

UNIVERSIDAD DE CUENCA



Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales Carrera de Derecho

“EL FIDEICOMISO MERCANTIL Y SU TRASCENDENCIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA: ALCANCE DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS”

Monografía previa a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales.

Autor:

Sergio Giovanny Caldas Luna

Director:

Dr. Edgar Geovanni Sacasari Aucapiña

Cuenca- Ecuador

2016



RESUMEN

El Fideicomiso Mercantil es una figura jurídica que se constituye a través de un contrato celebrado mediante escritura pública, tanto el fideicomitente como el fiduciario se comprometen recíprocamente, el primero a entregar de manera temporal e irrevocable la propiedad de bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan a un patrimonio autónomo y el segundo a realizar las gestiones necesarias para cumplir con la finalidad establecida en el contrato, bien a favor de un tercero llamado beneficiario o bien a favor del mismo constituyente.

Lo esencial en la constitución del Fideicomiso Mercantil es que los bienes aportados forman lo que se conoce como Patrimonio Autónomo (conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad); mismo que cuenta con características especiales dentro de las cuales resalta la inembargabilidad, lo cual genera seguridad en cuanto a los bienes que lo conforman.

Existen varias clases de fideicomisos que se los podrán constituir de acuerdo a las necesidades y requerimientos que tenga la persona que lo va a crear. Queda claro que es un negocio jurídico basado en la confianza, que se ve reflejada en transferir los bienes al patrimonio autónomo que será administrado por la fiduciaria, misma que es experta en los negocios y operaciones que se vaya a emprender.

Palabras Claves: Fideicomiso Mercantil, patrimonio autónomo, fideicomitente, fiduciario, beneficiario, reformas, Código Orgánico Monetario y Financiero, Ley de Mercado de Valores.



ABSTRACT

This research regarding Commercial Trust helped me acknowledge the importance of this legal concept and the different application fields therein. I analyzed everything about its constitution, rights and obligations of the parties involved and how we can generate legal certainty on our assets to form an autonomous equity, with special traits and managed by the Trust Company, the same company that has extensive knowledge and is an expert in the business to be launched.

Keywords: autonomous equity, commercial trust, estate, obligations, business, reforms.



Contenido

RESUMEN.....	2
ABSTRACT	3
DEDICATORIA	8
AGRADECIMIENTOS.....	9
INTRODUCCIÓN.....	11
Capítulo I	13
El Fideicomiso Mercantil: Nociones Generales.	13
1.1. Definiciones del Fideicomiso Mercantil	13
1.2. Fideicomiso Mercantil. Naturaleza	16
1.3. Características del Fideicomiso Mercantil.....	17
1.4. Diferencia entre Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario	19
Capítulo II	21
Elementos del Fideicomiso Mercantil.....	21
2.1. Elementos subjetivos.....	21
2.1.1. Fideicomitente o constituyente: Generalidades	21
2.1.2. Fiduciario: Generalidades	24
2.1.3. Fideicomisario o beneficiario: Generalidades	31
2.2. Elemento formal.	36
2.2.1 Patrimonio autónomo Generalidades	36
Capítulo III	41
Clases de Fideicomiso.....	41
3.1. Fideicomiso de Inversión.....	41
3.2. Fideicomiso de Garantía	43
3.3. Fideicomiso de Administración y Pago.	44
3.4. Fideicomiso Inmobiliario.	45
Capítulo IV.....	47
Del Contrato de Fideicomiso Mercantil	47
4.1. Naturaleza y Vigencia del Contrato	47
4.2. Requisitos del Contrato de Fideicomiso Mercantil	47
4.3. Objeto del Fideicomiso Mercantil.....	50
4.4. Extinción del Fideicomiso Mercantil.....	51
4.4.1 Causas de Terminación del Negocio Fiduciario	51
4.4.2. Efectos de la terminación del Negocio Fiduciario.....	52
4.5. Tipos de responsabilidades en el Fideicomiso Mercantil.	53
4.5.1 Responsabilidad Civil.....	53



4.5.2 Responsabilidad Penal.	54
4.5.3 Responsabilidad Administrativa.	55
Capítulo V.....	62
Alcance de las últimas reformas	62
5.1. Análisis y comentario acerca de las principales reformas al Fideicomiso Mercantil, de acuerdo a la legislación ecuatoriana.	62
CONCLUSIONES	71
RECOMENDACIONES.....	73
BIBLIOGRAFÍA.....	74



Universidad de Cuenca
Cláusulas de Derecho de Autor

Sergio Giovanni Caldas Luna, autor de la monografía **“El Fideicomiso Mercantil y su trascendencia en la Legislación Ecuatoriana: Alcance de las últimas reformas”**, reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art 5 literal c) de su reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención del Título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciera de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autor.

Cuenca, 17 de mayo de 2016

Sergio Giovanni Caldas Luna

C.I. 0104625744



Universidad de Cuenca
Cláusula de Propiedad Intelectual

Sergio Giovanni Caldas Luna, autor de la monografía "**El Fideicomiso Mercantil y su trascendencia en la Legislación Ecuatoriana: Alcance de las últimas reformas**", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad del autor.

Cuenca, 17 de mayo de 2016

Sergio Giovanni Caldas Luna

C.I. 0104625744



DEDICATORIA

A Martha Lucía, mi madre, quien con amor y paciencia ha sido mi fortaleza y apoyo en cada momento de mi vida.



AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por permitirme cumplir con mis metas, con el regalo más grande que es la vida.

A Rocío, Leonor, Mónica, Mario, Rebeca y Michelle quienes con sus consejos y apoyo supieron alentarme y estar conmigo hasta llegar a la meta.

A la Universidad de Cuenca, en especial a la Facultad de Jurisprudencia por sus innumerables enseñanzas que me serán de mucha utilidad en mi vida profesional.

Un agradecimiento especial al Doctor Giovanni Sacasari Aucapiña, quien a través de su predisposición, conocimientos y paciencia supo instruirme tanto en el ámbito académico como humano, contribuyendo de esta manera a culminar la presente monografía.



ÍNDICE DE ABREVIATURAS

COMYF: Código Orgánico Monetario y Financiero.

LOFOSSB: Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil.

COIP: Código Orgánico Integral Penal.



INTRODUCCIÓN

En el desarrollo de la presente monografía analizaré la figura conocida como Fideicomiso Mercantil, estudio que lo realizaré desde la óptica y reformas a la Ley de Mercado de Valores contenidas en la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil “LOFOSSB”, y que a su vez fueron incorporadas al Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero “COMYF”, esto por mandato de la disposición general décima octava, publicado en Registro Oficial, suplemento 332 del 12 de septiembre de 2014.

Como antecedentes al actual cuerpo normativo que regula el Fideicomiso Mercantil, es necesario señalar que la primera Ley de Mercado de Valores del Ecuador se publicó en el suplemento del Registro Oficial N. 199 del 28 de mayo de 1993, misma que fue derogada con la expedición de una nueva Ley de Mercado de Valores publicada en el Registro Oficial N. 367, del 23 de julio de 1998. Posteriormente en el suplemento del Registro Oficial N. 215 del 22 de febrero de 2006 se publicó la codificación de la Ley de Mercado de Valores, siendo ésta la que sufre importantes reformas en mayo del 2014 por la LOFOSSB y en septiembre por el COMYF.

Luego de esta explicación debo indicar que en el primer capítulo trataré las nociones generales sobre el Fideicomiso Mercantil, su naturaleza, características principales, todo ello con el fin de comprender las bases del contrato en cuestión, lo que permitirá el correcto desarrollo de la monografía.

En el segundo capítulo analizaré lo concerniente a los elementos que constituyen el Fideicomiso Mercantil, tanto lo que tiene que ver a los sujetos que intervienen en el mismo, como al elemento formal (objeto del contrato). El estudio de este capítulo estará enfocado en plantear los derechos y obligaciones de las partes intervinientes.

El tercer capítulo nos permitirá tener un panorama claro sobre las diferentes clases de fideicomisos que se puede constituir, analizar cuáles son sus



ventajas y campos de aplicación en los negocios que se presentan en la vida práctica.

En el cuarto capítulo señalaré todo lo referente al contrato de Fideicomiso Mercantil, desde su constitución hasta los efectos que se producen cuando termina; concluiré el capítulo indicando los diferentes tipos de responsabilidades que se pueden producir, tanto administrativas, como civiles y penales.

Finalizaré la monografía explicando las reformas que se producen en la Ley de Mercado de Valores, a partir de mayo de 2014 y posteriormente en septiembre de 2014, detallando artículos que son incorporados, otros que fueron derogados y las respectivas modificaciones que se producen en algunos incisos contenidos en la misma.



Capítulo I

El Fideicomiso Mercantil: Nociones Generales.

1.1. Definiciones del Fideicomiso Mercantil

La palabra *fideicomiso* etimológicamente deriva de “Fiducia y Commissum que significa confianza y encargo, entonces nos encontramos ante un encargo de confianza”.¹

De la misma manera el autor Víctor Cevallos Vásquez en su obra “Contratos Civiles y Mercantiles” expone que fideicomiso “proviene del latín fides que significa fe y de la palabra comisuss que se traduce como comisión o encargo”.²

A mi criterio y partiendo de la etimología de la palabra manifestaré que Fideicomiso es el encargo que realiza una persona a otra, basada en la confianza que existe entre ellas.

La figura jurídica del Fideicomiso Mercantil tiene sus bases desarrolladas en el Derecho Romano y en el Derecho Anglosajón.

En el derecho romano tenemos dos figuras; el Fideicommissum y el Pactum Fiduciaie.

- **EL FIDEICOMMISSUM**

Era un encargo basado en la honradez y buena fe del que actuaba de fiduciario; se lo realizaba a través de un testamento por el que se encargaba la ejecución de un encargo a favor de alguna persona que se deseaba beneficiar por parte del testador. El testador transfería a otra persona determinados bienes con el objeto de que éste, figurando propietario, los utilizara en beneficio

¹Larrea Holguín, Juan. *Manual elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Volumen 2. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 2002. p 546.

²Cevallos, Víctor. *Contratos Civiles y Mercantiles*. Tomo III. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito. 2010. p 745.



de otra persona o los transfiera a estas personas en caso de que se verifiquen ciertas condiciones.³

- **EI PACTUM FIDUCIAE**

Consistía en el acuerdo entre vivos con la obligación para el adquirente de retransmitir los bienes en determinadas circunstancias. En este sentido se constituyen 2 modalidades principales:

- a) **FIDUCIA CUM CREDITORE**

- b) **FIDUCIAE CUM AMICO**

La primera era un negocio de garantía, consistía en que el deudor transfiera la propiedad de un bien con cargo de que le fuera retransmitido una vez satisfecha la obligación; esto implicaba que el acreedor figuraba como propietario pleno, sin que el deudor gozara de acción alguna en caso de incumplimiento; en tanto que *la segunda* se celebraba en interés del constituyente, buscaba transferir los bienes para que el fiduciario pudiese disponer de los mismos y ejercitar las facultades inherentes al dueño, administrarlos, celebrar contratos en torno a ellos, defenderlos.⁴

En Inglaterra la fiducia romana aparece con el USE, que se basaba en que una persona propietaria de tierras transfiera a otra el dominio de ellas, con el entendimiento entre las partes de que aun cuando el cesionario fuera el legítimo dueño del inmueble, una tercera persona tendría derecho a disfrutar de todos los beneficios derivados de la tierra. El cesionario tenía un encargo que se basaba en la buena fe, cuyas normas aplicables eran las normas morales que consistían en poseer el inmueble para beneficio exclusivo de otra persona. El USE fue el antecedente del TRUST, que es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes por la cual la persona que los posee (trustee) está obligada a manejarlos en beneficio de un tercero.

³Larrea Holguín, Juan. Op. cit. p 546.

⁴“Revista Jurídica, Universidad Católica Santiago de Guayaquil”. Internet: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=800&Itemid=32. Acceso: 5 de enero de 2016.



Siguiendo las definiciones de varios autores acerca del Fideicomiso Mercantil, Mario Bauche expresa que esta figura “surge como un encargo dado a una persona para que transmita parte o la totalidad de los bienes que integra la sucesión de quien hace el encargo, a favor de un tercero (fideicomisarius), cuyo cumplimiento depende únicamente de la buena voluntad de la persona que recibe la sucesión gravada por el fideicomiso (fidusarius)”.⁵

El autor Sergio Rodríguez Azuero, define al Fideicomiso Mercantil como “el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero”.⁶

Por su parte Carregal lo define como: “El contrato por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a título de confianza para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino contenido”.⁷

La institución del Fideicomiso Mercantil es una especie dentro de los negocios jurídicos de género, en este aspecto es necesario señalar que por mandato de la disposición general décima octava del COMYF, “La Ley de Mercado de Valores”, donde se encuentra normado el Fideicomiso Mercantil, es agregada como Libro II de dicho cuerpo legal, publicada en Registro Oficial, suplemento 332 del 12 de Septiembre del 2014.

Dicho cuerpo legal establece en su artículo 109 que en virtud del contrato de Fideicomiso Mercantil: *“Una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles e inmuebles, corporales e incorporales, que existen o se espera que existan; a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos que es su fiduciaria, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de*

⁵BaucheGarcíadiego, Mario. *Operaciones Bancarias*. Editorial Porrúa. México. 1981. p 359

⁶Rodríguez Azuero, Sergio. *Contratos Bancarios, su significación en Latinoamérica*. Editorial Legis. p 627.

⁷Carregal, Mario. *El fideicomiso. Regulación Jurídica y posibilidades prácticas*. Universidad. Buenos Aires. 1982. p 48.



constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario”.

