

**UNIVERSIDAD DEL PACIFICO
ESCUELA DE NEGOCIOS**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
RAMIRO BORJA Y BORJA**

**TESIS PREVIA A LA OBTENCION DEL
TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y
JUZGADOS DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR
CON MENCIÓN EN
DERECHO EMPRESARIAL E INTERNACIONAL**

**TEMA
“EL FIDEICOMISO MERCANTIL EN LOS NEGOCIOS
CON LOS ESTADOS”**

Carlos Andrés Robalino Luque

Dr. Carlos Caicedo

AUTOR

DIRECTOR

Guayaquil - Ecuador

Octubre - 2007

CERTIFICACION

Yo, Dr. Carlos Caicedo , profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Del Pacífico, como Director de la presente Tesis de Grado, certifico que el señor Carlos Robalino, egresado de esta Institución, es autor exclusivo del presente trabajo, el mismo que es autentico, original e inédito.

Guayaquil, 28 de junio del 2007

.....
Dr. Carlos Caicedo

AGRADECIMIENTO

A Dios por la vida;
A mi familia por la paciencia;
A mis profesores por el conocimiento;
A mi patria por el sustento;
A mis amigos por poner el hombro;
Y sobretodo a mi madre por siempre ser mi apoyo.

DEDICATORIA

Para mi madre, mi hermana, mis abuelos y mi padre. Gracias por todo, sin ustedes la vida no tiene sentido.

INDICE

Capítulo I Introducción

Introducción-----	pag. 7 - 8
-------------------	------------

Capítulo II Concepto de Fideicomiso Mercantil

A.- Etimología. -----	pag. 8
B.- Definición Legal -----	pag. 8 - 9
1.- Condiciones y Características Fundamentales-----	pag. 9-11
2.- Naturaleza Jurídica-----	pag. 11 -12
3.- Intervinientes.-----	pag.12- 16
C.- Evolución Histórica-----	pag. 16
1.- En Roma-----	pag. 16
2.- En el Mundo Germano-----	pag. 16 - 17
3.- En el Commonwealth-----	pag. 17
4.- En Latinoamérica-----	pag. 17 - 18

Capítulo III Responsabilidad Civil del Fiduciario

A.- Contractual y Extra Contractual-----	pag. 19 -20
B.- La Culpa y el dolo-----	pag. 20 - 22
C.- Por daños a terceros-----	pag. 22 - 25
D.- Por evicción y vicios redhibitorios-----	pag. 25 - 26
E.- Excepción de responsabilidad y carga de la prueba-----	pag. 26 - 28
F.- Responsabilidad Tributaria -----	pag. 28 - 29

Capítulo IV El Fideicomiso Mercantil Público

A.- Definición-----	pag. 30
1.- Características-----	pag. 30 - 31
2.- Semejanzas y Diferencias-----	pag. 31 – 32
B.- Antecedentes.-----	pag. 32 - 33
C.- Estructura Jurídica-----	pag. 33
1.- Dictamen de la Procuraduría-----	pag. 33
2.- Dictamen de la Contraloría-----	pag. 33 - 35
3.- Diseño Contractual-----	pag. 35 - 36

4.- Sujetos-----	pag. 36
5.- Competencia y Naturaleza-----	pag. 36 - 38
6.- Tratamiento Tributario-----	pag. 38
D.- El Estado como Fideicomitente y Beneficiario-----	pag. 38 - 39
1.- Marco Legal-----	pag. 39
2.- Requisitos de la Fiducia.-----	pag. 39 - 40
3.- Sujetos Fideicomitentes y Beneficiarios-----	pag. 41 - 42
4.- Derechos y Obligaciones-----	pag. 42
E.- Clases de Fideicomisos Públicos-----	pag. 42
1.- De acuerdo a su origen-----	pag. 43
2.- De acuerdo al interés -----	pag. 44

Capítulo V Sustitución y Renuncia del Fiduciario

A.- Características-----	pag. 45 - 46
B.- Causales-----	pag. 47
C.- Responsabilidades-----	pag. 47- 48

Capítulo VI Extinción

A.- Causales-----	pag. 48 - 50
B.- Efectos-----	pag. 50

Capítulo VII Conclusiones y Recomendaciones.

Conclusiones y Recomendaciones-----	pag. 50 - 51
-------------------------------------	--------------

Capítulo I.- Introducción

Con este trabajo se pretende dar luces sobre la cantidad de negocios con el estado a los que tiene opción una Administradora de Fondos y Fideicomisos justamente mediante la utilización de la institución del Fideicomiso Mercantil. Aquí vale precisar que muchos doctrinarios hacen una distinción, ambigua a mi criterio, entre el Fideicomiso Mercantil y el Fideicomiso Público que no reconoce nuestra legislación como ya veremos posteriormente por lo que utilizo el término Fideicomiso Mercantil Público o Fideicomiso Público para referirme al Fideicomiso Mercantil en el que interviene el Estado. Adicionalmente se quiere visualizar mediante el derecho comparado lo útil, eficaz y eficiente que sería para la administración pública utilizar al Fideicomiso Mercantil para un sin número de actividades. Transparentando, agilizando y sobretodo reduciendo costos mediante el combate a la corrupción.

Si bien en nuestro país esta institución es conocida y muy utilizada en negocios financieros con instituciones estatales, es prácticamente virgen en el campo de la realización de obras públicas, de la realización de procesos de concurso público y licitación, así como para el incentivo y protecciones de sectores sociales y económicos. Sin duda México es un referente en el tema pero no se puede despreciar la experiencia colombiana y argentina en donde este mecanismo ha impactado favorablemente a la sociedad.

Es que de alguna forma el principio por el cual funcionan los fideicomisos mercantiles en la realización de estas actividades de orden público es el mismo que por el cual han funcionado tan bien las fundaciones en nuestra ciudad de Guayaquil. Ya que se encarga a una institución apolítica y técnica la realización de un proyecto, así alejándolo de las marañas de la burocracia y de las mañas de ciertos sectores políticos. Pero en el caso del Fideicomiso se agrega una garantía adicional, que el fin debe ser ejecutado por una Administradora de Fondos y Fideicomisos regulada por la ley de mercado de valores y controlada por todo el sistema de control financiero, lo que asegura su idoneidad y respaldo económico en caso de ser necesario.

Además, a pesar de no tener legislación en concreto en estos casos de los negocios fiduciarios con intervención estatal, existen reglamentos y manuales que garantizan la idoneidad de actuación del fiduciario.

Como ya adelantamos al no haber legislación específica me he visto en el trabajo de recurrir a mucha doctrina, derecho comparado e incluso a mi humilde criterio jurídico. Más que cerrar un tema se busca abrirlo al debate y desarrollo de los interesados en esta hermosa asignatura que es el derecho.

Capítulo II.- Concepto de Fideicomiso Mercantil.

Para entender a cabalidad la institución del Fideicomiso Mercantil debemos analizar su etimología, condiciones, características, intervinientes y evolución histórica.

A.- Etimología

La raíz etimológica del termino Fideicomiso proviene de la palabra latina Fideicomissum. Dicha palabra esta formada por la conjunción de dos voces latinas: por un lado Fides que significa fe o confianza y por otro Comitio que se conceptúa como comisión o encargo. Entonces tenemos que el Fideicomiso es un encargo realizado a una persona en la que se deposita toda la confianza para la realización del mismo. En el derecho anglosajón su acepción es el termino “Trust” que traducido al español significa confianza, sin embargo dicho concepto va mucho más allá y se conforman las dos vertientes dándole las mismas características que en nuestro derecho.

B.- Definición Legal.

Desde la promulgación de la nueva ley de mercado de valores hecha en julio de 1998 (R.O. 367, 23-VII-98) (Codificada el 22 de Noviembre del 2006 en el R.O. 215 – 5) quedaron derogados del Código de Comercio los artículos correspondientes al Fideicomiso Mercantil por lo que en la actualidad es dicha ley la única que regula al Fideicomiso Mercantil.

Así tenemos que el Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores lo define como:

“Art. 109.- Del contrato de fideicomiso mercantil.- Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos,

que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

El patrimonio autónomo, esto es el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, también se denomina fideicomiso mercantil; así, cada fideicomiso mercantil tendrá una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato a efectos de distinguirlo de otros que mantenga el fiduciario con ocasión de su actividad.

Cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal, quien ejercerá tales funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato.”

El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá 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.

Simplificando podemos conceptualizar al Fideicomiso Mercantil como el contrato por el cual una o más personas, llamadas Fideicomitentes constituyen y transfieren temporal e irrevocablemente cualquier tipo de bienes o derechos a un patrimonio autónomo que será administrado por un Fiduciario para que cumpla con los fines específicos estipulados en dicho contrato y una vez terminado el mismo, dicho patrimonio pase a favor del mismo Fideicomitente o a un tercero llamado Beneficiario.

B.1.- Condiciones y Características Fundamentales.

Podemos discernir que existen tres condiciones básicas para que se de el contrato de Fideicomiso mercantil como lo establece el doctrinario italiano Giraldi:

1.- Transmisión de Patrimonio.- No puede existir el fideicomiso mercantil si es que el conjunto de bienes destinados a la finalidad no han sido transmitidos de manera irrevocable a favor del Fiduciario

2.- Gestión de confianza encargada a un Fiduciario.- Debe existir el encargo por parte del Fideicomitente en un acto de pura confianza hacia al Fiduciario.

3.- Fin a cumplir.- El encargo realizado debe ser para la realización de un fin impuesto por el fideicomitente. Esta es la base misma del Fideicomiso ya es su motivación y razón de ser.

De estas tres condiciones establecidas por los doctrinarios se derivan sus características fundamentales que se han identificado en cinco aspectos:

1.- Independencia.- Luego de la transmisión del patrimonio, este se convierte en un ente totalmente autónomo, distinto tanto del patrimonio del Fiduciario como del Fideicomitente y del Beneficiario. O incluso de otros fideicomisos mercantil en los cuales intervengan cualquiera de los mismo actores. Por esto cada Fideicomiso tiene una denominación única y peculiar distinguiéndolo así incluso de los demás fideicomisos que se encuentren bajo la administración del Fiduciario.

