sus bienes propios y de los correspondientes a otros fideicomisos que tenga, e identificar en su gestión el fideicomiso en nombre del cual actúa;
- c) Rendir cuenta de su gestión al fideicomisario o su representante, y en su caso, al fideicomitente o a quien éste haya designado. Esas cuentas se rendirán, salvo estipulación en contrario, por lo menos una vez al año;



d) Con preferencia a los demás acreedores, cobrar la retribución que le corresponda; y

e) Ejercitar los derechos y acciones necesarios legalmente para la defensa del fideicomiso y de los bienes objeto de éste.

#### **Artículo 648.- (\*)**

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

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

**(\*) El segundo párrafo del presente artículo ha sido reformado mediante Ley Reguladora del Mercado de Valores No. 7732 de diciembre de 1997. LG# 18 de 27 de enero de 1998.**

#### **Artículo 649.- (\*)**

En las inversiones, para reducir el riesgo de posibles pérdidas, el fiduciario deberá diversificarlas y no podrá invertir en un solo negocio más de la tercera parte del patrimonio del fideicomiso, salvo autorización expresa del fideicomitente.

**(\*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley Reguladora del Mercado de Valores No. 7732 de diciembre de 1997. LG# 18 de 27 de enero de 1998.**

#### **Artículo 654.-**

Además de los derechos que le conceda el acto constitutivo, el fideicomisario tendrá los siguientes:

a) Exigir del fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones;



- b) Perseguir los bienes fideicometidos para reintegrarlos al patrimonio fideicomisado, cuando hayan salido indebidamente de éste; y
- c) Pedir la remoción del fiduciario cuando proceda.

#### **Artículo 659.-**

El fideicomiso se extinguirá:

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

### **3. JURISPRUDENCIA**

#### **a) Posibilidad de utilizar la figura del fideicomiso en el sector público**

[PROCURADURÍA GENERAL]<sup>3</sup>

“III.- RESPECTO A LA POSIBILIDAD DE UTILIZAR LA FIGURA DEL FIDEICOMISO:

Como ya indicábamos, se nos consulta además sobre la viabilidad de constituir un fideicomiso que permita relevar al Instituto del manejo del Fondo de Garantías y Jubilaciones de sus empleados. Al respecto, es preciso aclarar (aunque resulte obvio) que la utilización de la figura del fideicomiso no lleva consigo el otorgamiento de personalidad jurídica al Fondo, sino que implicaría solamente que sea un tercero quien se encargue de manejar los asuntos de aquél, o al menos, los que decida ceder el Instituto.

En todo caso, conviene indicar (en los mismos términos en que lo hacíamos en



nuestro pronunciamiento OJ-055-97 del 30 de octubre de 1997, donde se evaluó la posibilidad jurídica de que la Junta de Protección Social constituyera un fideicomiso para la administración del "Fondo para el Cuido Perpetuo del Cementerio General"( que el fideicomiso: "... es un contrato por medio del cual una persona física o jurídica, recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado, para que durante el desarrollo del convenio o al cumplimiento de un plazo o condición preestablecida, se le de a ese bien el destino convenido. Es así como en el contrato de fideicomiso se distinguen generalmente tres partes: el fiduciante o fideicomitente, que es el propietario del bien que se da en fideicomiso; el fiduciario o fideicometido, que es quien recibe el bien en fideicomiso y se compromete a darle la finalidad establecida en el convenio; y, por último, el fideicomisario o beneficiario, que es aquel a favor del cual se constituye el fideicomiso".

En el evento de que llegare a constituirse un fideicomiso respecto al Fondo de Ahorro y Jubilaciones del INVU, el fiduciante o fideicomitente sería el Instituto, el fiduciario o fideicometido sería la persona a quien se encargue la administración del Fondo y los fideicomisarios o beneficiarios serían los servidores de la Institución.

Respecto a las distintas clases de fideicomiso, en el mismo pronunciamiento recién transcrito se indicó: " ... aunque las variedades pueden ser ilimitadas, suele distinguirse entre dos tipos básicos de fideicomiso, en atención a los bienes que constituyen el objeto del contrato. Ellos son el fideicomiso de administración y el fideicomiso de inversión. El fideicomiso de administración se constituye cuando una persona, por motivos de diversa índole, decide relevarse de la administración y manejo de sus bienes, por lo que le encarga esa tarea a otra. En este caso, los bienes dados en fideicomiso podrían constituir fincas, empresas, ganado, etc. El fideicomiso de inversión, por su parte, se define como aquél cuyo objeto está constituido, única y exclusivamente, por la administración de una suma de dinero, respecto de la cual el fiduciario se compromete a obtener (en condiciones razonables de seguridad( el mayor rendimiento posible".

