

MARCO TEÓRICO DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

Roberto Yglesias Mora¹

*Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad
de Costa Rica*

RESUMEN: El presente trabajo defiende la tesis de que la propiedad fiduciaria es una propiedad especial, a la que se le imputan las características clásicas del dominio y nuevas dinámicas en su desarrollo, con la compresión y la descompresión de sus atributos. Se reconoce la existencia de una titularidad fiduciaria desde el punto de vista de los Derechos Reales, y no se le ve únicamente como un elemento accesorio del Fideicomiso regido por el Derecho Comercial.

PALABRAS CLAVE: Derecho Civil. Derecho Comercial. Fideicomiso. Propiedad Fiduciaria.

ABSTRACT: This paper defends the thesis that the trust property is a special property, which is accused the classic characteristics of the domain and new dynamics in their development, with the compression and decompression of its attributes. The existence of a fiduciary ownership is recognized from the point of view of rights in rem, and is not seen only as an accessory Trust governed by commercial law.

KEYWORDS: Civil Law, Commercial Law, Trust, Trust Property.

Fecha de recepción: 14 de abril de 2015.

¹ Profesor Titular de la Cátedra de Derechos Reales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Doctor en Derecho Civil por la Universidad Complutense de Madrid, España.

Fecha de aprobación: 16 de abril de 2015.

1) INTRODUCCIÓN

El Fideicomiso goza hoy de una amplia difusión, que va de la mano con ciertas desventajas de las garantías tradicionales y de las sustanciales ventajas que ofrece. Así, en el Fideicomiso de administración, un tercero, fiduciario profesional y experimentado, supervisa una actividad productiva, administra fondos para fines predispuestos o custodia determinados bienes, que conforman un patrimonio destinada a tales fines. Y en el Fideicomiso de garantía, de incurrir el deudor en falta de pago, se evita un largo y costoso proceso judicial: se procede a la venta de los bienes fideicometidos a valores de mercado con un procedimiento ágil privado, para así pagar la deuda. Pese a algunas voces disidentes², los bienes fideicometidos quedan a salvo del concurso y quiebra del fiduciante y de los acreedores de quien asuma como fiduciario.³

El Derecho Civil patrio no se ha ocupado de modo particular de la propiedad fiduciaria: ni como derecho real, ni como componente de un contrato, ni tratándose de las sucesiones mortis causa. Han sido el Derecho Mercantil y el Bancario quienes llegaron al rescate del Fideicomiso como institución, siendo hoy moneda común en diversos negocios bancarios. El impulso decisivo lo produjo la reforma al Código de Comercio del año 1997, al incorporar expresamente al Fideicomiso de garantía⁴. También El Estado viene utilizando el Fideicomiso con notable éxito, para proyectos de obra pública y para la administración de fondos públicos de programas estatales, con lo que cabe admitir la existencia de una propiedad fiduciaria de interés público, regulada por el Derecho Administrativo.

² QUESADA C. y VARGAS Y. 2014, pp. 305 y ss.

³ La escuela alemana sobre el patrimonio, refiere a un patrimonio de afectación a un fin objetivo determinado, desvinculado del patrimonio del fiduciante y del fideicomisario.

⁴ Las conferencias impartidas en esa época en el país, por el profesor español Manuel ALBALADEJO, respetable defensor de la tesis del Fideicomiso de garantía como contrato simulado, habrían contribuido a dicha reforma.

El Fideicomiso constituye una especie del género del negocio jurídico, presentando a su vez subespecies con distintos contenidos y alcances, no solo en cuanto a sus fines, sino en cuanto a las modalidades de propiedad fiduciaria. Tal variabilidad de contenidos permite reconocer una pluralidad de propiedades fiduciarias.⁵

La propiedad fiduciaria se presenta como una titularidad real sui-generis, respecto de la cual, la doctrina jurídica no ha desarrollado una posición consistente desde el ámbito del Derecho de Propiedad, que permita comprender sus principios rectores, sus características esenciales, así como su ciclo de vida, es decir, sus modos de creación, transmisión, defensa y extinción. Usualmente se le identifica como un elemento más de una relación contractual, que tiene el efecto jurídico legal de transmitir temporalmente la propiedad de determinados bienes al fiduciario. A partir de ese momento, se constituye lo que se conoce como un patrimonio autónomo, afecto a determinados fines, conforme a lo estipulado en el Fideicomiso.

Proponemos una aproximación a un marco teórico-jurídico que desde la óptica de los Derechos Reales, y en particular del Derecho de Propiedad, facilite una mejor lectura de la naturaleza y alcances de la titularidad fiduciaria y sus elementos fundamentales, delineando un perfil y contorno más precisos, de una figura históricamente difusa y blanco de controversiales opiniones.

2. LA PROPIEDAD FIDUCIARIA EN EL DERECHO POSITIVO

Pese a conocidos precedentes históricos del Derecho romano⁶ y en el derecho comparado, nuestra legislación civil común ha sido ayuna en tratar a la propiedad fiduciaria. Eso está, no obstante, lejos de haber sido impedimento para su difusión, gracias al principio de la autonomía de la voluntad, de la libertad de contratación y del notable impulso recibido desde el Derecho Mercantil.

⁵ PUGLIATTI S. (1954) formuló la tesis sobre una multiplicidad de estatutos dominicales, en oposición a la visión unitaria adoptada por la legislación civil común.

⁶ Las figuras históricas del fideicomiso “cum amico” y “cum creditore” han sido ampliamente estudiadas por la doctrina contemporánea. Así, CABANELLAS G. (2008).

Con el Fideicomiso surgió la noción de una propiedad fiduciaria, fruto de ese negocio jurídico fiduciario y que ha permitido identificar una modalidad dominical sui generis que vive y sobrevive dentro de dicho negocio fiduciario, como parte de él, pero que debe acudir en préstamo y a falta de normativa especial, a los preceptos legales generales de la propiedad civil común.

Desde este marco jurídico-legal, el fiduciario ostentará un poder jurídico sobre el patrimonio fiduciario, correlativo al de un titular real y caracterizado por un determinado poder sobre o con relación al patrimonio fideicometido, cuyos alcances han sido previamente delimitados en el convenio de Fideicomiso. Tal poder goza de las características reales típicas de inmediatez e inherencia a la cosa fideicometida, que a su vez darán base para el derecho de persecución y el “ius opponendi” frente a terceros, siempre que la titularidad haya obtenido la correspondiente publicidad legal idónea (artículos 259, 267 y 455 del Código Civil y artículo 644 inciso e del Código de Comercio) y eficacia *erga omnes*.

Al adentrarnos en el contenido del dominio fiduciario, aparecen como ausentes, algunas de las facultades típicas del propietario común pleno (vid. art. 264 del Código Civil), gozando el fiduciario solo de aquellas que le han sido concedidas expresamente por el fideicomitente, por la Ley y, en su caso, por las partes del negocio principal. Sin embargo, no hay que llamarse a engaño: no procede una determinación negativa a priori del contenido del dominio fiduciario, en el sentido de que, verbigracia, no podrá transformar, enajenar, gravar, ni destruir los bienes fideicometidos, toda vez que esas limitaciones, como se verá, no están referidas al contenido del derecho de propiedad fiduciaria, sino al ejercicio normal de las facultades típicas del común dominio privado, limitaciones que pueden superarse en determinadas circunstancias por acuerdo de las partes del Fideicomiso o mediante autorización de un juez, por lo que no son absolutas. Ciertamente, las limitaciones son premisa natural en la propiedad fiduciaria, las que han llevado a calificarla prejuiciosamente, como una propiedad limitada e imperfecta, calificativos que responden al lenguaje histórico empleado por nuestro

codificador (artículos 265 y 266 del Código Civil)⁷, o bien, considerada con mejor criterio, como una propiedad especial, según una opinión jurídica especializada de S. Pugliatti.