Por tanto, de acuerdo al artículo citado el Fideicomiso Mercantil viene a ser un contrato por el cual una primera persona llamada constituyente, transfiere de manera temporal e irrevocable la propiedad de sus bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporeales, que existan o se espera que existan, a un patrimonio autónomo con personería jurídica propia; para que a su vez sea una segunda persona llamada fiduciaria, quien a través de una administración especializada cumpla una determinada finalidad de acuerdo a lo establecido en el contrato, bien a beneficio del propio constituyente o de terceras personas.

1.2. Fideicomiso Mercantil. Naturaleza

En lo referente a la naturaleza se puede afirmar que la misma tiene que ver con la confianza; la finalidad se ve relacionada en forma directa con el cumplimiento de los compromisos adquiridos entre el constituyente con el fiduciario a favor de un beneficiario, que como se ha indicado puede ser una tercera persona o el mismo constituyente. La ejecución de este encargo es realizado por medio de un profesional que ha sido preestablecido por medio de cláusulas estipuladas en el contrato de fiducia.

Es importante señalar que el Fideicomiso Mercantil **debe entenderse como un contrato de medios mas no de resultados**, es decir la fiduciaria debe cumplir estrictamente y a cabalidad con las instrucciones establecidas por el constituyente en el contrato, independientemente de si se logre o no el resultado deseado.

En la Ley de Mercado de Valores podemos apreciar este particular en el Art. 109, que dentro de la definición de Fideicomiso Mercantil hace mención al cumplimiento de las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.



De igual manera nos podemos remitir al Art. 112 del referido cuerpo legal, en el que se hace referencia al cumplimiento de la finalidad específica dentro de los negocios fiduciarios.

1.3. Características del Fideicomiso Mercantil

1. **Bilateral:** Nuestra legislación lo regula como un acto jurídico bilateral ya que se perfecciona con el acuerdo de dos voluntades, la del fideicomitente y la del fiduciario. Muchas veces en la práctica este contrato se desarrolla de una manera tripartita, ya que además de los derechos y obligaciones que tienen el constituyente y el fideicomisario, también suele establecerse derechos y obligaciones para el beneficiario. Sin embargo respecto de este último particular el autor Víctor Cevallos Vásquez señala que: “El fideicomisario no es parte en el contrato, puede incluso no existir al momento de la celebración del negocio fiduciario y adicionalmente es posible que en ocasiones sea el mismo constituyente”.⁸
2. **Principal:** Este contrato depende de sí mismo, tiene la virtud de producir todos los efectos jurídicos propios de un contrato sin supeditarse en relación de necesidad o convenio alguno. El Fideicomiso Mercantil tiene esta característica puesto que no necesita de ningún otro contrato para surtir efectos plenos ni tampoco para su subsistencia.
3. **Solemne:** El Art. 110 de la Ley de Mercado de Valores señala: “El contrato de Fideicomiso Mercantil deberá otorgarse mediante escritura pública.

La transferencia de la propiedad a título de fideicomiso se efectuará conforme las disposiciones generales previstas en las leyes, atendiendo la naturaleza de los bienes”.

⁸Cevallos, Víctor. Op. cit. p 774.



Por lo tanto, para que el Fideicomiso Mercantil pueda surtir efectos legales y servir de plena prueba, debe cumplir ciertos requisitos de carácter formal y legal. El artículo mentado señala la forma en la que debe otorgarse el contrato y también como debe darse la transferencia de los bienes que formarán parte del patrimonio autónomo, esto genera solemnidades en su constitución que deben ser respetadas para su plena validez.

4. **Temporal:** Característica que se produce debido a que la transferencia de los bienes al patrimonio autónomo del Fideicomiso Mercantil es de carácter provisional, ya que según el Art. 110 de la Ley de Mercado de Valores el contrato de fideicomiso no puede durar más de ochenta años, salvo ciertas excepciones como por ejemplo cuando se trata de fideicomisos culturales.
5. **Conmutativo:** Debido a que las prestaciones que realizan las partes que se obligan a dar o hacer una cosa, se miran como equivalentes a lo que hace la otra. Si bien el fiduciario realiza un trabajo y gestión para cumplir con las finalidades establecidas en el contrato por el fideicomitente, recibe también una remuneración como contraprestación por el servicio que brinda.
6. **Intuitu Personae:** Esta característica guarda íntima relación con la esencia propia de la confianza y es justamente lo que inspira a la celebración del contrato. La confianza es el atributo más importante del negocio fiduciario y esencial para llevar a cabo la gestión encomendada por parte del fiduciario. Por tanto, el encargo que realiza el fideicomitente lo hace de acuerdo a esas cualidades especiales que posee el fiduciario.
7. **Tracto Sucesivo:** Al Fideicomiso Mercantil se lo conoce como un contrato de duración debido a que no se agota en un solo acto; nos encontramos frente a un contrato que se desarrolla en el transcurso del



tiempo y solo así se van cumpliendo las finalidades. Esto implica que las obligaciones contraídas por las partes se las realice periódicamente.

8. **Nominado**: Tiene un nombre o denominación que lo distingue de los demás contratos debido a sus propias características; además es nominado porque cuenta con regulación propia particularmente por el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero “Ley de Mercado de Valores”.
9. **Oneroso**: Ambas partes buscan un beneficio que resulta ser recíproco, es así que el constituyente entrega al fiduciario uno o más bienes para que los administre y es el fiduciario por su parte quien recibe una utilidad, que consiste en la remuneración pactada en el contrato.

1.4. Diferencia entre Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario

El Art. 112 de Ley de Mercado de Valores se refiere a los “**negocios fiduciarios**” y determina que tanto el Fideicomiso Mercantil como el Encargo Fiduciario se encuentran dentro de esta categoría.

Estos negocios fiduciarios están basados en la confianza y consisten en que una persona entrega a otra uno o más bienes, *transfiriéndole o no la propiedad* para que se cumpla una finalidad determinada. Aquí encontramos la esencia que nos permite diferenciar a estas dos figuras.

De acuerdo a lo antes expuesto, en el Fideicomiso Mercantil se da la transferencia de la propiedad temporal e irrevocablemente, mientras que en el Encargo Fiduciario regulado en el Art. 114 Ley de Mercado de Valores no se da la transferencia de los bienes.

Se entiende así por Encargo Fiduciario al contrato expreso y escrito mediante el cual el fideicomisario da una instrucción a la fiduciaria, sin que exista transferencia en la propiedad de los bienes para que cumpla varias finalidades



tales como: gestión, inversión, tenencia o guarda, enajenación, disposición en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

El Encargo Fiduciario en su aplicación se regula de conformidad con lo establecido en el Art. 1464 del Código Civil que se refiere a la figura de la Representación, entendida como aquella en la que una persona ejecuta un acto a nombre de otro, ya sea facultado por éste o por disposición expresa de la ley, teniendo en cuenta que los efectos a producirse se entienden como si hubieran sido realizados por el primero. Además el mandatario de conformidad con el Art. 2035 del citado cuerpo legal debe sujetar su actuación únicamente a términos del mandato, salvo disposición legal que permita actuar de un modo distinto al dispuesto.

De lo anotado se desprende que el Encargo Fiduciario se basa en una relación de confianza entre el constituyente o propietario de los bienes o acciones con una persona natural o jurídica, para que cumpla con las instrucciones y demás condiciones determinadas en el contrato escrito de constitución.

Cabe manifestar que la legislación ecuatoriana considera al Fideicomiso Mercantil como una figura adicional al Encargo Fiduciario, cuya esencial diferencia está en que en esta última el constituyente conserva la propiedad de los bienes, en cambio en la primera se da la transferencia de los mismos al patrimonio autónomo para el cumplimiento de las finalidades del Fideicomiso Mercantil.



Capítulo II

Elementos del Fideicomiso Mercantil

2.1. Elementos subjetivos.

2.1.1. Fideicomitente o constituyente: Generalidades

Constituye el elemento subjetivo del contrato de Fideicomiso Mercantil que recibe varios nombres, así se lo conoce como fideicomitente, constituyente o settlor y es quien se obliga a transferir la propiedad de los bienes o derechos a la otra parte llamada fiduciario para cumplir con lo establecido en el contrato.

De acuerdo al Art. 115 de la Ley de Mercado de Valores, el fideicomitente o fideicomitentes pueden ser personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, las cuales tienen la facultad para disponer de sus bienes y derechos; es decir se trata de aquella persona que transfiere sus bienes al patrimonio autónomo a título de Fideicomiso Mercantil. Será entonces el fideicomitente quien instruya y especifique en el contrato de constitución al fiduciario sobre el encargo que debe cumplir, sabiendo que el objetivo debe ser determinado y lícito.

El constituyente debe tener la capacidad necesaria para determinar los bienes que va a transferir a un Fideicomiso Mercantil, por tanto, “todos aquellos que pueden enajenar, pueden ser fideicomitentes, por ejemplo, un particular, un comerciante, una sociedad, un municipio...”⁹, sin embargo ello no excluye que un incapaz actúe como constituyente a través de su representante legal.

Tomando como referencia el artículo citado con anterioridad hay que especificar algunos particulares sobre los constituyentes:

- a) Las instituciones públicas que actúen con tal calidad, se sujetarán al reglamento especial que para el efecto expedirá la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

⁹Peña, Lisandro. *Contratos mercantiles, nacionales e internacionales*. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá. 2010. p 418.



- b) Para la transferencia de bienes de personas jurídicas se observarán lo que dispongan los estatutos de las mismas y las disposiciones previstas en la Ley de Compañías.
- c) En el Fideicomiso Mercantil también podemos encontrar constituyentes adherentes, siempre que en el contrato constitutivo se prevea esta posibilidad.¹⁰
- d) Las entidades del sector público únicamente pueden adherirse a contratos de Fideicomisos Mercantiles cuyos constituyentes sean también entidades del sector público.

2.1.1.1. Derechos del fideicomitente

Según el Art. 126 de la Ley de Mercado de Valores, son derechos del constituyente:

1. Los que consten en el contrato.

Al ser una figura jurídica flexible, se puede pactar ciertos derechos específicos dependiendo de la modalidad de contrato de Fideicomiso Mercantil del que se trate, recordemos en este punto que estamos en derecho privado y primará la voluntad de las partes contratantes.

2. Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de Fideicomiso Mercantil.

El fideicomitente tiene todo el derecho de exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato puesto que es él quien transfiere sus bienes al patrimonio autónomo del Fideicomiso Mercantil, mismo que es administrado por el fiduciario. A pesar de tratarse de un tema efectivamente de confianza, estamos frente a un contrato que al ser

¹⁰ Constituyente adherente es un tercero distinto del constituyente original, que se adhiere y acepta las disposiciones previstas en el contrato constitutivo del Fideicomiso Mercantil.



estipulado por dos partes contratantes genera la obligación de cumplir con su objetivo.

3. Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en la Ley y a las normas de carácter general que imparta la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales; y,

El fiduciario debe rendir cuentas respecto de su gestión, así como de cualquier tipo de información que imposibilite o distorsione el cumplimiento de las finalidades previstas en el contrato.

Es preciso indicar que el Art. 128 de la Ley de Mercado establece que la rendición de cuentas es indelegable a terceras personas u órganos del fideicomiso; así como también que es la administradora de fondos y fideicomisos “fiduciaria”, quien tiene que presentar un informe de las labores y gestiones desarrolladas con el patrimonio de acuerdo al contrato generador de la obligación.

4. Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa leve en el desempeño de su gestión.

En el caso de que el fiduciario hubiera ocasionado un perjuicio en el patrimonio del fideicomitente, podrá éste demandar indemnización por daños y perjuicios.

Recordemos que en el contrato de Fideicomiso Mercantil podríamos pactar libremente otros derechos, así señalo algunos que tienen interés en el tema:

- Pedir y obtener la restitución de los bienes fideicometidos a la terminación del contrato o ante la falta de la condición prevista en el mismo.
- Designar libremente al fiduciario e incluso pedir la remoción y designar uno nuevo.



- Los bienes fideicometidos no pueden ser embargados por deudas u obligaciones que este hubiera adquirido con posterioridad a la celebración del contrato.

2.1.1.2. Obligaciones del fideicomitente

Dentro de las obligaciones del fideicomitente podemos señalar las siguientes:

1. Transferir el dominio de los bienes objeto del contrato, a un patrimonio autónomo libre de todo gravamen.
2. Remunerar a la fiduciaria según lo pactado en el contrato, en caso de no realizarse el pago, el fiduciario podrá renunciar y dar por terminado el contrato, en caso de no pactarse un sustituto.
3. Cubrir los gastos que realiza el fiduciario en el desempeño de sus gestiones.
4. Realizar la declaración juramentada con respeto a la licitud de los fondos objeto del contrato, como el objeto y causa lícita del contrato frente a terceros.
5. Responder en caso de saneamiento por evicción o vicios redhibitorios respecto a los bienes objeto de transferencia del fideicomiso constituido.
6. Las demás estipuladas en el contrato.

2.1.2. Fiduciario: Generalidades

Es la persona jurídica que adquiere los bienes y se compromete a administrarlos o enajenarlos para el cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo (contrato). No solo es un propietario frente a terceras personas, sino es también quien ejecuta la voluntad del constituyente.

El autor Carlos A. Molina Sandoval señala que: “Por fiduciario debe entenderse a la persona física o jurídica que se obliga a recibir del fiduciante la propiedad fiduciaria de bienes determinados y que deberá ejercer en beneficio de una persona designada en el contrato (beneficiario) hasta cuando se cumpla el



plazo o la condición, luego de lo cual deberá transmitirlo a quien se hubiera fijado al estipular el contrato”.¹¹

A mi criterio es totalmente relevante la función que cumple el fiduciario como sujeto contractual, puesto que en sus manos se va a poner el logro de una finalidad indispensable; es él quien tendrá que ser recíproco a esa confianza depositada en su persona, junto a la obligación que adquiere al suscribir el contrato; es por ello que deberá cumplir a cabalidad con las instrucciones dadas por el fideicomitente en el contrato de constitución del Fideicomiso Mercantil.

