

RESUMEN

El fideicomiso mercantil, aparece en nuestra legislación a través de la Ley de Títulos de Crédito de 1963, ley que tuvo poca duración y no trajo ningún avance en la materia. Treinta años después, la figura del fideicomiso es incorporada por el artículo 80 de la Ley de Mercado de Valores de 1993; sin embargo, continuó siendo insuficiente dada la complejidad y los efectos jurídicos que produce una figura de corte anglosajón en legislaciones de corte romanista como la ecuatoriana.

La presente tesis va a analizar la figura del fideicomiso mercantil prevista en la Ley de Mercado de Valores de 1998, normativa que incorpora un elemento único en las legislaciones latinoamericanas, esto es, la dotación al fideicomiso mercantil de personalidad jurídica; además de los orígenes, estructura y funcionamiento de esta institución.

El fideicomiso mercantil, nace con la finalidad de constituirse en un vehículo seguro, eficaz e idóneo para encargar a una tercera persona profesional y especializada el desarrollo de una gestión, (Administradoras de Fondos y Fideicomisos), en beneficio propio o de un tercero beneficiario designado por éste; por lo cual se ha convertido en un contrato de medio de gran significación que permitirá la estructuración de negocios y la continuidad de los mismos.

PALABRAS CLAVE:

Fideicomiso mercantil.- Patrimonio autónomo.- Personalidad jurídica.- Bienes fideicomitidos.- Fiduciario.

ÍNDICE

1. CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES ACERCA DEL FIDEICOMISO

1.1 Etimología y Reseña histórica.....	10
1.2 Concepto y definición.....	14
1.3 Características.....	17
1.4 Sujetos que intervienen.....	19
1.5 Objeto del contrato.....	25
1.6 Patrimonio autónomo.....	27
1.7 Contratos fiduciarios.....	36
1.8 Negocios prohibidos.....	42

2 CAPÍTULO II

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL EN EL ECUADOR

2.1 Generalidades.....	45
2.2 Importancia del contrato de fideicomiso mercantil.....	48
2.3 Vigencia del contrato.....	49
2.4 Principales clases de fideicomisos que se instrumentan.....	50
2.5 Derechos y obligaciones del constituyente.....	69
2.6 Derechos y obligaciones del fiduciario.....	72
2.7 Derechos y obligaciones del beneficiario.....	76
2.8 Forma y requisitos mínimos del contrato de fideicomiso mercantil	78
2.9 Causas de terminación del contrato fiduciario.....	82

3 CAPÍTULO III

LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS Y FIDEICOMISOS

3.1 Origen y evolución.....	85
3.2 Constitución de la sociedad.....	88

3.3 Responsabilidades de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos.....	90
3.4 Eximentes generales de responsabilidad.....	97
3.5 Renuncia y sustitución del fiduciario.....	100
3.6 Régimen tributario para los negocios fiduciarios.....	103
CONCLUSIONES.....	112
RECOMENDACIONES.....	114
BIBLIOGRAFÍA.....	116



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Fundada en 1867

Yo, Karla Auxiliadora Cañizares Cevallos, autor de la tesis "El Contrato de Fideicomiso Mercantil en la Legislación Ecuatoriana", 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 de mi título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República 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 abril de 2013



Karla Auxiliadora Cañizares Cevallos.
0103840708

Cuenca Patrimonio Cultural de la Humanidad. Resolución de la UNESCO del 1 de diciembre de 1999

Av. 12 de Abril, Ciudadela Universitaria, Teléfono: 405 1000, Ext.: 1311, 1312, 1316

e-mail cdjbv@ucuenca.edu.ec casilla No. 1103

Cuenca - Ecuador



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Fundada en 1867

Yo, Karla Auxiliadora Cañizares Cevallos, autor de la tesis "El Contrato de Fideicomiso Mercantil en la Legislación Ecuatoriana", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuenca, 17 de abril de 2013



Karla Auxiliadora Cañizares Cevallos.
0103840708

Cuenca Patrimonio Cultural de la Humanidad. Resolución de la UNESCO del 1 de diciembre de 1999

Av. 12 de Abril, Ciudadela Universitaria, Teléfono: 405 1000, Ext.: 1311, 1312, 1316

e-mail cdjbv@ucuenca.edu.ec casilla No. 1103

Cuenca - Ecuador



UNIVERSIDAD DE CUENCA
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

“El Contrato de Fideicomiso Mercantil en la Legislación Ecuatoriana”

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN
DEL TÍTULO DE ABOGADA DE LOS
TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA
REPÚBLICA Y LICENCIADA EN
CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.

AUTORA:

KARLA AUXILIADORA CAÑIZARES CEVALLOS.

DIRECTOR:

DR. EDGAR GEOVANNI SACASARI A UCAPIÑA.

Cuenca – Ecuador

2013

DEDICATORIA

A mis padres y hermano por su incondicional amor, apoyo, esfuerzo y dedicación para ayudarme a conseguir mis metas. Gracias por ser, gracias por estar.

A Martín, por ser mi razón de ser.

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Las primeras manifestaciones de la fiducia, que hoy conocemos como fideicomiso, surgieron en Roma durante el período inicial, sin embargo fueron reconocidas y empleadas como institución jurídica durante la República, en virtud de la cual el fideicomitente efectuaba una disposición de última voluntad de sus bienes, con la finalidad de evitar los estrictos controles del Imperio Romano, sobre todo en lo concerniente al derecho sucesorio y al estatus personal.

Debido a la influencia que tuvo la invasión de las islas inglesas por los romanos, no fue extraño que el fideicomiso se aplicara casi de inmediato, pero con matices muy propios de la mentalidad e independencia de los anglosajones. Es así como crearon sus propios mecanismos, a través de tribunales especiales denominados 'equity', formándose algo así como un derecho de propiedad desdoblado: de un lado el propietario del bien, y del otro lado el beneficiario del mismo. Con el correr de los años y con el peso de nuevas ideas fue concebido el 'trust', el cual pasó a las colonias inglesas en América y más tarde cobró un gran desarrollo en los Estados Unidos de América y en Canadá.

En el caso del Ecuador, el fideicomiso mercantil, aparece regulado por primera vez en la Ley de Títulos de Crédito de 1963, misma que fue derogada días después, por lo que no trajo ningún avance en la materia. Treinta años después la figura del fideicomiso es incorporada a nuestra legislación por el artículo 80 de la Ley de Mercado de Valores de 1993, sin embargo continuó siendo insuficiente, dada la complejidad y los efectos jurídicos que produce esta institución.

Por lo que, en 1998 se promulga la nueva Ley de Mercado de Valores, en donde el negocio fiduciario vio abrir sus ojos, con una normativa adecuada, que se asienta en términos claros y detallados, dándole un nuevo enfoque a esta

institución, dotándole de personalidad jurídica, con lo cual el Ecuador se aparta de la tendencia latinoamericana.

El fideicomiso mercantil, así concebido, permite a sus usuarios optimizar tiempo y recursos, sobre la base de la transferencia de bienes de cualquier naturaleza, con la finalidad de crear un patrimonio autónomo e independiente, para la consecución de finalidades específicas que deben estar determinadas en el contrato de constitución.

Por lo tanto, el fideicomiso mercantil nace con la finalidad de constituirse en un vehículo seguro, eficaz e idóneo para encargar a una tercera persona profesional y especializada el desarrollo de una gestión, en beneficio propio o de un tercero beneficiario designado por éste; por lo cual se ha convertido en un contrato de gran significación que permite la estructuración de negocios y la continuidad de los mismos con la actuación de un tercero profesional, además que permite obtener un alto grado de seguridad en la inversión, pues provee protección contra riesgos económicos, tales como insolvencia, reclamaciones de pago, etcétera, o con respecto a procedimientos judiciales de cualquier clase, en contra de cualquiera de las partes, dado el carácter inembargable de los bienes fideicomitidos, por créditos particulares del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario.

De modo que el tema de la presente tesis responde a la actualidad del entorno nacional, pues a diario se exponen en la prensa, tanto visual, escrita y auditiva temas relativos al fideicomiso mercantil y las soluciones que buscan obtenerse a través de su constitución, es por ello que este estudio nos permitirá tener una visión global de esta institución, sus orígenes, estructura y funcionamiento en el país, de manera que sea difundido entre sus usuarios, en particular y en el mercado, en general, a fin de que se tenga un conocimiento claro sobre su propósito, utilidad y ventajas.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES ACERCA DEL FIDEICOMISO

1.1 ETIMOLOGÍA Y RESEÑA HISTÓRICA

Dada a la importancia que tiene el contrato de fideicomiso en nuestra legislación y para obtener criterios correctos que permitan poner a esta institución jurídica al servicio de las crecientes demandas que, la dinámica económica moderna formula al derecho, es conveniente analizar su etimología y antecedentes históricos.

Esta figura jurídica desarrolló sus bases en el Derecho Romano y en el Derecho inglés.

Derecho Romano

El término fideicomiso deriva del latín “*fides*” que significa “fe o confianza” y “*commissus*” que significa “comisión o encargo”. Por lo que, etimológicamente, fideicomiso significa comisión o encargo de fe o de confianza.

Durante su período inicial, llamado también arcaico, encontramos las primeras manifestaciones de la fiducia. Sin embargo, es en el período post-clásico (230 d. C. -535 d.C.) en que se produjo la Recopilación de Leyes por Justiniano en una serie de textos jurídicos agrupados bajo el nombre de *Corpus Iuris Romani* y es allí cuando se viene a saber cómo operaba realmente esta figura.

En esencia, la fiducia o *pactum fiduciae*, consistía en una forma solemne de transferir la propiedad de una persona a otra por medio de la *mancipatio*¹ o la *in*

¹ Modo de adquirir la propiedad del ius civile arcaico. Era un negocio per aes et libram y requería la presencia de cinco testigos que fueran ciudadanos romanos y púberes, también se requería la presencia de otras personas que era el libripem que sostenía la balanza. El ritual consistía en que el adquirente, que se

*jure cesio*², con la obligación de quien la recibía debía devolverla una vez que la finalidad haya sido cumplida. En este contexto se constituyeron sus dos principales modalidades que fueron: el *pactum fiduciae cum creditore* y el *pactum fiduciae cum amico*. Además, dentro de este mismo marco se desarrolló el *fideicommissum*, como disposición de última voluntad.

Pactum Fiduciae

Consistía en el acuerdo entre vivos, “con la obligación para el adquirente de retransmitir los bienes en determinadas circunstancias”. (Rodríguez, 2005, p.7)

Sus dos principales modalidades fueron: el *pactum fiduciae cum creditore* y el *pactum fiduciae cum amico*.

- ***Pactum fiduciae cum creditore***: Consistía en un negocio a título oneroso mediante el cual el deudor (fiduciante) entregaba al acreedor (fiduciario) la propiedad de una cosa en garantía de la obligación que los vinculaba, con cargo de devolvérsela una vez que ésta ha sido satisfecha.

llamaba *mancipio accipiens*, golpeaba uno de los platillos de la balanza con un trozo de bornote y lo entregaba como precio después de pronunciar una fórmula solemne y el transmitente, que se llamaba *mancipio dans*, lo recibía y no estaba obligado a hacer ninguna manifestación. En derecho arcaico la *mancipatio* era una venta real y en ella se producía el intercambio inmediato de cosa y precio. La cosa tenía que estar presente y el comprador tenía que cogerla con la mano cuando era mueble; si era inmueble tenía que llevar algo que lo simbolizase. Con la acuñación de almoneda, ésta sustituyó al metal y el precio pasó a ser un símbolo; una sola moneda. De esa forma la *mancipatio* se convirtió en una venta imaginaria; un negocio para satisfacer las necesidades económico-sociales y la *mancipatio* se aplicaba a la transmisión de propiedad de la *res Mancipi* para adquirir la potestad en la familia para el testamento.

² Acto formal y abstracto y era a imagen y semejanza de la *legis actio sacramento in rem*. Servía para transmitir la propiedad de la *res Mancipi* y de la *res nec Mancipi*. Era un proceso de reivindicación y sólo accesible a ciudadanos romanos. El ritual consistía en la comparecencia ante el pretor del transmitente y el adquirente como demandado y demandante respectivamente. El adquirente hacía una afirmación solemne de su derecho y el adquirente no contestaba. Entonces el pretor hacía una atribución formal del derecho al que lo reclamaba, una *addictio*. La *in iure cessio* se utilizaba menos que la *mancipatio* y se aplicaba para transmitir la propiedad de la *res Mancipi* y de la *res nec Mancipi*. Parece constituir un usufructo o derecho reales, para constituir servidumbres rústicas y urbanas, para constituir derechos de personas y para la transmisión de la herencia.

- ***Pactum fiduciae cum amico***: A diferencia del anterior, se celebraba a título no oneroso y en interés del fiduciante, no del fiduciario y buscaba transferir los bienes a este último en virtud de la confianza depositada en sí por un amigo, para que pueda disponer de los mismos y ejercitar las facultades inherentes al dueño como administrarlos, celebrar contratos en torno a ellos, defenderlos contra el ataque de terceros, etc., según las instrucciones que se le hubiere impartido.

Fideicommissum

Tuvo sus orígenes en las múltiples incapacidades para heredar que contemplaba el derecho romano y en la necesidad de poder realizar la última voluntad del testador a través de una figura que pudiera hacerla efectiva.

Consistía en un encargo basado en la honradez y buena fe de quien actuaba como fiduciario, sin que existiera acción que permitiera reclamar su ejecución. Se lo realizaba a través de un testamento, por el cual se encargaba la ejecución de un encargo a favor de alguna persona que se deseaba beneficiar por parte del testador; éste transfería a otra persona (fiduciario) determinados bienes con el objeto de que este último, figurando como propietario, los utilizara en beneficio de otra u otras personas a quienes, posteriormente, de ser posible, debían serles transferidos los bienes.

Derecho Inglés

En Inglaterra encontramos dos figuras con características similares a la fiducia romana y son: el *use* y el *equity*.

El primero, aparece como antecedente del “*trust*” y consistía en que una persona (*feoffor to use* o *settlor*), propietaria de tierras, transfería a otra (*feoffee to use*) el dominio de ellas, con el entendimiento entre las partes que, aún cuando este último fuera el legítimo dueño del inmueble, una tercera persona

(*cestui to use*) sería quien tendría derecho a disfrutar de todos los beneficios derivados de la tierra. Su utilización se popularizó con la promulgación del “Estatuto de Manos Muertas”³ que impedía a las comunidades religiosas poseer bienes inmuebles y, para evitar el inconveniente, los monjes adquirirían a través de un tercero la propiedad de un inmueble destinado a beneficiar a la comunidad. Esta figura también fue utilizada como vía para eludir las confiscaciones de bienes y proteger a un caballero que partía para las cruzadas, por lo que, transfería sus bienes a una persona de confianza, en beneficio de su esposa e hijos. Sin embargo, el “*use*” también se utilizó para llevar a cabo transmisiones testamentarias prohibidas por la ley o en fraude de acreedores.

El *Equity* aparece en el derecho anglosajón como un ordenamiento jurídico que, en un principio suplió al *Common Law* (derecho común) y, actualmente, lo complementa. “La *equity jurisdiction* surgió entonces, como una emanación de la reserva de jurisdicción que competía al soberano, que se ponía en movimiento para evitar esas situaciones carentes de equidad que se podrían originar con la aplicación estricta del Derecho Común”. (Carregal, 2008, p.42) Con el pasar del tiempo el *use* se convierte en *trust*, el cual ha sido definido por Scott como “una relación de naturaleza fiduciaria referida a ciertos bienes que genera obligaciones personales y de equidad en cabeza del fiduciario o trustee emergentes del encargo de manejar esos bienes en beneficio de otro,”

³ El término “manos muertas” deriva del francés medieval (*mort main*) y se utilizaba para significar la propiedad por un ente o institución de bienes inmuebles que pueden ser transferidos o vendidos a perpetuidad, siendo utilizado generalmente en un contexto de prohibición, es decir, incapacitados jurídicamente para su enajenación, ya que la alienación de la propiedad eclesiástica está prohibida por los cánones eclesiásticos y los miembros de las Órdenes Eclesiásticas son reconocidos como personas muertas en derecho, es por ello que la frase “manos muertas”, se usó para expresar este aspecto de la iglesia como dueña de propiedad, intentando, los estatutos de manos muertas, hacer que las leyes seculares impusieran limitaciones sobre el poder eclesiástico para adquirir propiedades. Estas leyes se encuentran en numerosas formulaciones civiles de la Edad Media que limitan la cantidad de propiedad real que podía ser mantenida por las iglesias o monasterios, principalmente porque éstas estaban exentas de deberes y servicios feudales. El poco éxito de tales formulaciones se puede ver en varias declaraciones sobre la gran proporción de tierra que estaba en manos de la Iglesia. En Inglaterra la Carta Magna, revisada y confirmada por Enrique III, prohibió la transferencia de tierras a corporaciones eclesiásticas por un arrendatario sin el consentimiento de su señor.

(Carregal, 2008, p.44) el cual ha sido considerado por muchos como uno de los aportes más formidables del derecho inglés a la cultura jurídica universal, por lo cual pasó de Inglaterra a Norteamérica, en la década de los veinte del siglo anterior, con la diferencia que en los Estados Unidos de América, al darse cuenta respecto de la inconveniencia de encargar la responsabilidad sobre el manejo de un patrimonio a una persona natural, consideraron conveniente hacerlo a un tipo de institución (persona jurídica) que no estuviese afectada por ninguna de las eventualidades que pueda perjudicar a una persona natural.

Es importante indicar que el *trust* fue una fuente directa del fideicomiso latinoamericano, en donde se promueve el fideicomiso, ya que se trataba de estimular la riqueza de Latinoamérica, pues se estimaba que la pobreza se debía a la carencia de instrumentos financieros que estimulen el ahorro y la retención de la riqueza.

El fideicomiso aparece, entonces, a manera de una derivación del *trust*, como un mandato cuya característica especial es el hecho de ser irrevocable, donde una parte transfiere determinados bienes al fiduciario para que se disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad de aquél y éste a su vez, los administra y dispone a favor de un tercero llamado beneficiario que puede ser el propio fiduciante.

1.2 CONCEPTO Y DEFINICIÓN

En primer término podríamos decir que, el fideicomiso es una interesante institución jurídica destinada a brindar seguridad a ciertos negocios que requieren de una estructura con suficiente flexibilidad para adaptarse a particulares modalidades; sin embargo, no es fácil dar un concepto universal de fideicomiso, pues en América Latina se han adoptado diferentes nociones que obedecen a distintas teorías sobre la naturaleza jurídica de esta figura. Éstas han incorporado la teoría del patrimonio de afectación en algunos casos, la del mandato irrevocable

en otros y la de la transmisión de la propiedad u otros derechos con el objeto de cumplir con ellos una determinada finalidad establecida por el constituyente. En el último caso, el esquema se presenta para el logro de la finalidad determinada, pero con la advertencia de que, la actividad del fiduciario se encuentra limitada por las obligaciones que adquiere y por las facultades que se le otorgan para el cabal cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato constitutivo.

Sin embargo, pese a la influencia de las distintas teorías mencionadas, la última de ellas permite definir al fideicomiso o fiducia 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 que, con el producto de su actividad cumpla la finalidad establecida por el constituyente, ya sea en su favor o en beneficio de un tercero.” (Rodríguez, 2005, p. 182)

El fideicomiso mercantil es definido por Roberto González Torre como “... un contrato comercial cuya finalidad es la de obtener la administración de un bien por parte del fiduciario, o su enajenación, para cumplir la finalidad propuesta por el constituyente, bien a su provecho o de un tercero”. (González, 2009, p. 26)

Sin embargo, el problema fundamental que ha querido resolverse es el de conciliar los derechos del fiduciario con los del constituyente y los del beneficiario... Es por ello que, en las definiciones se ha recurrido a establecer un conjunto de limitaciones al fiduciario precisando que, si bien él es propietario frente a terceros, no tiene facultades dispositivas ilimitadas, sino solamente aquellas que se le hayan conferido en el acto constitutivo o le resultaren necesarias para el cumplimiento de la finalidad prevista, por ello se ha dicho que en caso de duda o de silencio del contrato, deberá entenderse que el fiduciario tiene tantas facultades como sean necesarias para obtener la finalidad establecida, pero ni una más de las requeridas para tal efecto. (Rodríguez, 2005, p. 182-183)

También se ha optado por introducir la idea que los bienes transferidos al fiduciario constituyen un patrimonio especial o autónomo, con ciertos aspectos que lo individualizan del fiduciario y del beneficiario y se convierten en una serie de ventajas desde el punto de vista fiscal, debido a la peculiaridad de esta figura.

El fideicomiso mercantil es una especie del género llamado negocios fiduciarios, así, el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores de 1998 entiende como tal al: Contrato por medio del cual una o más personas llamadas constituyentes transfieren de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o 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 y que en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien a favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

La constitución del patrimonio autónomo es el principal efecto jurídico del contrato de fideicomiso mercantil, que no es otra cosa que el conjunto de derechos y obligaciones destinados a una finalidad específica. Este patrimonio tiene naturaleza individual y separada, es decir que, es distinto de los patrimonios del constituyente, del fiduciario, del beneficiario y de terceros, entre estos últimos se incluyen los demás fideicomisos mercantiles que son administrados por el fiduciario.