2.- Solemnidad.- La constitución de un Fideicomiso Mercantil en nuestra legislación requiere de ser hecha mediante instrumento público abierto so pena de nulidad.

3.- Inembargabilidad.- Por regla general el patrimonio autónomo de un fideicomiso mercantil no es susceptible de ninguna medida cautelar por parte de algún acreedor de cualquiera de los intervinientes. Claro está, los acreedores del Beneficiario podrán perseguir sus acreencias sobre los derechos que a éste le correspondan. Asimismo, los acreedores directos del Fideicomiso Mercantil, cuando dichas deudas han sido contraídas para la realización del fin, podrán requerir todas las medidas preventivas sobre dichos bienes.

4.- Irrevocabilidad.- Es una característica fundamental de la segunda condición ya que el encargo de confianza entregado al Fiduciario debe ser irrevocable. Sin embargo puede pedirse en cambio de entidad Fiduciaria, pasando la administración de dicho patrimonio

a otro Fiduciario, independientemente que podrá la nulidad en caso de fraude a un tercero por el constituyente, o al existir un acuerdo fraudulento de este con el fiduciario.

5.- Onerosidad.- Por su naturaleza mercantil el Fideicomiso siempre es un contrato remunerado, en el que el Fideicomitente pagará al Fiduciario por su administración según acuerden en el contrato.

B.2.- Naturaleza Jurídica.

La doctrina establece tres teorías para calificar la naturaleza del Fideicomiso Mercantil:

1.- Teoría del Mandato Irrevocable.- Impulsada por el jurisconsulto panameño Dr. Ricardo Alfano, sostiene que al depender todo en el contrato de fideicomiso mercantil de la sola voluntad del Fideicomitente e incluso al poner este un fin inequívoco que cumplir se equipara esta institución al del mandato pero con la diferencia que no puede ser revocado. Sin embargo la principal crítica a esta teoría es que en el mandato no existe ninguna transferencia de dominio ni peor la creación de una entidad autónoma con personería propia.

2.- Titularidad Doble.- Es la teoría que se impone en el derecho anglosajón en la cual el Fideicomiso “Trust” tiene una doble naturaleza. Por un lado una naturaleza meramente civil en la que el titular del Fideicomiso es el Fiduciario y por otra de índole mercantil en la que la titularidad de los derechos económicos pertenece al Beneficiario o Fideicomitente. Sin embargo nuestra legislación no recoge estos parámetros.

3.- Patrimonio Autónomo.- Sostenida por el jurisconsulto francés Pierre Lepaulle plantea que el patrimonio fiduciario formado por los bienes transferidos en fideicomiso es un patrimonio independiente a los del fideicomitente, fiduciario y beneficiario. Por tanto ninguno de ellos tiene un derecho real sobre el mismo. Estando frente a un contrato mercantil.

Justamente esta tercera teoría es la más aceptada en el mundo que sigue el derecho romano. Nuestra legislación la recoge en el Art. 119 de la Ley de Mercado de Valores “Titularidad legal del dominio.- El fideicomiso mercantil será el titular de los bienes que integran el patrimonio autónomo. 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.” Bajo esto el Fideicomiso Mercantil es una especie del género de los negocios fiduciarios, que son los que engloban todos los contratos mediante el cual una persona entrega a otra, bienes determinados para que se cumpla un fin. Cabe recalcar que nuestra legislación reconoce naturalezas diversas al fideicomiso civil del fideicomiso mercantil. Así también que como ya hemos mencionado para la existencia del fideicomiso es condición sine qua non la transferencia de dichos bienes, de no darse esto nos encontramos frente a la figura del encargo fiduciario, en la que no se configura ninguna personalidad jurídica.

Para muestra citamos el art. 112 de la ley de mercado de valores “De los negocios fiduciarios.- Negocios fiduciarios son aquéllos 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. Si hay transferencia de la propiedad de los bienes el fideicomiso se denominará mercantil, particular que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los que sólo existe la mera entrega de los bienes.”

B.3.- Intervinientes.-

Nuestra legislación así como la mayoría de la doctrina reconoce a tres intervinientes en el contrato de fideicomiso Mercantil como lo son:

1) Fideicomitente.-

Es la persona natural o jurídica de cualquier índole que constituye el fideicomiso. Como la define el Art. 115 de la Ley de Mercado de Valores “Constituyentes o fideicomitentes.- Pueden actuar como constituyentes de fideicomisos mercantiles las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, quienes transferirán el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil.

Las instituciones del sector público que actúen en tal calidad, se sujetarán al reglamento especial que para el efecto expedirá el C.N.V.

El fiduciario en cumplimiento de encargos fiduciarios o de contratos de fideicomiso mercantil, puede además transferir bienes, sea para constituir nuevos fideicomisos mercantiles para incrementar el patrimonio de otros ya existentes, administrados por él mismo o por otro fiduciario.

Para la transferencia de bienes de personas jurídicas se observarán lo que dispongan los estatutos de las mismas y las disposiciones previstas en la Ley de Compañías.

Cuando un tercero distinto del constituyente se adhiere y acepta las disposiciones previstas en un contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios se lo denominará constituyente adherente. Cabe la adhesión en los contratos en los que se haya establecido esa posibilidad.”

Justamente de este mismo artículo podemos denotar que existen dos tipos distintos de Fideicomisos, el primero de naturaleza privada y el segundo público cuando es constituido por cualquier institución del sector público. Así mismo se establece con claridad la existencia del fideicomitente adherente, el cual debe aceptar sin reservas todas las condiciones establecidas en el fideicomiso original.

En cuanto a sus derechos tenemos que a parte de los que establezca el contrato podrá exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades, exigir al fiduciario la rendición de cuentas y ejercer las acciones de responsabilidad civil y penal que hubiere lugar en contra del fiduciario. Su principal obligación es pagar al fiduciario la remuneración pactada.

2.- Fiduciario.-

Es la persona jurídica autorizada y regulada por el Capítulo III de la ley de mercado de valores que están facultadas para administrar fondos y fideicomisos. Dicho fiduciario ejerce la personería jurídica y la representación legal del fideicomiso mercantil en toda clase de actuaciones. Cabe recalcar que como lo estipula el Art. 100 de la ley de mercado de valores en su primer inciso “De las entidades autorizadas.- Las entidades del sector público podrán actuar como fiduciarios de conformidad con lo previsto en sus propias leyes.” Aquí nuevamente la ley nos da indicios de la existencia del Fideicomiso Mercantil Público, que en este caso también se daría cuando cualquier entidad estatal como la Corporación Financiera Nacional actúa en calidad de fiduciario.

En cuanto a las principales obligaciones del fiduciario tenemos que:

- 1) Administrar los bienes entregados por el fideicomitente respondiendo por culpa leve.
- 2) Rendir cuentas al Fideicomitente y Beneficiario, siendo dichas cuentas consistentes contable y financieramente. Dichos estados deben también presentarse a la Superintendencia de Compañías.
- 3) Hacer inventario de los bienes del fideicomiso.
- 4) Transferir los bienes fideicomitados al beneficiario o a quien corresponda.
- 5) Exigir la declaración juramentada de licitud de fondos al fideicomitente.

Cabe recalcar que todas estas obligaciones bajo ningún punto de vista garantizan la realización de la finalidad sino más bien la pulcritud y honestidad de la administración del fiduciario. Es decir es una obligación de medios no de finalidad. Su principal derecho es la de percibir su remuneración pactada en el contrato del fideicomiso.

3.- Beneficiario.-

Es la persona natural o jurídica de cualquier tipo o entidad dotada con personalidad jurídica designada por el Fideicomitente para recibir los bienes o beneficios del fideicomiso una vez cumplida con la finalidad. Así el Art. 116 de la ley de mercado de valores dice “Serán beneficiarios de los fideicomisos mercantiles o de los encargos fiduciarios, las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, de derecho privado con finalidad social o pública, nacionales o extranjeras, o entidades

dotadas de personalidad jurídica designadas como tales por el constituyente en el contrato o posteriormente si en el contrato se ha previsto tal atribución. Podrá designarse como beneficiario del fideicomiso mercantil a una persona que al momento de la constitución del mismo no exista pero se espera que exista. Podrán existir varios beneficiarios de un contrato de fideicomiso, pudiendo el constituyente establecer grados de preeminencia entre ellos e inclusive beneficiarios sustitutos.

A falta de estipulación, en el evento de faltar o ante la renuncia del beneficiario designado y, no existiendo beneficiarios sustitutos o sucesores de sus derechos, se tendrá como beneficiario al mismo constituyente o a sus sucesores de ser el caso.

Queda expresamente prohibido la constitución de un fideicomiso mercantil en el que se designe como beneficiario principal o sustituto al propio fiduciario, sus administradores, representantes legales, o sus empresas vinculadas.”

Cabe recalcar que pueden existir varios beneficiarios así como se puede establecer preeminencia entre los mismos e incluso beneficiarios sustitutos. Además pueden existir dos tipos de beneficiarios, el primero que se le otorguen las rentas producidas durante la existencia del fideicomiso y el segundo al que se transfieran los bienes una vez terminado el mismo. Varios doctrinarios sostienen que el primer tipo de beneficiario en realidad es un cuarto interviniente.

Como establece el último inciso del artículo 116 la única prohibición para ser beneficiario es ser el fiduciario o tener algún grado de vinculación con el mismo. Ya que esto evidentemente crearía graves conflictos de interés que podrían perjudicar la verdadera finalidad establecida por el fideicomitente.