Más adelante y en la parte pertinente explicaré las reformas a la Ley de Mercado de Valores por la LOFOSSB, que a su vez se incorporan en el Libro II del COMYF, respecto a este tema.

2.1.2.1. Derechos del fiduciario

1. Recibir la remuneración que se estipule en el contrato.

Hay que tener en cuenta que los negocios fiduciarios mercantiles son remunerados, razón por la cual el fiduciario cobra una comisión por sus servicios; desde este punto de vista el negocio que se celebra con el constituyente es oneroso, lo cual es totalmente independiente de la relación que posteriormente pueda darse con el beneficiario ya que en ocasiones será gratuita y en otras onerosa. Como podemos percibir en base al Art. 132 de la Ley de Mercado de Valores que establece que la actuación de la sociedad administradora de fondos y de fideicomisos (fiduciaria) siempre será remunerada y constará en el contrato de Fideicomiso Mercantil.

2. Obtener el reembolso de los gastos realizados en interés del fideicomiso que administra.

¹¹Molina Sandoval, Carlos. *El fideicomiso en la dinámica mercantil*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Argentina. 2004. p 55.



La ley establece esta facultad a favor del fiduciario siempre que se acredite la razonabilidad y pertinencia de los gastos realizados; derecho que resulta totalmente comprensible ya que la gestión del fiduciario normalmente supone la realización de gastos.

El dinero que el fiduciario utilice en los gastos que se generen en la administración del patrimonio autónomo y en el cumplimiento de sus finalidades, no debe ser cancelado con sus propios fondos sino con los del patrimonio autónomo, por ejemplo cuando paga la remuneración de guardias de seguridad, servicios básicos, etc.

3. Exigir del constituyente y del beneficiario el cumplimiento de las obligaciones que hubieren contraído por medio el contrato.

Este derecho se ve materializado en cuanto el fiduciario puede exigir a las partes el cumplimiento de sus obligaciones, así podrá alcanzar las finalidades del contrato de constitución; por ejemplo al beneficiario podrá exigir que acuda cada mes a cobrar una cantidad de dinero producto del arriendo de un departamento que forme parte del patrimonio autónomo.

4. Renunciar a su cargo.

De acuerdo al Art. 131 de la Ley de Mercado de Valores, el fiduciario tiene derecho y podrá renunciar a su gestión siempre y cuando no cause perjuicio alguno: ni al constituyente, ni al beneficiario, ni tampoco a terceros que tengan vinculación con el Fideicomiso Mercantil o Encargo Fiduciario.

Un elemento importante en esta disposición radica en que los motivos para que el fiduciario renuncie deben estar expresamente estipulados en el contrato, caso contrario serán causales de renuncia las siguientes:

- a. Que el beneficiario no pueda o se niegue a recibir los beneficios de conformidad con el contrato, salvo que hubiere recibido instrucciones del



constituyente de efectuar pago por consignación siempre a costa del constituyente; y,

- b. La falta de pago de la remuneración pactada por la gestión del fiduciario.

En la parte final del Art. 131 ibídem, se dispone que a menos que exista acuerdo entre las partes, el fiduciario tendrá que dirigir una solicitud al Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, para que le autorice aquello, entregando a quien corresponda los bienes del patrimonio autónomo, sin que se perjudique a persona alguna.

Esto deja dos posibilidades: primero de que exista un acuerdo sobre la renuncia y segundo que en caso de no haberlo pueda el fiduciario hacerlo a través de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

2.1.2.2. Obligaciones del fiduciario

En referencia a las obligaciones del fiduciario le corresponden todas las que se estipulen en el contrato y que estuvieren vinculadas con el cumplimiento de finalidad. Al respecto el autor Víctor Cevallos Vásquez señala “En general las obligaciones que adquiere o asume el fiduciario son de medio, bajo la consideración de que el futuro es de naturaleza incierta y los cambios del entorno no siempre pueden ser previstos y controladas por este, situación de la que por otra parte se derivan riesgos y la toma de decisiones discrecionales de dichas empresas gestoras por medio de sus funcionarios competentes que en todo caso no pueden garantizar resultados”¹²

El autor explica que es responsabilidad del fiduciario cumplir a cabalidad con las instrucciones establecidas en el contrato de constitución del Fideicomiso Mercantil, queda claro que el futuro es incierto y no se puede garantizar los resultados; sin embargo el fiduciario tiene la obligación de dar fiel seguimiento a las indicaciones, es su responsabilidad actuar de manera diligente y profesional con miras a tratar de que las finalidades pretendidas en el contrato

¹²Cevallos, Víctor. Op. cit. p 757.



de constitución se cumplan. Lo dicho guarda concordancia con el Art. 125 de la Ley de Mercado de Valores.

Dentro de las obligaciones se puede señalar las siguientes:

1. Ejercer la representación legal del fideicomiso que administra procurando la mejor protección y defensa de los bienes y derechos que lo integren.

Debemos entender y explicar lo siguiente: representante es una persona que representa a otro u otros y legal es un representante que ha sido reconocido por la ley como tal. Es el Fiduciario quien debe procurar en base a esa representación, la protección y diligencia en el cuidado de los bienes y derechos que integran el patrimonio autónomo.

2. Dar a los bienes que conforman el patrimonio autónomo de un Fideicomiso Mercantil la destinación clara para el cumplimiento de las finalidades e instrucciones dadas por el constituyente.

Es clave esta obligación puesto que de la confianza que deposita el constituyente en el fiduciario y que se materializa en el contrato de constitución, debe éste actuar fielmente en el cumplimiento de las instrucciones dadas en el contrato, recordemos que se trata de un contrato de medios y tendrá que seguir estrictamente con lo dispuesto en él.

3. Presentar sus informes, de conformidad con los requisitos establecidos en la ley.

Como lo establece el Art. 128 de la Ley de Mercado de Valores que hace referencia a la rendición de cuentas, la misma que es indelegable a terceras personas u órganos del fideicomiso, por lo que corresponde al fiduciario rendir cuentas comprobadas de sus actuaciones, de acuerdo a lo dispuesto en el contrato constitutivo y las normas de carácter general que determine la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.



4. Mantener los bienes, objetos de la fiducia separados de los suyos y de otros fideicomisos que administre.

Los bienes que ingresan al patrimonio autónomo no son ni de quien los aportó ni de quien los va a administrar, pertenecen como tal al patrimonio autónomo; es por ello que nace la obligación de la fiduciaria a mantener separados estos bienes de los suyos propios, pero de igual manera la prohibición de que se mezclen con otros bienes de diversos fideicomisos que pueda administrar. Esta separación más que física debe ser entendida como contable, es decir la fiduciaria debe llevar una contabilidad separada o independiente de cada fideicomiso que administra.

5. Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en base a los requisitos previstos en el acto constitutivo.

Partiré la explicación indicando que el fiduciario debe atenerse fielmente a lo estipulado en el contrato constitutivo, sobre ello explicaré los siguientes particulares:

- a) La fiduciaria no podrá tomar decisiones autónomas, debiendo regirse únicamente a lo establecido en el contrato de constitución, es decir si no se especificó que pueda realizar inversiones, no lo deberá hacer.
- b) Cuando se abra la posibilidad de “invertir” a la fiduciaria por parte del constituyente pero sin especificar la actividad, podrá ésta realizar lo que crea conveniente, sin dejar de buscar la finalidad querida en el contrato de constitución.
- c) Al contrario, si se dispone específicamente en que debe invertir, la fiduciaria no podrá hacer nada más que lo que le fue indicado.

6. Obtener mayor rendimiento por los bienes objeto del negocio fiduciario.

La fiduciaria en su administración del patrimonio del Fideicomiso Mercantil deberá gestionar de una manera óptima buscando los mejores resultados,



deberá pensarse en actos con fines de lucrar. Los beneficios que se deriven del negocio son para el beneficiario o para el propio constituyente según el caso.

7. Responder de forma solidaria con el Fideicomiso Mercantil por el incumplimiento de deberes formales que como agente de retención y percepción le corresponda cumplir al fideicomiso.

Esta responsabilidad solidaria debe ser entendida correctamente para que no se generen confusiones. En ocasiones el patrimonio autónomo suele generar impuestos que deben ser pagados al Servicio de Rentas Internas, lógicamente tiene que ser cancelado por el administrador fiduciario, si no lo hace o incumple se genera la obligación solidaria con el fiduciario.

El Art. 135 de la Ley de Mercado de Valores establece lo siguiente:

“El fideicomiso mercantil tendrá la calidad de agente de recepción o de percepción respecto de los impuestos que al fideicomiso le corresponde retener y percibir en los términos de la legislación tributaria vigente.

En el caso de encargos fiduciarios, el fiduciario hará la retención a nombre de quien otorgó el encargo.

Para todos los efectos consiguientes, la responsabilidad del fiduciario en relación con el fideicomiso que administra se regirá por las normas del Código Tributario.

El fiduciario será responsable solidario con el fideicomiso mercantil por el incumplimiento de deberes formales que como agente de retención y percepción le corresponda al fideicomiso.”

8. Entregar al sustituto los bienes que conforman el Fideicomiso Mercantil.

Esta obligación se produce cuando el fiduciario es sustituido por otro debido a las causales previstas en el contrato o en la ley, en este sentido debe entregar



físicamente todo lo que recibió y mantiene en su poder producto del Fideicomiso Mercantil a la nueva fiduciaria o administradora.

Cabe señalar que el fiduciario sustituto no será responsable de los actos del predecesor, pues lógicamente responderá desde el momento en que se constituya como nueva fiduciaria respecto a ese Fideicomiso Mercantil.

Esto se encuentra regulado en el Art. 133 de la Ley de Mercado de Valores.

9. Finalmente corresponde a la Fiduciaria como obligación terminar el contrato de Fideicomiso Mercantil, por el cumplimiento de las causales y efectos previstos en el contrato de constitución.¹³

2.1.3. Fideicomisario o beneficiario: Generalidades

Según el diccionario de la Real Academia Española, beneficiario es la persona que resulta favorecida por algo; en este sentido puedo decir que el Fideicomisario es la persona o personas que van a recibir los beneficios producto de la finalidad del Fideicomiso Mercantil, mismos que fueron designados al momento de la constitución o posteriormente a ella de acuerdo a lo establecido en el contrato.¹⁴

El Autor Víctor Cevallos Vásquez señala que “En el derecho Anglozajón el beneficiario tiene derechos reales respecto de la masa de bienes fideicometidos por tanto la potestad de perseguir el bien trasladado o transferido ilícitamente. En Ecuador y en otros países del área

¹³ Análisis realizado en referencia al Art. 103 de la Ley de Mercado de Valores

¹⁴ Art. 116 Ley de Mercado de Valores: Beneficiarios.- Serán beneficiarios de los fideicomisos mercantiles o de los encargos fiduciarios, las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, de derecho privado con finalidad social o pública, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica designadas como tales por el constituyente en el contrato o posteriormente si en el contrato se ha previsto tal atribución. Podrá designarse como beneficiario del fideicomiso mercantil a una persona que al momento de la constitución del mismo no exista pero se espera que exista. Podrán existir varios beneficiarios de un contrato de fideicomiso, pudiendo el constituyente establecer grados de preeminencia entre ellos e inclusive beneficiarios sustitutos. A falta de estipulación, en el evento de faltar o ante la renuncia del beneficiario designado y, no existiendo beneficiarios sustitutos o sucesores de sus derechos, se tendrá como beneficiario al mismo constituyente o a sus sucesores de ser el caso. Queda expresamente prohibido la constitución de un fideicomiso mercantil en el que se designe como beneficiario principal o sustituto al propio fiduciario, sus administradores, representantes legales, o sus empresas vinculadas.



Latinoamericana, en cambio generalmente, las normas de derecho positivo, le otorgan al fideicomisario una acción de carácter personal y no real, lo que de suyo implica que puede reclamar eventualmente su crédito al fiduciario mas no perseguir los bienes que se encuentren en manos de terceros de buena fe”:¹⁵

Lo común es que el beneficiario exista al momento de perfeccionarse el negocio fiduciario; sin embargo, algunas legislaciones entre las cuales se encuentra la nuestra, establecen la posibilidad de que no suceda aquello, considerando que la existencia del beneficiario no es esencial para el perfeccionamiento del negocio fiduciario.

En conclusión, son los fideicomisarios quienes reciben los beneficios de los bienes dados en fiducia, esto al cumplirse el plazo o la condición al que están sometidos.

2.1.3.1. Derechos y obligaciones del Beneficiario.

a) Derechos del Beneficiario.

El Art. 127 de la Ley de Mercado de Valores, enumera los derechos más importantes que le asisten al beneficiario:

1. Los que consten en el contrato.

Es un caso similar al que se estableció respecto del constituyente, en cuanto podrá tener todos los derechos que se establezcan en el contrato de Fideicomiso Mercantil, recordemos que el contrato es ley para las partes.

2. Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil.

Evidentemente si se trata de un tema que va reportar un beneficio para el fideicomisario, tendrá el derecho pero sobretodo el interés de exigir que el fiduciario cumpla con lo estipulado en el contrato para llegar a ese beneficio.

¹⁵Cevallos, Víctor. Op. cit. p 759.



3. Exigir al fiduciario la rendición de cuentas con sujeción a lo dispuesto en esta ley a las normas de carácter general que imparta la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales.

Se trata de un derecho igual al que posee el constituyente, tema que fue analizado en líneas anteriores.

4. Ejercer las acciones de responsabilidad civil y penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa grave o culpa leve en el desempeño de su gestión.