Nuestra legislación establece que este patrimonio autónomo gozará de personalidad jurídica y que, además, al formar un ente distinto de las personas que intervienen en él, los acreedores de los partícipes del negocio fiduciario no pueden recaer sus acciones sobre los bienes del fideicomiso.

1.3 CARACTERÍSTICAS

Es importante resaltar y comprender las características del fideicomiso mercantil, es decir, cada una de las cualidades que lo identifican y diferencian frente a otros contratos. En este contexto podemos señalar que, el fideicomiso mercantil, en su forma más representativa, es un contrato principal, bilateral, solemne, oneroso, conmutativo, temporal, irrevocable, solemne, de tracto sucesivo por regla general o de ejecución instantánea por excepción, expreso y, según el caso, tipificado en algunas legislaciones dentro de las cuales está la ecuatoriana.

Principal: Porque existe independientemente de cualquier otra forma contractual.

Bilateral: Aún cuando el funcionamiento del fideicomiso se explica a la luz de una relación tripartita, la verdad es que, como acto jurídico, puede ser unilateral o bilateral, según se trate de un fideicomiso constituido por testamento, lo cual no está contemplado en nuestra legislación, o de un acto entre vivos.

Y aún el punto es discutible, porque dentro de las legislaciones en las cuales la no designación del fiduciario o su no aceptación no invalidan el fideicomiso, sino que es posible al juez proceder a nombrarlo, en el primer caso, o designar un sustituto, en el segundo, podría afirmarse que, el fideicomiso sería un acto jurídico unilateral, esto es, productor de efectos jurídicos por la sola manifestación de voluntad del fideicomitente. (Rodríguez, 2005, p. 186)

Pero, pese a lo mencionado, lo cierto es que en nuestra legislación es clara la propensión a regularlo como un acto jurídico bilateral, es decir, como un contrato perfeccionable por el acuerdo de voluntades entre el fideicomitente y fiduciario, es decir que se trata de un fideicomiso constituido por acto entre vivos. En este sentido la bilateralidad se convierte en el pacto unánime y consensual, por medio del cual las partes (constituyente y fiduciario) se convierten en prestatarios y deudores de obligaciones entre sí para la consecución de la finalidad establecida en el contrato.

Solemne: Es decir que el contrato de fideicomiso mercantil, para surtir sus efectos legales y de plena prueba, debe cumplir ciertos requisitos particulares de carácter formal y legal.

Este contrato es solemne en cuanto su perfeccionamiento y validez, pues requiere de la formalidad de constitución mediante instrumento público abierto; además el artículo 110 de la Ley de Mercado de Valores de 1998 establece que se deberá cumplir con la solemnidad de escritura pública, cuando se aporten bienes inmuebles al fideicomiso mercantil u otros bienes para los cuales se prevea esta solemnidad.

Una vez que el contrato de fideicomiso mercantil se ha constituido cumpliendo esta solemnidad, será válido, eficaz y surtirá plena prueba.

Oneroso: Esta característica hace referencia, no solamente, al hecho de que el fiduciario tiene derecho a una remuneración por la labor encomendada, sino a la serie de cargas, obligaciones y gravámenes que asume cada una de las partes para dar paso al cumplimiento del objeto de la contratación. Sin embargo, no debe confundirse la onerosidad del contrato con la transferencia fiduciaria, ya que ésta no es ni onerosa, ni gratuita.

Conmutativo: Porque debe suponerse que en el contrato fiduciario existe equivalencia de las prestaciones a cumplirse tanto por el constituyente como por el fiduciario, más aún, tomando en cuenta que el fideicomiso es un medio para obtener la finalidad establecida en el contrato constitutivo.

Temporal: Porque la transferencia de los bienes al patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil es transitoria o provisional, ya que según la legislación ecuatoriana el contrato de fideicomiso no puede durar más de ochenta años, salvo ciertas excepciones mencionadas en la Ley de Mercado de Valores, entre las

cuales tenemos, por ejemplo, cuando se trata de fideicomisos con fines culturales y altruistas.

Irrevocable: Porque la restitución de los bienes materia de la transferencia de dominio se la puede realizar, únicamente, de acuerdo a las disposiciones e instrucciones determinadas en el contrato constitutivo y éstas no pueden ser modificadas en lo más mínimo, salvo que tal posibilidad sea establecida expresamente en el contrato o, por resolución de la autoridad competente, especialmente cuando con dicho contrato se cause daño a los acreedores del constituyente anteriores a la celebración del fideicomiso mercantil.

De tracto sucesivo, por regla general: Porque las obligaciones de las partes se realizan periódicamente; se cumplen de manera sucesiva durante el curso del contrato de fideicomiso.

Típico: Porque está tipificado en la ley, es decir, existe una normativa actualizada que regula su constitución, efectos y duración, lo cual le permite convertirse en un mecanismo dinámico en beneficio del mercado, bajo un marco de seguridad.

Intuitu Personae: Esta característica guarda íntima relación con la esencia propia de la 'confianza' que inspira la celebración del contrato fiduciario, ya que su constitución se fundamenta en una relación de confianza entre el constituyente y el fiduciario. La confianza es el atributo más importante del negocio fiduciario y esencial para llevar a cabo la gestión encomendada por parte del fiduciario.

1.4 SUJETOS QUE INTERVIENEN

En el contrato de fideicomiso mercantil intervienen los siguientes sujetos:

Fideicomitente, fiduciante o constituyente

De acuerdo con nuestra legislación, fideicomitente es la persona natural o jurídica, pública, privada o mixta que tiene capacidad para disponer de sus bienes y

derechos, es el sujeto que transfiere sus bienes al patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil y establece la finalidad del fideicomiso.

De tal manera que el constituyente es el propietario del bien que se transfiere al fideicomiso y es quien instruye al fiduciario acerca del encargo que debe cumplir; sin embargo, es importante señalar que dicho encargo, esto es, la finalidad pretendida, debe ser lícita y determinada; además cabe indicar que el fideicomitente no puede realizar con el fideicomiso actos que, directamente, no puede hacer.

El constituyente puede ser una persona natural o jurídica, con capacidad necesaria para determinar qué bienes transfiere a un fideicomiso, es decir que, “todos aquellos que pueden enajenar, pueden ser fideicomitentes, por ejemplo: un particular, un comerciante, una sociedad, un municipio...” (Peña, 2010, p. 418) etc., sin embargo ello no excluye que un incapaz actúe como constituyente a través de su representante legal.

En el caso de las personas jurídicas, éstas pueden ser con o sin fines de lucro, pertenecientes a la órbita del derecho privado.

En cuanto a las entidades del sector público, también pueden desempeñarse como fideicomitentes, tanto las que pertenezcan al sector público financiero, así como las que pertenecen al sector público central, seccional o especial, para lo cual deberán sujetarse al reglamento especial que para el efecto ha expedido el Consejo Nacional de Valores.

El fiduciario puede ser al mismo tiempo fideicomisario, cuando constituye el fideicomiso a su favor,⁴ o a falta de estipulación contractual o en caso de que falte o renuncie el beneficiario designado y no hubiere beneficiarios sustitutos.

En el contrato de fideicomiso mercantil pueden existir varios fideicomitentes simultáneos, ya sea porque son copropietarios del bien objeto del contrato o, ya sea porque aportan varios bienes de los cuales son propietarios independientes, con el fin de formar un fondo común.

En el fideicomiso mercantil también podemos encontrar constituyentes adherentes, siempre que en el contrato constitutivo se prevea esta posibilidad. Constituyente adherente es un tercero distinto del constituyente original, que se adhiere y acepta las disposiciones previstas en el contrato constitutivo del fideicomiso mercantil.

Respecto al tema, el artículo 21 del Reglamento sobre Negocios Fiduciarios dispone que:

Quando un tercero se adhiera a un contrato de fideicomiso mercantil o encargo fiduciario, aquél deberá suscribir el respectivo instrumento, mediante el cual acepta las disposiciones del contrato original. Si se tratare de un fideicomiso mercantil inmobiliario, se necesitará solemnidad de escritura pública. En los negocios fiduciarios que tienen la obligación de inscribirse, la fiduciaria debe presentar una copia del modelo de contrato de adhesión, de haberlo, al solicitar la inscripción del contrato original. Asimismo, deberá, dentro de los primeros quince días de cada mes, comunicar a la Superintendencia de Compañías la nómina de los constituyentes adherentes. (Fiducia, 2001)

⁴ Lo mencionado está establecido en el artículo 116 de la Ley de Mercado de Valores de 1998 y similar redacción la encontramos en Colombia, art. 1226 C. de Co.; Salvador, art. 1237 C. de Co.; Honduras, art. 1038 C. de Co.; Bolivia, art. 1424 C. de Co.; Guatemala, art. 769 C. de Co.

Fiduciario

Según el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores el fiduciario es “el representante legal del fideicomiso mercantil, quien ejercerá tales funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato.”

Las legislaciones latinoamericanas, en su mayoría, han introducido una restricción respecto a la persona del fiduciario, profesionalizando su función y reservándola frecuentemente a entidades que forman parte del sector financiero.

“El haber profesionalizado esta actividad, a partir de una institución jurídica propia del derecho mercantil, brinda la ventaja de aprovechar una figura que, históricamente estuvo ligada al servicio de la familia” (González, 2009, p.198) y la planeación patrimonial, abriendo la posibilidad de poder utilizarla, también, como instrumento idóneo para hacer negocios.

De tal manera que, el fiduciario es la persona jurídica que adquiere la propiedad fiduciaria de los bienes y se compromete a administrarlos o enajenarlos para el cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo, tomando en cuenta lo establecido en la Ley de Mercado de Valores y la Codificación de Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores; por lo tanto, no sólo es el propietario del bien frente a terceros, sino el ejecutor de la voluntad del fideicomitente; además que ejerce la representación legal del fideicomiso mercantil en todas sus actuaciones administrativas, extrajudiciales o judiciales.

El desempeño de sus funciones es esencial pues, de su competencia, de la diligencia que emplee en el cumplimiento de las instrucciones recibidas y del buen criterio con que tome las decisiones para cumplir la finalidad establecida, dependerá la eficacia de esta figura contractual.

Además, debe tenerse en cuenta que los bienes transferidos al fideicomiso mercantil forman un patrimonio autónomo, por lo tanto, totalmente independiente del patrimonio del fiduciario, así como de otros patrimonios resultantes de los fideicomisos que administre, debiendo llevar contabilidad para cada uno de ellos.

En el caso ecuatoriano, desde 1998, por la derogatoria que del literal 'r' del artículo 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero hiciera el literal 'b' del artículo 238 de la Ley de Mercado de Valores, ya no pueden actuar como fiduciarios mercantiles los bancos, las sociedades financieras, las mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda y otras instituciones sujetas al ámbito de la ley primeramente mencionada; sino que, únicamente, pueden desempeñarse como tales: a) las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos, las mismas que están sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías; b) la Corporación Financiera Nacional (CFN), sujeta al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros y; c) las corporaciones de titularización del mercado secundario de hipotecas, únicamente cuando se trata de procesos de titularización sustentado en un fideicomiso mercantil y están sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Bancos y Seguros. En cuanto al Banco Central del Ecuador y al Banco del Estado, éstos pueden actuar como fiduciarios, el primero como fiduciario público y el segundo como fiduciario mercantil.

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones latinoamericanas como la argentina, la ley ecuatoriana prohíbe que se designe como beneficiario principal o sustituto al propio fiduciario, sus administradores, representantes legales, o sus empresas vinculadas, entendiéndose por estas últimas:

Al conjunto de entidades que, aunque jurídicamente son independientes, presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración, responsabilidad crediticia o resultados que hacen presumir que la actuación económica y financiera de estas empresas está guiada por intereses comunes, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o respecto de los valores que emitan. (cep, Ley de Mercado de Valores, actualizada a febrero de 2013, p.72)

Fideicomisario o beneficiario

El Diccionario de la Lengua Española define el término beneficiario como “una persona que resulta favorecida por algo” (Real Academia Española, 2001) y el término fideicomisario como “una persona a quien se destina un fideicomiso” (Real Academia Española, 2001) en este sentido podríamos decir que el fideicomisario es el sujeto que, en virtud del fideicomiso mercantil, debe recibir los beneficios que se derivan del cumplimiento del encargo al vencimiento del término estipulado en el contrato.

El fideicomisario debe ser una persona capaz de recibir derechos y ejercerlos sin ninguna dificultad ante el fiduciario y en caso de que se trate de un incapaz de ejercicio, lo hará a través de su representante legal; sin embargo, quien de conformidad con las leyes de su país sea indigno o incapaz de recibir determinados bienes o de ciertas personas por vía sucesoria, tampoco podrá adquirirlos a través del negocio fiduciario, ya que la normativa existente busca evitar que con el fideicomiso mercantil se puedan realizar negocios prohibidos por la ley.

En este contexto la Ley de Mercado de Valores de 1998 en su artículo 116 establece que son beneficiarios “las personas naturales o jurídicas públicas, privadas 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 fiduciario o posteriormente si se hubiera previsto tal situación en el contrato.”

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; así pues, el mencionado artículo señala que “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” (cep, Ley de Mercado de Valores, actualizada a febrero de 2013, p.45). En ocasiones, cuando se trata de personas naturales, se condiciona a que éstas, por lo menos, estén concebidas en ese momento o que lleguen a existir dentro del período máximo previsto para el fideicomiso o simplemente que se trate de un fideicomiso con un fin lícito y determinado.

En el contrato de fideicomiso mercantil pueden existir varios beneficiarios, en este caso el constituyente puede establecer grados de preeminencia entre ellos e inclusive beneficiarios sustitutos.

Con respecto a las sustituciones fideicomisarias, si bien existe una tendencia a prohibirlas, algunas legislaciones como la nuestra la permiten, pero con ciertas limitaciones. “Estas pueden consistir en que el sustituto exista cuando nace el derecho del primer beneficiario o, que esté vivo o concebido a la muerte del fideicomitente o, por último, que las sustituciones se produzcan dentro del término máximo previsto para el negocio fiduciario”. (Rodríguez, 2005, p. 248)

En caso de que en el contrato no se haya estipulado quien es el beneficiario, o si faltare o renunciare el que estuviere designado y no existieren beneficiarios sustitutos o sucesores de sus derechos, se tendrá como tal al mismo constituyente o, de ser el caso, a sus sucesores.

Como lo señalamos anteriormente, en nuestro país queda prohibido que se designe como beneficiario principal o sustituto al fiduciario, sus administradores, representantes legales, o sus empresas vinculadas.

1.5 OBJETO DEL CONTRATO

Uno o más bienes

En términos generales, pueden constituirse en fideicomiso toda clase de bienes y derechos, excepto aquellos del fideicomitente que no son susceptibles de

enajenación, lo cual significa que pueden transferirse tanto cosas corporales o incorporeales de naturaleza mueble o inmueble; sin embargo hay que mencionar que en nuestro país solo pueden enajenarse bienes singulares, por lo tanto no cabe la transferencia de universalidades.

Hay que tener en cuenta que, por mandato de la ley, la transferencia es irrevocable y tiene un carácter temporal que no puede ser mayor de ochenta años, salvo cuando se trata de fideicomisos con fines culturales y altruistas. Además, si bien el contrato de fideicomiso mercantil tiene un carácter traslativo, supone una transferencia fiscalmente neutra, de acuerdo a lo que dispone el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores, según el cual, la transferencia de los bienes que el constituyente haga a título de fideicomiso mercantil está exenta del pago de impuestos, ya sean muebles o inmuebles, lo cual constituye un aspecto importante desde la óptica del derecho tributario.

La naturaleza de los bienes transferidos puede implicar el cumplimiento de ciertas formalidades. Si se trata de bienes inmuebles, deberá otorgarse mediante escritura pública, esto es, el instrumento otorgado ante notario y registrado en el protocolo a su cargo y, para que opere la tradición, el contrato deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Si se trata de una cosa mueble de naturaleza corporal, se perfeccionará por alguna de las formas de entrega contempladas en el Código Civil.

Si se trata de derechos personales o créditos de carácter nominativo habrá que ceñirse a las reglas de la cesión de derechos. Si los créditos están contenidos en documentos a la orden, se procederá al endoso de los mismos y si son al portador, a la entrega de ellos en manos del fiduciario.

Para la transferencia de cualquier otra clase de bienes, como por ejemplo, derechos intelectuales, marcas o patentes, habrá que acogerse a lo que dispongan las leyes especiales que rigen la materia.

Además, es importante recordar que, por mandato de la ley, pueden transferirse al fideicomiso mercantil bienes que existen o se espera que existan, estos últimos pueden comprometerse en el contrato a efecto de que cuando lleguen a existir, incrementen el patrimonio del fideicomiso mercantil. (cep, Ley de Mercado de Valores, actualizada a febrero de 2013, p.46)

1.6 PATRIMONIO AUTÓNOMO

Por patrimonio se entiende el conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas pertenecientes a una persona que tenga una utilidad económica y sean susceptibles de estimación pecuniaria. Por lo tanto, del concepto de patrimonio se excluyen todos aquellos derechos que no tienen un valor pecuniario.

Respecto al patrimonio existen dos teorías básicamente. Por una parte está la teoría subjetiva clásica que considera al patrimonio como un atributo de la personalidad. Consecuentemente, según esta teoría, toda persona tiene un patrimonio y solamente las personas pueden tenerlo. Nadie tiene más que un patrimonio y éste es inseparable e inalienable.

En contraposición con esta teoría existe la llamada teoría objetiva que considera al patrimonio como una afectación de una cierta cantidad de riqueza a un fin determinado, la misma que es reconocida por la sociedad y jurídicamente protegida. Sólo bajo este concepto se explican los llamados patrimonios especiales pertenecientes a una persona y que coexisten con su patrimonio general, lo cual constituiría una excepción a la afirmación según la cual una persona no puede tener más de un patrimonio.

De acuerdo a lo que establece la legislación vigente, el patrimonio autónomo viene a ser la consecuencia directa que se obtiene como resultado de la constitución de

un fideicomiso mercantil, pues ella, inspirada en la teoría de la afectación considera que los bienes recibidos en fideicomiso forman un patrimonio autónomo destinado al cumplimiento de una finalidad específica establecida claramente en el contrato; de tal manera que no pueden confundirse con los bienes del constituyente, beneficiario, fiduciario, ni con los de otros patrimonios autónomos que este último administre; por lo tanto, dichos bienes quedan separados del resto del activo del fiduciario, lo cual debe reflejarse en los registros contables, de modo que en cualquier momento sea posible identificarlos inequívocamente, lo cual supone la existencia de cuentas separadas para cada uno de los fideicomisos que están a cargo del fiduciario. 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.

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.

Por ello y dado a que el patrimonio autónomo tiene personalidad jurídica, quienes tengan créditos a favor o con ocasión de actos o contratos celebrados con un fiduciario que actuó por cuenta de un fideicomiso mercantil, sólo podrán perseguir los bienes del fideicomiso mercantil del cual se trate, más no los bienes propios del fiduciario.

La responsabilidad por las obligaciones contenidas en el patrimonio autónomo se limitará únicamente hasta el monto de los bienes que hayan

sido transferidos al patrimonio del fideicomiso mercantil, quedando excluidos los bienes propios del fiduciario.

Contractualmente el constituyente podrá ordenar que el fideicomiso se someta a auditoría externa; sin embargo el C.N.V., establecerá mediante norma general los casos en los que obligatoriamente los fideicomisos deberán contar con auditoría externa, teniendo en consideración el monto y naturaleza de los mismos. (cep, Ley de Mercado de Valores, actualizada a febrero de 2013, p.46)

Naturaleza del patrimonio autónomo

Como en la mayoría de formas contractuales, respecto del fideicomiso mercantil, también han surgido algunas teorías. Unos consideran que el fideicomiso es un mandato irrevocable, ya que una vez aceptado el encargo, sus facultades se vuelven irrevocables. Otros lo miran como un mero negocio fiduciario, por la concurrencia misma de sus elementos. Otros han adoptado la teoría del patrimonio de afectación, que considera que los bienes objeto del fideicomiso constituyen un patrimonio destinado a un fin lícito determinado, es decir, los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectados al fin establecido en el contrato.

En Latinoamérica, esta figura, se introdujo por primera vez en Panamá en enero de 1925 con la Ley Novena (Ley de Alfaro) que prescribía: “El Fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario”. (Villagordoa, 1982, p.87)

De igual manera, en México en 1925 y 1926 se dictan las Leyes de Instituciones de Créditos, que siguen la tendencia del mandato irrevocable de la Ley Alfaro, pero en 1932 se aprueba la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la

cual adopta la doctrina del 'patrimonio de afectación' del francés Pierre Lepaulle, quien definió al fideicomiso como "una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derechos que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación." (Citado por Villagordoa, 1982, p. 92, citado por González, 2000, p. 69)

Al respecto, Hildebrando Leal Pérez sostiene que "Existe la teoría de afectación en la que se afirma que la fiducia es una institución jurídica conformada por un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho cuya unidad está constituido por una afectación que es libre dentro de los límites de las leyes vigentes y del orden público." (Leal, 1990, p. 377)

Esta teoría sostiene que los bienes del fideicomiso constituyen un patrimonio afectado a una finalidad, sin que esto signifique que no exista alguien quien tutele el cumplimiento de la misma.