En cuanto a sus derechos tenemos:

- 1) Los que conste en el contrato
- 2) Exigir al fiduciario el cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato.
- 3) Exigir al fiduciario la respectiva rendición de cuentas.
- 4) Ejercer las acciones civiles o penales a las que hubiere lugar contra el fiduciario.
- 5) Impugnar los actos de disposición de bienes realizados por el fiduciario en contra de las instrucciones y finalidades del fideicomiso.
- 6) Solicitar la sustitución del fiduciario por las causales previstas en el contrato, así como en los casos de dolo o culpa leve previamente manifestada en sentencia ejecutoriada o laudo arbitral o liquidación de la fiduciaria.

Debemos recalcar que el Beneficiario posee únicamente meras expectativas hasta el cumplimiento de las condiciones estipuladas por el Fideicomitente y por tanto no posee ninguna obligación frente al Fideicomiso.

C.- Antecedentes Históricos.

Ya teniendo claro las características actuales del Fideicomiso Mercantil actual es necesario establecer su evolución y como en cada época se fueron agregando distintos elementos. Así mismo es imprescindible este recorrido histórico para ver con mayor claridad la influencia del derecho anglosajón sobre esta institución y entender a mayor cabalidad sus motivaciones.

C.1.- En Roma.

Si bien no existe una institución que se pueda equiparar al fideicomiso actual debemos notar que en Roma existió el Fideicomissum, Fiducia Cum Creditore y la Fiducia Cum Amicu.

En el primer caso se trató de la última voluntad, acto mortis causa, del testador hacia su heredero para que una parte o todos sus bienes se destinen a un fin específico o sean entregados a otra persona. En sus inicios no fue de cumplimiento obligatorio pero en tiempos de Augusto se creó el pretor fideicomisario que vigilaba y aseguraba el cumplimiento de este último ruego. Evidentemente esto se parece más a disposiciones meramente testamentarias que al Fideicomiso actual.

Mientras tanto la Fiducia Cum Creditore es el acto entre vivos mediante el cual el deudor transfería la propiedad de una cosa al acreedor, quien adquiría la obligación de devolvérsela cuando la deuda estuviera pagada. En realidad este fue el origen de la prenda mas que del Fideicomiso actual.

Y en el caso de la Fiducia Cum Amicu, se transfería la propiedad de una cosa para que el receptor la custodiase. Aquí encuentra su nacimiento el contrato de depósito propiamente.

C.2.- En el derecho germano.

Luego de la caída del Imperio Romano, el derecho germano recogió casi todas las instituciones del derecho romano. En este caso puntual recogió al Fideicomissum y a

la Fiducia Cum Creditote. La primera se convirtió en el Manusfidelis y la segunda en la prenda inmobiliaria.

La Manusfidelis igualmente fue un acto mortis causa para poder beneficiar a aquel que no pudo heredar debido a su incapacidad para comparecer en una sucesión. Mientras la prenda inmobiliaria fue la base de la hipoteca actual.

En ambos casos el “fiduciario” se llamaba treuhand y el mismo tenía únicamente la propiedad formal de los bienes en tanto que el “fideicomitente” conservaba su custodia física. Obviamente dicha propiedad formal estaba limitada por condiciones resolutorias que cuando ocurrían significaban la obligación de transferir el bien a quien sería el propietario definitivo. En esto podemos ver un pequeño germen de lo que después el derecho anglosajón convirtió en el Trust y en el fideicomiso actual.

C.3.- En el Commonwealth.-

Es aquí donde nace el Fideicomiso como más o menos lo comprendemos en la actualidad con el “Trust”. Este justamente partió de la costumbre medieval inglesa de los Uses cuando el señor feudal transfería una parcela de tierra bajo la administración de un vasallo para que la trabajase. Esto se dio luego de la abolición de las tierras cooperativas y fueron la respuesta para aumentar la productividad de la tierra. Esto evolucionó posteriormente al Trust en el cual el Fideicomitente entregaba al Fiduciario la propiedad de varios bienes para que este los administre para su beneficio o de un tercero. Aquí justamente nace la Teoría de la Titularidad Doble explicada anteriormente, ya que para el derecho anglosajón en realidad existen dos propiedades coexistiendo. Por un lado la legal (civil) que pertenece al fiduciario que tiene todas las facultades de uso y goce, protegidas por el common law. Y por otra la de equidad (mercantil) que le pertenece al fideicomitente o beneficiario por los derechos económicos que tienen sobre el mismo. Para que la propiedad sea total se deben reunir ambas en una misma persona finalizando así el “trust”.

C.4.- En Latinoamérica.

La primera legislación latinoamericana que recoge al fideicomiso es la mexicana que en su Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de

1924 lo regula. No es una coincidencia que México fuera el primer país en crear dicha institución en realidad se debió a una fuerte presión de los grandes inversionistas estadounidenses en dicho país que reconocían en el “Trust” un mecanismo muy útil para invertir en su vecino del sur. Sin embargo a pesar de que se reconocieron casi todas las características del “Trust” el legislador mexicano se topó con la dificultad de la Teoría de la Titularidad Doble que es incompatible con los sistemas jurídicos de origen latino que reconocen la exclusividad de la propiedad, lo que la hace unitaria e indivisible. Así también se fueron tomando en cuenta ciertas particularidades de nuestros países. Es así como muchos doctrinarios como el Dr. Pedro Urrets Zavalia en su libro Responsabilidad Civil del Fiduciario sostienen: “El fideicomiso latinoamericano se trata entonces, de una figura jurídica nueva inspirada y no derivada del Trust anglosajón (1)”. Luego poco a poco el resto de países fueron recogiendo esta institución pero la mayoría sin darle personalidad jurídica. Es así como en sus inicios y hasta el día de hoy en muchos países latinoamericanos como Argentina se considera al Fideicomiso mercantil como un patrimonio de afectación carente de autonomía y personalidad y por tanto no puede contraer ni derechos ni obligaciones. Esto constituye al fideicomiso como un conjunto de bienes destinados e íntimamente ligados al cumplimiento de una finalidad determinada. Esto repercute de tal forma que el patrimonio del fideicomiso pertenece al patrimonio del fiduciario pero separado del mismo, tanto es así que los bienes deben ser inscritos a nombre del fiduciario y no del fideicomiso.

Ya en nuestro país recién la primera Ley de Mercado de Valores de 1993 introdujo al Código de Comercio la institución del Fideicomiso Mercantil pero manteniendo este concepto de patrimonio de afectación. Con la promulgación en 1998 de la nueva ley de mercado de valores se derogaron las anteriores disposiciones y únicamente ahora esta ley lo regula. Recién con esta ley se le dio autonomía y personalidad jurídica al Fideicomiso Mercantil poniéndonos como uno de los vanguardistas del tema.

Capítulo II.- Responsabilidad Civil del Fiduciario.

Como ya vimos en el capítulo anterior todas las obligaciones a excepción del pago recaen sobre el Fiduciario por tanto es trascendental analizar la responsabilidad

civil que tiene el mismo sobre el cumplimiento de sus obligaciones. Como ya explicamos el Fiduciario responde hasta por culpa leve es decir que debe actuar como el buen padre de familia manteniendo la prudencia y diligencias ordinarias. Sin embargo esta gradación de responsabilidad es mucho mayor en otras legislaciones como la argentina en la que se le responsabiliza hasta por culpa levísima ya que son instituciones especializadas. Debemos recordar que la responsabilidad civil es la obligación que se tiene de reparar o indemnizar los daños ocasionados. En todos los casos como no existe normas específicas en el derecho mercantil ,y aplicando la supletoriedad del código civil como lo estipulan el art. 5 del código de comercio y el art. 232 de la Ley de Mercado de Valores, debemos regirnos por los principios básicos del derecho civil.

A continuación lo analizaremos en mayor detalle.

A.- Responsabilidad Contractual y Extracontractual.

Como nos esclarece Ospina en su libro Régimen General de las Obligaciones, en “la responsabilidad contractual existe un vínculo anterior que fue incumplido, cumplido inadecuadamente o tardíamente (2)”; mientras en la responsabilidad extracontractual estamos frente a la obligación de reparar todo daño que se causa, es decir de indemnizar por el perjuicio cometido injustamente. En ambos casos la responsabilidad se concreta mediante la indemnización de daños ocasionados tanto el daño emergente como el lucro cesante como lo estipula el Art. 1599 de nuestro Código Civil.

En el caso específico del Fiduciario su responsabilidad es netamente contractual ya que entre las partes del fideicomiso media un contrato. Si es que hubiera cualquier incumplimiento, retraso injustificado o cumplimiento inadecuado de cualquier obligación del Fiduciario tanto el Fideicomitente como el Beneficiario podrán reclamar por todos los tipos de daño.

La doctrina ha hecho una distinción entre esta responsabilidad clasificándola como interna o externa. La interna es la que se mantiene con los intervinientes del contrato, es interior al fideicomiso propiamente. Mientras la externa es la que se vincula a los intereses de terceros afectados por el cumplimiento de las finalidades del fideicomiso así como de las funciones del Fiduciario.

Como hemos visto el Fideicomiso es un contrato y por tanto no da cabida a responsabilidad extracontractual sin embargo el Fiduciario si es que fuera de sus

funciones o del cumplimiento de la finalidad del mismo causa daño a un tercero obviamente esa responsabilidad personalísima deberá ser asumida por el Fiduciario.

Debemos anotar que el plazo de prescripción de la acción es el ordinario estipulado en el art. 2439 del Código Civil: “Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias. La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco años; y convertida en ordinaria, durará solamente otros cinco.”

B.- La culpa y el dolo.

Sobre la culpa podemos decir que es la falta de diligencia o cuidado en la ejecución de un hecho o en el cumplimiento de una obligación. Como dice nuestro Código Civil en el Art. 29 “La ley distingue tres especies de culpa o descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun 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.”