La legislación mercantil costarricense regula con detalle el contrato de Fideicomiso, presupuesto de la propiedad fiduciaria, misma que fue expresamente reconocida en esa legislación (artículo 633 del Código de Comercio) y cuyas características han sido hasta ahora abordadas con dudas y timidez por la jurisprudencia patria, calificándola en esos mismos sentidos, tanto como una propiedad limitada e imperfecta y como una especial.⁸ Pese a reconocerla, la legislación mercantil no vino a dar pautas concretas sobre la propiedad fiduciaria, obligando a un esfuerzo de interpretación jurídica e integración normativa.

El Estado y sus instituciones acuden con frecuencia al empleo del Fideicomiso, para un mejor control y administración de los fondos públicos, buscando superar la persistente ineficacia de la institucionalidad pública en el adecuado manejo de esos fondos. Diversas regulaciones de orden público contemplan la creación de fideicomisos, entre ellos: la Ley de Modernización del Sistema Financiera de la República, Ley 7107 de 4 de noviembre de 1988; la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos de 2001; la Ley de Contratación Administrativa; el Programa de Fideicomiso Agrario; el Reglamento de Fideicomiso Agrario para los Bancos Estatales; la Ley de Concesión de Obra Pública de 1993; el Reglamento de Conassif sobre Oferta Pública de Valores para el Desarrollo de Obras Públicas de 2006; el Reglamento de Oferta Pública de Valores Provenientes de Procesos de Titularización de Conassif de 2000; el Reglamento de Sugef sobre gestión del riesgos de titularización y de fideicomisos, y el Reglamento del Fondo de Garantía de la Bolsa Nacional de Valores, entre otros. No abordaremos en este ensayo en forma particular, a la propiedad fiduciaria pública, la que en todo caso, no tendría porqué escapar a los conceptos rectores que se formulan aquí.

⁷ El dominio pleno, según su noción clásica, comprende facultades ilimitadas, de las que la ley señala las más usuales. En este sentido, ALABALADEJO M. 1990, p. 161.

⁸ Vid. Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, Voto de 09.40 horas de 06 de mayo de 1999.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

Si estamos o no frente a una verdadera titularidad real dominical, ha sido un tema controversial, no abordado con profundidad por la doctrina jurídica. La principal tesis contraria a una titularidad real, califica al fiduciario como un mandatario, quien se limita a ejecutar las instrucciones estipuladas en el Fideicomiso. También se le ha considerado un depositario con “ius retentionis”⁹ y con derecho de uso de la cosa. Se ha esgrimido asimismo la idea de una titularidad real fiduciaria, con autonomía del derecho de propiedad o se le señala como una garantía típica, para el caso del fideicomiso de garantía¹⁰. Cervantes Ahumada considera al fiduciario como un mero titular no propietario¹¹, tesis que no se ajusta con la adoptada por nuestro legislador. La fórmula más aceptada se fundamenta de la tesis de S. Pugliatti, sobre la existencia no de una sola propiedad, sino de múltiples modalidades propietarias con características y reglas diferenciadores, fruto de la evolución jurídica y positiva de la modernidad.

El artículo 633 del Código de Comercio zanjó en definitiva las dudas sobre los alcances de la transmisión fiduciaria al fiduciario, al consignar que el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos para los fines predeterminados en el fideicomiso, quien adquirirá, en consecuencia, un derecho real de dominio¹² sobre los bienes fideicometidos.¹³ No hace dicha norma, distinción acerca de si el dominio trasladado es perfecto o imperfecto, condiciones que no alcanzan a ser consecuencia, de la predeterminación en el contrato respectivo, de los fines del Fideicomiso; no habría porqué aplicar en consecuencia y *prima facie*, el calificativo de imperfecta a la propiedad fiduciaria. Simplemente es diferente a la civil común. Como derecho real, goza de sus características básicas: poder directo sobre o respecto a una cosa, o inmediatez, inherencia, perseguibilidad, preferencia y oponibilidad.

⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J. (s.f.), p. 740.

¹⁰ GALICIA, G. 2012, p. 202. GINES N. 2008, p.152.

¹¹ En este sentido vid. CERVANTES A. R.

¹² El Reglamento de la Sugef #13-10 para entidades fiduciarias, reconoció la propiedad fiduciaria.

¹³ Países como España e Italia se han resistido históricamente a admitir el traspaso en propiedad fiduciaria, que es visto como un negocio jurídico simulado, sin causa legítima y anulable.

El titular del patrimonio fiduciario lo es directamente el fiduciario, quien podrá ser una persona física o jurídica, que adquiere la calidad de un propietario “*per se*”; no será un representante o apoderado, al carecer el fideicomiso de personalidad jurídica propia.

La aceptación de una propiedad fiduciaria tiene vigencia en numerosas legislaciones, como en la francesa, la mexicana, la colombiana¹⁴, la guatemalteca, la paraguaya, la peruana, la argentina, y en particular la ecuatoriana, que regula extensamente esa modalidad dominical.

En conclusión, la titularidad fiduciaria constituye un derecho real reconocido, de propiedad especial, tipificada en nuestro derecho positivo, con las características básicas que ostentan ese tipo de derechos patrimoniales, pero además, presentando condiciones *sui generis* que estudiaremos y dando como resultado definitivo, a un verdadero titular dominical, identificado como el propietario fiduciario.

4. BIENES SUSCEPTIBLES DE PROPIEDAD FIDUCIARIA

Pueden ser objeto de propiedad fiduciaria, tanto bienes muebles¹⁵ como inmuebles, registrados o no, presentes o futuros, que estén dentro del comercio de los hombres. Se admite sobre ciertos bienes públicos, siempre que se mantengan bajo el control estatal o una concesión administrativa. Asimismo, podrán serlo bienes inmateriales, fungibles, consumibles, derechos reales y personales, dinero, inversiones, pólizas de vida, títulos y valores de comercio, créditos hipotecarios, cuentas por cobrar y créditos en general.

Los artículos 633 y 634 del Código de Comercio acuden a una fórmula abierta, al autorizar a dar en fideicomiso “toda clase” de bienes y derechos dentro del comercio de los hombres. Los derechos reales administrativos, si bien están sujetos a controles de la legalidad administrativa, admiten un comercio regulado y

¹⁴ Artículos 794 y 795 del Código Civil de Colombia, que califica al dominio fiduciario como una propiedad condicionada.

¹⁵ La nueva Ley de Garantías Mobiliarias de 2014, sustituyó al Fideicomiso de garantía sobre bienes muebles, con la garantía mobiliaria.

pueden ser fideicometidos siguiendo los lineamientos administrativos pertinentes. La normativa ya citada, además, autoriza el Fideicomiso de fondos públicos.

No existe impedimento legal ni jurídico para que se constituya la propiedad fiduciaria sobre una universalidad de hecho o de derecho, tales como la herencia o una hacienda mercantil ¹⁶, o sobre un conjunto de inmuebles.