En el Ecuador, a partir de la Ley de Mercado de Valores de 1998, se aplicó la Teoría Lepaulle, en cuanto a tratar al fideicomiso como un patrimonio de afectación, pero dotado de personalidad jurídica, con lo cual se aparta de la tendencia latinoamericana.

El fideicomiso mercantil ecuatoriano se caracteriza esencialmente porque los bienes del fideicomiso constituyen un patrimonio distinto a los del constituyente, fiduciario y beneficiario. El patrimonio autónomo está dotado de personalidad jurídica, cuya representación legal la ejerce el fiduciario, que es una administradora de fondos y fideicomisos mercantiles.

Roberto González Torre indica sobre esta teoría:

Sin embargo a la luz de la normativa vigente desde 1998, el fideicomiso mercantil es una modalidad de negocio fiduciario que requiere de un

contrato el cual, perfeccionado que fuere, determina la existencia de un patrimonio autónomo y de afectación, administrado por un fiduciario mercantil que es su representante legal. Lo curioso es que nuestra legislación va más allá que cualquier otra y que la doctrina general, porque le da a ese patrimonio autónomo y de afectación personalidad jurídica, determinando que el fideicomiso sea dueño de sí mismo y obligado de sí mismo. (González, 2000, p. 78-79)

Es así como en nuestro país el patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil) no puede ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato.

La gran mayoría de las legislaciones conciben al fideicomiso mercantil como unidad económica independiente para fines fiscales, separando los patrimonios del fiduciario y del fideicomiso mercantil, más, en nuestra legislación el fideicomiso mercantil tiene personalidad jurídica y la titularidad y dominio de los bienes fideicomitados radica en el patrimonio autónomo representado por el fiduciario que es su representante legal, por lo que, de acuerdo con el artículo 119 de la Ley de Mercado de Valores, él puede:

... intervenir con todos los derechos y atribuciones que le correspondan al fideicomiso mercantil como sujeto procesal, bien sea de manera activa o pasiva, ante las autoridades competentes en toda clase de procesos, trámites y actuaciones administrativas o judiciales que deban realizarse para la protección de los bienes que lo integran, así como para exigir el pago de los créditos a favor del fideicomiso y para el logro de las finalidades pretendidas por el constituyente.

Inembargabilidad de los bienes que integran el patrimonio autónomo

Los bienes que integran el patrimonio autónomo de un fideicomiso mercantil son inembargables por mandato imperativo del artículo 121 de la Ley de Mercado de Valores, bajo los siguientes parámetros:

- Los bienes que integran el patrimonio autónomo de un fideicomiso mercantil, no son objeto de medidas preventivas o precautelatorias, ni de embargo, por parte de los acreedores del constituyente o del beneficiario, con excepción de existir un pacto que lo permita, siempre que estuviere previsto en el respectivo contrato.
- Dichos bienes, en ningún caso, podrán ser objeto de embargo o de medidas preventivas o precautelatorias por deudas u obligaciones del fiduciario.
- Los bienes patrimoniales de un fideicomiso sí pueden ser embargados y objeto de medidas precautelatorias o preventivas, por obligaciones contraídas por el fideicomiso mercantil, a través de su representante legal, el fiduciario.
- Los acreedores del beneficiario sí pueden perseguir los beneficios y derechos que a éste le corresponden en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso, mas no sobre los bienes que integran el patrimonio autónomo, pues son de propiedad del fideicomiso mercantil.

Lo mencionado guarda concordancia con lo establecido en el artículo 1634 del Código Civil, que hace referencia a los bienes inembargables y en su numeral 12 dispone que no son embargables: “Los demás bienes que leyes especiales declaren inembargables.”; por lo tanto la inembargabilidad constituye una excepción, un privilegio que se ha establecido en este caso, para asegurar la

consecución de los fines establecidos en el contrato constitutivo de fideicomiso mercantil.

Por su parte la doctrina, además de ratificar la independencia del patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil, ha recalcado en el hecho de que los acreedores del fiduciario y del constituyente, en atención a la naturaleza separada e individual del fideicomiso, no pueden perseguir sus acreencias en los bienes de éste.

Sin embargo, hay que destacar que la misma norma establece una excepción, en el caso de que en el contrato constitutivo se haya estipulado que los bienes que integran el patrimonio autónomo sí puedan ser sujetos de embargos o medidas precautelatorias o preventivas, por los acreedores del constituyente.

Por otra parte, los bienes, derechos, créditos, obligaciones y contingentes que integran el patrimonio autónomo, garantizan las obligaciones y responsabilidades que el fiduciario contraiga por cuenta del fideicomiso mercantil que administra para el cumplimiento de las finalidades previstas en el respectivo contrato, pudiendo en consecuencia ser embargados y objeto de medidas precautelatorias o preventivas por parte de los acreedores de fideicomiso, conforme lo disponen los artículos 118 y 122 de la Ley de Mercado de Valores de 1998.

Además, se establece una prohibición que no admite excepción, para el caso de un posible embargo o medida precautelatoria o preventiva, sobre los bienes que integran el patrimonio autónomo, por parte de los acreedores del fiduciario.

Patrimonio autónomo:

Excluido de la garantía general de los acreedores del fiduciario

Luego de una larga evolución conceptual y legislativa hoy se reconoce la independencia de los bienes recibidos en fideicomiso, se los considera como patrimonio autónomo y por lo tanto, ellos no pueden ser perseguidos por los

acreedores del fiduciario, pues, pese a que éste funja como titular de los mismos, otros figuran, realmente, como propietarios o beneficiarios de tales derechos. En este sentido, no hay riesgo para el constituyente ni para el beneficiario, ya que los altibajos económicos que pueda sufrir la sociedad fiduciaria no comprometerá la suerte de los bienes que haya recibido.

Empero, en todos aquellos casos en que el fiduciario, extendiéndose en sus facultades contractuales, destine los bienes constituidos en fideicomiso a finalidades distintas de las estipuladas en el contrato al obligarse con terceros de buena fe, el patrimonio autónomo deberá responder por el cumplimiento de dichas obligaciones, sin perjuicio de las acciones a que tenga derecho el constituyente o el beneficiario, según el caso.

Excluido de la garantía general de los acreedores del constituyente

Una vez que el constituyente transfiere los bienes al fideicomiso, éstos se separan de su patrimonio, consecuentemente sus acreedores no pueden perseguirlos, a menos que, dicho acto haya sido consecuencia del dolo del constituyente, del acuerdo colusorio con el fiduciario o como consecuencia de una simulación que pretenda irrogarle perjuicio a los acreedores o terceros, ya que la mala fe no puede fundar derecho. En este caso los interesados pueden impugnar judicialmente el acto fraudulento mediante las acciones de nulidad, simulación u otras previstas en la ley, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

De tal manera que lo único que puede ser perseguido por los acreedores del fideicomitente son los derechos personales o créditos que resulten del contrato de fideicomiso mercantil.

Excluido de la garantía general de los acreedores del beneficiario

En este caso los acreedores del beneficiario no pueden pretender el embargo de los bienes fideicomisos, ya que, comúnmente, el beneficiario no es propietario y a lo sumo tiene una expectativa sobre la transmisión de los bienes y/o recibe sus

frutos en forma periódica, aunque en este último supuesto si les es posible embargar los frutos que le estén destinados, porque se trata de derechos patrimoniales que responden por las acreencias a favor de terceros.

Constituye garantía general de prenda de los acreedores del fideicomiso mercantil

El fiduciario, a fin de cumplir con el encargo, goza de las más amplias facultades, excepto aquellas que se hubiere reservado el constituyente o le estén prohibidas por la ley. De modo que, si el fiduciario adquiere obligaciones con terceros en el cumplimiento de dicho encargo, es lógico que éstas queden respaldadas con los bienes fideicomitados, sin perjuicio de la responsabilidad que tuviere en caso de que se haya extralimitado en sus funciones.

Según lo que establece el artículo 122 de la Ley de Mercado de Valores, los bienes que forman el patrimonio autónomo constituyen la garantía de prenda de los acreedores del mismo, pudiendo ser embargados e incluso, objeto de medidas precautelatorias. En este caso, los acreedores dirigirán sus acciones contra el fiduciario, como personero de los bienes fideicomitados y representante legal del fideicomiso mercantil.

Al término del fideicomiso mercantil, los bienes que conforman el patrimonio autónomo deben pasar al beneficiario o regresar al fideicomitente o a sus herederos, cuando no se hubiere establecido otra cosa, salvo aquellos casos en que, por excepción el fideicomiso puede celebrarse por un tiempo indefinido, ya que lo normal es que exista un plazo de vencimiento y como el fiduciario no puede hacerse dueño de los bienes, estos deben pasar a alguien que puede ser el beneficiario o el constituyente si es que él no previno otra cosa en el acto constitutivo.

1.7 CONTRATOS FIDUCIARIOS

Según el Reglamento sobre Negocio Fiduciarios, “son negocios fiduciarios aquellos actos de confianza que, en su constitución, naturaleza jurídica y efectos se rigen de acuerdo al Título XV de la ley de Mercado de Valores.” (Fiducia, 2001)

A su vez, La Ley de Mercado de Valores en su artículo 112 señala que “son negocios fiduciarios aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos para que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del constituyente o de un tercero.”

Según se transfiera o no la propiedad de los bienes entregados, los contratos fiduciarios tradicionales son dos: el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario.

Fideicomiso Mercantil

En términos generales se lo puede definir como un negocio jurídico en virtud de la cual una persona llamada fiduciante, fideicomitente o constituyente, transfiere de manera temporal e irrevocable uno o más bienes especificados a otra llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente en el contrato, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

En el contrato de fideicomiso mercantil el fideicomitente se desprende de la propiedad de los bienes que entrega, sacándolos de su patrimonio y éstos entran a conformar un patrimonio autónomo que es administrado por la sociedad fiduciaria.

Encargo Fiduciario

El artículo 114 de la Ley de Mercado de Valores llama encargo fiduciario al Contrato escrito y expreso por el cual una persona llamada constituyente instruye a otra llamada fiduciario, para que de manera irrevocable, con carácter temporal y por cuenta de aquél, cumpla diversas finalidades, tales como de gestión, inversión,

tenencia o guarda, enajenación o disposición, en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

Por lo tanto, en este contrato, el fideicomitente conserva la propiedad de los bienes entregados al fiduciario.

El encargo fiduciario constituye una institución jurídica que tiende a ser utilizada en aquellos casos en que, en virtud de la finalidad pretendida por el constituyente, así como por las instrucciones otorgadas al fiduciario, resulta más conveniente que el fideicomiso mercantil.

Por lo mencionado, los encargos fiduciarios, según su finalidad, pueden ser: de gestión, de inversión, tenencia o guarda y de enajenación.

En el caso del encargo fiduciario de inversión, el artículo 18 del Reglamento sobre Negocios Fiduciarios señala que:

Los encargos fiduciarios que prevean contar con constituyentes adherentes y manejen portafolio de inversión, deberán estipular claramente en el contrato el destino de la inversión. A falta de esta estipulación, sus inversiones se sujetarán a los límites establecidos para los fideicomisos de inversión en valores que contemplen la existencia de fideicomitentes adherentes señalados en el RNF. Por los demás, en todos los encargos fiduciarios de inversión, con o sin fideicomitentes adherentes, se dejará constancia en **negrita**, con caracteres no menores a una fuente tamaño 14, que el riesgo de pérdida de la inversión es de exclusiva responsabilidad del inversionista. (Fiducia, 2001)

Principales diferencias entre el Encargo Fiduciario y el Fideicomiso Mercantil.

	Fideicomiso Mercantil	Encargo Fiduciario
Transferencia del activo	Existe transferencia del activo.	No hay transferencia, solamente un encargo irrevocable.
Patrimonio autónomo	Se conforma y, por mandato de la LMV, tiene personalidad jurídica.	No se conforma, ya que no se produce transferencia del activo.
Responsabilidad tributaria	Fiduciario es responsable como representante del fideicomiso, como agente de retención y percepción.	El fiduciario es responsable por representación del constituyente.
Otros efectos tributarios	Al existir transferencia de propiedad, las exenciones contempladas para las entidades públicas, no se extienden a favor de las actuaciones del fiduciario.	Al no existir transferencia, las exenciones tributarias de las entidades públicas constituyentes del encargo, se aplican.
Efectos contables	Se produce un efecto contable derivado de la transferencia del activo.	No se produce efecto contable, porque los bienes siguen siendo del constituyente.

Fideicomiso Público

En el Ecuador, al expedirse la Ley de Mercado de Valores del 23 de julio de 1998, se estableció que las entidades del sector público pueden actuar como constituyentes de fideicomiso mercantil, lo cual antes de su vigencia, no tenía un sustento legal sólido, más allá de la Resolución de la Superintendencia de Bancos SB-JB-97-034, que dispuso que previo a los dictámenes de la Junta Monetaria y

del Ministerio de Finanzas y Crédito Público, las instituciones del sector público que forman parte del sistema financiero, podían constituir fideicomiso mercantil, disponiendo que las bases de selección del fiduciario las aprobaría la Superintendencia de Bancos.

A diferencia de lo que ocurre en Colombia en donde se han presentado interrogantes respecto a la selección del fiduciario, la responsabilidad estatal, la delegación, la capacidad para contratar y otros aspectos, en nuestro país podríamos decir que ha habido una aplicación sin mayores inconvenientes.

Es este contexto el Consejo Nacional de Valores expidió el Reglamento de Participación del Sector Público en el Mercado de Valores, el mismo que hoy ha sido reformado y codificado en la Sección I, Capítulo III, Título VII de la Codificación de Resoluciones del CNV que dispone:

Art. 1.- Ámbito de aplicación.- Lo dispuesto en el presente capítulo será aplicable para todas las entidades y organismos que, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política de la República⁵ y las leyes, integren el sector público no financiero y participen en los procesos previstos en la Ley de Mercado de Valores, para efectuar directa o indirectamente, a través de las bolsas de valores, inversiones y compraventas de activos financieros, cuyo valor exceda mensualmente a dos mil seiscientos veintiocho dólares de los Estados Unidos de América, y que para este efecto, no podrán fraccionarse. Por lo tanto, están sujetos a lo dispuesto en el presente capítulo, los organismos, entidades, asociaciones, dependencias, empresas, sociedades, y demás entidades dotadas de personalidad jurídica, así como otras instituciones públicas que determine como tales la Función Ejecutiva, de conformidad con la Ley; y como los fondos que reciban o administren directa o indirectamente, asignaciones o

⁵ A partir del 2008 la Constitución Política de la República pasó a llamarse Constitución de la República.

transferencias de recursos públicos que representen el veinte por ciento o más del total de sus ingresos anuales y los fideicomisos mercantiles, cuyo constituyente sea una entidad de las antes señaladas.

Las entidades del sector público financiero, para la constitución de negocios fiduciarios y en su actuación como originadores de procesos de titularización, se sujetarán a las disposiciones que con sujeción a la Ley expidan sus órganos de control y a los demás requisitos contemplados en este capítulo, así como a los que haya expedido el Consejo Nacional de Valores, sobre la materia. (Bolsa de Quito, 2006, p.108)

Incluso en esta codificación se contempla que los constituyentes del sector público puedan adherirse a los fideicomisos, siempre que lo hagan de conformidad con la Ley, aceptando las disposiciones previstas en el contrato, siempre y cuando en éste se prevea tal posibilidad.

Además, la disposición reglamentaria contenida en el Título VII, Sección III, artículo 13 de las Disposiciones Generales de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores de Ecuador, también se refiere a los negocios fiduciarios del sector público:

Artículo 13.- Objeto de los negocios fiduciarios de instituciones del sector público.- Los contratos de fideicomiso mercantil y de encargo fiduciario en que participen como constituyentes los organismos y entidades públicas, solo podrán celebrarse para cualquiera de los siguientes objetos:

1. Administración de recursos destinados al pago de obligaciones derivadas de contratos estatales ya celebrados por la entidad pública constituyente.

2. Administración o enajenación de activos de propiedad de la entidad pública constituyente, de conformidad con las normas legales aplicables para el efecto.
3. Titularización de activos de propiedad de la entidad pública constituyente, a través del fideicomiso mercantil o fondo colectivo, siempre y cuando se trate de activos cuyo dominio pueda ser transferido, de conformidad con la Ley, por la entidad pública originadora y que generen o sean susceptibles de generar flujos de caja.

Los negocios fiduciarios no podrán servir de instrumento para realizar actos o contratos que, de acuerdo con las disposiciones legales, no pueda celebrar directamente la entidad pública o mixta como constituyente o en la adhesión a un negocio fiduciario ya constituido. (Bolsa de Quito, 2006, p.110-111)

Conforme se desprende del referido Reglamento, las instituciones del sector público deben someterse también a varias leyes que rigen su actividad y a todas aquellas que le sean aplicables, según lo dispone el artículo 41 de la Ley de Mercado de Valores e incluso a leyes orgánicas que, por su jerarquía, prevalecen, más aún cuando el artículo 236 de la mencionada ley llama a la legislación de la República en todo aquello que no esté previsto en ella. Sin embargo puede observarse que los bancos estatales o entidades financieras públicas (por ejemplo: Corporación Financiera Nacional, Banco del Estado, Banco Central del Ecuador, Banco Nacional de Fomento, Banco Ecuatoriano de la Vivienda) para actuar como fideicomitentes dependerán de disposiciones reglamentarias de la Junta Bancaria, a más de los requisitos fijados por el Consejo Nacional de Valores, lo cual indica que habría un tratamiento particular para dichas entidades si éstas decidiesen actuar como constituyentes.

Es importante mencionar que, si bien la génesis de un fideicomiso mercantil implica un proceso emprendido por la entidad pública para seleccionar y contratar al fiduciario, también ha habido casos en el Ecuador de fideicomisos mercantiles creados por la ley, por ejemplo los extintos FEIREP (Fondo de Estabilización Inversión Social y Productiva y Reducción del Endeudamiento Público) y FEISEH (Fondo Ecuatoriano de Inversión en los Sectores Energético e Hidrocarburífero) En otros casos, ya sea a través de Decretos Ejecutivos o Acuerdos Ministeriales, se ha establecido los lineamientos o contenidos para que determinadas dependencias, en función de fines puntuales que persiga la administración pública, conformen fideicomisos mercantiles.

En nuestro país, el Estado ha participado en algunos fideicomisos mercantiles como constituyente, adherente, e incluso como beneficiario.

1.8 NEGOCIOS PROHIBIDOS

Podemos mencionar como negocios fiduciarios prohibidos los siguientes:

Los negocios fiduciario secretos

El inciso final del artículo 114 de la ley de Mercado de Valores prevé esta restricción, aclarando que la misma hace referencia al hecho de que no exista prueba escrita y expresa respecto de la finalidad pretendida por el constituyente en virtud del contrato. Sin embargo esta prohibición carece de sentido, ya que la constitución de un contrato de fideicomiso mercantil no puede permanecer oculta, toda vez que en nuestra legislación se requiere, indispensablemente, de una forma escrita, esto es, de instrumento público, además porque, aunque éste no fuese un requisito esencial, tendría que considerarse el escrito como solemnidad probatoria, por lo que resulta inconcebible la constitución de un fideicomiso secreto.

A ello se suma el hecho de que el fiduciario es un ente profesional, sometido al control del Estado, a través de sus organismos encargados que le exigen que lleve

un registro sobre la realización del negocio, para que en caso de que se dé un conflicto, se pueda acceder a la información y conocer la realidad de lo ocurrido, de modo que, no hay posibilidad de que este negocio sea secreto.

Los celebrados a más de cierto tiempo

El Ecuador contempla el principio general de la existencia de un límite en el tiempo del contrato de fideicomiso mercantil, que de acuerdo a lo que establece el artículo 110 inciso tercero de la Ley de Mercado de Valores no puede exceder de ochenta años, salvo ciertas excepciones mencionadas en el mismo artículo, entre las cuales tenemos los fideicomisos a favor de los incapaces, mientras subsista tal incapacidad, los fideicomisos constituidos con fines culturales y altruistas, o cuando la condición resolutoria es la disolución de una persona jurídica.

La razón de ser de esta restricción radica en la idea de no permitir una indefinida congelación de la riqueza o por estimar que dentro del plazo señalado puede cumplirse satisfactoriamente la finalidad para la cual fue constituido el fideicomiso; pero por el contrario, puede ocurrir que, en la práctica, se convierta en un obstáculo para cierto tipo de negocios a largo plazo como por ejemplo, proyectos de construcción o transferencias para la titularización de activos.

Los realizados en fraude a la ley

Aunque no está regulado como una prohibición específica, se colige de los principios generales del derecho y del análisis de los negocios fiduciarios, ya que el fideicomiso, al igual que cualquier otro negocio jurídico, no puede ser utilizado para obtener resultados que están prohibidos por la ley.