En el casos del Fiduciario al estar sus funciones claramente estipuladas en el contrato de fideicomiso, no podrá hablarse de la misma si la fiduciaria contraria o va más allá de aquellas instrucciones. Claro que los actos culposos pueden ser de dos formas: de omisión o de acción. Los de omisión justamente es cuando se incumple o no se hace el deber que fue encomendado. Mientras la de acción consiste en la negligencia

o impericia al realizar una acción que parecería beneficiosa pero termina siendo perjudicial. Como ya mencionamos anteriormente nuestra legislación responsabiliza al Fiduciario por culpa leve. Es decir que se debe actuar con la diligencia del buen padre de familia, desahogándolo de lo que sería ser responsable de culpa levísima que en dicho caso se le exigiría extrema prudencia en todo su accionar. Si bien es cierto que esta gradación de responsabilidad puede llevar al fiduciario a cierta pasividad en cuanto al cumplimiento de las finalidades del fideicomiso ya que nada más debe demostrar que su accionar no fue perjudicial al fideicomiso y que se cumplió medianamente con sus obligaciones no es menos cierto que si dicha finalidad no llega a su consecución porque no se utilizaron los medios adecuados generando resultados negativos o contrarios a los esperados por el fideicomitente esto genera una responsabilidad igualmente culposa.

Esto se da ya que justamente tiene una obligación de medios, es decir de usar los medios idóneos como lo plantea el Art. 125 de la Ley de Mercado de Valores “De las obligaciones de medio y no de resultado.- 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; 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.”

En cuanto al dolo debemos utilizar la misma definición legal que yace en nuestro Código Civil en el último inciso del Artículo 29 ya citado. Entonces concluimos que a diferencia de la culpa, en el dolo existe una conducta consciente e inequívoca de cometer un acto ilícito en perjuicio en este caso del fideicomiso. Aunque dicha voluntad no necesariamente debe delictiva por decirlo así sino basta con realizar una acción a sabiendas que va a ser perjudicial, esto es lo que se denomina dolo indirecto o eventual. Es decir que si el fiduciario intencionalmente deja de ejecutar cierta acción debida, la ejecuta imperfecta, tardíamente o estando incapacitado para hacerlo incurre en un comportamiento doloso, debiendo indemnizar por todos los daños incluso los no previstos como lo dice el Art. 1601 de nuestro Código Civil “Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron

preverse al tiempo del contrato. Pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento. La mora causada por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.”

C.- Por Daños a Terceros

Esta es la que denominamos anteriormente responsabilidad externa tanto contractual como extra contractual. Esta se refiere por los actos dañosos o ilícitos realizados en el cumplimiento o incumplimiento de su labor de administración. Como ya mencionamos en el caso de que por el cumplimiento de sus finalidades manteniendo la prudencia y diligencia requerida se comete un perjuicio a un tercero que debe indemnizarse, es el patrimonio del fideicomiso el único que debe responder como así lo estipula el art. 118 de la ley de mercado de valores en su segundo y tercer inciso “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 mas no los bienes propios del fiduciario.”

En el mismo sentido el art. 122 de la ley en cuestión dice “Garantía general de prenda de acreedores del fideicomiso mercantil.- Los bienes transferidos al patrimonio autónomo respaldan todas las obligaciones contraídas por el fideicomiso mercantil para el cumplimiento de las finalidades establecidas por el constituyente y podrán, en consecuencia, ser embargados y objeto de medidas precautelatorias o preventivas por parte de los acreedores del fideicomiso mercantil. Los acreedores del beneficiario podrán perseguir los derechos y beneficios que a éste le correspondan en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso mercantil.”

Al contrario cuando el fiduciario actúa dolosa o culposamente violentando el contrato del fideicomiso o sus prohibiciones legales los afectados se encuentran con la

barrera impermeable establecida en el mismo Art. 118 en su primer inciso “Naturaleza individual y separada de cada fideicomiso mercantil.- El patrimonio autónomo que se origina en virtud del contrato de fideicomiso mercantil es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario.” Además el Art. 121 plantea claramente “En ningún caso dichos bienes podrán ser embargados ni objeto de medidas precautelatorias o preventivas por los acreedores del fiduciario.”

Si bien es cierto que no hay una disposición clara y concluyente en la ley debemos razonar en el sentido que solamente el patrimonio individual del fiduciario se ve afectado ya que ha realizado una acción por su propia cuenta o violentando sus atribuciones. Sobre este mismo aspecto varios doctrinarios sobretodo argentinos manifiestan que los bienes del fideicomiso mercantil si pueden ser afectados por los perjudicados y en acción posterior el fideicomitente o beneficiario repetirán contra el fiduciario. Sin embargo si bien esto es apropiado para el derecho argentino ya que como analizamos en la evolución histórica en argentina el fideicomiso es un patrimonio afectado y no como en nuestra legislación un ente totalmente autónomo únicamente representado por el fiduciario. Justamente de esta independencia total podemos deducir que el espíritu de nuestro legislador es separar totalmente la responsabilidad individual del fiduciario del patrimonio del fideicomiso. Poniendo un ejemplo práctico digamos que el fiduciario comete un acto culposo en cumplimiento del Fideicomiso “A” pero lo hace a nombre del Fideicomiso “B”. Es claro que lo que importa es en el cumplimiento de cuales finalidades se ha cometido dicho acto por lo que solo se afectaría el patrimonio del fideicomiso “A”. Así mismo digamos que el Fiduciario comete un acto doloso fuera de todo fideicomiso, entonces si aceptamos la teoría de los doctrinarios argentinos a qué patrimonio de cuál fideicomiso podría afectarse. La respuesta en la legislación argentina es a todos, pero en nuestra legislación queda claro que el legislador pretende dar la mayor seguridad al patrimonio del fideicomiso y por tanto es a ninguno. Podría decirse que con esto se esta violentando el principio de derecho mercantil de que no se puede perjudicar a un contratante de buena fe, en el caso de que el acto doloso o culposo del fiduciario se realice mediante un contrato. Sin embargo debemos recordar que en la actualidad el Fiduciario es decir las Sociedades Administradoras de Fondos y Fideicomisos son entes regulados por el derecho

financiero y están bajo el control de la Superintendencia de Compañías y Consejo Nacional de Valores por lo que para garantizar sus distintas actividades como:

- a) Administrar fondos de inversión;
- b) Administrar negocios fiduciarios, definidos en esta Ley;
- c) Actuar como emisores de procesos de titularización; y,
- d) Representar fondos internacionales de inversión.

Se les exige una garantía y patrimonio suficiente como lo estipula la ley de mercado de valores en sus artículos 98 y 99 para que con el mismo respondan por su accionar, a continuación los transcribimos.

“Art. 98.- Del capital mínimo y autorización de funcionamiento.- Las administradoras de fondos que tengan como objeto social únicamente el de administrar fondos de inversión o representen fondos internacionales, requerirán de un capital suscrito y pagado de doscientos sesenta y dos mil ochocientos noventa (262.890) dólares de los Estados Unidos de América; las administradoras de fondos y fideicomisos que tengan como objeto social únicamente la actividad fiduciaria y participen en procesos de titularización deberán acreditar un capital suscrito y pagado equivalente a doscientos sesenta y dos mil ochocientos noventa (262.890) dólares de los Estados Unidos de América

En caso de que la administradora de fondos y fideicomisos se dedicare tanto a administrar fondos de inversión y fideicomisos y participe en procesos de titularización, requerirá de un capital suscrito y pagado adicional al mencionado en el inciso anterior equivalente a ciento treinta y un mil cuatrocientos cuarenta y cinco (131.445) dólares de los Estados Unidos de América y una autorización adicional por parte de la Superintendencia de Compañías. El C.N.V, determinará para este último caso, los parámetros técnicos mínimos requeridos.

El capital de las sociedades administradoras de fondos estará dividido en acciones nominativas.

Cada fondo y negocio fiduciario se considera un patrimonio independiente de su administradora, la que deberá llevar una contabilidad separada de otros fondos y negocios fiduciarios, los que estarán sujetos a auditoría externa, por una misma firma auditora, de acuerdo con las normas de esta Ley.

Con excepción de las facultades previstas en esta Ley, las compañías administradoras de fondos y fideicomisos no podrán realizar ninguna otra actividad, ni contar con la autorización de funcionamiento por parte de la Superintendencia de Compañías, mientras no se haya cumplido previamente con los requisitos de capital señalados en este artículo.”

“Art. 99.- Del patrimonio mínimo.- Las administradoras de fondos y fideicomisos deberán cumplir los parámetros, índices, relaciones y demás normas de solvencia y prudencia financiera y controles que determine el C.N.V., tomando en consideración el desarrollo del mercado de valores y la situación económica del país. El incumplimiento de estas disposiciones reglamentarias será comunicado por las administradoras de fondos y fideicomisos a la Superintendencia de Compañías, dentro del término de cinco días de ocurrido el hecho, y deberá ser subsanado en el plazo y la forma que determine dicho organismo de control.

Podrán administrar fondos de inversión cuyos patrimonios en conjunto no excedan el equivalente a cincuenta veces el patrimonio contable de la administradora de fondos. El C.N.V., determinará los casos en que el negocio fiduciario requiera de garantías adicionales. Las administradoras o sus empresas vinculadas no podrán tener en su conjunto más del treinta por ciento de inversión en las cuotas de fondos colectivos.”

Antes de concluir este subtema es necesario aclarar que cada fiduciario es responsable por sus actos es decir que si hay en algún momento sustitución del fiduciario, la responsabilidad de cada uno se limitará a su tiempo de gestión. Así mismo en el caso que se establezca un fideicomiso para perjudicar a un tercero se debe aplicar el Art. 123 de Ley de Mercado de Valores que plante “Acciones por contratos fraudulentos.- El contrato de fideicomiso mercantil otorgado en fraude de terceros por el constituyente, o en acuerdo fraudulento de éste con el fiduciario, podrá ser impugnado judicialmente por los interesados, mediante las correspondientes acciones de nulidad, simulación o cualquiera otra prevista en la Ley, según el caso; sin perjuicio de la acción y responsabilidad penal a la que hubiere lugar.”