Es necesario indicar que el fiduciario responde hasta por la culpa leve, de ello se desprende el derecho del beneficiario para ejercer contra éste, tanto las acciones en la vía judicial como también en la vías alternativas de solución de conflictos, esto en caso de que el fiduciario no cumpla con sus obligaciones. Es importante citar el Art. 124 de la Ley de Mercado de Valores, mismo que se refiere al Juez competente en los siguientes términos:

“Art. 124.- Juez competente.- Se aplicarán las normas de competencia previstas en la ley para los juicios en que las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos intervengan como actoras en representación de fideicomisos mercantiles o como demandadas.

Para la solución de los conflictos y pretensiones entre el constituyente, los constituyentes adherentes, el fiduciario y el beneficiario, derivados de los contratos de fideicomiso mercantil, las partes podrán acogerse a los mecanismos alternativos de solución de conflictos previstos en la Ley de Arbitraje y Mediación”

5. Impugnar los actos de disposición de bienes del fideicomiso mercantil realizados por el fiduciario en contra de las instrucciones y finalidades del fideicomiso mercantil dentro de los términos establecidos en la ley.

Sin duda un derecho que complementa los señalados anteriormente, puesto que al ser beneficiario y no estar de acuerdo con algunos actos realizados por



el fiduciario puede impugnar los mismos, de tal manera que no se afecten sus intereses ni menoscaben los derechos que le corresponden.

6. Solicitar la sustitución del fiduciario por las causas previstas en el contrato, así como los casos de dolo o culpa leve en los que haya incurrido el fiduciario, conforme conste de sentencia ejecutoriada o laudo arbitral y, en el caso de resolución de disolución o liquidación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos.

Este derecho se establece con el fin de proteger el Fideicomiso Mercantil por cualquier clase de irresponsabilidad en el manejo del patrimonio autónomo y en el cumplimiento de las instrucciones establecidas en el contrato de constitución; si esto pasa el beneficiario podrá solicitar la sustitución del fiduciario por otro, siempre que hayan incurrido en las causas previstas en el contrato.

b) Obligaciones del Beneficiario.

Víctor Cevallos Vásquez de acuerdo a su criterio señala lo siguiente “Su carácter de beneficiario no contratante trae como resultado que éste sujeto no tenga obligación alguna derivada del fideicomiso mercantil, no obstante vale la posibilidad de que el fideicomitente o constituyente en el contrato hubiere estipulado alguna obligación asignable al beneficiario”¹⁶ a esto le puedo añadir que en la Ley de Mercado de Valores tampoco se encuentra establecida obligación alguna en la persona del beneficiario.

Sin embargo podemos establecer las siguientes obligaciones por las cuales respondería el beneficiario:

- Cumplir con las condiciones que se hubieren estipulado en el contrato para que tenga derecho a recibir los beneficios percibidos de la gestión fiduciaria.
- Restituir el bien, si por cualquier circunstancia prevista en el contrato llegará a estar en su poder; particular que se lo entiende mejor si

¹⁶ Cevallos, Víctor. Op. cit. p 761.



ponemos como ejemplo que el constituyente ordena a la fiduciaria que mientras se cumpla con la finalidad, el bien este en manos del fideicomisario, pero si no se cumple con una condición fijada en el contrato, se lo tendrá que devolver a quien corresponda.

2.1.3.2. Beneficiarios plurales - Sustituciones fideicomisarias

a) Beneficiarios Plurales.

El Art. 116 de la Ley de Mercado de Valores, indica en la parte pertinente que podrán existir varios beneficiarios de un contrato de fideicomiso, pudiendo el constituyente establecer grados de preeminencia entre ellos e inclusive beneficiarios sustitutos.

Queda claro que el beneficiario puede ser una tercera persona, o a su vez puede ser el mismo constituyente; esta aclaración a fin de establecer de acuerdo al artículo citado que pueden existir varios beneficiarios, quedando a facultad de quien constituye el Fideicomiso Mercantil poder designar grados de “preeminencia” esto es “privilegios” que a mi criterio podría traducirse en:

- Privilegio para beneficiarse “primero” de acuerdo a determinada condición.
- Privilegio para beneficiarse “más” en relación a los otros beneficiarios, según lo establecido en el contrato de Fideicomiso Mercantil.

b) Sustituciones Fideicomisarias.

Tal como se indica en el Art. 116 *ibídem* se pueden designar *beneficiarios sustitutos* en el contrato de Fideicomiso Mercantil; recordemos que al encontrarnos en derecho privado se lo puede pactar con libertad o a su vez establecer los indicadores sobre la forma en la que operará dicha sustitución del beneficiario o beneficiarios.

Es importante indicar que a falta de estipulación, en caso de que faltare el beneficiario y no existan ni sustitutos, ni sucesores de sus derechos, se tendrá



como beneficiario al propio constituyente o a sus sucesores. Finalmente es expresa la prohibición en cuanto no podrá ser considerada como beneficiario principal o sustituto *“la fiduciaria, sus administradores, representantes legales o sus empresas vinculadas”*.

2.2. Elemento formal.

El elemento formal se refiere al patrimonio autónomo, mismo que puede estar constituido por toda clase de bienes y derechos, con la excepción de aquellos que pertenecen a la esfera de la personalidad del fideicomitente y que por tanto no se pueden transferir al Fideicomiso Mercantil, estos son los llamados derechos *“personalísimos”*.¹⁷

2.2.1 Patrimonio autónomo Generalidades

El Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores establece que el fideicomitente, transfiere de manera temporal e irrevocable la propiedad de bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica. Este patrimonio debe ser entendido como el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato. Debo señalar que estos bienes deben estar claramente identificados de tal manera que no puedan confundirse: ni con los bienes de la fiduciaria, ni con los de otros fideicomisos que administre. Sin duda son los registros contables, los que permiten que en cualquier momento sea posible identificarlos inequívocamente; además debe tenerse en cuenta que estos bienes se registran por fuera del balance, es decir no hacen parte de los activos o pasivos de la sociedad fiduciaria.

El patrimonio autónomo está dotado de personalidad jurídica, sin embargo no debe ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente

¹⁷Los derechos personalísimos o de la personalidad son aquellos que están tan íntimamente unidos a la persona, que nacen con ella, y no pueden separarse en toda su existencia, a riesgo de perderla o denigrarla. Están estrechamente vinculados a los atributos de la personalidad, y son el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la libertad, el derecho a tener un nombre, entre otros.



como una *ficción jurídica* capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través de su fiduciaria, que seguirá fielmente las instrucciones señaladas en el contrato de constitución del Fideicomiso Mercantil.

2.2.1.1 Características

- **Tiene su origen en el contrato de Fideicomiso Mercantil:**

Viene a ser la consecuencia directa que se obtiene como resultado de la constitución de un Fideicomiso Mercantil.

- **Es de naturaleza individual y separada:**

Es distinto de los patrimonios del fideicomitente, fiduciario, beneficiario y terceros, entiéndase que al hablar de terceros me refiero a otros Fideicomisos Mercantiles administrados por la fiduciaria.

- **Tiene una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato:**

Recalco la imperiosa necesidad de que los diferentes negocios de la Fiduciaria se mantengan separados, ante ello resulta vital que el Fideicomiso Mercantil tenga una denominación diferente y única que la de sus otros negocios fiduciarios.

- **Está dotado de personalidad jurídica:**

Su representante legal es el fiduciario, quien ejerce dicha función conforme las instrucciones señaladas por el constituyente en el contrato.

- **No puede ser considerado como una sociedad civil o mercantil:**

Es únicamente una ficción jurídica, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario.

- **Es Inembargable:**



Este particular lo encontramos en el Art. 121 de la Ley de Mercado de Valores que señala lo siguiente: en primer lugar y por regla general los bienes que conforman el Fideicomiso Mercantil, no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario; salvo que en el contrato de constitución se haya previsto lo contrario. Es preciso indicar que bajo ninguna circunstancia dichos bienes podrán ser embargados, ni objetos de medidas precautelatorias por los acreedores del fiduciario. Finalmente debo señalar que se incluye una importante reforma al cuerpo normativo analizado, en cuanto la LOFOSSB en su Art. 52 abre la posibilidad para que tanto los acreedores del constituyente como del beneficiario, pueden iniciar las acciones que correspondan sobre *los beneficios o derechos* que provengan del negocio fiduciario; lo cual no ocurría antes de la reforma de mayo de 2014 puesto que expresamente se daba esta posibilidad únicamente a los acreedores del beneficiario, mas no del constituyente.

- **Constituye garantía general de prenda de los acreedores del Fideicomiso Mercantil:**

El Art. 122 de la Ley de Mercado de Valores establece que los bienes que conforman el patrimonio autónomo van a respaldar todas las obligaciones adquiridas por el Fideicomiso Mercantil, obligaciones contraídas para cumplir la finalidad estipulada en el contrato de constitución, por tanto podrán ser embargados y objeto de medidas precautelatorias o preventivas por parte de los acreedores del Fideicomiso Mercantil.

- **Transferencia a título de Fideicomiso Mercantil:**

La Ley de Mercado de Valores regula este particular en el Art. 113 que determina con claridad que no se trata de una transferencia onerosa ni tampoco gratuita, simplemente es una transferencia a título de Fideicomiso Mercantil, ya que no determina un provecho económico ni para el constituyente



ni para el fiduciario. Esta transferencia “inicial” por llamarla así, se produce para cumplir con la finalidad establecida en el contrato de constitución y está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones, ya que no constituye hecho generador para el nacimiento de obligaciones tributarias ni de impuestos indirectos previstos en las leyes que gravan las transferencias gratuitas y onerosas.

Mientras tanto el inciso segundo y tercero del artículo en mención establece lo siguiente:

“La transferencia de dominio de bienes inmuebles realizada en favor de un fideicomiso mercantil, está exenta del pago de los impuestos de alcabalas, registro e inscripción y de los correspondientes adicionales a tales impuestos, así como del impuesto a las utilidades en la compraventa de predios urbanos y plusvalía de los mismos. Las transferencias que haga el fiduciario restituyendo el dominio al mismo constituyente, sea que tal situación se deba a la falla de la condición prevista en el contrato, por cualquier situación de caso fortuito o fuerza mayor o por efectos contractuales que determinen que los bienes vuelvan en las mismas condiciones en las que fueron transferidos, gozarán también de las exenciones anteriormente establecidas. Estarán gravadas las transferencias gratuitas u onerosas que haga el fiduciario en favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que las disposiciones generales previstas en las leyes así lo determinen.”

La transferencia de dominio de bienes muebles realizada a título de fideicomiso mercantil está exenta del pago del impuesto al valor agregado y de otros impuestos indirectos. Igual exención se aplicará en el caso de restitución al constituyente de conformidad con el inciso precedente de este artículo.”

Finalmente el inciso cuarto y quinto fueron agregados al Art. 113, de acuerdo al Art. 48 de LOFOSSB y serán explicados en detalle en el capítulo V de esta monografía, puesto que forman parte de las reformas de acuerdo a la legislación ecuatoriana.



“Se entiende en todos los casos por restitución la transferencia de dominio que haga el fiduciario a favor del mismo constituyente, del bien aportado a título de fideicomiso mercantil, en las mismas condiciones en las que fueron transferidos inicialmente.

Las constancias documentales sobre los derechos personales derivados del contrato de fideicomiso mercantil no constituyen valores”.

2.2.1.2 Bienes que pueden conformarlo

El libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero que comprende la “Ley de Mercado de Valores” puntualiza en el Art. 109 que los bienes que pueden conformar el Fideicomiso Mercantil son: Bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales, que existan o se espera que existan.

En cuanto se refiere a bienes corporales el Art. 584 del Código Civil los clasifica en bienes muebles e inmuebles, en tanto que entendemos como bienes incorporales a los derechos reales o personales como el derecho de usufructo o el derecho que tiene el prestamista en contra de su deudor respectivamente.

Respecto a este tema cabe señalar que de conformidad con el literal b del Art. 120 de la Ley de Mercado de Valores se exige que el constituyente efectúe una declaración juramentada de que los dineros o bienes transferidos tienen procedencia legítima.

Finalmente el inciso segundo del Art. 118 del referido cuerpo legal señala que: *“Cada fideicomiso mercantil como patrimonio autónomo que es, estará integrado por los bienes, derechos, créditos, obligaciones y contingentes que sean transferidos en fideicomiso mercantil o que sean consecuencia del cumplimiento de la finalidad establecida por el constituyente. Consecuentemente, el patrimonio del fideicomiso mercantil garantiza las obligaciones y responsabilidades que el fiduciario contraiga por cuenta del fideicomiso mercantil para el cumplimiento de las finalidades previstas en el contrato”*



Capítulo III

Clases de Fideicomiso

El autor Víctor Cevallos Vásquez, expresa: “En la doctrina internacional existe un acuerdo en que las principales modalidades de Fideicomiso Mercantil son las siguientes:”¹⁸

3.1. Fideicomiso de Inversión.

Al Fideicomiso de Inversión lo definiré como aquel negocio fiduciario que persigue como finalidad la inversión de recursos económicos, esta inversión se la realizará por parte de la fiduciaria según las indicaciones especificadas por el constituyente, de acuerdo a sus requerimientos.

El Art.17 numeral 4 del reglamento de negocios fiduciarios define a este fideicomiso de la siguiente manera: *“Es un contrato en virtud del cual los constituyentes o fideicomitentes adherentes entregan al patrimonio autónomo sumas de dinero para que la fiduciaria los invierta, según sus instrucciones, para beneficio propio o de terceros.”*

El autor Hildebrando Leal Pérez presenta dos ejemplos de fideicomiso de inversión:

- a) “La recepción de dineros para invertirlos en préstamos con garantía hipotecaria, dentro de un plazo, ha determinado interés, liquidando su producto periódicamente en beneficio del fideicomitente.
- b) La inversión de dinero en valores de renta fija y variable, tales como cédulas hipotecarias, bonos financieros, bienes inmuebles o valores bursátiles debiéndose entregar sus rendimientos al beneficiario en los periodos prefijados.”¹⁹

¹⁸ Cevallos, Víctor. Op. cit. p 777.