En el supuesto que se analiza, se trataría entonces de una especie de fideicomiso mixto, pues implicaría tanto la administración del Fondo, como la inversión de sus recursos.

Ya propiamente respecto a la viabilidad jurídica de constituir el fideicomiso que interesa, debemos indicar que esta Procuraduría en otras ocasiones ha analizado la posibilidad de suscribir ese tipo de contratos en el sector público (ver por ejemplo, los dictámenes C-252-87 del 15 de diciembre de 1987; C- 188-89 del 8 de agosto de 1989; C- 188- 97 del 2 de octubre de 1997; y, OJ- 055-97 ya citado). En esos pronunciamientos se estableció una premisa que resulta ahora de utilidad,

según la cual, es posible utilizar la figura del fideicomiso siempre y cuando ello no suponga transferir potestades administrativas propias de la actividad ordinaria del ente, o sea, aquellas para las cuales fue específicamente creado, pues de así hacerse, se estaría modificando, mediante una decisión administrativa, la voluntad del legislador.

En el caso del INVU, es claro que la administración del Fondo de Garantías y Jubilaciones de sus empleados no constituye la actividad ordinaria del ente, sino más bien una accesorio. En ese sentido, nótese que el artículo 45 de su Ley Orgánica se limita a establecer la posibilidad de crear el régimen y a regular el aporte máximo que a él puede hacer el Instituto, sin que se especifique ahí la forma en que debe ser administrado.

Así las cosas, este Despacho no encuentra impedimento alguno para que el INVU, previo estudio actuarial donde se determinen las necesidades de liquidez del Fondo, siguiendo los procedimientos normales de contratación administrativa, y respetando las reglas establecidas (o que se llegaren a establecer con ese fin específico) en el "Reglamento del Fondo de Garantías y Jubilaciones de los Empleados del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo" suscriba un fideicomiso de administración, de inversión o mixto, respecto a dicho Fondo."

#### ***b) Crédito en condición de fiduciario con banco estatal***

[TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO]<sup>4</sup>

"VII.- Que de conformidad con los numerales 633 y siguientes del Código de Comercio, se determina con claridad la naturaleza jurídica del fideicomiso, como la forma en que el fideicomitante trasmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos, quedando obligado este último a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo. Baste destacar por ahora, que en el pacto constitutivo, es donde se fijan las obligaciones entre fideicomitente y fiduciario. El fideicomiso, fue constituido por créditos hipotecarios comunes de primer grado. Es así, que necesariamente ha de acudir al clausulado del contrato, a fin de establecer los compromisos que adquirió, en este caso específico, el Banco demandado. Se expresó en aquel momento, que el banco solo aceptaría los créditos que satisfagan en cuanto a monto y garantía, prima pagada por los clientes, solvencia crediticia de los deudores, plazo, intereses, incluso variables, forma de pago, monto y demás detalles que considere conveniente. También dispone, que carece de responsabilidad respecto a la calidad de las construcciones o cualquier otra circunstancia relativa a los inmuebles o a ellas -construcciones-. Se lee en su articulado además, que el fin del fideicomiso es la financiación de la construcción de viviendas mediante la creación de un fondo afectado al fideicomiso. La facultad para que los bancos



estatales se conviertan en fiduciarios, está contemplada en la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, número 1644 de 26 de setiembre de 1953 y sus reformas. Así, el artículo 3º con la redacción vigente para cuando el Banco suscribió el contrato de fideicomiso, preceptúa, que: "Compete a los Bancos Comerciales las siguientes funciones esenciales: Colaborar con la ejecución de la política monetaria, cambiaria, crediticia y bancaria de la República. Procurar la liquidez, solvencia y buen funcionamiento del Sistema Bancario Nacional. Cuando se trate de los Bancos del Estado, custodiar y administrar los depósitos bancarios de la colectividad. Evitar que haya en el país medios de producción inactivos, buscando al productor para poner a su servicio los medios económicos y técnicos de que dispone el Sistema". Por su parte, el artículo 61 de esa ley, regula lo correspondiente a Créditos e Inversiones de esos entes, y el 73, en lo que interesa establece: "Queda estrictamente prohibido a los bancos comerciales: Realizar operaciones de crédito que en cualquier forma contravengan los preceptos legales y reglamentarios, salvo las que, sin estar prohibidas, fueren compatibles con la naturaleza técnica de los bancos comerciales, o necesarias para el debido cumplimiento de sus deberes y funciones. Los miembros de las juntas directivas, los gerentes y los funcionarios de los bancos que autoricen o consientan en alguna operación prohibida, perderán el puesto e incurrirán en las responsabilidades prescritas en el artículo 28 de esta ley ..."