D.- Responsabilidad por Evicción o Vicios Redhibitorios.

Cuando exista evicción de algún bien del fideicomiso el fiduciario no tiene ninguna responsabilidad al respecto ya que esta no se puede deber a ningún acto culposo ni doloso del mismo, incluso no es responsable de cualquier perjuicio que sufra el fideicomiso por acción judicial alguna. En ambos casos la única responsabilidad recaerá sobre el fideicomitente que aportó dicho bien.

En cambio en los daños por vicios redhibitorios, es decir ocultos, si es que estos pudieron haber sido detectados por una inspección minuciosa o que por el uso incorrecto que le dio el fiduciario irrogaron el perjuicio en ambos casos el fiduciario responderá individualmente. Al contrario si el vicio oculto fuera tal que hubiera sido imposible determinarlo ni prever las consecuencias perjudiciales de su uso natural en este caso también deberá responder el fideicomitente que aportó dicho bien.

E.- Excepción de responsabilidad y carga de la prueba

Como es de esperarse la responsabilidad del fiduciario no es ilimitada. La doctrina reconoce cuatro motivos de excepción o reducción de la responsabilidad del mismo como lo son: caso fortuito o fuerza mayor, culpa del perjudicado, culpa de un tercero y la existencia de cláusulas especiales sobre su responsabilidad.

Cuando existe caso fortuito o fuerza mayor el fiduciario se ve exonerado de toda responsabilidad. El cual esta definido en el Art. 30 de nuestro C.C. “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” En este evento no hay ninguna tipo de culpa del fiduciario ni contractual ni extra contractual, claro está que el caso fortuito o fuerza mayor debe ser el hecho directamente responsable del daño con magnitud suficiente para producir el daño.

En el caso de la culpa del perjudicado, estamos frente a un daño cuya responsabilidad cae sobre el mismo perjudicado. Es decir que el perjudicado se expone a un riesgo a sabiendas de sus posibles consecuencias. Por ejemplo cuando se acepta expresa y voluntariamente un riesgo. Bajo este parámetro tan solo se puede reducir la responsabilidad contractual externa, es decir que habrá una rebaja en el pago de la

indemnización como lo plantea el Art. 2230 de nuestro C.C. “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.”

En cambio cuando la culpa del daño es de un tercero, la responsabilidad recaerá sobre este. Debemos entender esto dentro de la responsabilidad contractual interna ya que si un tercero causare daño a algún bien del fideicomiso podría entenderse que el fiduciario debe responder por ese perjuicio ante el fideicomitente y beneficiario. En el campo extra contractual esto no tiene siquiera cabida ya que el perjudicado debe reclamar su indemnización al causante del mismo. Retomando el campo de la responsabilidad contractual interna como ya puntualizamos el fiduciario si no tuvo ninguna intervención frente a este acto de tercero constituye para él un hecho de fuerza mayor y por tanto lo exime de toda responsabilidad. Sin embargo la doctrina reconoce que si de alguna forma se establece alguna intervención subjetiva del fiduciario este tendrá algún grado de responsabilidad y dicha gradación dependerá de las circunstancias.

La última excepción planteada en doctrina es la existencia de cláusulas especiales en el contrato de fideicomiso que reduzcan o exoneren la responsabilidad del fiduciario. Esto no está permitido en nuestro sistema jurídico ya que la Ley de Mercado de Valores en su artículo 120 numeral 3 literales a y b, expresamente las prohíbe como transcribimos:

“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”.

Si en nuestro ordenamiento no existiera esta prohibición es evidente que esta causa de excepción solo serviría para la responsabilidad contractual interna, ya que los contratos

son ley solo para las partes, y un tercero perjudicado cayendo en la responsabilidad extra contractual o contractual externa pediría las indemnizaciones correspondientes al causante del daño sea cual fuere.

En todos los casos de responsabilidad mencionados en este capítulo la carga de la prueba recae sobre la parte actora. Por lo que si un tercero o un interviniente toman las acciones a que hubiere lugar deberán probar sus aseveraciones mediante todos los medios de prueba reconocidos por el Código de Procedimiento Civil.

F.- Responsabilidad Tributaria.-

Si bien el Fideicomiso Mercantil tiene un régimen tributario especial para su constitución o transferencia de bienes al mismo que explicaremos posteriormente. Debemos especificar que el fideicomiso está sujeto a todas las obligaciones tributarias durante su vigencia. Dicha responsabilidad tributaria es solidaria entre Fideicomiso y Fiduciario como lo estipula el Art. 135 de la Ley de Mercado de Valores “Responsabilidad tributaria.- El fideicomiso mercantil tendrá la calidad de agente de recepción o de percepción respecto de los impuestos que al fideicomiso le corresponde retener y percibir en los términos de la legislación tributaria vigente.

En el caso de encargos fiduciarios, el fiduciario hará la retención a nombre de quien otorgó el encargo. Para todos los efectos consiguientes, la responsabilidad del fiduciario en relación con el fideicomiso que administra se regirá por las normas del Código Tributario. El fiduciario será responsable solidario con el fideicomiso mercantil por el incumplimiento de deberes formales que como agente de retención y percepción le corresponda al fideicomiso.”

En cuanto al régimen especial que mencionamos este está establecido en el Art. 113 de la Ley de Mercado de Valores que dice “De la transferencia a título de fideicomiso mercantil.- 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.”

De esto sacamos las siguientes conclusiones:

- 1) Las transferencias de bienes muebles e inmuebles por parte de los fideicomitentes están exentas de todo impuesto de transferencia, tasas y contribuciones a excepción de los derechos de inscripción que no son impuestos.
- 2) La restitución de dichos bienes al fideicomitente también está exenta de todos los impuestos, tasas, etc. Igualmente solo se pagará los derechos de inscripción.
- 3) La transferencia de los bienes del fideicomiso al beneficiario (cuando este es distinto al fideicomitente) gratuitas u onerosas está sujeta al pago de todos los impuestos de ley.
- 4) La transferencia de bienes muebles está exenta de todos los impuestos indirectos como el IVA.

Salvo disposición en contrario el Fideicomitente es el que debe cubrir estos gastos.

Capítulo IV.- El Fideicomiso Público

El Fideicomiso Publico se refiere específicamente a la institución especial que surge del derecho privado pero que también se sujeta al derecho administrativo cuando en la institución mercantil del fideicomiso interviene el Estado. A continuación analizaremos su definición, características, antecedentes, estructura jurídica, así como todo lo necesario para entender esta complicada interacción del ámbito público y privado.

A.- Definición

Si bien nuestra legislación no establece una definición y ni siquiera menciona esta institución nos queda claro por el tan mencionado Art. 115 de la Ley de Mercado de Valores que el Estado puede ser constituyente de un Fideicomiso Mercantil y es bajo esta circunstancia que nace el Fideicomiso Mercantil Público.

Parafraseando la definición que le da la legislación colombiana podemos decir que el Fideicomiso Mercantil Público es cuando una entidad pública entrega recursos destinados al desarrollo de un proyecto específico a una fiduciaria para que la misma celebre los actos necesarios para la ejecución del proyecto, efectúe pagos y rinda cuentas.

De esta definición mayoritariamente compartida por la doctrina denotamos el carácter principal del Fideicomiso Mercantil Público que es el de ser un mecanismo eficiente para la realización de obras públicas. Como así se demuestra en la práctica en países como Colombia y México.

A. 1. Características

Evidentemente las características son las mismas que las del Fideicomiso Mercantil Privado es más en nuestra legislación como ya hemos manifestado no existe articulado al respecto sin embargo la doctrina establece ciertas singularidades que desarrollaremos a continuación.

- Finalidad a Cumplir.- En este caso como es obvio que el fin debe buscar un beneficio colectivo de la sociedad o de un grupo social en específico.

- Representación.- Si bien está claro en el Art. 119 de nuestra Ley de Mercado de Valores que la fiduciaria es la representante de los bienes del Fideicomiso, la misma tiene amplias poderes para su administración. En cambio en este caso en la legislación comparada se ha sujeto dicha facultad a la aprobación de cada acto por algún organismo de control estatal.

- Bienes Patrimoniales.- Está constituido únicamente por bienes fiscales, recordemos que los bienes nacionales de uso público pertenecen a todos y su propiedad es intransferible.

- Amplitud.- Si bien por naturaleza el fideicomiso mercantil puede ser utilizado para todo tipo de actividades en este caso la posibilidad o no de que el estado lo constituya dependerá de lo que establezca el derecho administrativo y público en cada caso específico.

A.2. Semejanzas y Diferencias entre los fideicomisos públicos y privados.

Si bien como ya hemos mencionados no existe legislación al respecto en nuestro país y tan solo hay el Reglamento para la Contratación de Negocios Fiduciarios por las Instituciones del Estado, que solo determina las condiciones para contratar una Fiducia. Las semejanzas y diferencias son evidentes deviniendo de sus características. Entre sus semejanzas tenemos:

- Ambos son Patrimonios Autónomos.
- Ambos son representados por la Fiducia
- Ambos buscan un fin específico.
- En ambos actúan los mismos intervinientes (Fideicomitente, Fiduciario y Beneficiario)
- Ambos están regulados por la legislación financiera que en nuestro país en específico es la Ley de Mercado de Valores.

En cuanto a las diferencias por lo menos doctrinales tenemos:

- En el caso del fideicomiso público la constitución, modificación y extinción se encuentra regulado por el derecho administrativo.
- La administración pública ejerce control sobre la fiduciaria en el caso del fideicomiso público, ya que se están administrando recursos públicos. En nuestro caso la misma Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece claramente que la misma auditará cualquier institución que obtenga recursos públicos.
- La finalidad en el fideicomiso público siempre será de interés general.
- En el fideicomiso público el estado interviene en decisiones propias de la Fiducia mediante organismos internos de fiscalización.
- En el caso del fideicomiso público existe un aumento de la responsabilidad del fiduciario y una disminución de su autonomía de voluntad.
- En el caso del Fideicomiso Público existe una coexistencia del derecho público y privado.