Se observan ciertas prácticas locales, para abarcar no solo bienes sino también servicios, que los fiduciantes se obligan a brindar al Fideicomiso para lograr sus metas. Así, cuando se pretende realizar un desarrollo inmobiliario, uno de los fideicomitentes aporta el inmueble, pero otros aportan diversos servicios requeridos en el proyecto como *know how*, consultorías, uso de equipos, mano de obra, diseños, etcétera. Tales aportes contemplan intangibles, pero pueden ser valorados y constituyen un aporte cuantificable al Fideicomiso. No todos esos casos son conducentes a incorporar *per se* y directamente un bien tangible o intangible sobre el que se pueda ejercer propiedad fiduciaria. En estos casos, existirá una expectativa de propiedad fiduciaria sobre las mejoras y bienes emergentes, conforme se vayan manifestando a partir de tales servicios. Este tipo de asociaciones desnaturalizan al Fideicomiso, al obviar lo que debería ser una sociedad comercial o un consorcio para un fin determinado.¹⁷

5. PARTICULARIDADES DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

La propiedad especial fiduciaria se constituye sobre determinados bienes, para su uso, conservación, aprovechamiento o disfrute, a los fines estipulados en el Fideicomiso o bien como garantía del cumplimiento de obligaciones preestablecidas, generándose una titularidad real exclusiva en cabeza del fiduciario, que en el caso del Fideicomiso de garantía, va a derivar, normalmente, de un primer negocio jurídico financiero, o contrato principal. No es una creación “*ex novo*” de una propiedad originaria, sino que es la traslación del mismo dominio

¹⁶ En el caso del Fideicomiso de garantía sobre bienes muebles, el mismo queda sujeto a la nueva Ley de Garantías Mobiliarias.

¹⁷ De catalogarse tales servicios como cosas muebles, sería de aplicación la Ley de Garantías Mobiliarias, pero si al final del camino se reflejan en mejoras inmuebles, estaríamos ante bienes inmuebles por incorporación.

preexistente, que sufre un particularísimo fenómeno de compresión en el acto del traspaso fiduciario, según explicamos más adelante.

La propiedad fiduciaria se proyecta sobre un patrimonio autónomo debidamente identificado, separado e independiente del propio del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario. Es un patrimonio que queda afectado a determinados fines específicos, previstos en el Fideicomiso (artículo 634 del Código de Comercio). El concurso o quiebra del fiduciante no afectará a la propiedad fiduciaria, que no está sujeta al fuero de atracción de esos procesos y asume la condición de irrevindicable frente a la quiebra. Tampoco los acreedores del fiduciario pueden perseguir los bienes sobre los que ejerza dominio fiduciario, al ser bienes legalmente separados de su patrimonio personal. Por lo mismo son imperseguibles e inembargables por los acreedores que puedan tener las restantes partes del Fideicomiso, con la reserva de las acciones derivadas de obligaciones que contraiga el fiduciario actuando por el Fideicomiso o dentro de su giro de actividades y ejecución.¹⁸

Sin desconocer las variables que genera la diversidad posible de contenidos de la propiedad fiduciaria, se debe señalar como su característica central y prevalente, una condición de elasticidad y plasticidad sui generis, que producen su compresión y también su ulterior expansión, en sentido sustantivo y jurídico legal.

Así, con el traspaso de los bienes fideicometidos al fiduciario, el dominio pleno original se ve comprimido, transformándose en una propiedad especial sui generis, y no propiamente en una propiedad imperfecta, según la vieja terminología decimonónica del Código Civil (artículo 265) y conforme a la visión clásica sobre la unidad del dominio, superada en el Derecho moderno. Se muta a una propiedad de condiciones singulares y según el tipo de Fideicomiso y lo que pacten las partes. Dicha titularidad, como veremos, conservará no obstante, el germen de una fuerza expansiva propia, que es nota distintiva de esa particular propiedad.

¹⁸ Actuaciones abusivas o al margen de sus facultades, no deberían obligar ni comprometer al patrimonio fiduciario, en particular si la propiedad fiduciaria ha sido debidamente registrada.

Al extinguirse el Fideicomiso por cualquier causa legal o contractual de extinción, el derecho de propiedad fiduciaria sobre los bienes fideicometidos se expandirá "*ipso iure*", sin necesidad de ninguna declaratoria o acuerdo particular, recuperando automáticamente el ejercicio pleno de todas las facultades del dominio común, no requiriéndose a tal efecto, una manifestación de voluntad de los interesados. Este fenómeno particularísimo, sugiere diversas eventualidades y situaciones que se analizan adelante.

Más conocidas son las características de revocabilidad, condicionalidad y temporalidad de la propiedad fiduciaria, que permanecerá en cabeza del fiduciario por el plazo estipulado en el contrato de Fideicomiso. De aquí se explica la utilización de calificativos como propiedad condicional y como dominio revocable.¹⁹ La temporalidad es una condición propia del dominio fiduciario, que la distingue de la perpetuidad típica de la propiedad común, pero no por ello se menoscaba su naturaleza, siendo que puede ser, en todo caso, de largo plazo.²⁰

Finalmente, la propiedad fiduciaria es ajena a la característica clásica del dominio como derecho absoluto, mencionada en el artículo 264 del Código Civil, que considera al dominio como un derecho ilimitado y solo limitado por excepción.

6. LA COMPRESIÓN DEL DOMINIO FIDUCIARIO

La noción tradicional de elasticidad de los derechos reales, alude a una propiedad gravada e imperfecta, que se ve ampliada o comprimida en su contenido, según el propietario goce o no legalmente, de las facultades o atributos plenos del dominio. Así, la nuda propiedad, en cabeza del nudatario, se encuentra comprimida por el usufructo conferido al usufructuario, por el término del usufructo. Al extinguirse este último y descomprimirse el dominio, éste se recupera por sí mismo volviendo a su plenitud, dejando la propiedad de ser imperfecta, al quedar todos sus atributos en una sola mano. La raíz de tal condición, es la capacidad de auto-reconstitución del dominio, promovida por la ideología imperante en el siglo

¹⁹ BARRAGÁN A. 1979, p. 122 y ss. y artículo 659 inciso b del Código de Comercio.

²⁰ La única limitación legal en cuanto al plazo es para las personas jurídicas, pues no puede extenderse más allá de 30 años, según el artículo 661 inciso c del Código de Comercio.

XIX: las limitaciones y gravámenes al dominio fueron vistas por los codificadores, como patologías del derecho de propiedad, resabios del antiguo régimen feudal que había que erradicar, por lo que debían ser temporales y destinadas a extinguirse, en la búsqueda de la propiedad perfecta, absoluta, ilimitada y plena, ideal liberal al que la sociedad y la ley debían aspirar.

Estas clásicas nociones, aún latentes en el Derecho patrio²¹, van a encontrar matices sui generis, tratándose de la propiedad fiduciaria, como veremos de seguido y en lo relativo al fenómeno que hemos denominado como la compresión y descompresión del dominio fiduciario.

Lo primero a advertir, es que el fiduciante o fideicomitente, a diferencia del nudo propietario, no se reserva atributos del dominio; si el fideicomitente queda por un acuerdo, en posesión del bien para determinados fines, en la práctica quedará a título de poseedor precaria o posesión por mera tolerancia, condición no oponible al dominio fiduciario.²²

Al momento de suscribirse el traspaso fiduciario, la propiedad se comprime automáticamente, sin requerirse acción o indicación expresa de las partes para tal efecto jurídico. Se comprime para el fiduciario y respecto del contenido pleno del dominio, gozando del ejercicio solo de aquellos atributos o facultades que expresamente se acuerden o consignent en el contrato de Fideicomiso, o bien, se le autoricen ulteriormente. En el Derecho de obligaciones, tales restricciones equivalen a una condición suspensiva. Siempre de conformidad con las instrucciones y potestades estipuladas en el Fideicomiso y de acuerdo con sus fines, el fiduciario podrá, verbigracia, administrar los bienes, poseerlos, explotarlos, custodiarles o disponer de los fondos en custodia para los fines programados y rematar los bienes en el caso del Fideicomiso de garantía, o traspasarlos a quien corresponda, al concluir el Fideicomiso. Atributos de esa naturaleza, con las variables que se pacten, vendrían a constituir el contenido

²¹ La visión de una propiedad perfecta e imperfecta se encuentra hoy superada en el Estado social de Derecho y en la práctica, ante al reenfoque de la doctrina de las limitaciones dominicales, como regulaciones normales del dominio, de modo que la propiedad limitada o regulada, no es ya más la propiedad imperfecta decimonónica.