¹⁹ Leal Pérez, Hildebrando. *Contratos Bancarios*. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá. Colombia. 1990. p 387.



En la parte práctica, este tipo de contratos se constituyen por un grupo promotor o con un solo constituyente, quienes tienen la posibilidad de estipular en el contrato de constitución la posibilidad de que nuevos inversionistas a quienes se les llamará constituyentes adherentes, realicen aportes al Fideicomiso Mercantil para que sean invertidos de conformidad con las instrucciones impartidas por el constituyente para obtener en beneficio los resultados generados.

En cuanto se refiere a las políticas e instrucciones de inversión, se debe determinar claramente los siguientes particulares:

- a) Si la fiduciaria goza de autonomía para invertir, esto es que tenga la facultad para tomar decisiones propias en cuanto a la inversión se refiere.
- b) Si la fiduciaria tendrá que regirse estrictamente a lo que ordene el constituyente, beneficiario o una tercera persona.

Es claro que en cualquiera de las dos situaciones establecidas se tendrá en cuenta la finalidad del contrato mercantil.

Beneficios de Fideicomiso de Inversión

La aplicación o creación del Fideicomiso Mercantil está relacionada con la confianza que deposita el constituyente en la fiduciaria, confianza vinculada con la experticia y amplios conocimientos que ésta goza.

Dentro de los principales beneficios, la empresa fiduciaria Fondos Pichincha establece lo siguiente:

“Seguridad: Proporciona protección a los recursos aportados por los inversionistas debido a que los bienes del Fideicomiso Mercantil no pueden ser retenidos ni secuestrados por deudas de los CONSTITUYENTES, BENEFICIARIOS o de terceros.



Administración Profesional: La fiduciaria ha demostrado su experiencia en el manejo transparente de recursos haciendo cumplir las instrucciones del contrato del fideicomiso”.²⁰

3.2. Fideicomiso de Garantía

Previamente a establecer el concepto de Fideicomiso Mercantil de Garantía presentaré el ejemplo siguiente: Existe un deudor A, que para el ejemplo será el constituyente, existe una fiduciaria B, misma que recibirá el objeto que garantizará la obligación, y finalmente encontramos al acreedor que vendría a ser el beneficiario; bajo el mismo esquema tradicional del Fideicomiso, las obligaciones de la fiduciaria serán las que se encuentren estipuladas en el contrato y la ley, de manera que si no paga el deudor-constituyente, la fiduciaria liquidará el patrimonio autónomo para cumplir con esto al acreedor-beneficiario.

De esta forma el Art. 17, numeral 1 del reglamento sobre negocios fiduciarios establece un concepto válido para el Fideicomiso de Garantía de la siguiente manera: “Es el contrato por el cual el constituyente transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de Fideicomiso Mercantil al patrimonio autónomo, para garantizar con ellos y con su producto el cumplimiento de ciertas obligaciones, designando como beneficiario al acreedor de éstas, quien en caso de incumplimiento puede solicitar a la fiduciaria la realización o venta de los bienes fideicometidos para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato”.

A mi criterio definiré el Fideicomiso de Garantía como aquel negocio fiduciario celebrado mediante un contrato por el cual el constituyente, transfiere la propiedad de uno o varios bienes a la fiduciaria para garantizar con ellos y/o

²⁰ “Fondos Pichincha”. Internet: <http://fondospichincha.yage.ec/portal/es/web/fondospichincha/fideicomiso-inmobiliario>. Acceso: 23 de febrero de 2016.



con su producto, el cumplimiento de una o varias obligaciones con respecto del acreedor.

En cuanto a esta clase de fideicomiso, se producen algunas reformas en la Ley de Mercado de Valores, mismas que serán explicadas en el capítulo V de la presente monografía.

3.3. Fideicomiso de Administración y Pago.

Me remitiré al reglamento sobre negocios fiduciarios que su Art. 17 numeral 2, establece que el Fideicomiso Mercantil de Administración “Es el contrato en virtud del cual se transfiere dinero o bienes a un patrimonio autónomo, para que la fiduciaria los administre y desarrolle la gestión encomendada por el constituyente y destine los rendimientos, si los hay, al cumplimiento de la finalidad señalada”

Analizando esta definición, manifiesto a criterio personal que este fideicomiso es aquel en el cual existe una persona que necesita que otra administre los bienes que serán objeto del Patrimonio Autónomo, esta persona será el constituyente; quien recibe los bienes para administrarlos de acuerdo a su experiencia y conocimientos será la fiduciaria y finalmente podrá destinarse un beneficiario que gozará de los rendimientos si es que así se lo hubiese estipulado.

Las razones por las cuales una persona puede necesitar que otra administre sus bienes, se detallan a continuación:

- a) Edad:** En el supuesto de que el fideicomitente no tenga una edad que le permita administrar adecuadamente sus bienes o negocios.
- b) Experiencia y Seguridad:** Recordemos que la fiduciaria es un profesional o experto y por tanto tendrá mayor experiencia que el constituyente para administrar determinados bienes o negocios. Cabe señalar que las fiduciarias especializadas en administración son ejecutivos altamente calificados que conocen del mundo financiero y



mercado bursátil, esto brinda la seguridad necesaria que requiere el constituyente al momento de emprender en esta clase de Fideicomiso Mercantil.

- c) Fenómenos migratorios: La actual situación económica que vive el Ecuador genera que algunos ciudadanos opten por la alternativa de migrar; este fenómeno hace que los bienes que conforman el patrimonio de una persona o familia queden abandonados en nuestro país, sin que exista persona alguna de confianza que pueda llevar una adecuada administración del mismo. Ante ello resulta mejor entregar los bienes al fiduciario a fin de que realice cualquier instrucción impartida por el constituyente en el contrato.

Entre los fideicomisos de administración más comunes encontramos:

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN SIMPLE:

En la parte práctica este Fideicomiso Mercantil se constituye únicamente para mantener la propiedad de bienes y derechos. Es simple pues se excluye a la fiduciaria de realizar aspectos administrativos, tales como celebrar contratos.

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN COMPLEJA:

Es aquel Fideicomiso Mercantil que se constituye para la realización de actividades productivas, como por ejemplo con el objeto de dedicarse al desarrollo de actividades agrícolas, producción de bienes a la comercio de determinadas mercaderías, etc.

3.4. Fideicomiso Inmobiliario.

La empresa administradora: Fondos Pichincha lo defina de la siguiente manera: “Es el contrato por el cual se transfiere un bien inmueble y recursos financieros a Fondos Pichincha S.A. para que ésta los administre con la finalidad de desarrollar un proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato, transfiriendo al final del proceso los bienes inmuebles construidos a quienes resulten beneficiarios.



La característica común a todos los fideicomisos inmobiliarios es la transferencia de un terreno con el fin principal de desarrollar sobre el mismo un proyecto de construcción que puede ser de uso comercial, oficinas, vivienda o infraestructura en general.

Para seguridad de las partes antes de empezar el desarrollo del proyecto inmobiliario, se exigirá el cumplimiento de puntos de equilibrio financieros, legales y técnicos”.²¹

Otros autores señalan que es el contrato en virtud del cual se transfieren bienes para que el fiduciario mercantil realice gestiones administrativas y legales, ligadas con el desarrollo de proyectos inmobiliarios en provecho de los beneficiarios instituidos en el contrato.

En el Fideicomiso Inmobiliario, el fideicomitente entrega al fiduciario: terrenos, dinero, bienes muebles o inmuebles en general, para que éste los dirija hacia el desarrollo de un proyecto de construcción inmobiliaria.

Según el Art. 17 del reglamento sobre negocios fiduciarios establece que el fideicomiso inmobiliario *“es el contrato del cual se transfieren bienes para que el fiduciario mercantil realice gestiones administrativas y legales ligadas o conexas con el desarrollo de proyectos inmobiliarios, todo en provecho de los beneficiarios instituidos en el contrato”*.

Para concluir esta explicación debo señalar que mediante el fideicomiso inmobiliario se transfiere bienes a un patrimonio autónomo para que sea el fiduciario quien los administre y desarrolle con ellos un proyecto inmobiliario.

²¹ “Fondos Pichincha”. Internet:
<http://fondospichincha.yage.ec/portal/es/web/fondospichincha/fideicomiso-inmobiliario>. Acceso: 01 de marzo de 2016



Capítulo IV

Del Contrato de Fideicomiso Mercantil

4.1. Naturaleza y Vigencia del Contrato

En cuanto a la naturaleza del contrato de Fideicomiso Mercantil debo indicar que la LOFOSSB en su Art. 47 provoca un cambio trascendental en el Art. 110 de la Ley de Mercado de Valores; puesto que determina que el Fideicomiso Mercantil debe constituirse mediante escritura pública, y no como anteriormente se decía que debía constituirse mediante instrumento público abierto, particular que lo explico y detallo en el capítulo V de la presente monografía.

En cuanto a la vigencia del contrato no ocurre ninguna modificación puesto que el mismo Art. 110 determina que el Fideicomiso Mercantil tendrá un plazo de vigencia o que a su vez podrá subsistir hasta el cumplimiento de la finalidad prevista o de una condición.

Este límite de vigencia del contrato mercantil es de 80 años con las dos excepciones siguientes:

- a) Si la condición resolutoria es la disolución de una persona jurídica; y,
- b) Si los fideicomisos son constituidos con fines culturales o de investigación, altruistas o filantrópicos, tales como los que tengan por objeto el establecimiento de museos, bibliotecas, institutos de investigación científica o difusión de cultura, o de aliviar la situación de los interdictos, los huérfanos, los ancianos, minusválidos y personas menesterosas, podrán subsistir hasta que sea factible cumplir el propósito para el que se hubieren constituido.

4.2. Requisitos del Contrato de Fideicomiso Mercantil

El Art. 120 de la Ley de Mercado de Valores señala que el contrato de Fideicomiso Mercantil o de Encargos Fiduciarios **deberá contener por lo**



menos lo siguiente, expresión que refleja los requisitos mínimos que deberán constar en el contrato para su validez, pudiéndose consensuar entre las partes contratantes otros que no estén descritos en el artículo que transcribo a continuación.

“Art. 120. Contenido básico del contrato. El contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios deberá contener por lo menos lo siguiente:

1. Requisitos mínimos:

- a) *La identificación del o los constituyentes y del o los beneficiarios;*
- b) *Una declaración juramentada del constituyente de que los dineros o bienes transferidos tienen procedencia legítima; que el contrato no adolece de causa u objeto ilícito y, que no irroga perjuicios a acreedores del constituyente o a terceros;*
- c) *La transferencia de los bienes en fideicomiso mercantil y la entrega o no cuando se trate de encargos fiduciarios;*
- d) *Los derechos y obligaciones a cargo del constituyente, de los constituyentes adherentes, en caso de haberse previsto su adhesión, del fiduciario y del beneficiario;*
- e) *Las remuneraciones a las que tenga derecho el fiduciario por la aceptación y desempeño de su gestión;*
- f) *La denominación del patrimonio autónomo que surge como efecto propio del contrato;*
- g) *Las causales y forma de terminación del fideicomiso mercantil;*
- h) *Las causales de sustitución del fiduciario y el procedimiento que se adoptará para tal efecto; e,*
- i) *Las condiciones generales o específicas para el manejo, entrega de los bienes, frutos, rendimientos y liquidación del fideicomiso mercantil.*



Si bien es cierto estos son los requisitos mínimos, en el numeral dos del mentado artículo encontramos algunos elementos que también se podrán establecer.

2.- Además, el contrato podrá contener elementos adicionales, tales como:

a) La facultad o no y la forma por la cual el fiduciario pueda emitir certificados de participación en los derechos personales derivados del contrato de fideicomiso mercantil, los mismos que constituyen títulos valores, de conformidad con las normas de titularización que dicte la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.; y,

b) La existencia o no de juntas de beneficiarios, de constituyentes o de otros cuerpos colegiados necesarios para lograr la finalidad pretendida por el constituyente y,

c) Los demás requisitos que establezca la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.²²

Finalmente en el numeral 3 se indican las cláusulas que no se podrán estipular, ni por acuerdo de las partes inclusive.

3.- En los contratos no se podrán estipular cláusulas que signifiquen la imposición de condiciones inequitativas e ilegales, tales como:

a) Previsiones que disminuyan las obligaciones legales impuestas al fiduciario o acrecienten sus facultades legales en aspectos importantes para el constituyente y/o beneficiario, como aquellas que exoneren la responsabilidad de aquél o se reserve la facultad de dar por terminado el contrato anticipadamente o de apartarse de la gestión encomendada, sin que en el contrato se hayan indicado expresamente los motivos para hacerlo y se cumplan los trámites administrativos a que haya lugar;

²² Literal “c” agregado por el Art. 51 de la LOFOSSB y reformado por la Disposición Reformativa Décimo Séptima, numeral 2 del COMYF.



b) Limitación de los derechos legales del constituyente o beneficiario, como el de resarcirse de los daños y perjuicios causados, ya sea por incumplimiento o por defectuoso cumplimiento de las obligaciones del fiduciario;

c) La determinación de circunstancias que no se hayan destacado con caracteres visibles en la primera página del contrato al momento de su celebración, a partir de las cuales se derive, sin ser ilegal, una consecuencia en contra del constituyente o beneficiario, o que conlleve la concesión de prerrogativas a favor del fiduciario;

d) Previsiones con efectos desfavorables para el constituyente o beneficiario que aparezcan en forma ambigua, confusa o no evidente, y, como consecuencia, se le presenten a éste discrepancias entre los efectos esperados o previsibles del negocio y los que verdaderamente resulten del contenido del contrato;

e) La posibilidad de que quien debe cumplir la gestión encomendada sea otra persona diferente al fiduciario, sustituyéndose así como obligado, salvo que por la naturaleza del contrato se imponga la necesidad de hacerlo en personas especializadas en determinadas materias; y,

f) Las que conceden facultades al fiduciario para alterar unilateralmente el contenido de una o algunas cláusulas, como aquellas que permitan reajustar unilateralmente las prestaciones que correspondan a las partes contratantes.”