B. Antecedentes

El Fideicomiso Público al igual que privado como ya revisamos tuvo su origen en los Estados Unidos de México. Siendo este país el que tiene la más prolija legislación y practica al respecto. Ya por 1926 se preveyó en la Ley de Administración Pública la existencia de dicha figura así como en 1936 fue la primera vez que se la utilizó para incentivar el desarrollo agropecuario.

Actualmente existe todo un andamiaje jurídico extenso constituido por la Ley Federal de Entidades Paraestatales, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y la Ley de Transparencia que regulan estas instituciones.

El uso de las mismas no ha sido solamente para la construcción de obras públicas como carreteras, puentes, etc., sino también para el incentivo y desarrollo de ciertos sectores productivos como es el caso del Fideicomiso Público para la Reactivación de la Mediana Industria constituido recientemente en dicho país. Este Fideicomiso tiene como fin gestionar y brindar con sus recursos (aportados por el erario nacional) la garantía suficiente para el otorgamiento de créditos a la mediana industria de dicho país por parte de la banca privada tanto nacional como internacional. Otro país en que la institución ha tenido gran acogida es Colombia, con la única diferencia con

respecto a México en que en realidad en el Fideicomiso Mercantil Público colombiano no existe una transferencia efectiva de los bienes sino una mera administración por parte de la Fiducia. En este caso la mayoría de doctrinarios como Carlos Dávalos plantea que estamos frente a un encargo fiduciario y no un fideicomiso mercantil propiamente (3). Sin embargo de esta peculiaridad que lo único que hace es fortalecer la defensa de los bienes fiscales se reúnen todas las demás características.

En Venezuela también fue una institución muy utilizada sobretodo en el campo petrolero, pero ha perdido fuerza desde la llegada de Hugo Chávez al poder.

Ya en nuestro país podemos citar como ejemplo los distintos Fideicomisos que constituyó la Agencia de Garantía de Depósitos para administrar bienes de la banca cerrada. Cabe destacar que los Fideicomisos que constituyeron los banqueros como el caso del que se creó para la administración de EMELEC por parte de Fernando Aspiazú para pagar a los depositantes del banco del progreso son fideicomisos meramente privados.

Por otro lado debemos puntualizar que las labores como las de la Fundación Malecón 2000 o Guayaquil Siglo XXI son realizadas en otros países también por Fideicomisos Mercantiles Públicos.

C. Estructura Jurídica.

Para clarificar el tema en nuestro país debemos enmarcar esta institución al derecho positivo viendo las normas que la regulan.

C.1. Dictamen de la Procuraduría.

En cuanto a la primera cuestión que nos debe ocupar para descifrar su estructura jurídica que es la de determinar si se encuentra regulada por el derecho privado o el derecho administrativo. Existe ya un criterio único y bien fundamentado al respecto.

Si bien en nuestro país solo se han constituido fideicomisos públicos para la solución o pago de obligaciones relacionadas con el sistema financiero en saneamiento y así como fuente de garantía para créditos o reestructuración de deudas con instituciones financieras públicas como la Corporación Financiera Nacional, el Banco Central del Ecuador, o el Banco Nacional de Fomento, ya existe suficiente práctica al respecto.

Así pues la Procuraduría de manera clara ha establecido que cuando un Fideicomiso es constituido por un ente estatal, el mismo se deberá someter a las normas del derecho administrativo sea quien fuere su beneficiario. Al contrario cuando un Fideicomiso es constituido por un ente privado y su beneficiario es un ente estatal deberá regirse por el derecho privado. Es decir que las normas aplicables serán las mismas que la naturaleza del aportante, “arrastrando” a todos los demás intervinientes a su propio marco jurídico. Esto manifiesta la Procuraduría se colige con lo que estipula el Art. 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que plantea que los bienes fiscales no perderán su naturaleza por estar bajo la administración de un ente privado. Sin embargo en este caso no hay administración sino transferencia de propiedad y por otro lado a pesar de que un fideicomiso sea constituido por un ente estatal igualmente debe cumplir las disposiciones de la Ley de Mercado de Valores que es evidentemente de derecho privado. Así mismo a la inversa si es que el beneficiario de un fideicomiso es un ente estatal, igualmente dichos beneficios se encontrarán regulados por el derecho administrativo. Con esta simple deducción demostramos lo que manifiesta la doctrina y explicamos en las características del Fideicomiso Público y es que hay una coexistencia del derecho privado y público en cualquier caso.

C.2. Dictamen de Contraloría.

La Contraloría amparada en su ley y de manera correcta dictaminó que todos los fideicomisos que tengan recursos públicos están bajo su control. Sin embargo en el mismo dictamen establece que por el simple hecho de tener recursos públicos, el derecho que se le debe aplicar es el administrativo. Sin embargo esto es totalmente errado ya que por un lado desconoce la transferencia de dominio de dichos bienes y por otro desnaturaliza totalmente al fideicomiso convirtiéndolo en un mero encargo fiduciario. Para identificar mayormente esta posición transcribo la parte pertinente del dictamen “son bienes públicos todos los bienes, fondos y derechos que pertenezcan al estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de entregas que a cualquier se realicen a favor del estado y de sus instituciones y en tal virtud la administración y tratamiento que deba darse a los bienes fideicomitados a la administración de los mismos en el fideicomiso, está sujeto al estatuto público y al sistema de control propio de dicho régimen jurídico”. Bajo esta

óptica incluso si el fideicomiso es constituido por un privado y tiene como beneficiario al estado, el mismo estará sujeto al derecho administrativo exclusivamente.

Aparte de la clara falta de coincidencia entre ambas organismos (contraloría y procuraduría), es evidente que ambas son contrarias a la doctrina y la legislación comparada que denotan una coexistencia de ambos derechos. Ya que ejemplificando si bien la entidad estatal debe sujetarse al derecho público para constituir un fideicomiso su relación con la fiduciaria es totalmente privada así como la naturaleza del contrato es intrínsecamente privada. Sin embargo ambas posturas tanto la de la Contraloría como la de la Procuraduría son entendibles ya que como ya dijimos en nuestro país solo se ha usado al fideicomiso mercantil público para administrar bienes de la banca en saneamiento o garantizar el pago de acreencias. Por lo que se intentan proteger el interés superior del estado y evitar la dilapidación de fondos públicos.

C. 3. Diseño Contractual

Si bien todo contrato de fideicomiso debe cumplir los requisitos mínimos establecidos en la ley de mercado de valores y que ya analizamos. Adicionalmente debido a la naturaleza sui generis del mismo la doctrina agrega algunos más. Claro está que debemos notar que en estos casos la elaboración del contrato es el último paso luego de que el organismo estatal haya cumplido todos los requisitos pre-contractuales administrativos para poder suscribirlo. Así tenemos que adicionalmente a las cláusulas ordinarias del contrato de fideicomiso deberá agregarse:

- Fuentes de donde provendrán aportaciones posteriores.
- Determinación de los órganos que intervienen en la administración del fideicomiso y de sus funciones.
- Determinación de las operaciones que puede realizar el fideicomiso.
- Forma de integración de los órganos de administración del fideicomiso, remuneración de los mismos y forma de suplirlos.
- Determinación de los casos en que se puede contratar por el fiduciario personal adicional ajeno a la institución para llevar a cabo los fines del fideicomiso
- Determinación de los casos en que se puede delegar funciones o dar poderes a terceros por parte de la fiduciaria.

- Determinación de la forma de inversión de los bienes del fideicomiso si es que no van a ser usados inmediatamente para sus fines.
- Establecer requisitos para modificar o extinguir el fideicomiso
- Establecer un Glosario de Términos que clarifique el significado de palabras técnicas.
- Establecer cualquier elemento esencial para la administración del mismo dependiendo de sus fines específicos.

C.4. Sujetos

Al igual que el fideicomiso privado en el público existen los mismos intervinientes sin importar que la misma persona ocupe dos calidades. A continuación analizaremos las principales diferencias en cada uno.

- Fideicomitente: En este el aspecto principal en el caso del Fideicomiso es que la institución estatal que constituye el fideicomiso tenga la capacidad de ejercicio es decir de celebrar el contrato sin necesidad de autorización o solemnidad anterior. Si la institución estatal la suscribe el contrato de fideicomiso a pesar de no contar con dicha autorización se caerá en nulidad.
- Fiduciario: Como siempre será una entidad especializada regulada por la Ley de Mercado de Valores sin embargo en este caso se debe escoger la Fiduciaria por su especialidad y sobretodo de pasarse el monto estipulado por la ley mediante concurso publico si es que es para la realización de una obra pública como se las utiliza en México. Cabe recalcar que en este caso es fundamental tomar en cuenta la especialidad y capacidad técnica de la fiduciaria a contratar.
- Beneficiario: Igualmente podrá ser beneficiario cualquier persona jurídica o natural publica o privada pero en este caso buscando el bien común.

C.5. Naturaleza y Competencia.

Sin duda este es un tema complicado y no definitivo, como ya advertimos en el Fideicomiso Mercantil cuando interviene el Estado hay una conjugación y superposición de normas del derecho administrativo y del derecho mercantil. En otras

palabras aquí nos encontramos a la cuestión de que si el Fideicomiso Mercantil pasa a ser una institución de derecho público y por tanto regido por sus principios por la mera intervención del Estado. Justamente es el tema que parcialmente nos referimos cuando analizamos la postura de la Contraloría y de la Procuraduría.

A priori tenemos que aclarar que intrínsecamente el contrato de Fideicomiso es un ente de derecho privado sea civil o mercantil. Ya que se orienta al cumplimiento de una finalidad y condiciones estipuladas por la libérrima y autónoma voluntad de las partes. Cabe preguntarnos: ¿Acaso el Estado expresa su voluntad autónoma y libre cuando suscribe un Fideicomiso?