²² No obstante, la situación en esos casos del fiduciante podría resultar más compleja y podría potencialmente acercarse a una reserva de atributos dominicales y no solo de derechos personales.

efectivo del dominio fiduciario y, por ende, los derechos a ejercer por parte del propietario fiduciario respecto o sobre la cosa fideicometida.

Ahora bien, si en el caso de la nuda propiedad (y en los otros derechos reales limitados), el dominio se encuentra comprimido o disminuido, por el derecho del usufructuario, en el caso de la propiedad fiduciaria comprimida, no es posible ubicar a ese "otro", que pueda conservar las facultades dominicales no disfrutadas por el propietario fiduciario. Ya se observó que como regla de principio, las facultades de que no goza el fiduciario, no permanecen en cabeza del fideicomitente y menos en la del fideicomisario. La solución a este dilema, radica en reconocer que las facultades ausentes del dominio pleno, se encuentran necesariamente allí dentro del mismo dominio fiduciario pero comprimidas, es decir en suspenso en cuanto a su ejercicio para el fiduciario; no han desaparecido, no las tiene otro: se encuentran a lo interno de la propiedad fiduciaria pero en grado de latencia, reprimidas, oprimidas "*quod effectum*", e inaccesibles a la voluntad y ejercicio unilateral del fiduciario, pero también del fiduciante, porque se desprendió de ellas con el traspaso fiduciario. Tal resulta ser la razón y lógica aplicable a esta especialidad propietaria.

Que la propiedad fiduciaria se encuentra disminuida respecto de los atributos plenos del dominio, no lo es porque otro ostente las facultades dominicales, sino que se conservan comprimidas a lo interno del dominio fiduciario. Ciertamente nuestro sistema de propiedad fiduciaria, no permite la coexistencia de dos propietarios exclusivos coetáneos, aunque no existe impedimento para fideicometer atributos desmembrados del dominio, por lo que la propiedad fiduciaria podría recaer sobre un usufructo o sobre un derecho de superficie, lo que no implica reconocer dos propiedades y dos propietarios simultáneos del mismo rango.

Si las facultades dominicales en cuestión se encuentran comprimidas, lo están en cabeza del mismo fiduciario, significa que sí están allí, y lo que es más relevante, que sí las adquirió el fiduciario al traspasarse el bien y constituirse la propiedad fiduciaria, solo que en calidad de no ejercitables y de suprimidas para él. Sin duda una condición *sui generis*, que no tiene parangón en el derecho

común de propiedad, pero que no impide que la propiedad fiduciaria conserve en esencia la naturaleza real del dominio.

El fiduciario califica, por ende, como un propietario verdadero y como titular único del dominio sobre los bienes fideicometidos. Ciertamente no es un propietario pleno, pero tampoco cabría calificarlo como un propietario de segunda categoría²³; es un titular de una propiedad especial. Los atributos del dominio que puede ejercer, dependerán de lo pactado en el Fideicomiso, de la Ley y lo autorizado por las partes y desde luego atendiendo a la naturaleza y fines propios del Fideicomiso singular que interesa.

Así, las facultades típicas de enajenación, transformación, posesión y usufructo (artículo 264 del Código Civil), estarán condicionadas a lo convenido y en su defecto a la Ley, debiendo en todo caso actuar con el cuidado de un buen padre de familia (artículo 645 del Código de Comercio). Evidencia de la compresión de atributos y que están latentes en cabeza del Fiduciario, es la prohibición legal expresa de gravar el patrimonio fiduciario, salvo si es autorizado para ello o lo autoriza un juez, en los casos previstos por la Ley (artículo 652 del Código de Comercio). En ese evento, dicha autorización eliminará la compresión inicial impuesta a ese atributo del dominio y que será, en consecuencia, ejercitable a partir de ese momento por el fiduciario.

Siendo legalmente factible designar a más de un fiduciario (artículo 639 del Código de Comercio), surgirá entre ellos -salvo regulación o disposición en contrario-, una copropiedad fiduciaria, misma que debe entenderse como proindiviso, sobre el patrimonio fideicometido. No obstante, esa cotitularidad no debe estar sujeta a todas las reglas típicas de la copropiedad, como es el derecho a pedir la división o el de localización de derechos.²⁴ Si fallece el co-fiduciario persona física, es lógico y natural que el fiduciario supérstite acrezca su titularidad.

7. LA DESCOMPRESIÓN DEL DOMINIO FIDUCIARIO

²³ La vieja tesis de que el dominio es producto de la suma de facultades, fue superada en el Derecho contemporáneo.

²⁴ Vid. artículo 272 del Código Civil y Ley de Localización de Derechos Proindivisos.

Es el fenómeno jurídico por el cual se restaura la totalidad de los atributos del dominio, mutando la propiedad fiduciaria a una propiedad con ejercicio pleno de los atributos tradicionales. Tal descompresión puede tener diversas causas, pero todas ellas estarán, en principio, asociadas con la terminación o extinción del Fideicomiso que originó esa propiedad. Esta goza, por consiguiente, de una especial capacidad restauradora y fuerza expansiva, gracias a la que se recuperan “*ipso iure*”, las facultades comprimidas o bloqueadas del dominio pleno.

La descompresión y restauración de atributos ocurre simultáneamente, lo que lleva a la posibilidad de que ya extinto el Fideicomiso por operar una causal de extinción, pero conservándose aún bienes a nombre del fiduciario, éste pase en esa coyuntura a ser propietario pleno y solo limitado en apariencia por la misma inscripción registral que continuará no obstante y por un plazo, advirtiendo la existencia de una propiedad fiduciaria. Evidentemente, en ese contexto, el ex fiduciario conservará aún legitimación para disponer de los bienes en la forma en que se dispuso en el Fideicomiso, o conforme lo mande la ley o la voluntad de las partes interesadas. En otras palabras, lo que se extinguió fue solo el Fideicomiso, mientras que, ante la consecuente descompresión, el derecho de propiedad del fiduciario continuará, solo que mutándose a una propiedad plena, sin mediar una extinción, ni la creación de una nueva titularidad, sino tan solo una reconstitución del dominio. El fiduciario será entonces propietario pleno.