4.3. Objeto del Fideicomiso Mercantil

Para varios autores dentro de los cuales puedo citar a Carlos Molina Sandoval, el objeto constituye ese elemento imprescindible, sin el cual sería inimaginable pensar en la posibilidad de que exista un contrato mercantil, ni otro de ninguna naturaleza.



El citado autor refiriéndose al objeto señala que “En esencia, consiste en la transmisión fiduciaria de un determinado bien para su ejercicio por el fiduciario en beneficio de otro sujeto (beneficiario)”.²³

Es por tanto necesario referirnos a los bienes que pueden ser objeto del contrato de Fideicomiso Mercantil y que formarán el patrimonio autónomo del negocio fiduciario.

Este tema fue ya explicado en el Capítulo II, y básicamente se encuentra contenido en el Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores, artículo que no sufrió ninguna modificación, ni por la reforma de mayo 2014 con la LOFOSSB, ni tampoco con el COMYF.

4.4. Extinción del Fideicomiso Mercantil.

4.4.1 Causas de Terminación del Negocio Fiduciario

De acuerdo a lo establecido en el Art. 134 de Ley de Mercado de Valores establece que el contrato de fideicomiso puede concluir por las siguientes causas:

- a) El cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato;*
- b) El cumplimiento de las condiciones;*
- c) El cumplimiento o la falla de la condición resolutoria;*
- d) El cumplimiento del plazo contractual;*
- e) La imposibilidad absoluta de cumplir con la finalidad establecida en el acto constitutivo;*
- f) La sentencia ejecutoriada dictada por autoridad judicial competente o el laudo arbitral, de conformidad con la ley;*

²³ Molina Sandoval, Carlos. Op. cit. p 71.



g) La resciliación del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que no afecte los derechos del constituyente, de los constituyentes adherentes, del beneficiario, de acreedores del fideicomiso mercantil o de terceros; y,

h) La quiebra o disolución del fiduciario, siempre que no exista sustituto”.

Además de estas causas establecidas en la ley, podemos pactar otras en el contrato constitutivo de acuerdo al artículo citado.

Otra forma de clasificar las causas de extinción del fideicomiso es: **causas de terminación regulares** por ejemplo el cumplimiento del fin y **causas irregulares** por ejemplo la imposibilidad absoluta de cumplir la finalidad.

4.4.2. Efectos de la terminación del Negocio Fiduciario.

1. Cuando termina el contrato de Fideicomiso Mercantil deberán transferirse los activos existentes en el patrimonio autónomo a quien corresponda, de acuerdo a las instrucciones establecidas en el contrato o la ley.
2. Al terminarse el negocio fiduciario deberán cancelarse todas las obligaciones pendientes que hayan surgido fruto del negocio fiduciario
3. Al culminar la gestión la fiduciaria deberá rendir cuentas de las gestiones realizadas durante la tenencia del patrimonio autónomo.
4. Si el fiduciario no cumple con la obligación de transferir los bienes la otra parte puede demandar la transferencia y reclamar daños y perjuicios que esta omisión ha causado, la sentencia que dé lugar a esta acción tiene efectos traslativos de propiedad.
5. Constituye una obligación de la entidad fiduciaria adelantar las gestiones para la liquidación del fideicomiso así como facilitar el trámite. También se debe tomar en cuenta que las obligaciones contraídas con terceros deben ser cumplidas.
6. Al momento que termina el contrato de fideicomiso las partes suscribirán escritura pública, donde conste que se produjo terminación del contrato



de fideicomiso, y cancelar su inscripción en el *Catastro Público del Mercado de Valores*.²⁴

4.5. Tipos de responsabilidades en el Fideicomiso Mercantil.

Para abordar el tema planteado, partiré del Art. 123 de la Ley de Mercado de Valores que establece lo siguiente:

Acciones por contratos fraudulentos.- El contrato de fideicomiso mercantil otorgado en fraude de terceros por el constituyente, o en acuerdo fraudulento de éste con el fiduciario, podrá ser impugnado judicialmente por los interesados, mediante las correspondientes acciones de nulidad, simulación o cualquiera otra prevista en la ley, según el caso; sin perjuicio de la acción y responsabilidad penal a la que hubiere lugar.

Una vez citado el presente artículo analizaré tres tipos de responsabilidades, tal como se detalla a continuación:

4.5.1 Responsabilidad Civil.

Al hablar de Responsabilidad Civil, vamos a encontrar aquellas reguladas en el libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero: Ley de Mercado de Valores, así como también en el Código Civil.

De esta forma el Art. 1486 del Código Civil expresa que las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles, las que dan un derecho para exigir algo. Por otra parte el Art. 205 de La Ley de Mercado de Valores enuncia que: *“Las personas naturales y jurídicas que, por infracciones de esta Ley, de sus reglamentos y otras normas complementarias y de las demás disposiciones que regulan el mercado de valores, ocasionen daños a terceros serán solidariamente responsables y deberán indemnizar los perjuicios causados, en conformidad con el derecho común. Esta responsabilidad civil es independiente frente a las sanciones administrativas o penales a que hubiere lugar.*

²⁴COMYF, Disposiciones Reformatorias y Derogatorias, décimo séptima, numeral 1. Sustituir en todo el texto de la Ley “Registro del Mercado de Valores” por “Catastro Público del Mercado de Valores”.



Sin perjuicio a lo dispuesto en la Constitución Política de la República, si los perjuicios hubieren sido ocasionados por resoluciones o actos de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, o de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros²⁵; estos organismos de ser procedente tendrán derecho de repetición en contra de los funcionarios o empleados que tuvieren la responsabilidad directa en la realización de tales hechos, caso contrario por los perjuicios irrogados responderá el Superintendente de Compañías Valores y Seguros²⁶ o los miembros de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.”

Una vez que conocemos que la principal gestión del fiduciario son las finalidades del fideicomiso, así como también el parámetro o patrón en base al cual se valorará dicha gestión y el cual no es más que la debida diligencia y prudencia, que actúa en base a la confianza depositada en él.

Si bien en las obligaciones **de resultado**, en caso de incumplimiento se genera una responsabilidad objetiva en la cual no es válido alegar una actuación diligente y únicamente puede exonerarse de ella por caso fortuito, fuerza mayor, entre otras; en las obligaciones **de medios** en la cual se encuentra el Fideicomiso Mercantil vamos a tener la figura de una responsabilidad subjetiva, puesto que se encuentra íntimamente vinculada con la culpabilidad del administrador, pero que la institución fiduciaria puede liberar la responsabilidad si hubiere actuado en forma diligente, prudente, sin culpa que debe ser demostrada por quien alega el incumplimiento.

4.5.2 Responsabilidad Penal.

En cuanto a la responsabilidad penal, de acuerdo al Art. 212 de la Ley de Mercado de Valores, indica que “si al momento de investigar y aplicar las sanciones administrativas, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros o la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera encontraren indicios de haberse cometido uno o más de los delitos contra el

²⁵ Disposición reformativa décimo séptima COMYF, numeral 3: Sustituir en todo el texto de la Ley “Superintendencia de Compañías y Valores” por “Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros”.

²⁶ Disposición reformativa décimo séptima COMYF, numeral 4: Sustituir en todo el texto de la Ley “Superintendente de Compañías y Valores” por “Superintendente de Compañías, Valores y Seguros”.



mercado de valores, u otros tipificados en el COIP o en otras leyes penales, pondrá de inmediato el hecho en conocimiento del Ministerio Público”.

También debemos mencionar que tanto la disposición 213, 214, 215 antiguamente contenidas en la Ley de Mercado de Valores, actualmente se encuentran derogadas, esto por la Disposición Derogatoria Décimo Sexta del COIP.

Además en el COIP, encontramos figuras delictivas complementarias, puesto que si la institución fiduciaria no administra con honestidad los bienes que han sido puestos a su cargo, esto es el Patrimonio Autónomo, daría lugar a los delitos como abuso de confianza o hurto.

4.5.3 Responsabilidad Administrativa.

La Ley de Mercado de Valores regula el tema de la responsabilidad Administrativa a partir de la disposición 206. Señala en su parte inicial que constituyen infracciones administrativas, aquellas que vayan en contra de la ley en mención, a sus reglamentos y otras normas y resoluciones complementarias y a las demás disposiciones que regulan el Mercado de Valores, incluidos los estatutos de las entidades sometidas a la aplicación de esta Ley, mismas que serán sancionadas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en conformidad con esta Ley y con las resoluciones que expida la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

Las mencionadas sanciones deben ser impuestas en base a criterios para la graduación de las mismas; los cuales deben estar reflejados en los informes técnicos correspondientes y son los siguientes:

- “1. Los antecedentes del infractor en el mercado de valores;*
- 2. Las circunstancias del cometimiento de la infracción;*
- 3. El perjuicio causado o el potencial perjuicio a los participantes del mercado o a terceros;*



4. *La repercusión en el mercado, de la infracción cometida;*
5. *La reincidencia en el cometimiento de la infracción, en los términos previstos en esta Ley;*
6. *La obstrucción o falta de colaboración en el proceso de investigación, con la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros;*
7. *La renuencia o desacato a las disposiciones impartidas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera y la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros;*
8. *Si el cometimiento de la infracción pudiera derivar en lucro o aprovechamiento indebido para sí o para un tercero;*
9. *Si se vulnera la eficacia en la aplicación de los principios jurídicos tutelados por la Ley de Mercado de Valores y sus normas complementarias;*
10. *La falta de debida diligencia en el ejercicio de sus actividades en el mercado de valores;*
11. *El reconocimiento o aceptación expresa y oportuna del ente investigado sobre el cometimiento de la infracción; y,*
12. *Las acciones ejecutadas con el fin de regularizar el incumplimiento detectado.*

*Los criterios serán aplicables simultáneamente cuando fuere pertinente.*²⁷

Además de acuerdo al Art. 208 ibídem, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros impondrá las sanciones administrativas teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad de la infracción administrativa, para lo cual se tomará en cuenta la magnitud del perjuicio causado de conformidad con las siguientes disposiciones:

²⁷ Artículo innumerado agregado a continuación del Art. 207 de la Ley de Mercado de Valores; dado por la reforma de mayo de 2014 mediante la LOFOSSB, Art. 77.



1. Las infracciones leves, que impliquen meros retrasos en el cumplimiento de obligaciones formales o incumplimiento de otras obligaciones que no lesionen intereses de partícipes en el mercado o de terceros o lo hiciere levemente, se sancionarán alternativa o simultáneamente con amonestaciones escritas y/o multas pecuniarias dependiendo de las circunstancias que devienen de cada situación.

2. Las infracciones graves, que son aquellas que ponen en serio peligro o lesionan gravemente los intereses de los partícipes en el mercado o de terceros, se sancionarán alternativa o simultáneamente con: multas económicas; inhabilitaciones temporales para ser funcionarios o miembros de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera o la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, para ser director, administrador, auditor o funcionario de las entidades que participan en el mercado de valores, representante de los tenedores de obligaciones, de valores provenientes de procesos de titularización, de partícipes de fondos de inversión o miembro del comité de vigilancia y del comité de inversiones; así también suspensiones temporales hasta por un año, de la autorización de funcionamiento para participar en el mercado de valores, la misma que implica la suspensión de la inscripción en el Catastro Público del Mercado de Valores por igual periodo.

3. Las infracciones muy graves, que son aquellas que ponen en gravísimo peligro o lesionan enormemente los intereses de los partícipes en el mercado o de terceros, atentando contra el objeto del mencionado cuerpo legal que es promover un mercado de valores organizado, integrado, eficaz y transparente, se sancionarán alternativa o simultáneamente con: multas económicas; remoción indefinida del cargo o función; inhabilitación temporal hasta por diez años para ser funcionario o miembro en la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, director, administrador, representante legal, auditor, funcionario o empleado de las entidades que participan en el mercado de valores, representante de los tenedores de bonos, miembro del comité de vigilancia y del comité de inversiones, suspensión definitiva en el ejercicio del derecho al voto de un accionista, de su capacidad de integrar los organismos de



administración y control de la compañía, y prohibición de enajenar las acciones; finalmente la cancelación de la autorización de funcionamiento para participar en el mercado de valores, lo cual implica la disolución automática de la compañía infractora y su cancelación de la inscripción en el Catastro Público del Mercado de Valores, entre otras.