Debido a la flexibilidad de esta figura jurídica, son innumerables las finalidades económicas que pueden obtenerse a través del fideicomiso mercantil, ello implica que debe hacerse un análisis del contrato para saber qué es lo que realmente se busca con él.

En definitiva, lo que se sanciona es la utilización de los negocios fiduciarios como una mera pantalla para disimular los vicios o censuras que merecería una actuación directa del fideicomitente, por no estar apegada a la ley.

Los negocios fraudulentos

Se considerarán contratos fraudulentos y, por lo tanto, prohibidos aquellos que celebre el constituyente en fraude de terceros, o en acuerdo fraudulento entre aquél y el fiduciario, lo cual, por mandato del artículo 123 de la Ley de Mercado de Valores, puede ser impugnado por los interesados por la vía judicial, ya sea mediante acción de nulidad, simulación o cualquier otra prevista en la ley según el caso, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

CAPÍTULO II

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL EN EL ECUADOR

2.1 GENERALIDADES.

Nuestro país, siguiendo la tendencia latinoamericana, adoptó el contrato de fideicomiso mercantil, es así como sus inicios lo encontramos en la Ley de Títulos de Crédito publicada en el R.O No. 124 del 9 de diciembre de 1963, en cuyo capítulo II se reguló el tema relativo a los 'Certificados de Participación' y en su artículo 70 disponía lo siguiente:

“Los certificados de participación son títulos de crédito que representan: 1º. El derecho de una parte alícuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes de cualquier clase que tenga en fideicomiso irrevocable para este propósito, la sociedad fiduciaria que los emita.”

A continuación, en el artículo 71 de la misma ley, encontramos la reafirmación al carácter de muebles a los certificados, a pesar de que los bienes fideicomitados sean inmuebles y, además que, las entidades fiduciarias sujetas al control de la Superintendencia de Bancos fueran las únicas facultadas para emitir tales documentos.

El artículo 88 contenía una interesante disposición, ya que concebía la emisión del título sustentada en el fideicomiso mercantil al señalar que "el fideicomiso base de la emisión no se extinguirá mientras haya saldos insolutos por concepto de créditos a cargo de la masa fiduciaria, de certificados o de participación de los frutos o rendimientos.”

De manera que esta ley se refería al fideicomiso mercantil, pero no lo reguló en forma extensa, por lo que no trajo ningún avance en materia mercantil y días después fue derogada.

El 19 de diciembre de 1963 en el Registro Oficial No. 133, se publica la Ley General de Operaciones de Crédito, en cuyo capítulo V, artículo 75 se incluyó al fideicomiso y se lo concibió como un contrato por el cual el “fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.”

Por lo tanto, se concebía al fideicomiso como un patrimonio de afectación, respecto del cual el fiduciario debía ejercer todas las acciones y derechos que sean necesarios para la consecución de la finalidad prevista en el contrato. También se reguló la regresión a manos del constituyente y se prohibían los fideicomisos secretos. Sin embargo, esta Ley también tuvo muy poca vigencia y fue derogada en noviembre de 1966.

Posteriormente, por efecto de la Ley de Mercado de Valores de 1993, se incorporó el fideicomiso mercantil en el Código de Comercio ecuatoriano, agregándose un título innumerado a continuación del artículo 409, en cuyos artículos se tomaban en consideración ciertos elementos fundamentales de los principios del fideicomiso que, incluso, están recogidos en la presente Codificación de la Ley de Mercado de Valores como: la transferencia de dineros u otros bienes; el hecho de que fiduciario debía cumplir una finalidad específica; el establecer por instrumento público abierto; además, los bienes tenían que ser administrados por el fiduciario; el fideicomiso era inembargable; había la existencia de beneficiarios; el fiduciario no podía delegar sus funciones; etc.

El artículo 33 de ésta Ley determinó la existencia de las Compañías Administradoras de Fondos, las cuales son sociedades anónimas, cuyo único objetivo era el administrar fondos de inversión y fideicomisos mercantiles. En este contexto, podían desempeñarse como fiduciarios los bancos, las administradoras de fondos, así como cualquier otra persona, en vista de que no existía ninguna norma que imponga la necesaria intervención de un fiduciario profesional como sujeto calificado de la actividad.

Lo señalado guarda concordancia con lo establecido en el Reglamento General de la Ley de Mercado de Valores publicado en el R.O. No. 262 de 26 de agosto de 1993, ampliando las facultades concedidas a los bancos por la entonces vigente Ley General de Bancos (derogada por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero publicada en el R.O. 439 de 12 de mayo de 1994) cuando incorporó, en el artículo 173, la facultad de los bancos comerciales y de las secciones comerciales de bancos, de poder actuar como fiduciarios mercantiles.

Sin embargo, la Superintendencia de Bancos y la Junta Bancaria, a partir de 1993 hasta 1997 dictó una serie de Resoluciones y disposiciones normando las operaciones de fiducia que ejecutaban las instituciones financieras capacitadas para ello, ya que la administración fiduciaria se incluía como una operación de banco, pues estaban bajo el control de la indicada Superintendencia.

Pese a todo lo mencionado, la regulación de 1993 continuó siendo insuficiente, dada la complejidad y efectos jurídicos que producía la figura jurídica del fideicomiso mercantil.

En julio 1998 este título innumerado fue derogado y reemplazado sobre la base del proyecto de la actual Ley de Mercado de Valores, promovido por la Asociación de Administradoras de Fondos ante el Congreso Nacional, en el cual se regula el fideicomiso mercantil con los aspectos y caracteres que lo conocemos hoy; además, por sugerencia de algunas administradoras de fondos y fideicomisos, esta normativa incorpora un importante elemento que es la dotación de 'personalidad jurídica' al fideicomiso mercantil, pese a no ser una compañía o sociedad, sino un patrimonio con personalidad, del cual el fiduciario no es más que su representante legal. (González, 2009, p. 26)

Otro de los cambios importantes que se dieron en esta Ley fue reconocer el profesionalismo y especialización del fiduciario mercantil, ya que desde 1998 hasta la presente fecha, únicamente pueden actuar como fiduciarios las administradoras de fondos y fideicomisos y ciertas entidades del sector público

que su propia Ley les faculte como: la Corporación Financiera Nacional, Banco del Estado, Banco Central del Ecuador y el Banco Nacional de Fomento, pues los bancos privados ya no pueden ser fiduciarios por cuanto se derogó el literal 'r' del artículo 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

2.2 IMPORTANCIA DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL

Si bien, los orígenes de este contrato se remontan al derecho romano primitivo y posteriormente al *trust* del derecho anglosajón, la sofisticación mercantil del mundo actual ha llevado a que esta figura presente grandes avances, bastaría, para ello, revisar la normativa expedida al respecto en los distintos países del mundo, ya que la fiducia aún mantiene su vigor en todos los países del *Common Law*, así como también, algunos países del *Civil Law* se han valido de su utilidad práctica para el cumplimiento de amplias finalidades, pero sin desvirtuar la histórica vinculación de esta figura a las actividades de familia.

Sin embargo, en América Latina, la situación es distinta por lo que cabe analizar los aspectos más significativos que han influido en el desarrollo del fideicomiso mercantil en esta región del mundo.

En primer lugar, hay que tener en cuenta la diferencia que se ha hecho en buena parte de los países de la zona, respecto de la tipificación de esta figura dentro del campo del derecho mercantil, con lo cual hay un contraste con el derecho anglosajón, en el cual se reconoció al fideicomiso como un contrato común y por lo tanto, aplicable a finalidades como la planeación patrimonial o de soporte a las disposiciones testamentarias.

Empero, el hecho de tipificar un contrato como mercantil ha puesto el desarrollo de esta figura al servicio de los hombres de negocios, con lo cual se podría afirmar que, los países donde ha dominado este enfoque, el crecimiento y evolución del contrato ha sido mucho más notorio, ya que se ha ampliado su uso a las más diversas modalidades que se admiten en el campo comercial y empresarial, sin

dejar de tener en cuenta su aplicación en materia patrimonial, inclusive para aspectos relacionados con la familia, herencias, donaciones y similares.

El desarrollo de los negocios y la complejidad que revisten actualmente las relaciones contractuales, han hecho que el fideicomiso se convierta en un vehículo jurídico más flexible y completo que las operaciones contractuales tradicionales y mucho más funcional que las sociedades de comercio, puesto que, entre otras virtudes, permite la creación de un patrimonio separado, en cabeza del fiduciario, afectado al cumplimiento de un conjunto de instrucciones contenidas en el contrato de constitución, con múltiples ventajas operacionales, fiscales y de implementación; además, los bienes que forman parte de este patrimonio autónomo, al ser independientes de los propios del constituyente, están protegidos de los riesgos que podrían afectarle a éste.

El fiduciario, al ser un tercero imparcial y representante legal del fideicomiso, actúa de manera equilibrada protegiendo siempre los intereses de los partícipes y controlando el cumplimiento de sus fines.

El éxito de esta institución radica en que constituye una herramienta de aplicación a toda clase de proyectos y negocios, tanto en la órbita del derecho privado, esto es, en el derecho societario, concursal, en el mercado de capitales; así como también en el derecho público, pudiendo actuar el estado, ya sea, nacional, provincial o municipal, como fiduciante.

2.3 VIGENCIA DEL CONTRATO

Hemos señalado anteriormente que el fideicomiso mercantil se caracteriza por ser un contrato temporal, de modo que tiene una duración en el tiempo, ya que no puede ser perpetuo. Esta duración varía según la legislación de los distintos países; es así que, en Perú el contrato no puede exceder de 30 años, aunque con ciertas excepciones, además su legislación cuenta con una posible extensión del plazo. En México, el plazo máximo es de 50 años, salvo excepciones; 25 años en

Guatemala, 30 en Venezuela, Costa Rica y Honduras; en Colombia el plazo del contrato no puede exceder de 20 años, salvo cuando el fideicomiso se constituya a favor de incapaces y entidades de beneficencia pública o utilidad común.

En nuestro país, de acuerdo a lo que establece el inciso tercero del artículo 110 de la Ley de Mercado de Valores, esta vigencia puede ser determinada por un plazo o hasta el cumplimiento de la finalidad establecida o de una condición, todo lo cual debe estar establecido en el contrato de constitución; sin embargo esta duración no puede ser mayor de ochenta años, a menos que la condición resolutoria sea la disolución de una persona jurídica o, si dicho contrato se hubiere constituido 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, en estos casos, el contrato podrá subsistir hasta que sea factible cumplir el propósito para el que se hubiere constituido.

Durante la vigencia del contrato, el fiduciario deberá cumplir con los encargos que se le encomendaron. Vencido el plazo o, cumplida la condición estipulada en el contrato, el fiduciario deberá transmitir los bienes al beneficiario y en caso de que éste faltare o renunciare y no habiendo beneficiarios sustitutos, deberá transmitir dichos bienes al constituyente, con lo cual habrá cumplido con la última obligación de su cargo y el contrato de fideicomiso terminará.

2.4 PRINCIPALES CLASES DE FIDEICOMISOS QUE SE INSTRUMENTAN

Debido a la flexibilidad y a la apertura que brinda el marco legal que asiste al contrato de fideicomiso mercantil, existe una amplia gama de posibilidades de uso, entre las cuales tenemos:

2.4.1. Fideicomiso Mercantil de Administración

Esta modalidad surge de la propia naturaleza del negocio fiduciario y además, constituye una de las primeras obligaciones a cargo del fiduciario y ello es obvio, ya que si él recibe ciertos bienes para cumplir una finalidad determinada, la primera exigencia es que los maneje de manera adecuada y los proteja de los riesgos que puedan afectarlos.

El Reglamento sobre Negocios Fiduciarios, en su artículo 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.” (Fiducia, 2001) Entonces podríamos decir que, por este contrato, el constituyente transfiere bienes, ya sean muebles o inmuebles o, derechos a un patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), con el propósito de que el fiduciario realice actividades de administración o gestión determinadas, de manera que los réditos generados se destinen a favor del constituyente o de un tercero designado como beneficiario por él.

El constituyente puede tener diversos motivos por los cuales transfiere bienes de su dominio a la administración fiduciaria, entre los cuales tenemos:

- **Edad:** Puede ser que la edad del constituyente no le permita estar dispuesto para administrar adecuadamente sus bienes o negocios.
- **Experiencia:** El fiduciario puede tener mayor experiencia que el constituyente para la administración de determinados bienes o negocios, toda vez que se exige que el fiduciario sea un profesional y en nuestro caso sólo pueden serlo las administradoras de fondos y fideicomisos y algunas entidades del sector público, siempre que estuvieren facultadas por sus respectivas leyes.

- Seguridad: La fiduciaria, al ser una institución seria y especializada, le brinda seguridad, toda vez que, cuenta con ejecutivos altamente calificados, que conocen del mundo financiero y el mercado bursátil, además que está sujeta al control del Estado, a través de sus organismos.
- Fenómenos migratorios: Este motivo se genera en virtud de lo que se ha vuelto una práctica común, ya que, por distintas razones, se ha visto que personas e incluso familias enteras migran a otros países, quedando sus bienes desprotegidos o sin alguien de confianza que los administre; en este caso, podrían entregarse los bienes a un fiduciario, a fin de que éste los arriende, los entregue en comodato, o realice cualquier otra instrucción impartida por el constituyente en el contrato.

Como ejemplos de este tipo de fideicomiso podemos citar: el manejo y administración de cartera, administración de flujos, administración de inventarios, administración de inmuebles, tenencia de activos en propiedad fiduciaria; sin embargo los más utilizados son:

Fideicomiso de Administración de Pago Condicionado: Es aquel contrato por el cual las personas naturales o jurídicas, por intermedio de un fiduciario, realizan negociaciones de todo tipo, con la certeza de que, si las condiciones determinadas por ellos en el contrato de forma irrestricta se cumplen, el pago se realiza, caso contrario el dinero o los bienes transferidos se restituyen, evitando conflictos o pérdidas innecesarias.

Fideicomiso de Administración de Flujo de Caja: Éste consiste en la transferencia que hace el constituyente al fiduciario de un flujo de caja cierto, proveniente del pago de una cuenta o de cualquier obligación que genere recursos, a fin de que el fiduciario los administre, los invierta y realice, con cargo a

los mismos, una serie de transacciones previamente definidas en el contrato de fideicomiso, o determinadas periódicamente por el constituyente.

El fideicomiso de administración es el más general y amplio, puesto que, dependiendo del objeto y de la cantidad de actividades que requiera realizar el fideicomiso mercantil, éste puede comprender desde una administración y gestión simple, hasta una administración y gestión compleja.

El fideicomiso de administración y gestión simple se constituye sólo para que se mantenga la propiedad de los bienes o derechos, excluyendo al fiduciario de realizar aspectos administrativos, tales como la celebración de contratos de aprovechamiento económico, el mantenimiento, la vigilancia de los bienes aportados, etc. Mientras que el segundo, esto es, el fideicomiso de administración y gestión compleja, es aquel que requiere la realización de diferentes actividades productivas, en este caso el fideicomiso mercantil podría constituirse con el objeto de dedicarse a la producción de bienes, al desarrollo de actividades agrícolas, al comercio de determinadas mercaderías, etc.

2.4.2. Fideicomiso Mercantil de Inversión

El artículo 17 numeral 4 del Reglamento sobre Negocios Fiduciarios lo define como 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.” (Fiducia, 2001)

Esta es la modalidad de fideicomiso mercantil por la cual, los constituyentes o constituyentes adherentes entregan títulos valores o dinero para que el fiduciario los administre y los invierta, según las instrucciones establecidas en el contrato de fideicomiso y que responda a los parámetros que establezcan los constituyentes, conservando siempre los principios de seguridad y transparencia y, la rentabilidad que se obtenga será para beneficio del propio constituyente o de terceros.

Podríamos decir que esta clase de fideicomiso es una modalidad del anterior, pues a más de la administración y manejo de los bienes, el fiduciario busca destinarlos a ciertas actividades de las cuales pueda obtener rendimientos interesantes, haciendo uso de sus habilidades para la buena colocación de los recursos.

Por lo general, este tipo contratos se constituyen por un grupo promotor, o con un solo constituyente, quienes pueden prever en el contrato, la posibilidad de que nuevos inversionistas, a quienes se les denomina constituyentes adherentes, realicen aportes al fideicomiso mercantil, para que sus recursos sean invertidos de conformidad con las instrucciones impartidas por el constituyente, para obtener en beneficio, los resultados generados.

Es fundamental que se determine el tipo de títulos valores, proyectos productivos u otros en los que se podrán realizar las inversiones por parte del fiduciario, así mismo es necesario que se indique si las decisiones de inversión serán autónomas, bajo directrices generales del constituyente, o dependerán de instrucciones específicas de éste, del beneficiario o de cualquier otro organismo colegiado; sin embargo, se sugiere que, en estos contratos, las políticas de inversión de los recursos aportados sean establecidas por un organismo colegiado, mismo que deberá constar en el contrato de constitución, tal como una Asamblea o Junta de Fideicomiso, que deberá ser una especie de ente colegiado y con suficiente experiencia en el mundo financiero, de tal manera que los recursos destinados a inversión, sean invertidos en productos seguros y de la mejor rentabilidad posible.

Así mismo, el mencionado artículo establece que:

En los contratos de fideicomiso mercantil de inversión, debe estar claramente determinado el destino de la inversión, a falta de estipulación, en aquellos fideicomisos de inversión en valores que contemplen la

existencia de constituyentes adherentes, las inversiones deben sujetarse a ciertos límites:

1. La inversión en instrumentos o valores emitidos, aceptados, avalados o garantizados por una misma entidad, no podrá exceder del veinte por ciento del activo total del fideicomiso mercantil y la inversión en instrumentos o valores emitidos, aceptados, avalados o garantizados por empresas vinculadas no podrá exceder del treinta por ciento del patrimonio de ese fideicomiso mercantil.
2. La inversión en el conjunto de instrumentos emitidos, aceptados, avalados o garantizados por compañías o empresas vinculadas a la fiduciaria, no podrá exceder del quince por ciento del patrimonio del fideicomiso.
3. Se exceptúan de estos límites las inversiones en valores emitidos por el Banco Central del Ecuador y el Ministerio de Finanzas.
4. En el caso de inversiones en acciones de sociedades anónimas inscritas en el Registro del Mercado de Valores, el fideicomiso mercantil no podrá poseer más del quince por ciento de las acciones suscritas y pagadas por una misma sociedad; y, el conjunto de inversiones en valores emitidos o garantizados por una misma sociedad de este tipo, no podrá exceder del quince por ciento del activo total de dicha emisora.
5. Tratándose de inversiones en acciones de sociedades de capital no inscritas en el Registro del Mercado de Valores, el fideicomiso mercantil no podrá poseer más del treinta por ciento de las acciones suscritas y pagadas de dicha sociedad; el conjunto de inversiones en valores

emitidos o garantizados por una misma sociedad de este tipo, no podrá ser superior al treinta por ciento del activo total de dicha emisora.

6. Por lo demás, en todos los negocios fiduciarios de inversión, con o sin fideicomitentes adherentes, se dejará constancia en negrita, con caracteres no menores a una fuente tamaño 14, que el riesgo de pérdida de la inversión es de exclusiva responsabilidad del inversionista. (Fiducia, 2001)

Así mismo, en el contrato constitutivo, se puede establecer la creación de un reglamento de inversión, mismo que servirá de base y fundamento para todas las inversiones que realice el fiduciario en cumplimiento de sus funciones. Mientras más detalladas sean las instrucciones impartidas para la inversión y administración de los recursos, más fácil será el cumplimiento de las funciones del fiduciario.

Las modalidades que admite el fideicomiso mercantil de inversión son:

Fideicomisos de inversión específicos: También se les llama fideicomisos administrados individualmente. “Consiste en que el fiduciario administra separadamente de otros fideicomisos de inversión y los títulos en los cuales están incorporadas dichas inversiones, corresponden únicamente al constituyente.” (Peña, 2010. p.436)

Fideicomisos de administración colectiva, llamados también Fondos de inversión. En este caso, “los títulos en los que están representadas las inversiones del fondo, no corresponden a ningún constituyente en particular; sin embargo el fiduciario tiene la obligación de separar jurídicamente los recursos de cada constituyente.” (Peña, 2010, p.436)

De lo expuesto podemos concluir que, el fideicomiso mercantil de inversión busca, en todo momento, generar réditos a favor del constituyente o de sus beneficiarios designados en el propio contrato, o de aquellos quienes determine el constituyente, posteriormente, si es que en el contrato se hubiere previsto esta posibilidad.