En cuanto la facultad de disposición y enajenación, podría estimarse en tesis de principio, que el exfiduciario no tiene libertad de ejercicio. Lo anterior podría considerarse, en el tanto siga apareciendo en el Registro Público de la Propiedad como propietario en carácter fiduciario. Empero, en este contexto de extinción del Fideicomiso, resulta especialmente importante que se hayan inscrito las reglas que rigen a la propiedad del fiduciario, para el momento de la extinción de ese Fideicomiso, en el Registro Público de la Propiedad, para que así obliguen legalmente a los terceros (artículo 268 del Código Civil). Si las limitaciones al dominio fiduciario -que recaen, por ejemplo, en el ejercicio de las facultades de disposición y enajenación del fiduciario- no han sido publicitadas formalmente, tal omisión no es conducente a producir una “adquisición a non domino” del ulterior

adquirente, ni a invalidar esa nueva transmisión, ni aún en el evento en que el exfiduciario desatienda las instrucciones dadas y traspase los bienes a un tercero de buena fe. En este contexto, el ex fiduciario no califica, conforme a lo que se viene exponiendo, como un mero propietario aparente o titular “a non domino”. A menos que se hayan registrado condiciones particulares por parte de los interesados para ese evento, con instrucciones expresas para el exfiduciario de cómo disponer del patrimonio fideicometido, su condición jurídica sustantiva pasará, inexorablemente, a ser la de un propietario pleno, con libertad de disposición de los bienes fideicometidos.²⁵

Tenemos un caso claro: cuando haya acaecido el plazo de vigencia del Fideicomiso, el que normalmente consta en el Registro Público de la Propiedad, el fiduciario, o mejor dicho exfiduciario, adquirirá jurídicamente, la condición de propietario pleno del patrimonio fiduciario.

Cuando el deudor cumple con su obligación en el Fideicomiso de garantía, o bien, cuando la incumpla, se tiene por levantada una condición suspensiva que hace que cese ipso iure la propiedad fiduciaria y que el dominio se consolide, extendiéndose, como el ave fénix, a una propiedad plena, de forma tal que el fiduciario traspasa una propiedad plena a un tercero rematario o la restituye plena al Fideicomitente, sin necesidad de indicarlo así en el acto de traspaso.²⁶

8. CICLO DE VIDA DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

Al insertar esta modalidad propietaria dentro del llamado ciclo de vida de los derechos reales, se pueden valorar varias situaciones adicionales.

8.1. NACIMIENTO Y ADQUISICIÓN

²⁵ Téngase en cuenta que en el ámbito registral, la buena fe presenta una noción estrecha, al estar basada, esencialmente, en lo consignado en las inscripciones registrales (vid.art.456 C.c.). La mala fe del tercer adquirente se daría al adquirir del fiduciario, pese a que el Registro indique que no goza de la facultad de enajenación o bien si conoce por otros medios de tal limitación (art. 457.2.b) del Código civil). Si no se publicitaron los atributos de la propiedad fiduciaria será, como regla, considerado de buena fe. La culpa grave no es objeto de especial valoración en estos casos.

²⁶ GALICIA G. 2012, p. 183.

Si examinamos el sistema tradicional de causas de nacimiento y modos de adquisición del dominio y los derechos reales, con ocasión de la propiedad fiduciaria, observamos lo siguiente:

Dentro de los denominados por la doctrina civilista, como modos de adquisición de derechos reales “en general”, la propiedad fiduciaria se puede originar como un acto inter vivos y también mortis causa (artículo 635 del Código de Comercio) por vía testamentaria y legado. Si el nacimiento es derivativo o si puede serlo a título originario, lo analizamos seguidamente. Puede finalmente constituirse a título gratuito o en forma onerosa al asignar una retribución al fiduciario.

En cuanto a otros posibles modos de adquisición de los derechos reales, conocidos como modos de adquisición “en particular”, aparte del contrato, la propiedad fiduciaria puede eventualmente constituirse ex novo, bien por usucapión (artículo 853 y siguientes del Código Civil), o bien sea por adquisición de tercero de buena fe al amparo del Registro Público (artículos 456 y 457 del Código Civil), o por adquisición a non domino en general (artículos 481 y 1065 del Código Civil y artículos 669 bis, 440 y 449 del Código de Comercio), siempre que se cumplan las previsiones o requisitos legales para que operen esas modalidades adquisitivas del dominio en particular. No encontramos impedimento para que operen tales vías específicas conducentes a una adquisición a título originario y no derivativo.

La adquisición derivativa de la propiedad por medio de contrato y a favor del fiduciario, ha abierto un debate en la doctrina, en particular para el caso del fideicomiso de garantía, discusión que no pretendemos comprender en detalle en este estudio. Conviene notar que en España se critica duramente la causa de esa transmisión y usualmente se estima como simulada.²⁷ En la doctrina argentina, se discute acerca de la legalidad de una “venta en garantía”, o venta de aseguramiento, o enajenación en garantía, cuestionándose si el traspaso en garantía es jurídicamente una causa eficiente para provocar la transferencia del dominio.²⁸

²⁷ Galicia G. 2012, p.185 y ss.

²⁸ Así, CABANELLAS G. y DE REINA G. (2008).

Conforme a lo que se ha expuesto, en nuestra legislación costarricense se reconoce el traspaso en propiedad fiduciaria para cualesquiera de los fines permitidos por la Ley (artículo 633 del Código de Comercio). No se trata en consecuencia de una venta, sino de un traspaso, enajenación o transmisión dominical fiduciaria, sin afectar el hecho de que pueda ser un traspaso para garantizar el cumplimiento de obligaciones del fiduciante con terceros y pese a que el animus o voluntad del transmitente sea otorgar una garantía. Nuestra legislación le confiere a dicho acto, en definitiva, un efecto traslativo del dominio.²⁹

8.2. TRANSMISIÓN

La propiedad fiduciaria no está destinada a su transmisión como tal, sino que lo está a ser transmitida como propiedad plena al extinguirse el Fideicomiso por cualesquiera causa legal o convencional, sea que se restituya al fiduciante o se traspase al fideicomisario designado, o a otro tercero.

La transmisión onerosa no autorizada de los bienes fideicometidos por parte del fiduciario a favor un tercero, puede ocurrir a partir de la apariencia de titularidad dominical del primero, sea con base en una inscripción registral o bien en la publicidad que produce la posesión para el caso de bienes muebles no inscritos.

Según ya se expuso, de no haberse publicitados los límites, condiciones y restricciones del dominio fiduciario, tratándose de bienes inscritos en el Registro de la Propiedad, la transmisión no autorizada que haga el fiduciario a un tercero de buena fe genera la interrogante de si es conducente a producir una adquisición *a non domino*, protegida *ex lege*, si es el caso de una adquisición *a verus dominus*, o bien, si tal adquisición resulta ilegítima e inválida.

Lo anterior dependerá, en gran medida, de si el Fideicomiso está terminado o no. La enajenación no autorizada a un tercer adquirente de buena fe, de bienes

²⁹ No se puede desconocer, que pese a que se busca otorgar una garantía, el fiduciante tiene una voluntad cierta de traspasar –no de vender–, los bienes al fiduciario, para cumplir los fines acordados, elemento que disminuye la antijuridicidad, advertida principalmente por la doctrina española.

pertenecientes al patrimonio fiduciario, sin que haya operado aún una causal de extinción del Fideicomiso, hace que ese negocio jurídico presente una patología, al carecer el fiduciario en ese evento, de legitimación jurídico legal para transmitir la propiedad plena. Sería un traspaso irregular hecho por el fiduciario a un tercero, sin causa legítima, al carecer de instrucción y de autorización del Fideicomiso. ¿Adquirirá el tercero en esas condiciones el dominio pleno? ¿Califica como un tercero a non domino protegido por las reglas que tutelan a los terceros de buena fe o será más bien un adquirente a vero domino? Hemos sostenido que el fiduciario adquiere *ab initio*, un derecho de propiedad pleno sobre el patrimonio fiduciario que se le traspasó, derecho que, pese a ser inicialmente pleno, el ejercicio de varios de sus atributos naturales se restringe *ipso iure*, por medio de la comentada figura de la compresión. Aún así, no cabe tener al fiduciario como un “non dominus”, sino como un propietario no pleno efectivamente, considerando esas limitaciones, subsistentes mientras esté vigente el Fideicomiso.