El Art. 207 *ibídem* señala las infracciones que serán consideradas como administrativas y son las siguientes:

“1. Efectuar una oferta pública de valores sin cumplir los requisitos establecidos;

2. Intermediar en la negociación de valores no inscritos en el Catastro Público del Mercado de Valores, salvo las excepciones expresamente contempladas en la ley;

3. No divulgar en forma simétrica, oportuna, veraz, completa y suficiente la información que se determina en la presente Ley y en sus normas complementarias;

4. No guardar la reserva establecida por la ley sobre la información privilegiada de que se disponga en razón de su cargo, función o relación con un emisor;

5. Negociar valores sin cumplir las normas establecidas por la ley, los reglamentos y demás normas del mercado y, en especial sin someterse al procedimiento de aviso de adquisición, cuando éste es requerido

No observar las normas de autorregulación aprobadas por las bolsas de valores o por las asociaciones gremiales que formen las entidades creadas al amparo de esta Ley;

7. No ejecutar las instrucciones recibidas por parte de los contratantes o comitentes para efectuar operaciones en el mercado de valores;



8. *No someterse los administradores de las sociedades administradoras de fondos a las normas legales y reglamentarias que regulan la inversión de fondos y el fideicomiso mercantil;*

9. *No cumplir el representante de obligacionistas con los deberes que le impone la ley, los reglamentos y las resoluciones de la asamblea de obligacionistas;*

10. *Infringir las normas legales y reglamentarias que rigen para la calificación de riesgo;*

11. *No observar las normas que regulan las actividades de los depósitos centralizados de valores;*

12. *Transgredir las normas legales y reglamentarias relativas a las empresas vinculadas;*

13. *Emitir informes de auditoría externa sin ceñirse a las normas legales y reglamentarias y a los principios que regulan estos procesos;*

14. *Publicitar o difundir por cualquier medio, propaganda que pueda inducir al público a errores o confusión sobre los emisores o sobre valores en particular;*

15. *Utilizar prácticas monopólicas u oligopólicas en la fijación de comisiones, honorarios o tarifas.*

16. *No informar y sancionar, por parte de las bolsas de valores, o las asociaciones gremiales formadas por los entes creados al amparo de esta Ley, a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, de cualquier incumplimiento de las normas de autorregulación, en forma inmediata a su conocimiento, o de las sanciones impuestas por transgresión a las normas de autorregulación;*

17. *No restituir la garantía en el proceso de compensación y liquidación, cuando ésta hubiere sido ejecutada;*



18. *Ejercer actividades o desempeñar cargos sin haber obtenido previamente la autorización e inscripción correspondiente en el Catastro Público del Mercado de Valores;*

19. *No llevar la contabilidad según las normas y principios aplicables, o llevarla de forma que contenga vicios, imprecisiones o errores que impidan conocer la verdadera situación patrimonial o las operaciones;*

20. *Violar las normas relacionadas con la separación patrimonial entre los activos propios y los de terceros, o dar a los activos de terceros un uso diferente del permitido;*

21. *Disminuir, aumentar, estabilizar o mantener artificialmente el precio, la oferta o la demanda, de determinado valor;*

22. *No revelar en forma oportuna un potencial conflicto de interés, acorde a las normas previstas en esta Ley y sus normas complementarias;*

23. *No cumplir el emisor con las condiciones de la emisión;*

24. *No observar los entes regulados por esta Ley las disposiciones de los reglamentos y manuales internos que rigen su actividad en el mercado de valores;*

25. *No remitir a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros cualquier información que ésta requiera en cumplimiento de esta Ley y sus normas complementarias, o que sea requerida de manera específica para ejercer su labor de control;*

26. *Efectuar avalúos de bienes raíces y bienes muebles que no reflejen el valor del mercado;*

27. *En compañías intervenidas, celebrar actos o contratos sin contar con el visto bueno del interventor;*

28. *Realizar actividades de corresponsalía o referimiento sin estar legalmente autorizado; y*



*29. No entregar información requerida por las calificadoras o los representantes de obligacionistas en los términos previstos por esta ley y sus normas complementarias, de forma veraz, completa y oportuna.*²⁸

²⁸ Art. 207 de la Ley de Mercado de Valores, reformado por el Art. 76 de la LOFOSSB de la siguiente manera:

a) Cámbiense los literales por numerales;

b) Sustitúyase el literal c) por el siguiente:

“No divulgar en forma simétrica, oportuna, veraz, completa y suficiente la información que se determina en la presente Ley y en sus normas complementarias;”

c) Deróguese la conjunción “y,” al final del numeral 14 (literal n);

d) Añádase desde el numeral 16 hasta el 29.



Capítulo V

Alcance de las últimas reformas

5.1. Análisis y comentario acerca de las principales reformas al Fideicomiso Mercantil, de acuerdo a la legislación ecuatoriana.

Iniciaré manifestando que por Mandato de la Disposición General Décima Octava del Código Orgánico Monetario y Financiero, **La Ley de Mercado de Valores** es agregada como Libro II del antes mencionado cuerpo legal, publicado en Registro Oficial Suplemento 332, el 12 de Septiembre del 2014. Dicha incorporación incluye las reformas producidas en mayo de 2014 por la LOFOSSB.

Los referidos cuerpos legales contiene en la parte pertinente, disposiciones reformatorias que modifican el contenido de numerosos artículos de la Ley de Mercado de Valores y dentro de ellas las relativas a la institución del Fideicomiso Mercantil, mismas que analizaré en las líneas siguientes.

El **Art. 109** del referido cuerpo legal, mismo que constituye la esencia y define al Fideicomiso Mercantil, se mantiene intacto y no sufre modificación alguna. A mi criterio es importante destacar este particular debido a la gran importancia que tiene mantener intacta la figura del Fideicomiso Mercantil desde sus raíces.

El **Art. 110** es el primero que presenta un cambio, pues se elimina el primer inciso de la Ley de Mercado de Valores antes de la reforma: *“El fideicomiso mercantil deberá constituirse mediante instrumento público abierto. Cuando al patrimonio del fideicomiso mercantil se aporten bienes inmuebles u otros para los cuales la ley exija la solemnidad de escritura pública, se cumplirá con este requisito”* **quedando el texto siguiente:** *El contrato de fideicomiso mercantil deberá otorgarse mediante escritura pública.*²⁹

De lo expuesto se colige que en la disposición vigente, la modificación consiste en establecer de manera **obligatoria** que el contrato de Fideicomiso Mercantil, esto es, el título como tal, siempre deberá celebrarse *mediante escritura pública*, ya sea tenga como objeto un bien mueble, inmueble u otro. De

²⁹ Artículo reformado por el Art. 47 de la LOFOSSB, 20-V-2014.



acuerdo a lo modificado “no incide la naturaleza del bien en la forma en que deberá celebrarse el mentado contrato, esto es mediante Escritura Pública”. Diferencia notoria respecto a lo que sucedía en el artículo reformado, en el cual manifestaba que podía celebrarse mediante instrumento público abierto³⁰. En este contexto el Art. 205 del Código Orgánico General de Procesos define al documento público: “*Es el autorizado con las solemnidades legales. Si es otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública. Se considerarán también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente*”, por tanto anteriormente se daba apertura a efectuar mediante cualquier instrumento público abierto, pero cuando se trataba de bienes inmuebles obligatoriamente debía ser estipulado en una escritura pública.

En cuanto a la transferencia de la propiedad, esto es de los bienes que van a constituir el patrimonio autónomo no existe ninguna modificación, pues para la misma deberá tomarse en cuenta la naturaleza del objeto.

El Art. 113 sufre una modificación en su parte final, puesto que se incluyen los incisos cuarto y quinto de la siguiente manera:

“Se entiende en todos los casos por restitución la transferencia de dominio que haga el fiduciario a favor del mismo constituyente, del bien aportado a título de fideicomiso mercantil, en las mismas condiciones en las que fueron transferidos inicialmente.

Las constancias documentales sobre los derechos personales derivados del contrato de fideicomiso mercantil no constituyen valores.”³¹

Para analizar los incisos agregados de acuerdo a la LOFOSSB, me referiré a la parte inicial del artículo 113 que se mantiene intacto y no sufre ninguna modificación, en éste se indica que la transferencia de dominio se realiza a

³⁰ Según el autor Víctor Cevallos Vásquez, instrumento público abierto es aquel cuyas disposiciones no están sujetas a reserva alguna y, por instrumento público cerrado aquel que está sujeto a la reserva total o parcial impuesta por el propio aportante.

³¹ Incisos cuarto y quinto incorporados de acuerdo al Art. 48 de la LOFOSSB, 20-V-2014.



título de Fideicomiso Mercantil no es onerosa ni tampoco gratuita ya que no existe un provecho económico ni para el constituyente, ni para el fiduciario.

Esta situación se produce tanto para bienes muebles como inmuebles, así también las transferencias que haga el fiduciario “restituyendo” el dominio al mismo constituyente ya sea por caso fortuito o fuerza mayor o por efectos contractuales o cualquier situación que genere que los bienes vuelvan a condiciones en las que fueron transferidos. Nótese que se habla de la relación que se produce entre **constituyente y fiduciario**, tanto en la transferencia de bienes del primero hacia el segundo, como en el caso de la restitución que se produce por las causas señaladas con anterioridad, en el cual la fiduciaria restituye los bienes en las mismas condiciones que fueron transferidos inicialmente.

Cabe recalcar que en cuanto a la transferencia o restitución de bienes muebles realizada a título de Fideicomiso Mercantil está exenta de pago del IVA (Impuesto al Valor Agregado) y de otros impuestos indirectos.

La excepción a la regla se genera cuando se da la transferencia gratuita u onerosa por parte del **fiduciario en favor de los beneficiarios** en cumplimiento de las finalidades del Fideicomiso Mercantil, siempre que las disposiciones generales en las leyes así lo determinen.

Lo que hace el inciso cuarto incorporado en la Ley de Mercado de Valores es definir lo que se entiende por “restitución” y nos indica que se trata de la transferencia de dominio que la haga el fiduciario a favor del mismo constituyente en las mismas condiciones que fueron transferidos inicialmente, particular que lo detallé en líneas anteriores y que realmente a mi criterio no era necesario incluir y especificar de esa manera.

El inciso quinto se refiere a los derechos personales que también se los conoce como créditos y que de acuerdo al Art. 596 del Código Civil *“Son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas, como el que*



tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales”

En cuanto a estos derechos, el inciso en cuestión nos indica que las constancias documentales (como una letra de cambio por ejemplo) emitidas sobre los derechos personales derivados del contrato de Fideicomiso Mercantil no constituyen valores, pues mantienen la calidad de créditos, lo cual implica que para efectos de restitución se devolverán como tales y no como valores.

Continuando con el análisis en el Art. 115 se incluyen los incisos sexto y séptimo de la siguiente manera:

“Las entidades del sector público únicamente pueden adherirse a contratos de fideicomisos mercantiles cuyos constituyentes sean también entidades del sector público.

Para el cumplimiento de su finalidad, el patrimonio autónomo podrá obtener financiamiento de instituciones del sistema financiero, mediante la emisión de valores establecidos en esta ley, y a través de otros mecanismos que regule la Junta”³²

Para analizar esta disposición me contextualizaré con la parte pertinente del artículo que no se encuentra modificada, en esta se habla de quienes pueden ser constituyentes de un Fideicomiso Mercantil, luego se refiere a la figura de la Adhesión, y respecto a ello añade dos particulares:

En primer lugar, se da una limitación para los constituyentes adherentes puesto que al referirse a entidades del sector público únicamente pueden adquirir esta calidad, cuando quienes han constituido el Fideicomiso Mercantil son personas del sector público. Recordemos que las instituciones del sector público pueden ser constituyentes de un fideicomiso sujetándose al reglamento especial que para el efecto expedirá la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Esta modificación o limitación que se crea en cuanto a las entidades del sector público en el tema de la adhesión, a mi criterio se produce

³² Reformado por el Art. 49 de la LOFOSSB del 20-V-2014 y por la Disposición Reformatoria Décima Séptima, numeral 17 del COMYF del 12-IX-2014.



por el tema de la seguridad y cuidado especial que requieren los bienes públicos, entiéndase que si otra institución pública figura como constituyente y abre la posibilidad de que nuevas personas se adhieran al Fideicomiso Mercantil, se lo hará pensando siempre en este bien común de lo público y no en intereses particulares que puedan afectar dicha calidad; no es lo mismo que un particular cuide sus bienes privados.

En segundo lugar se da la posibilidad de que en el cumplimiento de estos Fideicomisos Mercantiles se pueda obtener financiamiento de instituciones del sistema financiero, las cuales deberán regirse a la ley que es objeto de este análisis así como a otros mecanismos que regule la Junta.

En el Art. 120 se agrega al numeral 2 el literal “c” con el siguiente texto:

- c) Los demás requisitos que establezca la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.³³

Para realizar un adecuado análisis de este particular, es necesario ubicarnos en numeral 2 del Art. 120 que establece: “Además, el contrato podrá contener elementos adicionales, tales como:”; si bien es cierto no forma parte de los requisitos mínimos e indispensables contenidos en el Art. 120 numeral 1, se da la posibilidad para que en lo futuro y con el transcurso del tiempo se incorporen requisitos por parte de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, sin que exista la necesidad de modificar o reformar la presente Ley.

Un tema relevante se encuentra en el artículo innumerado siguiente y que se lo incluye luego del Art. 120:

Art. ...- Las instituciones del sistema financiero solamente podrán aceptar la calidad de beneficiarias en fideicomisos mercantiles de garantía que respalden las siguientes operaciones crediticias:

1. *Créditos de vivienda;*

³³ Agregado por el Art. 51 de la LOFOSSB del 20-V-2014; y, reformado por la Disposición Reformatoria Décima Séptima, numeral 2 del COMYF del 12-IX-2014.



2. *Para el desarrollo de proyectos inmobiliarios;*
3. *Para el financiamiento de infraestructura, circunscritos a la formación bruta de capital fijo;*
4. *De inversión pública;*
5. *Créditos sindicados conjuntamente con banca pública o instituciones financieras multilaterales;*
6. *Con respaldo de los Fondos de Garantía Crediticia; y,*
7. *Créditos productivos específicos que se puedan garantizar con fideicomisos mercantiles sobre inventarios de materia prima, de productos en proceso u otros bienes que determine la Junta Bancaria.*

Las instituciones referidas no podrán aceptar la calidad de beneficiarios en fideicomisos mercantiles de garantía de operaciones de crédito de consumo, o de operaciones de crédito distintas a las detalladas en el inciso precedente.