A mi parecer la respuesta es afirmativa, ya que simplemente la variación consiste en que para que dicha voluntad sea expresada de manera válida necesita de solemnidades adicionales establecidas por el derecho administrativo y por tanto regidos por los principios del derecho público. Es más la Ley de Mercado de Valores no hace ninguna distinción entre los dos, sujetándolos aparentemente a la misma naturaleza y competencia.

Al respecto tratadistas como José Villagorda Lozano sostiene “no cabe sostener que el contrato de Fideicomiso Público, sea en rigor una entidad diferenciada. A lo sumo cabría suponer que estos fideicomisos son de una naturaleza evolutiva y por tanto ambigua (4)”.

Otros como Claudio Kiper y Silvio Lisoprawski manifiestan “al ser un contrato en el que interviene la administración pública está sujeto de una manera u otra a los principios de derecho administrativo, pese a tener sus orígenes en el instituto privado, por lo que debería clasificarlo dentro de la esfera de los contratos privados de la administración (5)”.

Al final de cuentas en nuestro país al no tener normativa ni jurisprudencia al respecto la discusión se encuentra totalmente abierta.

Ya por otro lado en cuanto a la casuística de este caso tan particular entrevistamos al Abg. Robert Teran del departamento de Bancos en Saneamiento de la Superintendencia de Bancos que manifestó “Ya en los casos concretos que se han dado con Fideicomisos y el Estado ha existido una suerte de que se debe demandar según la naturaleza del demandado. (6)” Es decir que si el Estado demanda a la Fiducia se debe hacerlo en los Juzgados de lo Civil y Mercantil mientras si es a la inversa pues se debe

hacer en el Tribunal Contencioso Administrativo. Al respecto nos añadió “Incluso existen muchísimos casos en que la A.G.D. demandó a Fiduciarios totalmente privados en los Juzgados de lo Civil y Mercantil para que se entreguen las cosas del fideicomiso, llegando los procesos a feliz termino para el Estado”. Con esto podemos transcribir la ley de mercado de valores en su artículo 124 “Juez competente.- Se aplicarán las normas de competencia previstas en la Ley para los juicios en que las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos intervengan como actoras en representación de fideicomisos mercantiles o como demandadas.

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

C.6. Tratamiento tributario.

En cuanto al tratamiento tributario en nuestra legislación no existe mayor diferencia entre el Fideicomiso Mercantil y el Fideicomiso Público. Sin embargo debería hacerse una diferenciación si es que como recomendamos se empiezan a utilizar en nuestro país como en México los Fideicomisos para realizar obras públicas o de interés social. Ya que no sería correcto que dichos Fideicomisos sean sometidos a retenciones en la fuente, anticipos a pagos de impuesto a la renta, etc., cuando es un fin de interés general el que prima debiendo aplicarse una situación similar a la que gozan las fundaciones en nuestro país. Claro está, esto en cuanto al fideicomiso en sí, más la Fiducia como ente individual con fines de lucro deberá someterse en cuanto a sus ingresos a toda la normativa tributaria general.

D.- El Estado como Fideicomitente y Beneficiario.

A continuación analizaremos más a profundidad lo que ya esbozamos brevemente sobre los intervinientes en el Fideicomiso Público. Específicamente cuando el Estado es Fideicomitente y/o Beneficiario, no trataremos cuando el estado actúa

como Fiduciario porque la finalidad de esta tesis no es centrarnos en el derecho administrativo propiamente sino en ver los requisitos y características para que la Fiducia privada pueda explotar estas posibilidades de negocios con los estados. Por esto nos enmarcamos en este subtema más bien en cómo el Estado elige a la Fiducia cuando es Fideicomitente y/o Beneficiario

D.1.- Marco Legal

Al respecto existe un pequeño reglamento denominado “Reglamento para la Contratación de Negocios Fiduciarios”. Este reglamento fue expedido mediante decreto 890 y se encuentra publicado en el Registro Oficial 197 del 25 de mayo de 1999. Esto en base a la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas y la Ley de Mercado de Valores. Dicho reglamento establece como única condición para establecer un fideicomiso que se de la decisión de la máxima autoridad de la institución constituyente. Sea su titular o su directorio según el caso.

D.2.- Requisitos de la Fiducia

El Art. 97 de la Ley de Mercado de Valores establece “Las administradoras de fondos y fideicomisos deben constituirse bajo la especie de compañías o sociedades anónimas. Su objeto social está limitado a:

- a) Administrar fondos de inversión;
- b) Administrar negocios fiduciarios, definidos en esta Ley;
- c) Actuar como emisores de procesos de titularización; y,
- d) Representar fondos internacionales de inversión.

Para ejercer la actividad de administradora de negocios fiduciarios y actuar como emisora en procesos de titularización, deberán sujetarse a las disposiciones relativas a fideicomiso mercantil y titularización que constan en esta Ley.”

Haciendo una síntesis con fines didácticos del Reglamento para la Contratación de Negocios Fiduciarios y la Ley de Mercado de Valores podemos asegurar que son los siguientes.

- 1) Contar con el capital mínimo suscrito y pagado
- 2) Cumplir con los parámetros del Consejo Nacional de Valores en cuanto su situación patrimonial.
- 3) Poseer la infraestructura necesaria.
- 4) Contar con medios de respaldo y seguridades de la documentación e información de los fideicomisos.
- 5) Mantener en custodia de una institución financiera no vinculada el respaldo de la información mencionada
- 6) Observar el Manual Orgánico y Funcional del Reglamento Operativo Interno y del Sistema Tecnológico de las Administradoras de fondos y fideicomisos que requiere que posean la tecnología informática adecuada y que sean independientes de cualquier empresa vinculada..
- 7) Atender el público todos los días hábiles.

De cumplirse estos requisitos la Fiduciaria podrá participar del Concurso Público que debe ser convocada por un Comité Especial de la Institución Fideicomitente que deberá elaborar y aprobar la convocatoria, bases y reglamentos de dicho concurso, convocar al concurso mediante tres publicaciones consecutivas de prensa en por lo menos dos diarios de amplia circulación nacional y realizar los análisis técnicos de las ofertas para seleccionar al fiduciario. Cabe recalcar que solo cabe la Contratación Directa si es que el Fiduciario es una entidad estatal.

Básicamente la selección se realiza mediante los siguientes parámetros:

- 1) Capacidad legal para prestar este tipo de servicios.
- 2) Capacidad técnica, económica y operativa.

- 3) Experiencia en negocios fiduciarios.
- 4) Capacidad profesional del personal designado
- 5) Condiciones de la oferta técnica y económica.

D.3.- Sujetos Fideicomitentes y Beneficiarios.

Para refrescarnos la memoria transcribimos el Art. 115 de la Ley de Mercado de Valores: “Constituyentes o fideicomitentes.- Pueden actuar como constituyentes de fideicomisos mercantiles las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, quienes transferirán el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil.

Las instituciones del sector público que actúen en tal calidad, se sujetarán al reglamento especial que para el efecto expedirá el C.N.V.

El fiduciario en cumplimiento de encargos fiduciarios o de contratos de fideicomiso mercantil, puede además transferir bienes, sea para constituir nuevos fideicomisos mercantiles para incrementar el patrimonio de otros ya existentes, administrados por él mismo o por otro fiduciario.

Para la transferencia de bienes de personas jurídicas se observarán lo que dispongan los estatutos de las mismas y las disposiciones previstas en la Ley de Compañías.

Cuando un tercero distinto del constituyente se adhiere y acepta las disposiciones previstas en un contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios se lo denominará constituyente adherente. Cabe la adhesión en los contratos en los que se haya establecido esa posibilidad.” La ley no hace ninguna distinción entre las entidades públicas que pueden constituir un Fideicomiso Mercantil. Aclarando el tema podemos decir que el gobierno central, el gobierno provincial y las municipalidades siempre están facultadas para hacerlo. Mientras las demás dependencias públicas tales como A.G.D., B.N.F., Banco Central, etc. están capacitadas mientras sus estatutos o la ley las habiliten. En este caso igualmente se permite el fideicomitente adherente si es que lo permite el contrato de fideicomiso.

En el caso del Beneficiario podría decirse exactamente lo mismo que con el Fideicomitente como transcribiremos a continuación el Art. 116 de la Ley de Mercado de Valores “Serán beneficiarios de los fideicomisos mercantiles o de los encargos fiduciarios, las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, de derecho privado con finalidad social o pública, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica designadas como tales por el constituyente en el contrato o posteriormente si en el contrato se ha previsto tal atribución. Podrá designarse como beneficiario del fideicomiso mercantil a una persona que al momento de la constitución del mismo no exista pero se espera que exista. Podrán existir varios beneficiarios de un contrato de fideicomiso, pudiendo el constituyente establecer grados de preeminencia entre ellos e inclusive beneficiarios sustitutos.

A falta de estipulación, en el evento de faltar o ante la renuncia del beneficiario designado y, no existiendo beneficiarios sustitutos o sucesores de sus derechos, se tendrá como beneficiario al mismo constituyente o a sus sucesores de ser el caso.

Queda expresamente prohibido la constitución de un fideicomiso mercantil en el que se designe como beneficiario principal o sustituto al propio fiduciario, sus administradores, representantes legales, o sus empresas vinculadas.”

Así mismo están permitidos los beneficiarios adherentes.

D.4.- Derechos y Obligaciones

Podría pensarse que debido a la naturaleza tan especial del Fideicomiso Público debería existir un incremento de obligaciones o en cuanto la gradación de responsabilidad del Fiduciario sin embargo tal cambio no existe, manteniéndose los mismos derechos y obligaciones entre todas las partes.

Sin embargo cabría la pregunta: ¿Podrá el Fiduciario cometer peculado en un Fideicomiso Público? A priori podríamos decir que al tratarse de fondos públicos encajaríamos en ese tipo penal. Sin embargo no tomamos en cuenta que existe una transferencia de dominio al suscribirse el contrato de fideicomiso y por tanto dejaron de ser fondos públicos. En el derecho comparado no encontramos solución a este posible dilema ya que en Colombia como ya dijimos no existe tal transferencia y en México

existe un tipo específico sobre este delito. Recordemos que la tipicidad penal requiere que se cumplan a la perfección todos sus presupuestos.