2.4.3. Fideicomiso Mercantil de Garantía

El Reglamento sobre Negocios Fiduciarios en su artículo 17 numeral 1 dispone:

Es el contrato en virtud del 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/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones, designando como beneficiario al acreedor de éstas, quien, en caso de incumplimiento, puede solicitar al fiduciario la realización o venta de los bienes fideicomitados para que con su producto se pague el valor de la obligación. El fiduciario, en ningún caso se convierte en deudor de la obligación garantizada, sólo asegura que en caso de que el deudor (constituyente) no cumpla tales obligaciones, cumplirá con las disposiciones previstas en el contrato. Además, el fiduciario debe practicar avalúos periódicos de los bienes a fin de mantener actualizado su valor comercial y el contrato de fideicomiso deberá contemplar claramente la obligación del constituyente o del beneficiario de sufragar los costos de los avalúos. (Fiducia, 2001)

Esta clase de fideicomiso se presenta cuando el constituyente es, usualmente, deudor del beneficiario, y a través del fideicomiso se pretende caucionar una obligación. Ante el incumplimiento del constituyente, el fiduciario debe respetar lo establecido en el contrato y procedería con la ejecución de la garantía, en función de lo que las partes hubieren acordado en el contrato de constitución y la obligación sería cubierta con el producto de la venta de los activos entregados o bien, entregando éstos en dación en pago.

Una vez que se ha constituido el contrato de fideicomiso mercantil de garantía, el fiduciario está en la obligación de realizar cuanta gestión sea necesaria, para mantener los bienes fideicomitidos, al menos en el mismo estado en el que le fueron entregados y de esta manera reflejar una garantía adecuada frente a la obligación adeudada. De lo expuesto se desprende que, el fiduciario debe actuar como un buen padre de familia respecto del cuidado de los bienes que le fueron entregados y en caso de que dentro del patrimonio autónomo se encuentren diferentes tipos de bienes, tales como documentos de una obligación u otros similares, el fiduciario deberá efectuar las acciones de cobro necesarias de dichos documentos, a fin de que éstos no se encuentren vencidos o sean incobrables, con lo cual se perjudicaría al acreedor de la obligación.

En caso de que los bienes fideicomitidos se deterioraren por culpa o negligencia del fiduciario, respecto del cuidado que éste debía tener con los mismos y, a consecuencia de ello, disminuya la garantía que representan, éste deberá responder por los daños que se ocasionare al acreedor o a los demás beneficiarios. Empero, será la autoridad competente la que determine si el fiduciario ha actuado negligentemente, en cuyo caso deberá responder hasta con su propio peculio, por el daño causado.

Cabe resaltar el hecho de que, por la constitución del contrato de fideicomiso mercantil de garantía, el fiduciario no se convierte en responsable de las obligaciones adeudadas o en garante solidario de las mismas; así como tampoco es responsable del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones garantizadas, mientras no se ejecute la garantía; de manera que el fiduciario se limitará al cumplimiento diligente de las obligaciones establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil.

Esta modalidad de fideicomiso presenta ciertas ventajas, pues basta que se demuestre ante el fiduciario que la obligación se ha incumplido, para que éste proceda a cancelarla con el producto de la venta de los bienes que le han sido

entregados, o con éstos, según el caso, por lo cual es mucho más rápida que la ejecución de otras garantías, dependiendo del tiempo que se hubiere estipulado en el contrato para el procedimiento de ejecución. Además es mucho más confiable ya que no está sometida a procedimientos en los que intervienen jueces o árbitros, quienes podrían pronunciarse en contra de la ejecución de la garantía. “Se aprovecha al máximo la capacidad de endeudamiento del deudor, ya que cuando surge el contrato, a la vez conoce los bienes que van a estar destinados a garantizar la obligación u obligaciones.” (Peña, 2010, p.440)

Esta clase de fideicomiso aísla patrimonialmente los bienes del deudor (constituyente) en caso de quiebra o de medidas cautelares dictadas en su contra. Facilita al deudor la rotación de los acreedores en virtud de que puede solicitar el ingreso de nuevos acreedores, en lugar de otros a los que se ha cancelado sus obligaciones. Permite la realización de la garantía para el acreedor, a valores de mercado por medio de un procedimiento ágil y extrajudicial sin los costos, demoras y manejos especulativos que pueden presentarse en las subastas judiciales.

En nuestro país, el fideicomiso mercantil de garantía ha sido utilizado, básicamente, como forma de sustitución de las tradicionales pignoraciones de títulos valores a favor de bancos e instituciones financieras y otras aplicaciones de fideicomiso de bienes inmuebles y flujos de caja en garantía. Sin embargo, en nuestra legislación existen ciertas previsiones al respecto, por ejemplo, el artículo 162 de la Ley de Mercado de Valores contempla el fideicomiso en flujo de caja como garantía específica dentro de los procesos de emisión de obligaciones. (González, 2009, p.79-80)

Por su parte, la Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador ha catalogado al fideicomiso mercantil en garantía como una garantía adecuada, siempre y cuando el fiduciario no pertenezca al mismo grupo financiero de la institución financiera beneficiaria del fideicomiso.

Sin embargo, en más de una ocasión, los fideicomisos de garantía de bienes muebles, así como los de bienes inmuebles, suelen presentar ciertos problemas una vez iniciada su ejecución, cuando están en tenencia del constituyente, así por ejemplo:

- La oposición del constituyente y la falta de acción clara para obligar su salida (usualmente, la única es una acción reivindicatoria de dominio).
- El abandono del inmueble por parte del constituyente y la obligada custodia a cargo de alguien designado ya sea por el fiduciario o el beneficiario, según lo previsto en el contrato.
- Las acciones de terceros acreedores del constituyente que ven en el custodio o en el beneficiario tenedor del inmueble del constituyente en mal estado de negocios, un “acreedor” privilegiado por el fideicomiso (que se torna de riesgo dependiendo de la fecha de su constitución).
- En el caso de bienes muebles, su potencial carácter perecible.
- En el caso de bienes muebles fungibles, el hecho de que no esté clara su discriminación y se puedan “confundir” con otros activos del constituyente. (González, 2009, p. 84)

Por ello es importante que en el contrato de fideicomiso se prevea claramente el procedimiento para la ejecución de la garantía, para así facilitar el trabajo del fiduciario y evitar posibles problemas que pudieran presentarse.

2.4.4. Fideicomiso Mercantil Inmobiliario

Según el artículo 17 numeral 3 del Reglamento sobre Negocios Fiduciarios “es el contrato en virtud 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.” (Fiducia, 2001). Al final del contrato el fiduciario deberá entregar los bienes inmuebles construidos a quienes resulten beneficiarios.

La característica de esta clase de fideicomiso es la transferencia de un inmueble, con la finalidad de desarrollar, sobre éste, un proyecto de construcción, tales como viviendas, hospitales, condominios o infraestructura en general. Sin embargo, podrán existir contratos de fideicomiso mercantil inmobiliario a los cuales no se aporte inicialmente el inmueble, ni su respectivo proyecto inmobiliario, sino que, su adquisición sea una instrucción impartida por el constituyente al fiduciario, adquisición que se efectuará sobre la base de los aportes realizados por aquél al patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil.

Esta modalidad del fideicomiso ha adquirido una gran trascendencia en los últimos años, sobre todo por la seguridad que brinda a quienes intervienen en el desarrollo de proyectos inmobiliarios sometidos a la administración fiduciaria, empero ello no significa, como algunos creen, una garantía para el éxito de los mismos, ya que han existido proyectos mal concebidos o aún, bien concebidos, pero no lo suficientemente demandados por el mercado inmobiliario. Por tanto, la finalidad del fideicomiso mercantil inmobiliario es disminuir a los inversores las dificultades y los riesgos de un proyecto de este tipo, controlando, también, los eventuales conflictos que se puedan presentar entre ellos, a través de un fiduciario que tutela la relación y los acuerdos entre ellos, pero jamás asegurando el éxito del proyecto inmobiliario.

Para que se pueda iniciar el desarrollo de un proyecto inmobiliario, será necesario contar con un punto de equilibrio o punto de inicio, mismo que consiste en una serie de condiciones y situaciones que permitan establecer si el proyecto a desarrollar es o no viable desde el punto de vista técnico, legal, financiero y comercial, para proceder con su ejecución.

Viabilidad técnica: Se refiere a la obtención del anteproyecto aprobado por los órganos competentes; además, contar con los permisos necesarios para iniciar la construcción, así como las licencias municipales para el desarrollo del proyecto.

Viabilidad legal: Esta resulta de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transferencia de los bienes que se aportan al patrimonio autónomo, así como la verificación de que, sobre éstos, no exista gravamen alguno originado por obligaciones del constituyente con anterioridad al contrato de fideicomiso.

Viabilidad financiera: Es necesario contar con un flujo de recursos necesarios para cubrir los costos de la construcción del proyecto, conforme el presupuesto de la obra. Este flujo debe provenir de los aportes del constituyente y de los ingresos que perciba el fideicomiso por concepto de preventa de las alícuotas del proyecto, compromisos de aportación, etc.

Viabilidad comercial: A través de ésta se busca garantizar un número mínimo de compradores, a fin de que el proyecto inmobiliario tenga éxito, ya que podría ocurrir que una vez acabado el proyecto no se logre vender rápidamente, lo cual colocaría en pérdida al proyecto.

En esta clase de fideicomiso, además de los intervinientes que normalmente forman parte de un contrato de fideicomiso mercantil, intervienen también: Un promotor, el constructor y un interventor.

- El promotor es aquella persona que trabaja en el diseño económico del proyecto y además suele contactar con el fiduciario a fin de llevarlo a cabo.
- El constructor es un contratista que se dedica a la construcción del proyecto inmobiliario, su función es vital.
- El interventor es quien ejerce función de control y hace un seguimiento supervisado del desarrollo del proyecto. Normalmente es designado por el fiduciario.

El fideicomiso mercantil inmobiliario presenta ciertas ventajas, entre las que podemos señalar:

- Asegura un inicio sobre la base de una proyección de flujos que permita cubrir los costos del proyecto.
- Hay un destino específico de los flujos en efectivo del promotor, compradores e inversionistas hacia el proyecto.
- Puede combinarse con el fideicomiso mercantil de garantía, a favor de acreedores o prestamistas del proyecto.
- Es más seguro que otro tipo de convenios, ya que la constitución de compañías y los contratos de asociación también han sido utilizados para el desarrollo de proyectos inmobiliarios; sin embargo se ha visto que éstos no protegen adecuadamente a los bienes y a quienes intervienen.

Entre las modalidades que se admiten dentro del fideicomiso inmobiliario tenemos:

Fideicomiso inmobiliario integral: Éste reúne todo un proyecto, pues controla las preventas, verifica el correcto destino de los recursos recibidos y transfiere el producto terminado. Normalmente se desarrolla a partir de dos etapas. La primera es la preliminar en la que se busca maximizar los aportes y las ventas en plazo, a fin de contar con un flujo de efectivo para cubrir los costos, obtener los permisos y demás autorizaciones. La segunda es la etapa de ejecución, misma que se da desde que se cumple lo anteriormente señalado, hasta la terminación del proyecto. Esta modalidad es aplicable tanto en proyectos que vayan a ser vendidos a precio fijo, como en proyectos que vayan a ser desarrollados al costo.

Fideicomiso inmobiliario al costo: Se presenta cuando los inversionistas se comprometen a comprar al precio que resulte, pero teniendo uno como referente, determinado de conformidad con el presupuesto. “En este caso los eventuales

sobrecostos se trasladan al precio, de modo que los inversionistas asumen los riesgos del proyecto.” (Rodríguez, 2005, p. 458)

Sin embargo esta modalidad ha presentado ciertos inconvenientes, pues en algunos casos la unidad inmobiliaria termina siendo más costosa que la comprada en un proyecto similar a ‘precio fijo’, por lo que “se destinaría preferentemente a personas de altos ingresos económicos o a planes de vivienda para instituciones de cierto nivel de sofisticación y de capital.” (Rodríguez, 2005, p. 459)

Fideicomiso inmobiliario a precio fijo: En este fideicomiso se acuerda comprar el inmueble resultante en un precio que ha sido determinado desde el principio. En este caso, las variaciones que puedan darse durante el desarrollo del proyecto, no las asume el inversionista, sino alguien diferente que podría ser el constituyente/beneficiario que es quien tiene la expectativa de obtener alguna utilidad de dicho proyecto o también podría ser el promotor. Empero será necesario realizar una evaluación respecto de quienes deben asumir los sobrecostos del proyecto.

Fideicomiso inmobiliario de preventas: Es aquel en el cual se asegura a los compradores que, en caso de que el proyecto inmobiliario no se llegare a realizar, se les devolverá íntegramente todos sus aportes más los réditos correspondientes.

Fideicomiso inmobiliario de tesorería: Llamado también de administración de recursos, es aquel en el que el fiduciario se limita a administrar los aportes que hagan los compradores, asegurándoles que su dinero está siendo invertido única y exclusivamente en la ejecución del proyecto inmobiliario y de acuerdo a las especificaciones que se hubieren acordado en el contrato constitutivo.

2.4.5. Titularización

De acuerdo con el artículo 138 de la Ley de Mercado de Valores de 1998:

La titularización es el proceso mediante el cual se emiten valores susceptibles de ser colocados o negociados libremente en el mercado bursátil, emitidos con cargo a un patrimonio autónomo.

Los valores que se emitan como consecuencia de procesos de titularización constituyen valores en los términos de la presente ley.

No se podrán promocionar o realizar ofertas públicas de derechos fiduciarios sin haber cumplido previamente los requisitos establecidos por esta Ley para los procesos de titularización.

De modo que “la titularización es un acto jurídico complejo mediante el cual ciertos bienes, corporales o incorporales, son transferidos por parte de su originador para que, con base a un esquema legal específico, un agente de manejo emita valores que representen los bienes que han sido transferidos.” (González, 2009, p. 92)

En sentido lato se podría decir que, la titularización es el proceso de conversión de activos ilíquidos generadores de flujo de caja, a activos líquidos (dinero).

Algunos autores consideran que al utilizar el término ‘titularización’ se incurre en un error semántico, toda vez que el término más preciso es ‘titularización’ que se usa en países como España, Argentina y Perú; sin embargo nuestra legislación ha optado por el término “titularización”.

En este proceso intervienen dos tipos de elementos que son: subjetivos y objetivos.

Los primeros se dividen a su vez en esenciales y no esenciales:

Esenciales: Son aquellos sin los cuales no se puede llevar a cabo un proceso de titularización y son:

Originador: Según el artículo 139 de la Ley de Mercado de Valores es la persona natural o jurídica, de derecho público o privado, pública o privada o mixta, de derecho privado con finalidad social o pública, ya sea nacional o extranjera, propietaria de activos o derechos sobre flujos susceptibles de ser titularizados y será quien se beneficiará de los fondos que se obtengan de los inversionistas.

Tratándose de entidades de derecho público, su participación como originador, debe darse con sujeción al reglamento especial que para el efecto expida el Consejo Nacional de Valores.

Agente de manejo: Es la persona jurídica autorizada para emitir los 'valores movilizadores' que representen el activo titularizado y que, de acuerdo con nuestra legislación, sería una sociedad administradora de fondos y fideicomisos que, además se encargará de recibir y administrar los activos a ser titularizados, colocar mediante oferta pública los valores emitidos, distribuir entre los inversionistas los resultados obtenidos, etc.

Para comprometer el activo del originador, se utilizará una figura jurídica, siendo las más utilizadas en nuestro país la constitución de fideicomisos mercantiles y la creación fondos colectivos de inversión.

El agente de manejo no responderá por los resultados obtenidos en el proceso, a menos que las pérdidas se deban a su dolo o culpa leve, lo cual debe ser declarado en sentencia ejecutoriada.

Inversionistas: Son aquellas personas naturales o jurídicas, públicas, privadas o mixtas, nacionales o extranjeras que deciden invertir sus recursos en valores emitidos con cargo al patrimonio autónomo titularizado y, en consecuencia, asumen el riesgo de inversión.

Generadores del flujo de fondos: Son los deudores u obligados cedidos como consecuencia del proceso de titularización. “Cuando el originador transfiere el activo generador de flujo de caja a título del fideicomiso mercantil, el deudor cedido deberá efectuar los pagos a la fiduciaria o al administrador de la emisión designado.” (González, 2009, p.94)

Comité de vigilancia: Estará integrado por tres miembros que no tengan relación con el agente de manejo. Este comité deberá aprobar el proceso y controlar a sus intervinientes.

No esenciales: Son aquellos que, sin ser indispensables, participan en un proceso de titularización para mejorarlo. Podemos mencionar los siguientes:

Administrador de la emisión: Es un tercero que se dedica a la administración de los activos traspasados en fideicomiso, con lo cual el fiduciario emisor se limita a ser un detentador jurídico del activo transferido por el originador.

Colocadora o Empresa de Underwriting⁶: Ésta se encargará de la colocación o venta de una emisión de valores en el mercado o la realización de los mejores esfuerzos para ello.

En nuestro país pueden actuar como underwriters los bancos, las casas de valores, las sociedades financieras y la Corporación Financiera Nacional (Resolución No. CNV 95-011 publicada en el R.O. 778 del 11-IX-95)

⁶ “Underwriting es el contrato celebrado entre una entidad financiera y una sociedad comercial, por medio del cual la primera se obliga a prefinanciar, en firme o no, títulos valores emitidos por la sociedad, para su posterior colocación.” (Boneo y Barreira, 1984, p.232) Su existencia se debe a la necesidad de las empresas de obtener recursos financieros y en la actualidad su utilización es cada vez más asidua. Si bien el contrato de Underwriting se caracteriza por la prefinanciación de los títulos valores, es también parte de la esencia del contrato la prestación de un servicio de asesoramiento previo a la decisión de emitir los títulos. El Consejo Nacional de Valores define al contrato de underwriting como aquel en virtud del cual la casa de valores y una persona emisora o tenedora de valores, convienen en que la primera asuma la obligación de adquirir una emisión o un paquete de valores, o garantice su colocación o venta en el mercado, o la realización de los mejores esfuerzos para ello.

Dentro de los elementos objetivos tenemos:

Activos: Son los bienes que el originador puede transferir en un proceso de titularización. Pueden ser bienes muebles o inmuebles, de naturaleza corporal o incorporal, siempre que sean generadores de flujo de caja, es decir que sean cuantificables o determinables.

Según el artículo 143 de la Ley de Mercado de Valores, constituyen activos susceptibles de titularización:

- a) Valores representativos de deuda pública;
- b) Valores inscritos en el Registro de Mercado de Valores;
- c) Cartera de crédito;
- d) Activos y proyectos inmobiliarios;
- e) Activos o proyectos susceptibles de generar flujos futuros determinables con base en estadísticas de los últimos tres años o en proyecciones de por lo menos tres años consecutivos, según corresponda.

Valores movilizados o valores de titularización: Según lo que establecen las diferentes legislaciones, pueden ser nominativos o a la orden.

Un proceso de titularización tiene como finalidad:

- Transformar activos inmovilizados o de lenta rotación en dinero en efectivo.
- Brindar al inversionista un rendimiento superior al que pueda obtener a través de inversiones bancarias o financieras tradicionales.
- Contribuir al desarrollo del mercado de capitales.
- Además, los títulos valores resultantes son, generalmente, seguros porque existe el respaldo de activos determinados.

- Permitir al originador obtener recursos del mercado, sin necesidad de endeudarse, sino en virtud de una transferencia temporal de sus bienes, para respaldar su captación de recursos.

2.5 DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONSTITUYENTE

De acuerdo con el artículo 126 de la Ley de Mercado de Valores, son derechos del constituyente dentro del contrato de fideicomiso mercantil:

a) Los que consten en el contrato.

Este derecho se da debido a la amplitud de aplicaciones del fideicomiso mercantil y al hecho de que se trata de una figura jurídica flexible, pues es un contrato de libre discusión, por lo tanto, en el contrato se pueden pactar ciertos derechos específicos dependiendo de la clase de fideicomiso mercantil que se trate.

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

El fideicomitente tiene derecho para exigir aquello al fiduciario, toda vez que él es quien está aportando sus bienes al patrimonio autónomo para que se cumpla con ellos una finalidad determinada.

c) Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta el Consejo Nacional de Valores, sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales.

El constituyente tiene derecho a recibir del fiduciario la información por concepto de rendición de cuentas respecto de su gestión, así como también, cualquier tipo de información que imposibilite o distorsione el cumplimiento de la finalidad prevista en el contrato.

d) 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.

Es decir que el constituyente está en condiciones de discutir los actos del fiduciario ante los jueces y en caso de que éste haya actuado con dolo o hasta culpa leve en el desempeño de sus funciones y, a consecuencia de ello, le hubiere ocasionado un perjuicio en su patrimonio, podrá exigirle la indemnización de daños y perjuicios a que haya lugar.

Este derecho del fideicomitente está relacionado al incumplimiento de las obligaciones del fiduciario, pero derivado de la ley o del contrato, siempre que le hubieren ocasionado un daño cierto.

Además de los derechos que están mencionados en la Ley, existen otros que le son propios al constituyente y que deben recogerse en el contrato de constitución para la protección de sus intereses y son:

- Exigir la entrega de remanentes en los casos que tal posibilidad sea admisible.
- Pedir y obtener la restitución de los bienes fideicomitidos a la terminación del contrato o ante la falla de la condición prevista en el mismo, por cualquier situación de caso fortuito o de fuerza mayor o por efectos contractuales que determinen que los bienes vuelvan en las mismas condiciones en las que fueron transferidos.
- Designar, según su criterio, al fiduciario que más se ajuste a sus requerimientos.
- Pedir la remoción del fiduciario y designar uno nuevo en caso de que aquél haya incurrido en dolo o culpa leve o, por negligencia en el desempeño de su gestión.