Si el patrimonio fiduciario se encuentra inscrito y la propia inscripción advierte que se trata de una propiedad fiduciaria vigente y pese a que el detalle de las limitaciones reales no se encuentren inscritas, el tercero que adquiera bienes del fiduciario, no solo no se convertirá en propietario, sino que debe ser calificado como de mala fe, no calificando, por ende, como tercer adquirente registral (artículo 456 del Código Civil). Para arribar a tal conclusión, estimamos que bastará la constancia a nivel registral, de que la propiedad es de carácter fiduciario y que el Fideicomiso está vigente, lo que resulta suficiente para descalificar ese negocio al poner en mala fe al tercero, quien en ese contexto debe saber que el fiduciario, como regla de principio, no está facultado para enajenar libremente bienes del patrimonio fideicometido.

Por el contrario, si se trata de bienes no inscritos y el fiduciario se presenta como un propietario pleno ante el tercero de buena fe y como legitimado para enajenar el dominio pleno ostentando a la vez la posesión *animus domini*, ese negocio jurídico oneroso, será válido y eficaz por imperativo de Ley. En este último caso, deben reunirse todos los presupuestos exigidos para que opera esa modalidad adquisitiva legal (artículos 481 y 1065 del Código Civil y 449 del Código

de Comercio). Hoy sabemos que las garantías sobre muebles estarán reguladas por la reciente legislación en esa materia, que permite su constitución a non domino.³⁰

En relación con otro aspecto, la sustitución fiduciaria no acarrea necesariamente una transmisión del dominio al nuevo fiduciario; siendo que no existe una voluntad real de transmitir y adquirir, sino únicamente de sustitución en el mismo cargo, por lo que no debe considerarse necesariamente como un acto traslativo de dominio, pese al cambio de titular. Es un cambio de titular *ex lege*, sin traspaso del dominio fiduciario (vid. artículos 638 y 642 del Código de Comercio), lo que equivale a una sustitución de titularidad por imperativo legal y no vía una transmisión.

¿Queda la propiedad fiduciaria vacante, acéfala y “nullius” en el ínterin, mientras acepta el nuevo Fiduciario? La solución es que no se haga efectiva la sustitución mientras no se tenga al sustituto, siendo que el cargo de fiduciario es irrenunciable (artículo 646 del Código de Comercio). Si no es posible la sustitución, se produce la extinción del Fideicomiso (artículo 659 inciso e del Código de Comercio), más no la del derecho de propiedad a cargo del fiduciario fallecido.

En el evento de la muerte del fiduciario persona física y mientras no se designe a uno nuevo, cabe cuestionar: i) ¿la titularidad del fiduciario es o no transmisible *mortis causa*?, ii) ¿procede inventariarla en la sucesión del fiduciario?, iii) ¿quién estaría legitimado para sucederle?. En el Derecho comparado se ha llegado a permitir la sucesión *mortis causa* en la titularidad fiduciaria.³¹ En nuestro Ordenamiento Jurídico costarricense no resulta factible esa posibilidad, considerando el carácter de confianza o “*intuitu personae*” de dicho nombramiento y lo dispuesto por el artículo 638 del Código de Comercio, que autoriza a las partes y en su defecto a un juez, a designar en todo caso al nuevo fiduciario. Tal solución resulta la más aceptable y acorde con la naturaleza del Fideicomiso.

³⁰ Vid. artículo 7 de la Ley de Garantías Mobiliarias.

³¹ Así en el artículo 810 del Código Civil colombiano.

Esto plantea nuevamente el dilema de un derecho de propiedad acéfalo mientras se determina a quién le corresponde legalmente ese derecho. Se abre aquí la posibilidad de que el inter tanto, sea el albacea de la sucesión, como administrador temporal de los bienes a cargo del causante al morir, pero quien no deberá inventariarlos en la mortual, aunque sí custodiarlos en depósito, como patrimonio ajeno y mientras lo entrega a quien legalmente corresponda. Esa sería una fórmula de solución razonable en consideración a la necesidad de conservación de los bienes que estaban en poder del fiduciario fallecido. Si no se dispuso nada en el Fideicomiso sobre el destino de los bienes al morir el fiduciario, los bienes serán devueltos al fideicomitente o a su sucesión (artículo 660 del Código de Comercio), pero no indica quién hará dicha devolución muerto el fiduciario. Le corresponderá a la mortual del fiduciario en ese evento, en cabeza del albacea de su sucesión -y como representante legal y administrador general de la herencia-, la restitución de los bienes en poder del causante al fallecer.

8.3. DEFENSA

Pese a no ser propietario pleno, el fiduciario goza de legitimación procesal activa con relación a acciones judiciales reales y personales que atañan a las cosas bajo su dominio, ostentando por Ley el “ius perseguendi” y “vindicandi”, típicos de los derechos reales (artículo 644 inciso e del Código de Comercio). Tales atributos no le corresponden al fideicomitente, pese a tener un interés legítimo a la conservación y defensa del patrimonio fideicometido.

De igual manera, tendrá legitimación pasiva para atender reclamos contra el patrimonio fiduciario, no siendo necesario demandar a las demás partes del Fideicomiso, no siendo el caso de una litis consorcio pasiva necesaria, salvo por alguna circunstancia especial, verbigracia si se reclamara la nulidad del Fideicomiso.³²

8.4. EXTINCIÓN DEL DOMINIO FIDUCIARIO

³² La condición del fiduciante y del fideicomisario sería de parte interesada.

La propiedad fiduciaria está sujeta a las mismas causales de extinción de la propiedad ordinaria, como son la expropiación, la salida del comercio, la destrucción de la cosa, la destrucción del acto creador y la adquisición originaria de un tercero. Como se señaló supra, no procede la renuncia al dominio fiduciario, al no tener el fiduciario esa facultad dentro de sus atributos legales y siendo que tiene la obligación de actuar como un buen padre de familia (cfr. artículo 645 del Código de Comercio).

La terminación del Fideicomiso, sea porque cumplió su cometido, por revocación, porque venció su plazo o sobrevino alguna otra causal legal para su conclusión, o murió el fiduciario sin poder ser sustituido (artículo 659 del Código de Comercio), no implica *per se* necesariamente la extinción del dominio fiduciario, sino antes bien su mutación a un dominio pleno.

En sentido general se puede acoger la idea de una extinción, en esos eventos, de la propiedad fiduciaria; empero, en un sentido técnico jurídico y restringido, lo que se produce en verdad es la reconstitución o quizá mejor sería decir, una revitalización de los atributos (comprimidos) del dominio pleno, basada en la misma titularidad real preexistente. Sea que el derecho de propiedad fiduciaria concluye en esos eventos, pero solo en su condición de fiducia, pues continúa como derecho de propiedad plena. No surge una nueva titularidad, sino que es la misma anterior, pero ahora con todos los atributos típicos del dominio pleno disponibles para su ejercicio.