(...) Como se obtiene de lo transcrito, el demandado puede y debe realizar todo tipo de operaciones, siempre y cuando, no estén expresamente prohibidas por su ley constitutiva o bien, cuando no vayan en contra de "su naturaleza técnica" y dentro de estas circunstancias se concluye, que lo realizado entre la empresa D.S.A. y el accionado, está apegado a la normativa que lo rige.-

VIII.- Que de seguido, se entra al examen de lo acontecido luego de la suscripción del fideicomiso. Se tiene, que el actor presentó solicitud de crédito en relación con el fideicomiso número 193 suscrito entre el Banco accionado y D.S.A., a la que se le asignó el número 880485 y, luego de cumplidos los requisitos exigidos por la institución bancaria, se formalizó la operación en la escritura número 12, otorgada ante los Notarios Públicos, M.D.P. y A.G.P. el diecisiete de junio de mil novecientos ochenta y ocho. En la escritura de cita se observa, que D. vendió al señor C.M., la finca del Partido de San José, matrícula de folio real número trescientos cuarenta y siete mil ochocientos cuarenta y cuatro-cero cero cero, por la suma de ciento ochenta y nueve mil colones ya pagados a la sociedad vendedora. No obstante, en ese mismo acto, el comprador adquirió un crédito hipotecario con el Banco Nacional de Costa Rica, en su condición de fiduciario, por un millón setenta y nueve mil colones, destinados a pagar parte del precio de la compra de la finca y la casa de habitación y comprometiéndose a renunciar ante el Banco fiduciario, cualquier reclamo por la calidad de la construcción de la casa de



habitación. El plazo fue de quince años a partir del primero de julio de mil novecientos ochenta y ocho, a un interés del veinticuatro por ciento anual ajustable según las variaciones que se produzcan en el mercado financiero, reintegrable mediante ciento ochenta cuotas mensuales, sucesivas y vencidas inicialmente, por veintidós mil cuatrocientos ochenta colones treinta y cinco céntimos, las que variarán de acuerdo a lo pactado en cuanto a intereses. Se estipula además, que el producto del préstamo mercantil se aplicará a la compra de la casa de habitación del comprador y como garantía, impone hipoteca sobre ese inmueble y para el eventual cobro del préstamo, renuncia a su domicilio y a los trámites del juicio ejecutivo y requerimiento de pago, documento que fue suscrito en su totalidad por don J.R., haciéndose conocedor de lo ahí estipulado, sin que haya podido demostrar a lo largo del proceso, que existiera un vicio en el consentimiento para pactar lo expresado. Por el contrario, como se indicó al inicio de este acápite, fue él quien acudió al Banco a solicitar el crédito que se ha descrito, y por ello no se entiende ahora que alegue desconocer lo que suscribió y se reitera, sin que haya logrado desvirtuar su intención de contraer la obligación, la que por demás, del tenor literal de la escritura -como corresponde en estos casos-, es clara en cuanto a su contenido, por lo que no es necesario acudir a otros mecanismos de interpretación. Respecto a este tema, la Sala Primera la Corte, en su sentencia número 134 de 14 horas 45 minutos del 28 de diciembre de 1998, expresó: "(...) la búsqueda de la voluntad real de las partes, constituye principio rector de la interpretación contractual. La vía primordial o básica para determinar esa voluntad está representada por la traslación textual. Si el sentido literal del contrato es claro y refleja sin lugar a dudas la intención de las partes, a ese tenor ha de estarse necesariamente. Así lo establece el viejo aforismo in claris non fit interpretatio. En consecuencia, resulta a todas luces improcedente que el sentido patente de las palabras empleadas en la estipulación sea sustituido por otro, producto de un esfuerzo por encontrar un significado diverso. Ello sólo es factible cuando el texto riña con la intención evidente de los contratantes puesta de manifiesto por diferentes vías. La otra posibilidad de abordar otras formas de interpretación, es cuando el enunciado contractual sea oscuro o contradictorio". El señor C.M. se comprometió a honrar una deuda que posteriormente incumplió y que provocó, que el acreedor hipotecario se viera en la necesidad de ejecutar la obligación mediante el proceso ejecutivo hipotecario, que como quedó dicho, se llevó a cabo en la forma prevista en la ley y provoca, que los argumentos del inconforme en este aspecto carezcan de sustento."