- Un derecho del cual se beneficia el constituyente, es que los bienes fideicomitidos no pueden ser embargados por deudas u obligaciones que éste hubiere adquirido con posterioridad a la constitución del fideicomiso mercantil.

Hay que tener en cuenta que los derechos del constituyente nacen desde el momento en que suscribe el contrato constitutivo, no desde el momento en que se perfecciona la transferencia de los bienes al patrimonio autónomo, tal es así que la Ley prevé la posibilidad de transferir bienes que no existen, pero que se espera que existan.

Son obligaciones del constituyente:

- a) Transferir la propiedad de los bienes objeto del fideicomiso al patrimonio autónomo libres de todo gravamen, ésta es una obligación primordial del constituyente, ya que si no realiza aquello, será imposible suscribir el contrato de fideicomiso mercantil.
- b) Remunerar a la fiduciaria conforme se haya previsto en el contrato de fideicomiso mercantil. El constituyente asumirá el costo de la gestión desempeñada por el fiduciario, como consecuencia de su decisión de crear el fideicomiso, toda vez que este contrato es oneroso y en caso de que no realice el pago, el fiduciario podría renunciar y con ello se da por terminado el contrato, siempre que no se hubiere designado un sustituto.
- c) Cubrir los gastos que realiza el fiduciario en el desempeño de sus funciones.
- d) Realizar una declaración juramentada respecto de la licitud de los fondos, indicando que el contrato no adolece de causa u objeto ilícito y que con la

celebración del contrato no ocasiona perjuicio alguno a sus acreedores o a terceros.

- e) Responder ante el fideicomiso mercantil por el saneamiento por evicción y los vicios redhibitorios a que hubiere lugar, respecto de los bienes objeto de la transferencia de dominio a favor del fideicomiso constituido.
- f) Cumplir las demás obligaciones que señale el contrato.

2.6 DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO

Son derechos del fiduciario:

a) Recibir la remuneración que se estipule en el contrato.

Hay que tener en cuenta que los negocios fiduciarios mercantiles son remunerados, por lo cual el fiduciario cobra una comisión por sus servicios, es por ello que, 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 ésta puede ser gratuita y en otras, onerosa.

Prácticamente todas las legislaciones le reconocen este derecho al fiduciario, a tal punto que, la falta de pago por sus servicios puede ocasionar su renuncia.

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

Esta es una de las facultades que la ley establece a favor de los gestores de intereses ajenos, siempre que se acredite la razonabilidad y pertinencia de los gastos realizados.

Este derecho es totalmente comprensible, ya que la gestión del fiduciario normalmente supone la realización de gastos, los cuales se ve obligado a

hacer en cumplimiento de sus obligaciones; sin embargo, ello no implica que los deba asumir con sus propios fondos.

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

El fiduciario tiene derecho a exigir a las partes el cumplimiento de sus obligaciones, para así él también poder cumplir con las finalidades establecidas en el contrato de constitución.

d) Renunciar a su cargo.

Este derecho del fiduciario está establecido en el artículo 131 de la Ley de Mercado de Valores. Su renuncia debe ser fundamentada y entre las causales se mencionan las siguientes: En caso de que la remuneración pactada no hubiere sido cancelada o en caso de que el beneficiario no pueda o se niegue a recibir los beneficios del fideicomiso bajo las condiciones contractuales, salvo que se hubiere pactado pago por consignación, a costa siempre del constituyente.

En caso de que las partes contratantes no aceptaren su renuncia, éste puede dirigir una solicitud a la Superintendencia de Compañías para que le autorice aquello, sin que se perjudique al constituyente o al beneficiario.

En cuanto a las obligaciones, al fiduciario, en tal calidad y como representante legal del fideicomiso mercantil que administra, le corresponden todas las obligaciones que se estipulen en el contrato y que estuvieren vinculadas con el cumplimiento de la finalidad prevista en él. Entre las principales obligaciones están:

- a) Ejercer la representación legal del fideicomiso que administra, procurando la mejor protección y defensa de los bienes y derechos que lo integran.

- b) Dar a los bienes que conforman el patrimonio autónomo de un fideicomiso mercantil, la destinación específica para el cumplimiento de las finalidades e instrucciones impartidas por el constituyente.
- c) Mantener el patrimonio autónomo de cada fideicomiso que administra, separado de su patrimonio y de cada uno de los otros negocios fiduciarios que administra, debiendo llevar una contabilidad independiente para cada uno de ellos.
- d) Cumplir de manera estricta con cada una de las instrucciones estipuladas dentro del contrato constitutivo del fideicomiso mercantil.
- e) Presentar sus informes, de conformidad con los requisitos establecidos en la ley y con la periodicidad establecida en el respectivo contrato.
- f) Responder hasta por culpa leve en el desempeño de su gestión.
- g) Es obligación indelegable del fiduciario, rendir cuentas comprobadas de sus actuaciones en forma fundamentada y justificada, debiendo demostrar su cumplimiento en la labor ejecutada, de acuerdo con lo dispuesto en el contrato y las normas de carácter general que expida el Consejo Nacional de Valores.
- h) 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.
- i) Una vez cumplida la finalidad, plazo o condición establecida en el contrato de fideicomiso mercantil, deberá proceder con la respectiva liquidación del mismo y transferir al beneficiario los frutos y rendimientos generados por el fideicomiso.

Además, el artículo 103 de la Ley de mercado de Valores de 1998 dispone que, son obligaciones de las administradoras de fondos y fideicomisos como fiduciario las siguientes:

- a) Administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos en fideicomiso mercantil, y los bienes administrados a través del encargo fiduciario, pudiendo celebrar todos los actos y contratos necesarios para la consecución de las finalidades instituidas por el constituyente.
- b) Mantener el fideicomiso mercantil y encargo fiduciario separado de su propio patrimonio y de los demás fideicomisos mercantiles y encargos fiduciarios que mantenga, llevando para el efecto una contabilidad independiente para cada uno de éstos.

La contabilidad del fideicomiso mercantil y de los encargos fiduciarios deberá reflejar la finalidad pretendida por el constituyente y se sujetarán a los principios de contabilidad generalmente aceptados;

- c) Rendir cuentas de su gestión, al constituyente o al beneficiario, conforme a lo que prevea el contrato y con la periodicidad establecida en el mismo y, a falta de estipulación la rendición de cuentas se la realizará en forma trimestral;
- d) Transferir los bienes a quien corresponda, una vez terminado el contrato de fideicomiso;
- e) Terminar el contrato de fideicomiso mercantil o el encargo fiduciario, por el cumplimiento de las causales y efectos previstos en el contrato; y
- f) Informar a la Superintendencia de Compañías en la forma y periodicidad que mediante norma de carácter general determine el C.N.V.

Si bien las obligaciones del fiduciario son de medio y no de resultado, éste adquiere una serie de responsabilidades en el contrato, lo cual implica, incluso, asumir la pérdida de los bienes que le hubieren sido entregados, cuando hubiere incurrido hasta en culpa leve en el desempeño de su gestión.

2.7 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE BENEFICIARIO

Podríamos decir que el beneficiario es, en principio, un especial acreedor del fideicomiso como resultado de la estipulación a su favor, derivada del acuerdo realizado entre el constituyente y el fiduciario, por lo tanto sus derechos derivan de esa condición y conforme el artículo 127 de la Ley de Mercado de Valores son:

a) Los que consten en el contrato.

Atendiendo a la diversidad de aplicaciones que podemos encontrar dentro del fideicomiso mercantil, la regla general es que los derechos del beneficiario tienen una fuente contractual.

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

El beneficiario tiene derecho a aquello siempre que se ciña a su condición e instrucciones específicas, teniendo en cuenta que la ley busca proteger la intención del constituyente así como sus intereses y que su derecho pende del cumplimiento de la condición establecida en el contrato.

c) Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta el Consejo Nacional de Valores, sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales.

Al igual que el constituyente, el beneficiario tiene derecho a que el fiduciario le rinda cuentas acerca de su gestión, lo cual deriva de su condición de especial acreedor del fideicomiso mercantil. Debe tenerse en cuenta que se trata de la rendición comprobada de cuentas.

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

El beneficiario puede plantear sus acciones contra el fiduciario por la vía judicial; sin embargo, la mayoría de contratos de fideicomiso mercantil suelen contemplar como fórmula para dirimir las controversias al arbitraje, incluso así se ha contemplado en el inciso segundo del artículo 124 de la Ley de Mercado de Valores.

e) 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.

Debido a la naturaleza de esta clase de contrato y por la finalidad que, en última instancia, busca conseguir, el beneficiario tiene derecho a impugnar los actos del fiduciario que afecte sus intereses, como por ejemplo actos de disposición arbitraria u omisión de instrucciones contractuales.

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

Esta facultad se constituye como un mecanismo para proteger al fideicomiso y sus intereses, pues es posible que el fiduciario incurra hasta en culpa leve, lo cual es una situación inaceptable, teniendo en cuenta que él es un ente profesional; o es posible que el fiduciario demuestre incompetencia en el manejo de los bienes, lo cual podría generar resultados negativos para el beneficiario, razón por la cual se le faculta solicitar su remoción.

A más de estos derechos, el beneficiario está facultado para:

- Recibir los resultados generados en virtud del contrato de fideicomiso mercantil.
- Acceder a la información que se genere durante el desarrollo del contrato, razón por la cual el fiduciario deberá emitir un informe detallado de su gestión a favor del beneficiario, con la periodicidad que se determine en el contrato.

Al igual que el constituyente y el fiduciario, el beneficiario tiene que cumplir con ciertas obligaciones:

- a) Cumplir aquellas condiciones que se hubieren estipulado en el contrato, para que tenga derecho a recibir los beneficios percibidos de la gestión fiduciaria.
- b) Pagar los honorarios al fiduciario, en forma subsidiaria.
- c) Restituir el bien, en caso de que llegare a estar en su poder.

2.8 FORMA Y REQUISITOS MÍNIMOS DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL

Pese a la libertad contractual de las partes, el artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores establece ciertos requisitos que, de manera obligatoria, debe contener todo contrato de fideicomiso mercantil:

1. Debe instrumentarse por medio de instrumento público abierto y con una sociedad administradora de fondos y fideicomisos autorizada para que actúe como fiduciaria.
2. Debe identificarse claramente a las partes intervinientes, indicando su nacionalidad, estado civil, domicilio y calidad con la que comparecen.

3. Una estipulación en la que conste una declaración juramentada del constituyente respecto de:
 - a) Ratificar la procedencia legítima de los bienes fideicomitidos.
 - b) Que declare que el contrato no adolece de causa u objeto ilícito.
 - c) Que manifieste que la constitución del fideicomiso no irroga perjuicios a sus acreedores o a terceros.
 - d) Que los bienes no provienen del cultivo, producción, almacenamiento o comercialización de sustancias estupefacientes.
4. Una estipulación en la que conste de manera expresa la transferencia de los bienes a título del fideicomiso mercantil y la entrega o no, cuando se trate de un encargo fiduciario, indicando las características de los bienes.
5. Los derechos de las partes intervinientes, esto es, del constituyente, constituyentes adherentes, en caso de que en el contrato se haya previsto esta posibilidad, del beneficiario y del fiduciario, así como sus obligaciones.
6. La remuneración a la que tenga derecho el fiduciario por el desempeño de su gestión y la responsabilidad de los gastos a efectuarse para la constitución, desarrollo y terminación del contrato.
7. Cada fideicomiso mercantil debe tener una denominación peculiar designada por el constituyente en el contrato. El fideicomiso mercantil puede tener una denominación genérica y, obligatoriamente, una denominación peculiar, esto es, un nombre que lo distinga de los demás fideicomisos mercantiles existentes.
8. Una estipulación en la que conste las causales y la forma de terminación del fideicomiso mercantil.
9. Una estipulación respecto de las causales de sustitución del fiduciario, así como el procedimiento a seguir, en caso de que ocurra aquello.
10. Una estipulación respecto de las condiciones de administración, gestión y entrega de los bienes o frutos objeto del contrato, así como las condiciones bajo las cuales se efectuarán los rendimientos y liquidaciones del fideicomiso mercantil.

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 el C.N.V.
- 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, así como su forma de designación, integración y atribuciones.
- c) El objeto y clase del contrato de fideicomiso mercantil, indicando si se trata de un fideicomiso de administración, de garantía, inmobiliario, de inversión u otro.
- d) Una estipulación acerca del plazo de duración del contrato, teniendo en cuenta que no puede ser superior a ochenta años, salvo las excepciones contempladas en la Ley de Mercado de Valores.
- e) Una estipulación respecto de la rendición de cuentas por parte del fiduciario, su forma y periodicidad.
- f) Una estipulación sobre las reformas al contrato, indicando el procedimiento que debe llevarse a cabo para el efecto y quienes deben intervenir.

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;
- 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. (cep, Ley de Mercado de Valores, actualizada a febrero de 2013, p.47-48)

Vale indicar que, la libre discusión y las prestaciones recíprocas encuentran su excepción en lo que a la incorporación de constituyentes adherentes se refiere, puestos que los mismos se incorporan por la firma de un convenio de adhesión con cláusulas predispuestas.

Los convenios y contratos de adhesión constituyen una temática vinculada con las cláusulas predispuestas; sin embargo tratándose del fideicomiso mercantil, la temática tiene una importancia mayor puesto que constituye, si se quiere, una excepción al principio de los 'efectos relativos' que producen los contratos.

En cuanto a la solemnidad para el otorgamiento del convenio de adhesión, hay quienes sostienen que el mismo debe ser otorgado por escritura pública y otros sostienen que el instrumento privado es suficiente, siempre que el contrato de fideicomiso lo exprese e incluso recoja las características básicas de la adhesión. En caso de que un contrato de fideicomiso mercantil no tenga los requisitos mínimos contemplados en el literal “a” del artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores o, si por el contrario, contiene una cláusula o condición prohibida, se presentará una situación de nulidad absoluta, conforme a las reglas de nulidad del Código Civil.

En la celebración de todo contrato de fideicomiso mercantil, la previsión de una declaración juramentada de los constituyentes, en el sentido de que los bienes aportados al mismo han sido habidos legítimamente y que no tienen intención de irrogar perjuicios a sus acreedores o a terceros, ni con causa u objeto ilícito, constituye un requisito básico y, no contar con éste, acarrearía la nulidad absoluta del contrato.

2.9 CAUSAS DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO FIDUCIARIO

En el Ecuador, de acuerdo con lo que establece la Ley de Mercado de Valores, son causales de terminación del contrato de fideicomiso mercantil las siguientes:

1. El cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato.

Debido a que el fideicomiso mercantil se constituye para el cumplimiento de una finalidad específica, una vez que ésta se cumple, el negocio fiduciario llega a su fin.

2. El cumplimiento de las condiciones.

Puesto que esta clase de contrato depende del cumplimiento de una condición, una vez que ésta se llegare a cumplir, no siendo susceptible de repetirse en el tiempo, termina el contrato.

3. El cumplimiento o falla de la condición resolutoria.

Cuando el nacimiento o la extinción de una obligación depende de un acontecimiento futuro e incierto, decimos que estamos frente a una obligación condicional. De modo que si este acontecimiento se produce, es decir, si el contrato estaba sometido a condición resolutoria, nació desde el primer momento en forma pura y simple, pero su pervivencia pende del acaecimiento del hecho futuro, que puede darse o no, de allí que sea incierto.

4. El cumplimiento del plazo contractual.

Si es que llegare el plazo establecido en el contrato constitutivo o si transcurriere el máximo señalado en la ley, termina el contrato de fideicomiso mercantil.

5. La imposibilidad absoluta de cumplir con la finalidad establecida en el acto constitutivo.

Esta causal podría presentarse en el supuesto de que los bienes objeto del contrato se destruyeren, siempre que se deba a fuerza mayor o caso fortuito y no a la culpa del fiduciario, y aún en este caso igualmente, si la indemnización a su cargo no permite llevar a cabo la finalidad prevista en el acto constitutivo. Si es que la finalidad estipulada en el contrato resulta imposible de ejecutarla, el fiduciario no podrá cumplir con el encargo encomendado.

6. La sentencia ejecutoriada dictada por autoridad judicial competente o el laudo arbitral, de conformidad con la Ley.

Esta causal será aplicable cuando se trate de sentencia ejecutoriada que recaiga sobre los bienes transferidos al patrimonio autónomo o, según sea el caso, a una de las partes que intervienen en el contrato. Igualmente, será aplicable cuando se trate de un laudo arbitral, toda vez que la misma ley contempla al arbitraje como medio para dirimir las controversias.

7. 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.

El contrato de fideicomiso mercantil puede terminar por mutuo acuerdo de las partes contratantes, siempre que no se afecte a ninguno de sus intervinientes.

8. La quiebra o disolución del fiduciario, siempre que no exista sustituto.

Esta causal de terminación del contrato de fideicomiso mercantil resulta cuestionable, porque durante la disolución o quiebra del fiduciario, sería posible transferir el negocio a otro, evitando así la frustración del mismo o en caso de que fuere posible, culminar el contrato con el cumplimiento de su finalidad.

CAPÍTULO III

LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS Y FIDEICOMISOS

3.1 ORIGEN Y EVOLUCIÓN

Las administradoras de fondos y fideicomisos mercantiles vienen a ser, dentro del contrato de fideicomiso mercantil, el fiduciario y su origen y evolución se deriva de la evolución misma del fideicomiso en cada uno de los países.

El fiduciario nace como tal en la antigua Roma, a partir del uso consuetudinario y no legalmente regulado del fideicomiso, mediante el cual, se transfería el dominio de uno o varios bienes de propiedad del constituyente, a favor de una persona a quien se le llamó fiduciario, quien, sobre la base de este encargo, debía efectuar con los bienes las instrucciones impartidas por el constituyente. De modo que, en esa época, la existencia del fiduciario respondía a dos hechos generadores de esta calidad:

1. Dentro del *pactum fiduciae cum amico* el constituyente escogía a la persona que consideraba idónea para transferir sus bienes, en virtud de la confianza depositada en él y,
2. Dentro del *pactum fiduciae cum creditore* el constituyente no tenía esa libertad para escoger al fiduciario, sino que debía entregar a su acreedor la propiedad de una cosa en garantía de la obligación que los vinculaba, con cargo de devolvérsela una vez que ésta ha sido satisfecha.

De lo mencionado podemos ver que la designación del fiduciario respondía a un impulso de confianza y seguridad.

Posteriormente, el proceso del fideicomiso pasó a ser un mecanismo más seguro, donde el fiduciario asume la responsabilidad de la representación y manejo del patrimonio fideicomitado.

Dentro de este proceso evolutivo se han utilizado varias definiciones para referirse al fiduciario, así tenemos: *fiduciario*, en la época del Derecho Romano; dentro de la figura del Use y del Equity inglés se le denominada *feoffe to use* y dentro del Trust anglosajón se le llamaba *trustee*, mientras que actualmente se lo conoce en la mayoría de legislaciones latinoamericanas como *sociedades administradoras de fondos y fideicomisos*.

Sin embargo, resulta poco práctico extenderse en una evolución del fiduciario como tal, toda vez que desde las primeras épocas, su finalidad ha sido la misma, claro que con las lógicas variantes que trae consigo el transcurso del tiempo y el desarrollo de las relaciones contractuales y los negocios.

Nuestro país, siguiendo la tendencia colombiana, creó el estatuto básico de la actividad fiduciaria a través de la Ley de Títulos de Crédito publicada en el R.O. No. 124 de 9 de diciembre de 1963, misma que fue derogada por la Ley General de Operaciones de Crédito publicada apenas días después en R.O. No. 133 de 19 de diciembre.

Sin embargo, es la Ley de Mercado de Valores de 1993 la que, en su artículo 33 determinó la existencia de las compañías administradoras de fondos y fideicomisos y se establecía que éstas debían ser sociedades anónimas, cuyo único objetivo era el de administrar fondos de inversión y fideicomisos mercantiles. Además indicaba que podían desempeñarse como fiduciarios los bancos, las administradoras de fondos, así como cualquier otra persona, ya que no existía norma alguna que imponga la necesaria intervención de un fiduciario como ente profesional.

Al ser derogada esta Ley por la Ley de Mercado de Valores de 1998, se introdujeron nuevas disposiciones, siendo las más relevantes: la dotación al fideicomiso mercantil de personalidad jurídica, con lo cual se aleja de la tendencia latinoamericana y la exigencia de profesionalismo y especialización del fiduciario, pues indica que únicamente pueden actuar como tal las administradoras de fondos y fideicomisos y ciertas entidades del sector público, siempre que estuvieren facultadas por la ley. Además, extendió el objeto social de las administradoras de fondos y fideicomisos, pues a más de administrar fondos de inversión y negocios fiduciarios, ahora también pueden actuar como emisoras de procesos de titularización y representar fondos internacionales de inversión., siempre que se sujeten a lo dispuesto en dicha Ley.