En el evento de la muerte del fiduciario, se dan dos situaciones posibles: 1) que se pueda reemplazar por otro, o bien, 2) que no se pueda sustituir por alguna imposibilidad. En el primer caso, salvo lo dicho supra sobre una titularidad acéfala temporal, la propiedad fiduciaria continuaría junto con el Fideicomiso, pero sin mediar traspaso al nuevo fiduciario por haber fallecido el anterior titular. Cabe aquí acudir a una suerte de sustitución en la titularidad fiduciaria por mandato legal, dado que no es posible una transmisión. En el segundo supuesto, se extinguiría el Fideicomiso según se indicó supra, lo que generaría *ipso iure* la conversión de la propiedad fiduciaria en propiedad plena sobre los bienes. De conformidad con el

artículo 660 del Código de Comercio, en ese evento se trasladará el dominio fiduciario conforme a lo previsto en el Fideicomiso y a falta de previsiones, al fideicomitente o a su sucesión, de haber éste fallecido. En estos casos, la adquisición del derecho de dominio es por mandato legal, al faltar el fiduciario para hacer una transmisión, de modo que estaríamos frente a una especie de adjudicación por imperativo legal y no de una transmisión.

9. LA PROPIEDAD FIDUCIARIA Y EL REGISTRO PÚBLICO

El artículo 636 del Código de Comercio obliga a la inscripción registral del Fideicomiso, cuando verse sobre bienes sujetos a inscripción, tal como es el caso de los inmuebles y los vehículos automotores inscritos.³³ El bien debe quedar inscrito a nombre del fiduciario como titular real³⁴ y su derecho debe registrarse como propiedad fiduciaria. No precisa esa norma sobre el posible contenido de la información que debe aparecer en la inscripción registral, aparte de lo indicado y ni siquiera el tipo de propiedad fiduciaria constituida, quedando en ese evento desinformados los terceros, sobre aspectos de trascendencia y elementos reales con potencial efecto frente a la colectividad, como los relativos a los poderes del fiduciario, al alcance de su propiedad fiduciaria y los límites que recaen sobre ella. El Registro Público de la Propiedad, no exige actualmente presentar para su inscripción el contrato de Fideicomiso, mismo que queda relegado al ámbito privado de las partes que lo suscribieron; únicamente conoce y registra el traspaso fiduciario y las partes que suscriben el Fideicomiso y algunos detalles menores.

Estimamos que la normativa vigente, tanto mercantil como civil, va más allá de esta práctica registral y permite considerar que el Fideicomiso como tal y al menos en los elementos reales, es inscribible y no solo el traspaso al fiduciario. Según se puede desprender, en particular del artículo 636 citado, debe existir una sección en el Registro Público de la Propiedad para el registro del contrato de Fideicomiso en lo que atañe a la propiedad fiduciaria y su contenido, registración

³³ En su artículo 662, el Código de Comercio refiere de nuevo al Registro Público de los bienes fideicometidos, a los efectos del pago de derechos e impuestos.

³⁴ En igual sentido cfr. artículo 662 del Código de Comercio.

que debe abarcar principalmente los elementos reales. Resulta conveniente registrar al menos el tipo de fideicomiso, su plazo y un resumen del contenido conferido a la propiedad fiduciaria, es decir, las facultades reales a ejercer por el fiduciario respecto al patrimonio fiduciario y, además, el destino de la propiedad fiduciaria a la conclusión del Fideicomiso. De esa forma, se dará una debida publicidad registral al derecho de propiedad fiduciaria, que sustente de mejor manera su eficacia erga omnes.

La lacónica referencia en el Registro Público de Propiedad de que existe una determinada propiedad fiduciaria sobre un bien registrado, no resulta suficiente publicidad para terceros, que quieran o deban conocer los alcances y limitaciones de determinado dominio fiduciario. En ese sentido se ha perdido publicidad, generándose incertidumbre, quedando así la colectividad desinformado sobre los alcances del dominio fiduciario, a contrapelo del mandato contenido en el artículo 268 del Código civil, situación conducente a incidencias negativas en el desarrollo de negocios y otras actividades, incluidos procesos legales y judiciales.

La propiedad fiduciaria gozará de oponibilidad y eficacia *erga omnes* en los mismos términos y bajo las mismas condiciones de la propiedad común: esto es, que si los bienes son inscribibles, se requiere la publicidad registral conforme a los principios del Derecho Registral Civil inmobiliario y mobiliario. En el caso de bienes que no gocen de registración, la publicidad, como es sabido, emana de la posesión, que en este caso será ostentada por el fiduciario, *animus domini*. De acuerdo con el artículo 3 de la nueva Ley de Garantías Mobiliarias 9246, los fideicomisos mobiliarios de garantía, quedan sujetos al sistema de garantías mobiliarias creado en esa normativa, mismo que exige su inscripción en un folio electrónico personal, para su eficacia frente a terceros (artículo 42 de la Ley de Garantías Mobiliarias). Esta novedosa legislación viene a mejorar la publicidad y efectividad “*erga omnes*” de las garantías mobiliarios y permite supera a la posesión como mecanismo oscuro y deficiente de publicidad de titularidades.

En el supuesto de la propiedad fiduciaria inmobiliaria sujeta al Derecho Civil Registral, le son aplicables las disposiciones de los artículos 455, 456 y 457 del

Código Civil, relativas a la colisión de derechos reales y personales, así como los principios y la jurisprudencia civil y penal vigente sobre el fraude inmobiliario.³⁵

Finalmente, aquellas modificaciones relevantes ulteriores que sufra la titularidad fiduciaria, incluyendo la sustitución fiduciaria, deberán ser objeto de registración para su eficacia erga omnes.

10. EL FIDEICOMITENTE

La condición en que se encuentra el fideicomitente luego del traspaso de bienes al fiduciario, presenta condiciones sui generis, pero que no obstante no serán objeto de particular estudio en la presente propuesta.

Si está autorizado, el fideicomitente podrá en la práctica poseer, usar, administrar, vigilar y aun negociar con terceros los bienes fideicometidos, y pedir cuentas al fiduciario; como si fuera un propietario o titular superior. Así ocurre frecuentemente en los fideicomisos de garantía relativos a desarrollos inmobiliarios: es usual que el fideicomitente quede autorizado para mantenerse al frente del negocio en desarrollo, en la promoción, la construcción y mercadeo de las unidades inmobiliarias, que él mismo pone a vender. Por su parte, el fiduciario se mantiene en principio al margen de esas actividades de promoción, toda vez que lo usual es que no sean parte de sus deberes. Sin embargo, el que otorga la escritura pública definitiva de compraventa será el fiduciario y debería igualmente ser quien suscriba las llamadas pre-ventas y precontratos de venta y no así el fiduciante, salvo que se le haya sido conferido un poder suficiente para ello. Tales potestades del fideicomitente, están cercanas a la figura del usufructo, no obstante, no se han reconocido como contenido de un posible derecho real, sino únicamente y a lo sumo, como un conjunto de derechos personales permitidos o autorizados al fiduciante en el Fideicomiso, acompañados de una posesión por mera tolerancia, consideraciones que no necesariamente van a concordar con la

³⁵ De particular interés es la jurisprudencia emitida en esta materia por la Sala Tercera Penal de la Corte Suprema de Justicia, opuesta a la protección al tercer adquirente de buena fe, cuando medie delito penal, tesis que desdice los avatares históricos de esa modalidad adquisitiva y estaría hoy también en contra de la Ley de Garantías Mobiliarias, que contempla la protección a esos terceros.

posición material real y actividad que asume efectivamente el fiduciante en la práctica.

La idea de una doble titularidad real, o de dos propietarios simultáneos sobre los bienes fideicometidos, no ha tenido eco –según se expuso–, en nuestro Ordenamiento Jurídico.³⁶ El Código de Comercio es suficientemente claro a ese respecto (artículo 633), no dando margen para que se pueda calificar el fideicomitente como un titular real o propietario potencial o en una condición similar. El fiduciante conservará frente al fiduciario, un derecho de crédito al rescate o retorno, en su caso, de la propiedad traspasada, derecho meramente contractual, que no le permite acceder a una acción real restitutoria o persecutoria de los bienes fideicometidos.