**c) Préstamo con banco estatal en calidad de fideicomisario**[TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO]<sup>5</sup>

"III.- Que el cuadro fáctico sometido a estudio de este Despacho, tiene como sustento, que la aquí demandante junto con los señores Olman Salazar Peñaranda y Olman Eduardo Salazar Rosales, según escritura pública número dieciséis, otorgada ante los Notarios Públicos, Franklin Matamoros Calderón y Enrique Brenes Oreamuno, de nueve horas del veintiuno de setiembre de mil novecientos ochenta y tres, compró a Hogares de Costa Rica Sociedad Anónima, libre de gravámenes hipotecarios, el lote número U-uno de la Urbanización José María Zeledón, inscrito en el Registro Público, Partido de San José, Folio Real matrícula trescientos ocho mil cuatrocientos cuarenta y cinco –cero cero cero, que es terreno para construir con una casa de habitación, sita en Granadilla de Curridabat, por la suma de ciento cuarenta y nueve mil seiscientos once colones ya pagados. Asimismo consta, que el Banco Nacional de Costa Rica, en su condición de Fiduciario, Sección Fiduciaria, Fideicomiso número “ciento cuarenta-Hogares de Costa Rica S. A.”, le concede un préstamo por la suma de quinientos cincuenta y seis mil colones, destinados a la compra de su casa de habitación, suma a reintegrar mediante el pago oportuno de ciento cuarenta y cuatro cuotas mensuales, sucesivas y vencidas y a un plazo de doce años. Se estipula en ese mismo documento, que “(1/4) las cuotas comprenden honorarios del fideicomiso, seguro de incendio y terremoto (1/4) amortización e intereses corrientes al tipo del veintiuno punto cinco por ciento anual, que pueden ser variados por el banco a fin de poder ajustar las tasas activas con la situación prevaleciente en las tasas pasivas del mercado financiero nacional (...)” y es con ocasión de esta obligación, que presenta este proceso al considerar, que la variación de réditos es ilegal y así solicita se declare.-

IV.- Que el sub lite es similar a procesos anteriores, en los cuales ya se definió el punto. Si bien es cierto existe un pronunciamiento anterior de la Sección Primera de este Despacho, en el que efectivamente, se dispuso sobre la ilegalidad de variación de intereses antes de la reforma introducida por ley número 7201 publicada en La Gaceta de 29 de octubre de 1990 – Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio -, posteriormente, la Sala Constitucional resolvió situaciones como la de que se ha hecho mérito de forma diferente, determinando que cuando un Banco estatal no opera con fondos propios, en su condición de institución autónoma sino como fideicomisario de empresas privadas, es decir como banco privado, está facultado para imponer tasas de interés ajustables, al tratarse de relaciones de derecho privado, y lo que así se disponga, no implica abuso del derecho. Pueden consultarse al efecto, entre otras, las sentencias de la Sala Constitucional números 6515-93, 5323-94 y 7483-94. Para mejor comprensión de la forma en que se resuelve, este órgano

colegiado se permite transcribir el último de los votos de ese Tribunal Constitucional - 7483-94 de 9 horas 30 minutos del 21 de diciembre de 1994 -, en el que se dispuso: "(...) PRIMERO. En el presente caso, los accionantes suscribieron contrato de préstamo mercantil con el Banco Nacional de Costa Rica en su condición de Fiduciario mediante la Sección Fiduciaria de dicha entidad bancaria, lo cual constituye un patrimonio autónomo, cuya administración le es confiada al Fiduciario. En dichas operaciones se pactó la cláusula de intereses de forma tal que serían "ajustables según las variaciones que se produzcan en el mercado financiero, con respecto a las tasas pasivas, de tal manera que haya una concordancia entre las tasas activas y las tasas pasivas que sustentan el Programa de Certificados de Inversión Hipotecaria, concretamente el Fideicomiso citado"; o bien, los intereses "pueden ser variados por el Banco a fin de ajustar las tasas activas con la situación prevaleciente en las tasas pasivas del mercado financiero nacional, dado que los recursos de este tipo de créditos (Informe del Banco a Folio 39). SEGUNDO. Del análisis del expediente se desprende que el Banco Nacional de Costa Rica no ha operado aquí ni con fondos propios, ni como institución autónoma, sino en su calidad de fideicomisario, es decir, como Banco privado en los términos del artículo 4 de la Ley General de Administración Pública. Asimismo, las cláusulas del contrato de compra-venta y constitución de hipoteca, preveen (sic) un mecanismo objetivo y razonable que permite ajustar la tasa de interés activa ante las variaciones de la tasa de interés pasiva que rige para los títulos valores, que son la fuente de financiamiento del fideicomiso; títulos valores que por ser de vencimiento a corto plazo serán afectados por las tasas de interés del mercado al momento de constituirse. De manera que no existe una potestad unilateral del banco de variar la tasa de interés pactada sino que esto ocurre objetivamente conforme a los cambios en el mercado (...)". En iguales términos se pronunció en el fallo número 3393-94, en cuanto expresó: "III.-