Con respecto al profesionalismo de las administradoras de fondos y fideicomisos a través del personal que labora en estas entidades, el mismo nace como consecuencia de la suscripción del contrato de fideicomiso mercantil entre el constituyente y el fiduciario, ya que se contrata con una compañía entendida en el negocio, que ofrece servicios fiduciarios, razón por la cual, el fiduciario debería asegurar un buen manejo en su administración, minorando el riesgo en el desarrollo del fideicomiso, cumpliendo con todas las disposiciones del constituyente, comprometiéndose a la remisión de información al ente de control, al Servicio de Rentas Internas, entre otros.

Por lo tanto, sobre la base de nuestra legislación, podríamos decir que el fiduciario es la persona jurídica que goza de ciertas características de confianza, seguridad, experiencia y confidencialidad, que toma a su cargo la representación legal judicial y extrajudicial de los fideicomisos mercantiles que administre.

La suscripción del contrato de fideicomiso mercantil es el acto de confianza mediante el cual el constituyente transfiere al fiduciario bienes de su propiedad para que sean administrados por él, a fin de cumplir la finalidad prevista por aquél. El profesionalismo, la debida diligencia y responsabilidad del fiduciario pueden

influir en la confianza depositada por el constituyente; pues, si en el desarrollo del contrato de fideicomiso éste no está conforme con el manejo del negocio por parte de su fiduciario, en el contrato se prevé cláusulas como la sustitución fiduciaria, que es una manera de expresar que la confianza entregada en un inicio ha disminuido o no se encuentra conforme con la misma.

3.2 CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD

Para constituir una sociedad administradora de fondos y fideicomisos es necesario tomar en cuenta varios parámetros que están establecidos en la Ley de Mercado de Valores y su normativa complementaria.

Al momento en que se constituya una compañía administradora de fondos y fideicomisos, ésta deberá incluir en su denominación la expresión "administradora de fondos y fideicomisos", la que solamente podrá ser utilizada por las compañías que sean constituidas y autorizadas por la Superintendencia de Compañías, al amparo de la Ley de Mercado de Valores y sus normas complementarias, debiendo agregar la expresión peculiar que le permita diferenciarse de las otras administradoras de fondos y fideicomisos existentes.

Si se infringiere esta disposición o las compañías que, desarrollen actividades propias de una administradora de fondos y fideicomisos, sin encontrarse debidamente autorizadas por la Superintendencia de Compañías, se sujetarán a las sanciones impuestas por el Superintendente de Compañías, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar.

Las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos, así como las instituciones públicas que estén facultadas a administrar negocios fiduciarios deberán, previo al inicio de sus operaciones, obtener la autorización de funcionamiento de parte de la Superintendencia de Compañías e inscribirse en el Registro del Mercado de Valores.

La solicitud de autorización de funcionamiento e inscripción, deberá ser suscrita por el representante legal de la administradora de fondos y fideicomisos y por el abogado patrocinador.

Al momento de la autorización de las administradoras de fondos y fideicomisos por parte de la Superintendencia de Compañías, el capital mínimo inicial deberá estar suscrito y pagado, en numerario.

El artículo 98 de la Ley de Mercado de Valores dispone que, para constituir una administradora de fondos que tenga como objeto social el de administrar fondos de inversión o ser representante de fondos internacionales, se requiere un capital suscrito y pagado mínimo de DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (USD 262.890). Igual capital mínimo se requiere para constituir una administradora de fondos y fideicomisos cuyo único objeto social sea la actividad fiduciaria y participe en procesos de titularización.

Es posible que la administradora de fondos y fideicomisos se dedique tanto a administrar fondos de inversión y fideicomisos, así como participar en procesos de titularización, entonces en este caso requerirá de un capital suscrito y pagado adicional al mencionado en el inciso anterior incrementado por lo menos CIENTO TREINTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD 131.445) y una autorización adicional por parte de la Superintendencia de Compañías.

Una vez establecido el capital mínimo que debe integrarse para constituir una compañía administradora de fondos y fideicomisos, se debe mencionar que las acciones son nominativas, las mismas que circularán por cesión cambiaria inscrita en el registro del emisor. En este caso, el Consejo Nacional de Valores determinará los parámetros requeridos.

Con respecto a los fondos y negocios fiduciarios administrados, cada uno será considerado como un patrimonio independiente de su administradora, siendo obligación de ésta llevar una contabilidad separada de otros fondos y negocios fiduciarios que administre, además estarán sujetos a una auditoría externa, de acuerdo con las normas aplicables para el caso, de conformidad con la Ley y su Reglamento.

Las compañías administradores de fondos y fideicomisos no podrán realizar ninguna otra actividad, ni contar con la autorización de funcionamiento por parte de la Superintendencia de Compañías, Órgano Rector de estas compañías, mientras no se hayan cumplido previamente con los requisitos de capital y con lo previsto en el Manual Orgánico Funcional, el Reglamento Operativo Interno y Sistema Tecnológico y Manual Orgánico y de Procedimientos del Comité de Inversiones, los mismos que deberán ser verificados por la entidad de control.

3.3 RESPONSABILIDADES DE LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS

Partiendo de la definición que el Diccionario de la Lengua Española da al término responsabilidad, según el cual debe entenderse como “capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente” (Real Academia Española, 2001) podríamos decir que, la responsabilidad es la obligación que tiene la persona que cometió un acto en perjuicio de alguien, de reparar el daño causado al agraviado, quien a su vez tiene la potestad de ejercer cuanta acción esté a su alcance para obtener tal reparación, de conformidad con la naturaleza a la que ésta corresponda. Por lo tanto, en caso de que la sociedad administradora no cumpla con sus obligaciones, deberá asumir la consecuente responsabilidad que ello conlleva, con base a la teoría general del contrato y los efectos de las obligaciones.

En este sentido, la Ley de Mercado de Valores de 1998 ha establecido de manera clara y determinante las responsabilidades que tienen las Administradoras de Fondos y Fideicomisos frente al manejo del negocio fiduciario, así en su artículo 102 señala que:

La administradora está obligada a proporcionar a los negocios fiduciarios, los servicios administrativos que éstos requieran, tales como la cobranza de sus ingresos y rentabilidad, presentación de informes periódicos que demuestren su estado y comportamiento actual y, en general, la provisión de un servicio técnico para la buena administración del fondo.

La administradora gestionará cada fideicomiso, atendiendo exclusivamente a la mejor conveniencia de éste. Todas y cada una de las operaciones que efectúe por cuenta del mismo, se harán en el mejor interés del fondo.

Sin perjuicio de las responsabilidades penales, son infracciones administrativas las operaciones realizadas con los activos del fondo para obtener beneficios indebidos, directos o indirectos para la administradora, sus directores o administradores y las personas relacionadas o empresas vinculadas.

La administradora deberá mantener invertido al menos el cincuenta por ciento de su capital pagado en unidades o cuotas de los fondos que administre, pero en ningún caso estas inversiones podrán exceder del treinta por ciento del patrimonio neto de cada fondo, a cuyo efecto la Superintendencia de Compañías realizara las inspecciones periódicas que sean pertinentes.

De modo que las responsabilidades del fiduciario son de índole contractual y además legal, debido a que en el contrato suscrito por las partes se plasma la voluntad de las mismas y por ende surgen derechos y obligaciones para ellos, así por ejemplo, surge el derecho del fiduciario a exigir un pago u honorario por su servicio y, a su vez, responde frente al constituyente, beneficiario y terceros, en caso de existirlo, debido al desempeño profesional que ha tenido la administradora

de fondos, ésta al no cumplir con lo establecido en el contrato está faltando a su función adquirida de ser profesional y diligente no sólo frente al constituyente y beneficiario, sino también frente a terceros en caso de existirlo, teniendo éstos el derecho de efectuar los reclamos que consideren pertinentes, en primer lugar, de conformidad a las cláusulas establecidas en el contrato referente a controversias de las partes, ya sea a través de la mediación o el arbitraje, o, de considerarlo pertinente, hasta un reclamo en la vía judicial.

Una vez establecido que la responsabilidad del fiduciario es de índole contractual, debemos advertir que ésta puede ser de diversa naturaleza, dependiendo de las normas que haya transgredido con su conducta, por lo tanto la responsabilidad que puede recaer sobre él puede ser: administrativa, penal, tributaria y civil.

Responsabilidad administrativa.

Esta se refiere a la responsabilidad que ha de asumir frente a la Superintendencia de Compañías, como órgano de control y vigilancia, la cual cuenta con amplias facultades sancionadoras.

Las sanciones pueden imponerse tanto a las entidades propiamente dichas como a sus administradores y empleadores, las cuales usualmente consisten en multas.

Responsabilidad penal.

Cuando el legislador considera que ciertas conductas transgreden valores fundamentales, las tipifican en los regímenes penales, de modo que pueda imponerse una sanción y además constituyan un ejemplo para el resto de la comunidad.

Para un fiduciario que administra bienes de terceros, pueden imaginarse conductas punibles en relación con su manejo que darían lugar a delitos contra el patrimonio como el abuso de confianza, el hurto u otros similares.

La Ley de Mercado de Valores en su artículo 213 numeral 6 dispone:

“Defraudaciones.- Serán sancionados con prisión de uno a cinco años y multa de doscientos sesenta y dos 89/100 (262,89) a dos mil seiscientos veintiocho 90/100 (2.628,90) dólares de los Estados Unidos de América:

6.- Los que hubieren celebrado fraudulentamente contratos de fideicomiso mercantil en perjuicio de terceros.”

Responsabilidad tributaria.

Hace referencia a la responsabilidad que recae sobre él por su condición de fiduciario y no a la que se puede atribuir a sus funcionarios como administradores de la sociedad fiduciaria respecto de las obligaciones fiscales de ésta última, que se rigen por las normas que serían aplicables a quienes se encuentren en esa posición al frente de una sociedad comercial cualquiera. (Rodríguez, 2005, p. 350)

Es importante tener en cuenta que las obligaciones tributarias que se generan para la administradora de fondos y fideicomisos son en base a los fideicomisos mercantiles que ésta administre.

Responsabilidad civil.

Ésta es la que debe asumirse como consecuencia de la generación injustificada de un daño a quien no tendría por qué soportarlo, lo cual que está íntimamente relacionado con el concepto que da el diccionario respecto del término responsabilidad.

Al respecto, el artículo 125 inciso segundo de la Ley de Mercado de Valores dispone:

“El fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, que es de medio y no de resultado; esto es que su responsabilidad es actuar de

manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan.”

El fiduciario, en su calidad de representante del patrimonio autónomo, deberá efectuar una gestión prudente y diligente de administración de los bienes fideicomitidos, debiendo realizar cuanto acto sea necesario para la conservación de los mismos, de manera que no deba ser responsable por su deterioro, falta de mantenimiento o conservación.

Se dice que la diligencia que debe emplear la fiduciaria en el desempeño de su gestión, es aquella que emplea un buen padre de familia en sus negocios, de modo que deberá tomar las precauciones necesarias para evitar daños, perjuicios o deterioros en los bienes y no actuar de manera negligente, entendiéndose por negligencia la falta de cuidado en el manejo de los negocios o en el trato de los bienes.

En cuanto a la culpa, es necesario mencionar que algunos códigos civiles, entre los cuales se encuentra el nuestro, distinguen tres tipos de culpa o descuido, entre la que consta la prevista en la Ley de Mercado de Valores que es la culpa leve referente al manejo fiduciario, así nuestro Código Civil en su artículo 29 establece:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios, Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.

Para que el fiduciario sea responsable por su falta de diligencia, es necesario que no exista ninguna circunstancia que le excuse de dicho acto. Esta falta de diligencia por su acción u omisión en el cumplimiento de sus obligaciones, trae como consecuencia su culpabilidad.

La negligencia es la acción u omisión que se enmarca dentro de un término más técnico, que en este caso y por ser el fiduciario una persona jurídica profesional, viene a ser la imprudencia (dado su profesionalismo y conocimiento técnico de la materia), pues aquí la omisión de precauciones, o la falta de diligencia debida de las mismas producirá el hecho imputable, con el correspondiente efecto de la responsabilidad, y de éste, las debidas indemnizaciones para el perjuicio que hubiere causado.

La responsabilidad del fiduciario dentro de su accionar, en el cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato de fideicomiso mercantil que administre, estará limitada a la debida, oportuna y diligente ejecución de las instrucciones que le hubiere impartido el constituyente, siempre que éste, de su parte, efectúe la transferencia de los aportes de los bienes fideicomitidos, de manera que el fiduciario pueda efectuar el cumplimiento de su gestión , concluyendo con la consecución de la finalidad establecida en cada contrato.

Todo lo mencionado guarda relación con el artículo 125 de la mencionada ley que hace referencia a las obligaciones de medio y no de resultado del fiduciario y dispone:

No obstante las obligaciones señaladas precedentemente, así como las que se prevean en el contrato de fideicomiso mercantil y en el de encargo fiduciario, el fiduciario no garantiza con su actuación que los resultados y finalidades pretendidas por el constituyente efectivamente se cumplan.

El fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, que es de medio y no de resultado...

La teoría de las obligaciones de medios y de resultados ha sido elaborada principalmente por autores alemanes, pero también franceses como Demogue. Esta tesis señala que el objeto de determinadas obligaciones viene dado no por el resultado del obligado, sino por su actividad como obligado; así, "las obligaciones de los profesionales son de medio, es decir que procurarán poner en su actividad su talento, experiencia, esfuerzos y cuidados, en vista de procurar un resultado, pero sin garantizar que, efectivamente, el resultado deseado se producirá." (González, 2009, p. 137)

La aplicación de esta tesis a los negocios fiduciarios, significa que el fiduciario no puede obligarse contractualmente a asegurar que, al cumplir las instrucciones impartidas por el constituyente o, al celebrar actos y contratos debidamente facultado para ello, conseguirá el resultado deseado por aquél y para ello encontrará su protección en el contrato de constitución de fideicomiso y la forma en que llevó a cabo su gestión para ejecutarlo; toda vez que en ciertos casos puede que sea imposible cumplir con la finalidad establecida en el contrato, pese a que él hubiere efectuado todo cuanto estuvo a su alcance para lograrlo.

En conclusión, podríamos decir que el fiduciario no puede obligarse a asegurar que conseguirá el resultado pretendido por el constituyente, más cuando el

resultado dependa de actos de éste o de terceros vinculados con el negocio fiduciario; sin embargo, es posible que el fiduciario, durante el desempeño de su gestión, contraiga obligaciones de resultado, en cuyo caso deberá cumplir con ellas, por ejemplo: desembolsar el dinero en las fechas establecidas en el contrato, informar del estado de los bienes fideicomitidos, mantener separado cada uno de los fideicomisos mercantiles que administre, etc.

Lo manifestado demuestra que no puede manejarse con un concepto simplista la afirmación de que ‘todas las obligaciones del fiduciario son de medio y no de resultado’, toda vez que el fiduciario contrae múltiples obligaciones de resultado derivadas tanto de su gestión administrativa, así como de los actos y contratos que celebra durante el desempeño de su función fiduciaria.” (González, 2009, p. 139)

3.4 EXIMENTES GENERALES DE RESPONSABILIDAD

Dentro de los eximentes generales de responsabilidad se pueden mencionar los siguientes:

- Cuando la culpa sea atribuible a la víctima, es decir, cuando ella hubiere contribuido a la causación del daño, pues en este caso la responsabilidad puede ser compartida o que resulte exclusiva para la víctima, caso en el cual termina por exonerar de responsabilidad al deudor, viéndose ella obligada a soportar todo el efecto del daño resultante.
- En caso de fuerza mayor o caso fortuito, nociones que están ligadas a una verdad de siempre, según la cual “nadie está obligado a lo imposible”.

El diccionario de la Lengua Española define a la fuerza mayor como “aquella que, por no poder prever o resistir, exime del cumplimiento de alguna obligación”, así como “la que procede de la voluntad de un tercero.” (Real Academia Española, 2001)

El caso fortuito es “aquel suceso ajeno a la voluntad del obligado, que excusa el cumplimiento de obligaciones.” (Real Academia Española, 2001)

Por lo tanto, en ambos casos el obligado se ve en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones, ya que falta el elemento moral base de la imputabilidad que es la culpa, pues la imposibilidad resulta de circunstancias sobrevinientes e imprevisibles, a las que no es posible resistir.

- También podemos mencionar dentro de los eximentes al consentimiento o conformidad de la víctima, que opera como tal, al excluir la antijuricidad de la situación.

“En el campo contractual es posible que el consentimiento de la víctima se traduzca en la inclusión de cláusulas exonerativas o limitativas de la responsabilidad, eventos en los cuales una de las partes se puede ver liberada de responder frente a ciertos perjuicios en virtud del acuerdo celebrado previamente.” (Rodríguez, 2005, p. 360)

Sin embargo, en el caso del contrato de fideicomiso mercantil, a pesar de ser un contrato de libre discusión, son de preponderante aplicación la Ley y su Reglamento, es así que en nuestro país, por expresa prohibición legal establecida en el artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores, no cabe la dispensa de responsabilidad, pues se dispone que:

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;
- 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...

Pero ello no significa que el fiduciario asuma la responsabilidad por actos u omisiones del constituyente, beneficiarios o terceras personas que impidan el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato que él administre, en cuyo caso cada una de estas personas deberá asumir su responsabilidad y reparar el daño a quien se sintiere perjudicado por tales hechos.

Por otra parte, el fiduciario tampoco asumirá su responsabilidad, siempre que opere con sujeción al contrato constitutivo del fideicomiso y a las órdenes impartidas por el constituyente y autoridades de control.

Existen dos aspectos importantes sobre la base de los cuales el fiduciario queda exento de responsabilidad y son:

1. Cuando el constituyente, de manera premeditada y dolosa, celebra un contrato de fideicomiso, a sabiendas que lo efectúa en perjuicio de uno o varios terceros, buscando de este modo un ilícito provecho para sí.
2. Cuando los bienes fideicomitidos se encuentran viciados o bajo gravamen o carga y pese a la verificación diligente del fiduciario respecto de su estado, no se logra determinarlo debido a la actitud dolosa del constituyente,

En estos dos casos es el constituyente quien debe asumir toda la responsabilidad frente a los terceros perjudicados y frente al fiduciario, tanto por el perjuicio causado, cuanto por la actitud dolosa perpetrada.

3.5 RENUNCIA Y SUSTITUCIÓN DEL FIDUCIARIO

Estos temas deben estar claramente detallados en el contrato de constitución de fideicomiso mercantil, ya que la Ley no habla de un procedimiento a seguir sobre este particular, pero sí imparte parámetros para detallar en los contratos de

constitución de fideicomiso, de manera clara y precisa, las causas por las que puede darse la renuncia y sustitución por parte del fiduciario en el negocio, en cuyo texto deben constar entre otras facultades: las obligaciones y responsabilidades de la fiduciaria, la liquidación de sus haberes, de modo que en caso de darse una sustitución o renuncia se proteja de manera diligente y adecuada los intereses del fideicomiso y de terceros.

El artículo 131 de la Ley de Mercado de Valores de 1998 establece las posibilidades en que la fiduciaria podrá renunciar a su administración, pero siempre tomando en consideración que con ello no cause perjuicio al constituyente ni a terceros vinculados al contrato. El mencionado artículo reza así:

El fiduciario solo podrá renunciar a su gestión, siempre que no cause perjuicio al constituyente, al beneficiario o a terceros vinculados con el fideicomiso mercantil y, por los motivos expresamente indicados en el contrato de fideicomiso mercantil o encargo fiduciario. A falta de estipulación son causas 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.
A menos que hubiere acuerdo entre las partes, el fiduciario para renunciar requerirá autorización previa del Superintendente de Compañías quien en atención a las disposiciones del contrato podrá resolver la entrega física de los bienes del patrimonio autónomo al constituyente o a quien tenga derecho a ellos o al fiduciario sustituto previsto en el contrato, al que designe el beneficiario o al que el Superintendente de Compañías designe, según el caso.

Lo mencionado guarda concordancia con la Codificación de Resoluciones expedidas por el C.N.V. Título II, Subtítulo III, Sección III, artículo 17 que hace referencia al procedimiento para la autorización de renuncia de la administradora de fondos y fideicomisos como fiduciaria y señala lo siguiente:

A efectos de que la Superintendencia de Compañías autorice la renuncia de la administradora de fondos y fideicomisos como fiduciaria, se deberán presentar los siguientes documentos:

1. Solicitud de autorización para renunciar, exponiendo fundamentadamente las causas y razones de su decisión y aquellas por las que no es factible la liquidación del negocio fiduciario, de conformidad con el contrato o la Ley.
2. Copia de la última rendición comprobada de cuentas remitida al constituyente o beneficiario, según corresponda, de acuerdo a lo establecido en el contrato, y de la comprobación del cumplimiento de obligaciones tributarias. La rendición deberá hacerse con apego a lo determinado en la Ley de Mercado de Valores y en el Título de Negocios Fiduciarios de esta codificación.
3. Certificación o constancia de haberse entregado al constituyente o beneficiario la rendición de cuentas.