11. PROPIEDAD FIDUCIARIA Y GARANTÍAS MOBILIARIAS

La Ley de Garantías Mobiliarias, recientemente promulgada y cuya vigencia se da a partir de mayo de 2015, abarca al Fideicomiso de garantía sobre bienes muebles, que pasa a calificarse como una garantía mobiliaria más y, en consecuencia, queda sometido a las regulaciones de dicha legislación³⁷. Esto plantea varias interrogantes sobre el futuro de tales fideicomisos. Lo primero que cabe preguntarse es si dicho fideicomiso puede subsistir bajo la nueva legislación. El artículo 3.1 de la Ley de Garantías Mobiliarias es una norma de naturaleza imperativa, que dispone la conversión forzosa del Fideicomiso de garantía de muebles, a garantía mobiliaria, afectando incluso a los preexistentes a la entrada en vigencia de dicha legislación, los que deberán pasarse al nuevo sistema dentro de los plazos contemplados en la misma Ley³⁸, para poder así conservar su prelación. Con el nuevo sistema se hace innecesario el Fideicomiso en garantía, al dotarse al acreedor de un sistema sustituto que le garantiza una publicidad

³⁶ El principio del “*numeros apertus*” de derechos reales vigente en nuestro sistema legal sería parte de esta temática, presentando no obstante, más inconvenientes que ventajas, otorgarle al fiduciante un derecho real en esos casos, si se consideran los fines del Fideicomiso.

³⁷ Cfr. artículo 3.1 de la Ley de Garantías Mobiliarias.

³⁸ Ver Capítulo sobre Aplicación de la Ley en el Tiempo, artículos 77 a 79 de la Ley de Garantías Mobiliarias.

efectiva; un sistema de ejecución legalmente reglado y con sustanciales facilidades, como es la ejecución privada extrajudicial, la acción de reposición unilateral³⁹ y la recepción del bien en dación en pago⁴⁰ y no solo el pago solvendi mediante subasta de la garantía, entre otros nuevos derechos.

Advertido lo anterior, volvemos al tema inicial y especialmente a analizar, cuál es el destino de aquellos fideicomisos mobiliarios en garantía, pre-existentes a la Ley de Garantía Mobiliarias y que deben someterse a ella para que la garantía conserve eficacia erga omnes. No será factible, bajo esas circunstancias, la subsistencia de la propiedad fiduciaria, ante el surgimiento de la garantía mobiliaria y, por ende, tampoco del Fideicomiso como tal, subsistiendo únicamente el contrato de préstamo o financiero original. Al imponer la ley esa transformación, no será viable la ejecución fiduciaria pactada originalmente, pues dicha acción debe realizarse a partir de mayo del 2015, conforme a lo dispuesto por la nueva Ley. El Fideicomiso y la propiedad fiduciaria sufrirán “*ex lege*” una mutación legal a garantía mobiliaria, transformación que podrá hacer efectiva y directamente el acreedor ante el futuro Sistema (registral) de Garantías Mobiliarias. La propiedad fiduciaria producto del Fideicomiso, se extinguirá a consecuencia de esa modificación legal, no siendo jurídicamente factible su subsistencia ante las regulaciones de la nueva normativa.

Esto lleva a otra cuestión: ¿deberá el ex fiduciario restituir la propiedad y la posesión de los bienes al ex fiduciante, o podrá conservarlos ahora como depositario poseedor, en condición similar a la prenda con desplazamiento posesorio?. La solución la presenta el artículo 7 de la Ley de Garantía Mobiliarias, al disponer que si el bien en garantía carece de un Registro especial, la garantía mobiliaria se constituye mediante la transferencia de la posesión al acreedor garantizado. De contar con un Registro especial, no será necesaria la transferencia posesoria al acreedor (artículo 8 *iusidem*), sin perjuicio de que la garantía como tal se incorpore al Sistema (registral) de Garantías Mobiliarias.

³⁹ Ver artículo 58 de la Ley de Garantías Mobiliarias.

⁴⁰ Cfr. artículo 2.1 de la Ley de Garantías Mobiliarias.

En el evento en que no se realice la transferencia al nuevo sistema de la Ley de Garantías Mobiliarias dentro del plazo estipulado por el artículo 78 de dicho cuerpo legal,⁴¹ perderá el acreedor la eficacia y la prelación original de su garantía, la que podrá recuperar a partir del momento en que se cambie al nuevo sistema, pero si está fuera del plazo legal, lo hará sin perjuicio de otras garantías que se puedan haber registrado en el ínterin.

12. CONCLUSIONES

La titularidad fiduciaria constituye un derecho real con características de propiedad especial, pues presenta condiciones *sui generis* que dan como resultado definitivo el reconocimiento de un verdadero titular dominical, denominado propietario fiduciario. Este reconocimiento se ve permeado por dos características: la compresión y la descompresión que tiene la propiedad fiduciaria.

En este sentido, las facultades “suprimidas” las ostenta -sin poder legal de ejercicio- el fiduciario en grado de latencia, sin poder descompresionarlas, en todo o en parte, a su sola voluntad, salvo cuando lo permita el Fideicomiso⁴², lo faculte expresamente la Ley o lo autoricen las demás partes interesadas, de modo tal que el traspaso fiduciario del fiduciante a favor del fiduciario, no fue solo el de algunas de sus facultades, o solo del dominio útil o de parte de su contenido, ni tampoco el de una propiedad limitada, sino antes bien y como regla, el de una propiedad plena, con todos sus atributos legales completos (*ius utendi, abutendi y fruendi*).

Aclarado que fue ya, que los atributos comprimidos permanecen siempre en la órbita de la titularidad fiduciaria, la adquisición ulterior de los bienes por parte del fideicomisario o por un tercero facultado, o su devolución al fideicomitente, no resulta ser “*a non domino*”, ni tampoco equivalente a la adquisición del tercero registral de buena fe, como algunos han considerado. Son adquisiciones “*a*

⁴¹ La prelación y eficacia se conservarán si la transformación se verifica dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de la Ley de Garantías Mobiliarias.

⁴² Podrían avalarse ciertas acciones directas pero inocuas del fiduciario, respecto de la cosa, *verbigracia*, constituir una servidumbre activa a favor del fundo en fideicomiso.

domino” y a título derivativo y no originario, pese a que el fiduciario transmitente no ejercía la totalidad de los atributos que transmite al adquirente, quien se convierte en el acto en propietario pleno.

13. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

ALBALADEJO M. (1990). Comentarios al Código Civil. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado.

BARRAGÁN A. (1979). Derechos Reales. Bogotá. Editorial Temis.

CABANELLAS G. y DE REINA G. (2008). El Fideicomiso de Garantía. Buenos Aires. Editorial Heliasta.

CASTÁN TOBEÑAS J. (s.f.). Derecho Civil. Madrid, tomos I y 2.

CERVANTES A. R. (s.f.). Títulos y operaciones de crédito. México D.F. Editorial Herrero.

GALICIA G. (2012). Causa y garantía fiduciaria. Valencia. Editorial Tirant.

GINES N. (2008). La enajenación en garantía. Buenos Aires. Editorial Heliasta.

PUGLIATTI S. (1954). La proprietà e le proprietà. En: La proprietà nel nuovo diritto. Milano.

QUESADA C. y VARGAS Y. (2014). Los fideicomisos de garantía y los procesos concursales preventivos en Costa Rica. En: Derecho Societario y Concursal Panamericano. San José, Editorial Fidas.