Visto el contrato de fideicomiso y la escritura de compra y venta transcritos, es claro que el Banco Nacional de Costa Rica no ha operado aquí, ni con fondos propios, ni como institución autónoma, sino en su calidad de fideicomisario de la Compañía S. A. Residencial San Francisco, es decir, como Banco privado en los términos del artículo 4 de la Ley General de Administración Pública. Dado que se trata de un contrato de naturaleza privada entre dos sujetos de derecho privado que puede ser ventilado en la vía común, el amparo debe ser declarado sin lugar.- IV.- Aparte de lo dicho, el amparo debe también desestimarse, puesto que las cláusulas del contrato de compra-venta y constitución de hipoteca transcritos en el punto I y II, preveen (sic) un mecanismo objetivo razonable y perfectamente equilibrado que permite ajustar la tasa de interés activa ante las variaciones que son la fuente de financiamiento del fideicomiso; títulos valores que por ser de corto plazo de vencimiento serán afectados por las tasas de interés del mercado al momento de constituirse. De manera que no existe una potestad unilateral del

banco de variar la tasa de interés pactada sino que esto ocurre objetivamente conforme a los cambios en el mercado (1/4)".-

V.- Que visto así el panorama jurídico y, de conformidad con el artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, en cuanto dispone que los pronunciamientos de esa Sala son vinculantes para los tribunales, debe dejarse sin efecto la decisión del Juzgado, para en su lugar, acoger la defensa de falta de derecho y declarar la improcedencia de la demanda en todos sus extremos. Lo que sí debe mantenerse, es la denegatoria del resto de defensas – falta de legitimatio ad causam activa y pasiva y falta de interés -, comprendidas en la genérica de sine actione agit y prescripción.-

VI.- Con fundamento en el artículo 98 c) ibídem, en razón de la naturaleza de las cuestiones debatidas y habida cuenta de que hubo antecedentes jurisprudenciales acordes con las pretensiones de la actora, estima el tribunal que existió motivo bastante para litigar por lo que exonerarla del pago de las costas."

**d) El contrato de fideicomiso se rige por el derecho privado**

[PROCURADURÍA GENERAL]<sup>6</sup>

"2.- Un contrato regido por el Derecho Privado

El contrato de fideicomiso es un contrato de naturaleza eminentemente privada en tanto su regulación se encuentra establecida en el Código de Comercio (ver dictamen C-261-2000). Y en este sentido se han pronunciado los Tribunales de Justicia al señalar que los bancos estatales al suscribir contratos de fideicomiso actúan como personas de derecho privado:

"III. No son de recibo los argumentos esgrimidos por el apelante, ya que se ha demostrado que el fideicomiso que sirvió de base a los préstamos hipotecarios, y cuya cláusula de intereses fluctuantes desea ser anulada, fue constituido por una persona jurídica no pública, es decir, el Banco Nacional de Costa Rica no realizó los préstamos con fondos propios, sino en su calidad de fiduciario, y tal y como lo ha resuelto la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en dichos casos, los Bancos del Sistema Bancario Nacional actúan como sujetos de derecho privado, siendo aplicable por ende el numeral 3.2 de la Ley General de la Administración Pública. Al respecto dicha autoridad, en sentencia número 120-98 de las 15 horas cinco minutos del veinticinco de noviembre de 1998 dispuso: "Tratándose de préstamos otorgados por las secciones fiduciarias, los bancos del Sistema Bancario Nacional no actúan como entes autónomos, ni con fondos propios sino como sujetos de derecho privado (artículo 3 inciso 2do de la Ley General de la Administración Pública) representando al fideicomitente, en calidad de fiduciario. Por ende, los principios y normativa aplicable son los del derecho privado, en