En caso de autorización de la renuncia: Una vez autorizada la renuncia de la fiduciaria, se entenderá como aceptada por las partes y el Superintendente de Compañías dispondrá la entrega física de los bienes del patrimonio autónomo a la fiduciaria sustituta designada en el contrato, o al constituyente, o a quien tenga derecho a ellos según el contrato, o al que

designe el beneficiario o a la fiduciaria que el Superintendente de Compañías designe, según el caso.

La entrega de los bienes del patrimonio autónomo deberá realizarse dentro del término de quince días, contados a partir de la fecha de la respectiva resolución, prorrogable por una sola vez a petición de la fiduciaria.

Cuando la fiduciaria designada por los beneficiarios acepte el cargo se informará sobre el particular a la Superintendencia de Compañías.

En todos los casos de sustitución de la fiduciaria de negocios fiduciarios, inscritos en el Registro del Mercado de Valores, se deberá cumplir con la correspondiente marginación del contrato de fideicomiso mercantil en dicho registro.

En caso de que no se autorice la renuncia: El fiduciario sigue en sus funciones y, por tanto, continuará administrando el fideicomiso mercantil.

Cuando no fuere posible designar fiduciario sustituto en reemplazo de un fiduciario que renuncia: En ese caso, la Superintendencia de Compañías dispondrá que el fiduciario liquide el fideicomiso mercantil con sujeción a las disposiciones previstas en el contrato de fideicomiso mercantil, entregando los bienes del patrimonio autónomo al constituyente, al beneficiario o a quien tenga derecho a ellos.

Al hablar de la sustitución del fiduciario, a más de la disposición prevista en el artículo 133 de la Ley de Mercado de Valores, existe otra en la Codificación de la Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, Título II, Subtítulo III, Sección III, artículo 18, que establecen de manera clara cuándo procede la sustitución fiduciaria, y como deberá operar, para lo cual el constituyente deberá tener el asesoramiento profesional por parte del fiduciario, para que, en caso de presentarse estas situaciones durante el desarrollo del fideicomiso, no existan

contratiempos en su aplicación y el fiduciario efectúe el traspaso de los bienes de conformidad con su naturaleza, cumpliendo con el objeto del fideicomiso. Así el artículo 133 establece:

En caso de que el fiduciario sea sustituido por las causales previstas en el contrato o en la ley, los bienes que conforman el fideicomiso mercantil deberán ser entregados físicamente al sustituto en los mismos términos determinados en el contrato de constitución.

El fiduciario sustituto no es responsable de los actos de su predecesor.

El C.N.V., dictará por resolución de carácter general las normas reglamentarias relativas a la sustitución fiduciaria.

Por su parte, el artículo en mención de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores establece:

Art. 18.- Sustitución de oficio de la administradora de fondos y fideicomisos como fiduciaria.- El Superintendente de Compañías dispondrá la sustitución de oficio de la fiduciaria en los siguientes casos:

1. Cuando a su juicio y una vez cumplida la investigación de oficio, expresada en resolución motivada, proceda esa medida para salvaguardar los derechos de terceros que hayan contratado con el patrimonio autónomo.
2. En caso de disolución de la fiduciaria.

3.6 RÉGIMEN TRIBUTARIO PARA LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

Las normas de carácter tributario aplicables a los negocios fiduciarios se encuentran enmarcadas, principalmente, dentro de la Ley de Régimen Tributario Interno y su Reglamento, del Código Tributario y de la Ley de Mercado de Valores; sin embargo, en su mayoría éstas se presentan no como normas originarias de los mencionados cuerpos legales, sino más bien como reformas o enmiendas efectuadas a la legislación vigente, ya que los artículos que hacen referencia al tema, se presentan como reformas a los cuerpos legales aplicables, los cuales fueron expedidos con anterioridad a la Ley de Mercado de Valores vigente.

El artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores dispone:

La transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita ya que la misma no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario y se da como medio necesario para que éste último pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato. Consecuentemente, la transferencia a título de fideicomiso mercantil 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.

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.

Si bien, la transferencia de los bienes que hace el constituyente a título del fideicomiso mercantil, está exenta del pago de impuestos, ello difiere de la transferencia que hace el fiduciario a favor del beneficiario del fideicomiso, la cual si está gravada con impuestos.

Sin embargo, en nuestra legislación, a diferencia de la de otros países, el fideicomiso mercantil se constituye como un patrimonio autónomo y, por lo tanto, completamente independiente de los patrimonios del fiduciario, del constituyente y del beneficiario, por lo cual este fideicomiso adquiere personería jurídica independiente, que lo convierte en sujeto pasivo de impuestos, lo cual concuerda con lo establecido en el artículo 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno que establece que, para efectos tributarios, el fideicomiso mercantil será considerado como una compañía o sociedad.

Al mencionar que el fideicomiso mercantil es una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, podemos decir que, en materia tributaria no es la excepción, por lo cual el fideicomiso mercantil es sujeto pasivo de impuestos, lo cual concuerda con lo señalado en líneas anteriores.

Así, el artículo 24 inciso segundo del Código Tributario señala “Se considerarán también sujetos pasivos, las herencias yacentes, las comunidades de bienes y las demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio independiente de los de sus miembros, susceptible de imposición, siempre que así se establezca en la ley tributaria respectiva.”

Por su parte, la Ley de Régimen Tributario Interno en su artículo 4 dispone:

Son sujetos pasivos del impuesto a la renta las personas naturales, las sucesiones indivisas y las sociedades, nacionales o extranjeras,

domiciliadas o no en el país, que obtengan ingresos gravados de conformidad con las disposiciones de esta Ley.

Los sujetos pasivos obligados a llevar contabilidad, pagarán el impuesto a la renta en base de los resultados que arroje la misma.

El fideicomiso mercantil, al igual que otras personas jurídicas, se encuentra representado legalmente por su representante legal, quien para efectos fiduciarios es la administradora de fondos y fideicomisos legalmente constituida y es la responsable de verificar el cumplimiento de las obligaciones de cada uno de los fideicomisos que administra, así el artículo 119 de la Ley de Mercado de Valores de 1998 establece lo siguiente:

El fiduciario ejercerá la personería jurídica y la representación legal del fideicomiso mercantil, por lo que podrá intervenir con todos los derechos y atribuciones que le correspondan al fideicomiso mercantil como sujeto procesal, bien sea de manera activa o pasiva, ante las autoridades competentes en toda clase de procesos, trámites y actuaciones administrativas o judiciales que deban realizarse para la protección de los bienes que lo integran, así como para exigir el pago de los créditos a favor del fideicomiso y para el logro de las finalidades pretendidas por el constituyente.

Lo mencionado guarda relación con el artículo 27 del Código Tributario que dispone:

Responsable por representación.- Para los efectos tributarios son responsables por representación:

Los directores, presidentes, gerentes o representantes de las personas jurídicas y demás entes colectivos con personalidad legalmente reconocida;...

La responsabilidad establecida en este artículo se limita al valor de los bienes administrados y al de las rentas que se hayan producido durante su gestión.

Con respecto a la responsabilidad tributaria, de manera expresa, la Ley de Mercado de Valores de 1998 en su artículo 135 dispone que: "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." Para estos efectos, la responsabilidad del fiduciario, en relación con el fideicomiso que administra, se rige 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." (cep, Ley de Mercado de Valores, actualizada a febrero de 2013, p.51)

Lo citado se complementa con lo establecido en la Ley de Régimen Tributario Interno, en donde se establece que para efectos tributarios, el fideicomiso mercantil será considerado como una persona jurídica independiente, por lo tanto, sujeto pasivo de los impuestos que gravan su actividad y agente de recepción o percepción de los mismos.

Impuesto a la Renta

De acuerdo a lo que establece el artículo 42 numeral 1 de la Ley de Régimen Tributario Interno (agregado por la Disposición Reformatoria segunda, num. 2.11, de la Ley s/n, R.O. 351-S, 29-XII-2010) con respecto a la liquidación del Impuesto a la Renta de Fideicomisos Mercantiles y Fondos de Inversión se dispone que:

Conforme lo establecido en esta Ley, los fideicomisos mercantiles que desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, deberán declarar y pagar el correspondiente impuesto a la renta por las utilidades obtenidas, de la misma manera que lo realiza el resto de sociedades.

Los fideicomisos mercantiles que no desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, los fondos de inversión y los fondos complementarios, siempre y cuando cumplan con lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 9 de esta Ley, están exentos del pago de impuesto a la renta. Sin perjuicio de ello, deberán presentar únicamente una declaración informativa de impuesto a la renta, en la que deberá constar el estado de situación del fondo o fideicomiso mercantil.

Para efectos tributarios se entenderá que un fideicomiso mercantil realiza actividades empresariales u opera un negocio en marcha, cuando su objeto y/o la actividad que realiza es de tipo industrial, comercial, agrícola, de prestación de servicios, así como cualquier otra que tenga ánimo de lucro, y que regularmente sea realizada a través de otro tipo de sociedades. Así mismo, para efectos de aplicación del anticipo, en el caso de los fideicomisos mercantiles inmobiliarios, para determinar el momento de inicio de la operación efectiva, se tendrá en cuenta el cumplimiento del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario o de cualquiera de sus etapas.

En concordancia con lo mencionado, el artículo 68 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno (sustituido por el artículo 12 del D.E. 732, R.O. 434, 26-IV-2011) dispone que “Los fideicomisos mercantiles legalmente constituidos, que efectúen actividades empresariales u operen negocios en marcha, conforme lo señalado en la Ley de Régimen Tributario Interno, deberán liquidar y pagar el Impuesto a la Renta que corresponda a las sociedades, de acuerdo con las normas generales...”

Por su parte el artículo 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno (sustituido por la Disposición Reformatoria Segunda, numeral 2.1, de la Ley s/n, R.O. 351-S, 29-XII-2010) dispone que, están exonerados del pago del impuesto a la renta los siguientes ingresos:

15.- Los ingresos que obtengan los fideicomisos mercantiles, siempre que no desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, conforme la definición que al respecto establece el Art. 42.1 de esta Ley. Así mismo, se encontrarán exentos los ingresos obtenidos por los fondos de inversión y fondos complementarios.

Para que las sociedades antes mencionadas puedan beneficiarse de esta exoneración, es requisito indispensable que al momento de la distribución de los beneficios, rendimientos, ganancias o utilidades, la fiduciaria o la administradora de fondos, haya efectuado la correspondiente retención en la fuente del impuesto a la renta -en los mismos porcentajes establecidos para el caso de distribución de dividendos y utilidades, conforme lo dispuesto en el Reglamento para la aplicación de esta Ley- al beneficiario, constituyente o partícipe de cada fideicomiso mercantil, fondo de inversión o fondo complementario, y, además, presente una declaración informativa al Servicio de Rentas Internas, en medio magnético, por cada fideicomiso mercantil, fondo de inversión y fondo complementario que administre, la misma que deberá ser presentada con la información y en la periodicidad que señale el Director General del SRI mediante Resolución de carácter general.

De establecerse que estos fideicomisos mercantiles, fondos de inversión o fondos complementarios no cumplen con los requisitos arriba indicados, deberán tributar sin exoneración alguna.

15.1.- (Sustituido por la Disposición Reformativa Segunda, numeral 2.1, de la Ley s/n, R.O. 351-S, 29-XII-2010).- Los rendimientos por depósitos a plazo fijo pagados por las instituciones financieras nacionales a personas naturales y sociedades, excepto a instituciones del sistema financiero, así como los rendimientos obtenidos por personas naturales o sociedades por las inversiones en títulos valores en renta fija, que se negocien a través de las bolsas de valores del país, y los beneficios o rendimientos obtenidos por personas naturales y sociedades, distribuidos por fideicomisos mercantiles de inversión, fondos de inversión y fondos complementarios, siempre que la inversión realizada sea en depósitos a plazo fijo o en títulos valores de renta fija, negociados en bolsa de valores. En todos los casos anteriores, las inversiones o depósitos deberán ser originalmente emitidos a un plazo de un año o más. Esta exoneración no será aplicable en el caso en el que el receptor del ingreso sea deudor directa o indirectamente de la institución en que mantenga el depósito o inversión, o de cualquiera de sus vinculadas; y...

En cuanto a la tarifa del impuesto a la renta, el artículo 36 literal 'e' de la Ley de Régimen Tributario Interno, que fue agregado por el artículo 10 de la Ley s/n, R.O. 94-S, 23-XII-2009; y, por la Disposición reformativa segunda, numeral 2.5, de la Ley s/n, R.O. 351-S, 29-XII-2010 de la mencionada Ley establece lo siguiente:

Los dividendos y las utilidades de sociedades así como los beneficios obtenidos por fideicomisos mercantiles, distribuidos a favor de personas naturales residentes en el país, formarán parte de su renta global, teniendo derecho a utilizar, en su declaración de impuesto a la renta global, como crédito, el impuesto pagado por la sociedad correspondiente a ese dividendo, utilidad o beneficio, que en ningún caso será mayor a la tarifa de Impuesto a la Renta prevista para sociedades de su valor. El crédito tributario aplicable no será mayor al impuesto que le correspondería pagar a la persona natural por ese ingreso dentro de su renta global.

A continuación, el artículo 37 establece la tarifa de impuesto a la renta para sociedades y dispone que: “Las sociedades constituidas en el Ecuador, así como las sucursales de sociedades extranjeras domiciliadas en el país y los establecimientos permanentes de sociedades extranjeras no domiciliadas, que obtengan ingresos gravables, estarán sujetas a la tarifa impositiva del veinte y dos por ciento (22%) sobre su base imponible...”

Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo al artículo 16 de la misma ley, la base imponible comprende “la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios gravados con el impuesto, menos las devoluciones, descuentos, costos gastos y deducciones, imputables a tales ingresos.”

Para concluir, debe tenerse en cuenta que, al ser el fideicomiso mercantil una sociedad en el ámbito tributario, el fiduciario, como su representante legal y responsable, debe obtener el correspondiente Registro Único de Contribuyente, según lo dispone la ley de la materia.

CONCLUSIONES

Al finalizar esta tesis podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. Por las características y principios que orientan y sustentan al fideicomiso mercantil, por su gran versatilidad y flexibilidad, se ha constituido en un vehículo jurídico válido y eficiente para el desarrollo de proyectos y negocios de la más diversa índole.
2. El contrato de fideicomiso mercantil concebido, instrumentado y administrado, de conformidad con la normativa legal vigente y respetando los principios jurídicos aplicables, constituye una herramienta funcional, que no puede ser objetada en cuanto a su validez y si puede ser ajustable a las necesidades particulares de sus usuarios.
3. Los bienes que se transfieren al fideicomiso mercantil y, por lo tanto, constituyen el patrimonio autónomo, están destinados a la consecución de la finalidad para la cual se constituyó el fideicomiso, por lo que, al ser independientes de los demás bienes del constituyente, estarán protegidos de los riesgos que podrían afectarle a éste.
4. Las partes que intervienen en este contrato adquieren derechos y contraen obligaciones y el fiduciario, al ser un tercero imparcial, actúa de manera equilibrada, protegiendo los intereses legítimos de los intervinientes y controlando el cumplimiento de los fines establecidos en el contrato de constitución.
5. El éxito de esta institución radica, primordialmente, en que constituye una herramienta de aplicación a toda clase de negocios, tanto en la órbita del derecho privado, esto es, en el derecho societario, concursal; así como

también en el derecho público, pudiendo actuar el estado, ya sea, nacional, provincial o municipal, como constituyente.

6. El fideicomiso mercantil es un mecanismo eficaz para la realización de todo tipo de actos o negocios jurídicos, pero esto a la vez de ser positivo, podría originar que se utilice de manera indebida para efectuar actividades que no están permitidas por la Ley o, para que a través de éste, se transgredan las normas existentes para ello, por lo que deben existir regulaciones con normas claras y con limitaciones bien establecidas para evitar eventuales abusos, la deformación de la figura y el debilitamiento de una institución que es de gran beneficio en las transacciones mercantiles.

7. Al ser un contrato de libre discusión, versátil y flexible, el fideicomiso mercantil se constituye como un mecanismo válido para el desarrollo de diversos proyectos y negocios. El más claro ejemplo es el fideicomiso inmobiliario, a través del cual los promotores de estos proyectos han podido promoverlos y ejecutarlos, debido a que los partícipes, al momento de la constitución, establecen las condiciones acorde a sus necesidades e intereses, y esto a su vez genera seguridad y confianza.

RECOMENDACIONES

En cuanto a las recomendaciones que se pueden derivar de este estudio, manifiesto lo siguiente:

1. El fideicomiso mercantil es un contrato que tiene muchos años de aplicación en varios países del mundo, dado que trae consigo muchas ventajas; por lo tanto, en nuestro país, es fundamental realizar una mayor difusión de las bondades que ofrece esta institución jurídica.
2. La utilización del fideicomiso mercantil, a través de sus diversas modalidades, puede ser una herramienta que permita activar o reactivar muchos mercados y ser una fuente generadora de recursos y empleos, razón por la cual su difusión en el medio, es de preponderante importancia.
3. En varios de sus usos, el fideicomiso mercantil, es un instrumento apto para el desarrollo del crédito y, por lo tanto, útil para las partes que intervienen, cuidando siempre de resguardar el derecho de terceros acreedores del constituyente o del mismo fideicomiso.
4. Dado las diversas finalidades que se pueden conseguir con la constitución de un fideicomiso mercantil, se permite a sus usuarios reemplazar instituciones, cuya instrumentación o ejecución son demoradas, tediosas y complejas, como en el caso del fideicomiso mercantil de garantía, mismo que puede reemplazar a la prenda o a la hipoteca y sus largos procesos de ejecución.
5. Se recomienda que la utilización de esta institución jurídica sea efectuada de manera prudente y legítima, encuadrada dentro del marco jurídico existente, puesto que, así como sus características le permiten ser una figura flexible y adaptarse a las diversas necesidades, estos mismos

principios rectores le convierten en una herramienta muy útil y de fácil y rápida instrumentación para finalidades ilegales, tales como negocios fraudulentos, que inclusive pueden llevar a repercusiones de responsabilidad civil o penal a sus actores, entre ellos al fiduciario, toda vez que él es el representante legal del fideicomiso mercantil, ésto puede darse ya que, al igual que lo ocurrido con otras instituciones jurídicas, en ocasiones el fideicomiso mercantil se ha constituido para ocultar negocios nada ortodoxos y es así que, a través de ciertas modalidades de esta figura se evaden responsabilidades, se ocultan los verdaderos dueños o la real intención para constituirlos.

6. Así mismo, se recomienda reformar las funciones de los organismos de control en el sentido de que la Superintendencia de Compañías debe controlar a las administradoras de fondos y fideicomisos en su parte administrativa y ejecutiva y, la Superintendencia de Bancos debe controlar a éstas, respecto de sus cuentas bancarias, sus inversiones y posibles endeudamientos. Además estos organismos deben estar alejados de influencias políticas y económicas, lo cual perjudicaría el manejo transparente de los fideicomisos, así como el personal que labora debe ser capacitado permanentemente para manejar mejores políticas de control, y no quedar rezagados de conocimientos frente a los controlados.

BIBLIOGRAFÍA

- Bolsa de Quito (2006). Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores. Recuperado de <http://www.bolsadequito.info/...valores/codificacion-de-resoluci...>
- Boneo Villegas, Eduardo J. y Barreira Delfino, Eduardo A. (1984). *Contratos bancarios modernos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Carregal, Mario Alberto. (2008). *Fideicomiso: teoría y aplicación a los negocios*. (1ra. ed.). Buenos Aires: Heliasta.
- Fiducia (2001). *Resumen Reglamento sobre Negocios Fiduciarios*: Recuperado de <http://www.fiducia.com.ec/pdfs/negociosfiduciarios.pdf>
- González Torre, Roberto. (2000). *El fideicomiso*. (2da. ed.). Guayaquil: Edino.
- González Torre, Roberto. (2009). *Manual de fideicomiso en Ecuador y América Latina*. Guayaquil: Edino.
- Leal Pérez, Hildebrando. (1990). *Contratos Bancarios*. Bogotá: Librería del profesional.
- Peña Nossa, Lisandro. (2010). *Contratos mercantiles, nacionales e internacionales*. (3ra. ed.). Bogotá: Editorial Temis.
- Real Academia Española (2001). *Diccionario de la lengua española Vigésima segunda edición*: Recuperado de <http://www.rae.es/>
- Rodríguez Azuero, Sergio. (2005). *Negocios fiduciarios su significación en América Latina*. (1ra. ed.). Bogotá: Legis editores S.A.
- Villagordoa Lozano, José Manuel. (1982). *Doctrina general del fideicomiso*. (2da. ed). México: Porrúa S.A.
- Código Civil Codificación 2006
- Código de Comercio Codificación 2010
- Código Tributario Codificación 2010
- Ley de Mercado de Valores 1993
- Ley de Mercado de Valores 1998
- Ley General de Operaciones de Crédito 1963
- Ley de Títulos de Crédito 1963

Ley de Régimen Tributario Interno Codificación No. 2004-026

Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno Decreto
No. 374

Reglamento General de la Ley de Mercado de Valores 1993