Estos fideicomisos de garantía deberán inscribirse en el Catastro Público del Mercado de Valores y la Junta Bancaria establecerá los límites y restricciones para considerar a estos fideicomisos como garantías adecuadas.

En ningún caso personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, incluyendo naturalmente a las instituciones del sistema financiero, podrán constituir fideicomisos mercantiles en garantía sobre vehículos.

Cualquier estipulación contractual cuyo objeto o efecto sea eludir o burlar el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se entenderá no escrita”.³⁴

Sin duda un tema relevante incluido en las reformas es el artículo innumerado transcrito anteriormente.

³⁴ Agregado por el Art. 53 de la LOFOSSB del 20-V-2014; y, reformado por la Disposición Reformatoria Décima Séptima, numeral 1 del COMYF del 12-IX-2014.



Recordemos que en el año de 1998 de acuerdo a la Ley de Mercado de Valores vigente a esa época, se establecía en la disposición transitoria séptima un tiempo de un año calendario, para que las Instituciones del Sistema financiero que se encontraban realizando negocios fiduciarios a la fecha de expedición de esa ley, traspasen dichos negocios a una Administradora de Fondos y Fideicomisos, con ello quedaba prohibido que las Instituciones del sistema financiero actúen como fiduciarias.

Este panorama cambia con la inclusión del artículo innumerado que establece una enumeración de siete operaciones crediticias y al incluir la palabra “**solamente**” se entiende que de manera taxativa dos particulares

1. Que son las únicas operaciones crediticias sobre las cuales las entidades del sistema financiero pueden aceptar la calidad de beneficiarias en Fideicomisos Mercantiles de Garantía.
2. La disposición se refiere a que solamente podrán aceptar la calidad de “beneficiarias” esto quiere decir que únicamente en las siete actividades señaladas anteriormente podrán participar las Instituciones del Sistema Financiero, pero en ninguna otra calidad que no sean como “**beneficiarias**”.

El inciso segundo realiza una prohibición a las instituciones financieras anteriormente expuestas en cuanto no pueden aceptar la calidad de beneficiarios en operaciones de *crédito de consumo*³⁵, o de operaciones de crédito distintas a las detalladas en el inciso precedente.

Además se establecen dos requisitos adicionales para los Fideicomisos de Garantía; el primero que establece que se debe inscribir dicho fideicomiso en el Catastro Público del Mercado de Valores y el segundo que señala que la Junta

³⁵Un Crédito de Consumo es un préstamo a corto o mediano plazo que se otorga para obtener dinero de libre disposición. Normalmente se utiliza para financiar la compra de bienes de consumo o realizar el pago de servicios. El dinero se designará para: la cancelación de deudas, gastos de viaje, bienes de consumo, remodelación de viviendas, gastos de salud, pago de servicios, etc. Las cuotas a pagar provienen de los sueldos o mensualidades.



Bancaria establecerá los límites y restricciones para considerar a estos fideicomisos como garantías adecuadas.

El penúltimo inciso indica con claridad que ninguna persona, sea cual fuese su naturaleza, ni tampoco instituciones del sistema financiero podrán constituir Fideicomisos Mercantiles en garantía sobre vehículos. Del referido inciso puedo señalar mi total desacuerdo, puesto que el Fideicomiso Mercantil en garantía sobre vehículos ha resultado un mecanismo eficaz para garantizar obligaciones derivadas de la compra de vehículos. Considero que las garantías tradicionales no generan la eficacia necesaria que se busca al momento de cumplir obligaciones, esto en cuanto en nuestro país la administración de justicia suele ser lenta y complicada y en caso de incumplimiento de una obligación tendremos que recurrir a la vía judicial, sino se han previsto mecanismos alternativos en la solución de conflictos.

De esta manera una persona podría adquirir un vehículo generando un crédito, mismo que será garantizado al acreedor transfiriendo el automotor a un patrimonio autónomo, administrado por una fiduciaria imparcial e independiente que tendrá la instrucción especial de que en caso de incumplimiento de las obligaciones del deudor, proceda con la venta del bien transferido “vehículo” y con el producto obtenido de esta venta se cumpla con la obligación adquirida.

Ante ello resulta completamente válido y ágil el uso de del Fideicomiso Mercantil en garantía sobre vehículos que ayudaría a solventar los inconvenientes provenientes de otras figuras jurídicas.

Finalmente se establece que cualquier estipulación contractual que viole lo relatado en líneas anteriores, se entenderá no escrita, esto es inexistencia, es decir que nunca existió.

La siguiente disposición que se modifica es la contenida en el Art. 121, que en su primera parte se mantiene: “Los bienes del fideicomiso mercantil no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario, salvo pacto en contrario previsto en el contrato. En ningún caso dichos bienes podrán ser



embargados ni objeto de medidas precautelatorias o preventivas por los acreedores del fiduciario”. Sin embargo a continuación se produce un cambio importante, puesto que anteriormente se establecía que: *“Los acreedores del beneficiario, podrán perseguir los derechos y beneficios que a éste le correspondan en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso mercantil.”*

Con la reforma de la LOFOSSB a la Ley de Mercado de Valores, producida en mayo de 2014, se sustituye lo señalado en líneas anteriores por lo siguiente: *“Los acreedores del constituyente o del beneficiario podrán ejercer las acciones sobre los derechos o beneficios que a estos les correspondan en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso mercantil”³⁶*

El cambio esencial de este artículo lo encontramos en que si bien anteriormente se facultaba a los acreedores del beneficiario para perseguir los derechos y beneficios que a él le asistían. Actualmente se faculta ya no solo a los acreedores del beneficiario sino también a los acreedores del constituyente de un contrato de Fideicomiso Mercantil para que ejerzan las acciones sobre lo que les correspondan a ellos en virtud de la finalidad del contrato.

Ojo que no estamos hablando de ejercer acciones en contra de los bienes del patrimonio autónomo que tiene la característica de ser inembargable, pero si se abre la posibilidad de que tanto los acreedores del beneficiario como los del constituyente reclamen y ejerzan acciones contra los derechos y beneficios que les correspondan de acuerdo al contrato de Fideicomiso Mercantil.

³⁶ Sustituido de acuerdo al Art. 52 de la LOFOSSB, 20-V-2014.



CONCLUSIONES

Luego del análisis y estudio realizado sobre el Fideicomiso Mercantil, concluyo lo siguiente:

Primero: El Fideicomiso Mercantil, es un contrato que presenta total utilidad para emprender en negocios que puedan materializarse a través de las diferentes clases de fideicomisos, tales como: de inversión, de garantía, de administración y pago, inmobiliario.

Segundo: La inembargabilidad de los bienes que conforman el patrimonio autónomo debe establecerse en el contrato de constitución del Fideicomiso Mercantil y debe entenderse respecto de posibles acreedores del constituyente, mas no respecto de acreedores del Fideicomiso Mercantil.

Tercero: Que gran parte de la seguridad jurídica que brinda esta figura, se lo otorga a la gestión que realiza la empresa fiduciaria o administradora de fondos y fideicomisos, que se muestra como una experta y conocedora de los negocios a emprender y que han sido encomendados a ella, para el cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato de Fideicomiso Mercantil.

Cuarto: Estamos ante un contrato que se enmarca dentro de la figura del derecho privado, y que por tanto permite que las partes contratantes puedan establecer y ponerse de acuerdo en cláusulas de la más variada naturaleza, siempre y cuando no se menoscaben derechos ni violen la normativa vigente.

Quinto: El contrato de Fideicomiso Mercantil no debe ser mirado como una figura jurídica que puede ser utilizada para perjudicar a terceros, puesto que existen las sanciones establecidas en la ley para cualquier acto que se salga de esta esfera.

Sexto: El contrato de Fideicomiso Mercantil, es de medios no de resultados, es la fiduciaria la que tiene que cumplir a cabalidad con cada una de las instrucciones emitidas por parte del fideicomitente al momento de la constitución, recordemos que el futuro es incierto.



Séptimo: Que de acuerdo a las reformas incorporadas por la LOFOSSB y el COMYF, destaco la importancia de establecer que el contrato de Fideicomiso Mercantil se realice mediante escritura pública, como medio para dotarle de seguridad jurídica desde el momento de su constitución.

Octavo: Manifiesto mi desacuerdo en que se prohíba establecer fideicomisos de garantía sobre vehículos, cuando se ha comprobado la total eficacia y funcionalidad de esta clase de fideicomiso como medio que permite a una persona obtener un vehículo y a otra poder financiarla, con la total seguridad y agilidad que brindaría constituir fideicomiso de garantía sobre el mismo.



RECOMENDACIONES

Primero: Se recomienda a las fiduciarias que difundan su trabajo, mediante mecanismos masivos que permitan a los ciudadanos conocer los servicios que brindan y las ventajas que tiene constituir un Fideicomiso Mercantil para poder utilizarlo en cualquier negocio que se quiera emprender.

Segundo: Es necesario que el Fideicomiso Mercantil se sujete a la normativa vigente, y evite ser constituido con la finalidad de perjudicar a terceros que se pueden ver involucrados como acreedores del constituyente.

Tercero: Se recomienda que las reformas que sufren los cuerpos legales sean basadas en criterios sólidos y se analice la pertinencia de limitar figuras jurídicas como el Fideicomiso Mercantil, en cuanto se prohíbe constituir Fideicomisos Mercantiles en Garantía sobre vehículos.

Cuarto: Que los negocios fiduciarios deben estar basados efectivamente en la confianza, y que el constituyente debe cerciorarse de que la Fiduciaria sea experta en los negocios que va emprender, ya que a ella confiará la gestión de sus bienes, mismos que estarán destinados a una finalidad determinada.

Quinto: Se recomienda a las facultades de Jurisprudencia, incluir dentro de la cátedra respectiva la figura del Fideicomiso Mercantil, que si bien es una institución con varios años de historia, es necesario que los futuros abogados conozcan los beneficios resultantes de aplicar esta figura de acuerdo a la legislación ecuatoriana.



BIBLIOGRAFÍA.

Alessandri Rodriguez, Arturo. *Derecho Civil: De los Contratos*. Ediciones Zamarana y Caperan. Santiago de Chile. 1986.

BaucheGarcíadiego, Mario. *Operaciones Bancarias*. Editorial Porrúa. México. 1981.

“BICSA”. Internet: <https://www.bicsa.com/es/servicios/fideicomiso-de-inversion>. Acceso: 4 de febrero de 2016.

Bonivento Fernandez, José Alejandro. *Los Principales Contratos Civiles Y Comerciales*. Ediciones Librería Del Profesional. Tomo 2. Bogotá-Colombia. 1991.

Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho*. 14ava. Ed.

Carregal, Mario. *El fideicomiso. Regulación Jurídica y posibilidades prácticas*. Universidad. Buenos Aires. 1982.

Cevallos, Víctor. *Contratos Civiles y Mercantiles*. Tomo III. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito. 2010.

Cevallos, Víctor. *Contratos Civiles y Mercantiles*. Tomo III. Editorial Jurídica del Ecuador. Ecuador. 2013.

“Comisión Europea”. Internet: <http://www.enlace.ec/inversion.htm>. Acceso: 28 de noviembre de 2015.

Cornejo, José. *El Fideicomiso Mercantil y Sus Usos En El Sistema Financiero*. Ruptura No. 45. Tomo I. Asociación Escuela De Derecho, Pontificia Universidad Católica Del Ecuador. 2002.



“Fondos Pichincha”. Internet:

<http://fondospichincha.yage.ec/portal/es/web/fondos-pichincha/fideicomiso-inmobiliario>. Acceso: 01 de marzo de 2016.

Gomez De La Torres Reyes, Diego. *El Fideicomiso Mercantil*. Editorial Albaluz Offset. Quito. 1988.

González Torre, Roberto. *El Fideicomiso*. Edino. Guayaquil-Ecuador. 2000.

Larrea Holguín, Juan. *Manual elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Volumen 2. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 2002.

Leal Pérez, Hildebrando. *Contratos Bancarios*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. Colombia. 1990.

Molina Sandoval, Carlos. *El fideicomiso en la dinámica mercantil*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Argentina. 2004.

Ossorio, Manuel. *“Diccionario De Ciencias Jurídicas, Políticas Y Sociales”*. Primera Edición Electrónica. Guatemala.

Peña, Lisandro. *Contratos mercantiles, nacionales e internacionales*. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá. 2010.

Ponce, Romero. Internet: <http://www.rap.com.ec/es/fideicomiso-y-patrimonio>. Acceso: 22 de noviembre de 2015

“Revista Jurídica, Universidad Católica Santiago de Guayaquil”. Internet: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=800&Itemid=32. Acceso: 5 de enero de 2016.

Rodríguez Azuero, Sergio. *Negocios Fiduciarios*. Legis Editores S.A. Bogotá-Colombia. 2005.



Rodriguez Azuero, Sergio. *Contratos Bancarios, su significación en Latinoamérica*. Editorial Legis.

Rodriguez Rodriguez, Joaquín. "*Derecho Mercantil*". Quinta Edición. Tomo 1. Editorial Jurídica Del Ecuador. Quito. 1994.

"Trust Fiduciaria". Internet: <http://www.trustfiduciaria.com/servicios.htm>. Acceso: 28 de enero de 2016.

Valencia, Arturo. *Derecho Civil de las Obligaciones*. Tomo III. Cuarta Edición. Editorial TEMIS. Bogotá. 1974.

Valencia Arturo, Ortiz Álvaro. *Derecho Civil*. Tomo2. Bogotá- Colombia. 2007

CUERPOS NORMATIVOS CONSULTADOS

Código Civil Ecuatoriano

Código de Comercio Ecuatoriano

Código Orgánico General de Procesos

Código Orgánico Integral Penal

Código Orgánico Monetario y Financiero.

Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil.

Reglamento a la Ley de Mercado de Valores de Ecuador.