especial el Código de Comercio, el cual regula los contratos de fideicomiso y los préstamos" Igualmente la Sala Constitucional ha sido conteste al señalar, en voto número 853-94, de las nueve horas con nueve minutos del once de febrero de 1994 que: "Visto el contrato de fideicomiso y la escritura de compraventa, es claro que el Banco Nacional de Costa Rica no ha operado aquí ni con fondos propios, ni como institución autónoma, sino en su calidad de fideicomisario de la Compañía D. S. A., es decir, como Banco privado en los términos del artículo 4 de la Ley General de Administración Pública. Asimismo, las cláusulas del contrato de compraventa y constitución de hipoteca, prevén un mecanismo objetivo y razonable que permite ajustar la tasa de interés activa ante las variaciones de la tasa de interés pasiva que rige para los títulos valores, que son la fuente de financiamiento del fideicomiso; títulos valores que por ser de vencimiento a corto plazo serán afectados por tasas de interés del mercado al momento de constituirse. De manera que no existe una potestad unilateral del banco de variar la tasa e interés pactada sino que esto ocurre objetivamente conforme a los cambios en el mercado." Con base en todo lo dicho, es claro que lo resuelto por el juez lo fue en forma correcta, pues el Banco Nacional de Costa Rica, no actuó en el préstamo hipotecario de marras con fondos propios, sino como fiduciario de una empresa privada, tal y como se ha expresado."

(la negrilla no es del original) (Resolución No. 215 de las 14h 50m 24 de junio de 1999, Tribunal Contencioso Administrativo)

Los bancos estatales son empresas públicas organizadas como instituciones autónomas, según lo dispuesto por el artículo 189 de la Carta Política. En lo relativo al régimen de regulación de los bancos estatales, esta Procuraduría ya se ha pronunciado en ocasiones anteriores:

"Por el régimen de su actividad, el banco estatal puede considerarse una empresa pública y las operaciones financieras que realice directamente con sus clientes se regirán por el Derecho Privado. En ese sentido, interesa resaltar que esa regulación se aplica en lo que respecta al giro bancario, lo que no excluye que respecto de otro tipo de operaciones, particularmente de índole instrumental, se rija por el Derecho Público. Se exceptúan de lo anterior las disposiciones concretas de Derecho Público que regulen la actividad del Banco: Ley Orgánica del Banco Central y la propia Ley del Sistema Bancario..."

(dictamen C-270-1998 del 15 de diciembre de 1998).

"Resulta importante destacar, que la intención del legislador, al sujetar aquellos entes que se constituyen como empresas industriales o mercantiles comunes expresamente a las regulaciones del derecho privado, es precisamente para no entorpecer el desarrollo de la actividad comercial de tales empresas, por lo que no puede negarse, que algunas disposiciones del Derecho Público, le sean aplicables



en lo que respecta a su organización y funcionamiento." (Dictamen C-190-94 del 9 de diciembre de 1994).

Respecto al giro de la actividad bancaria, los bancos estatales se rigen por el derecho privado (artículo 3 de la Ley General de la Administración Pública) y de allí, precisamente, la consideración de los tribunales de justicia de que en tratándose de fideicomisos en los que los bancos estatales actúen como fiduciarios, debe tenérseles como sujetos de derecho privado. Situación ésta que se reafirma en el contrato de fideicomiso para el pago de pasivos del Banco Anglo Costarricense en el que el Banco de Costa Rica, en su calidad de fiduciario, realiza un negocio de carácter lucrativo con el claro establecimiento de las comisiones que recibirá por la ejecución del contrato (cláusulas décima y décima primera). De allí también que no sea de extrañar que en el contrato de fideicomiso para el pago de pasivos del Banco Anglo Costarricense se define como la legislación aplicable el Código de Comercio y no sólo la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional y la Ley Reguladora del Mercado de Valores (cláusulas cuarta y décimo tercera del contrato)."

**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Ley No. 1644 de 25 de setiembre de 1953.
- 2 Ley No. 3284 de 24 de abril de 1964.
- 3 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen No. 152-1999, del veintisiete de julio de mil novecientos noventa y nueve.
- 4 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Segunda, Resolución No. 168-2000, de las quince horas del diecinueve de junio de dos mil.
- 5 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Segunda, Resolución No. 275-2000, de las diez horas con treinta minutos del diecinueve de setiembre de dos mil.
- 6 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen No. 241-2001, del cinco de setiembre de dos mil uno.