E.- Clases de Fideicomisos Públicos

La doctrina ha clasificado a los fideicomisos en dos grandes grupos: por su origen y por su interés. A continuación desarrollaremos cada uno de ellos.

E.1.- Por su Origen.

Esta clasificación se refiere al origen de los bienes y/o derechos aportados al fideicomiso. Esta posee tres subclasificaciones:

1) De Origen Central: Son en los que los bienes son aportados por el gobierno central, es decir el ejecutivo con sus Ministerios y Secretarías. Doctrinariamente se manifiesta que este caso siempre el que debe suscribir el fideicomiso es el presidente de la república sin embargo este podrá delegar a un ministro o secretario. De todas formas, previo a la constitución del fideicomiso se necesita la autorización mediante decreto ejecutivo. Puede utilizarse en este caso el fideicomiso para manejo de obras públicas, prestación de servicios públicos, desarrollo de programas varios (culturales, educacionales, habitacionales) y para el incentivo económico de una región o actividad específica.

2) De Origen Seccional: Son los que sus activos son aportados por los gobiernos seccionales autónomos en nuestro caso Consejos Provinciales y Municipalidades. En este caso la autorización debe ser dada por el Consejo Cantonal o Provincial mediante ordenanza, para que luego el prefecto o alcalde según corresponda lo suscriba. Este tipo de Fideicomisos pueden ser utilizados para realizar obras de infraestructura, mejoramiento vial y desarrollo de programas sociales.

3) Originadas en Instituciones Públicas Facultadas: Son la variedad de fideicomisos que se constituyen para fines específicos por entes públicos facultados para la realización de sus objetivos. En este caso los requisitos dependerán del estatuto interno de cada institución.

E.2.- Por su interés.

La otra gran clasificación que manifiestan los tratadistas es según su finalidad o lo que busca cada fideicomiso. Así tenemos que estas se pueden dividir en dos grandes grupos que vuelven a subdividirse como desarrollaremos a continuación.

1) Fideicomisos Públicos con fines privados:

Son fideicomisos constituidos por el Estado pero que únicamente buscan beneficiar el interés particular de uno de los intervinientes. A continuación su subclasificación.

- Como medio para efectuar daciones en pago a favor instituciones del Estado.- Este es un fideicomiso creado por una institución estatal para que particulares se adhieran al mismo procediendo a cancelar acreencias en mora. Esto ha sido muy utilizado en la banca cerrada sobretodo por la A.G.D. para evitar la carga impositiva de la dación en pago común que llega en el caso de los bienes inmuebles al diecisiete por ciento de su valor.
- De garantía para obtener créditos de institución pública.- Igualmente esta figura ha sido muy utilizada en nuestro país sobretodo por la Corporación Financiera Nacional. En este caso la entidad pública se garantiza mediante la cesión de bienes un fideicomiso constituido por dicha institución que mantiene como beneficiario al deudor, siempre y cuando este realice los pagos correspondientes. De no realizarse los pagos, por una cláusula condicional el beneficiario es sustituido por la entidad financiera estatal.

2) Fideicomisos Públicos con fines públicos:

Son fideicomisos constituidos por el Estado que buscan el interés general de la sociedad en su totalidad o de un grupo social necesitado de ayuda o protección. Como ya hemos mencionado estos son poco utilizados en nuestro país. A continuación su subclasificación.

- Para la administración de procesos de licitación para concesiones estatales.- Varios doctrinarios nos manifiestan que este negocio fiduciario no es precisamente un fideicomiso si no un simple encargo fiduciario. Sin embargo la

mayoría se mantiene con esta clasificación. Este fideicomiso es constituido para que con su infraestructura propia y especializada, el Fiduciario lleve todo el proceso de concurso y licitación para concesiones estatales. Con esto se transparenta el proceso evitando la injerencia política y actos de corrupción que tanto daño han hecho a nuestros países.

- Para el Fomento de sectores productivos.- Son fideicomisos establecidos para el estado para la realización de proyectos de reactivación o fortalecimiento del aparato productivo. En estos se enmarcan tanto los proyectos de construcción, como financieros o de servicios que coadyuven a cierto sector económico. Esto es muy utilizado en México donde tenemos por ejemplo el ya mencionado Fideicomiso para la reactivación de la Mediana Empresa o el Fideicomiso para la Construcción y Mejoramiento de Alcantarillado en los sectores turísticos de Cancún.
- Apoyo a los sectores necesitados y/o vulnerables de la población.- Son los fideicomisos establecidos por el estado para la realización de programas sociales que atiendan a los sectores más pobres y desprotegidos de la sociedad (como la niñez, vejez, minoría racial, etc.). Estos se ocupan de proteger o dar condiciones mínimas de vida como servicios básicos, alimentación y vivienda. Por ejemplo en nuestro país podría ser administrado el bono de desarrollo humano por un fiduciario internacional reconocido que transparente la ejecución de dicho beneficio.

Capítulo V.- Renuncia y Sustitución del Fiduciario

En ambas circunstancias el Fideicomiso Mercantil continua bajo la administración de un nuevo fiduciario. Debemos puntualizar que son dos figuras distintas ya que mientras en la renuncia la administradora de fondos y fideicomiso se aleja voluntariamente de su labor, en el caso de la sustitución se trata de un proceso en la que se logra el cambio de dicha institución administradora por parte del beneficiario debido a algún incumplimiento o ineficiente labor.

A.- Características

Nuevamente ambas se encuentran recogidas en la ley de mercado de valores. En el caso de la sustitución debemos citar el último literal del Art. 127 de la mencionada ley donde se describe los derechos del beneficiario “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 el caso de disolución o liquidación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos.” En este punto debemos anotar que el único con facultades para pedir la sustitución es el beneficiario ya que es la parte interesada y afectada por el mal accionar del fiduciario. Puntualmente en el Fideicomiso Público si el beneficiario es parte del estado podrá pedir la sustitución la institución beneficiada es decir que si el gobierno municipal es el beneficiario no podrá el gobierno central pedir dicha acción y lo mismo pasa con las instituciones públicas facultadas como Banco Central del Ecuador, Corporación Financiera Nacional, entre otras.

En el caso de la renuncia nos encontramos frente al Art. 131 de la Ley de Mercado de Valores que en su primer inciso dice “Renuncia del fiduciario.- 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.” Aquí debemos tomar en cuenta que solo cabrá la renuncia, aparte de la concurrencia de alguna causal sea legal o contractual, cuando no causare dicha renuncia ningún daño a algún interesado. Cabe hacer énfasis que los acreedores del fideicomiso pueden oponerse a la renuncia si es que existe algún perjuicio para ellos mediante esta acción.

Tanto en la renuncia como en la sustitución que hemos desarrollado tratamos sobre el caso de que el fiduciario sea privado ya que existe una pequeña variación cuando el fiduciario es estatal pero como ya dijimos ese no es tema de esta tesis. Así mismo si no existe Fiduciaria que tome a cargo la administración sea por sustitución o renuncia del fiduciario anterior pues él mismo debe proceder como liquidadora y terminar anticipadamente el fideicomiso.

B.- Causales

Las causales para la sustitución se encuentran intrínsecas en el último inciso del artículo 127 que ya transcribimos. Estas son que el fiduciario actúe dolosa o culposamente (mediante su medición de responsabilidad que es de culpa leve tomando en cuenta que tiene obligación de medios y no de fines) y las que estén estipuladas en el contrato. En ambas circunstancias debe existir sentencia ejecutoriada o laudo arbitral.

En el caso de la renuncia hay causales expresas estipuladas en el Art. 131:

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.

Cabe recalcar que previo a la renuncia se necesita la aprobación del Superintendente de Compañías, aquí también se aplican los principios del silencio administrativo, es decir a falta de pronunciamiento del superintendente respectivo se entiende por concedido.

C.- Responsabilidades

En el caso de la sustitución las obligaciones del fiduciario están claramente determinados en el Art. 133 de la Ley de Mercado de Valores que transcribimos: “Sustitución de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos.- 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.”

Clarificando el asunto tenemos hay una limitación de responsabilidad para el nuevo fiduciario que responde únicamente desde su administración. Adicionalmente de la entrega de los bienes está intrínseca la de rendición de cuentas comprobada según el Art. 128 de la Ley de Mercado de Valores que nos manifiesta: “De la rendición de cuentas.- La rendición de cuentas es indelegable a terceras personas u órganos del fideicomiso, por lo que corresponde al fiduciario rendir las cuentas comprobadas de sus actuaciones. Es a la sociedad administradora de fondos y fideicomisos a quien le compete demostrar su cumplimiento en la labor ejecutada, de acuerdo con lo dispuesto en el contrato constitutivo y las normas de carácter general que determine el C.N.V.” Debemos diferenciar la rendición de cuentas comprobada, en la que el fiduciario debe justificar, argumentar y demostrar con certeza mediante medios probatorios pertinentes el cumplimiento de su función, y los simples informes donde se comunica a los intervinientes el accionar de la fiducia.

Ya en la renuncia, tenemos que igualmente debe rendir cuentas, esperar la autorización del Superintendente de compañías y entregar los bienes físicamente del patrimonio autónomo a quien corresponda como nos plantea el último inciso del Art. 131 de la ley respectiva: “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.”

Capítulo VI.- Extinción.

Al hablar de extinción nos referimos a la terminación del contrato de fideicomiso mercantil y por tanto el traspaso de los bienes del patrimonio autónomo al beneficiario o a quien corresponda según cada caso particular. En este caso la institución del fideicomiso desaparece diferenciándose así de la renuncia y sustitución del fiduciario donde la vida jurídica del fideicomiso continúa. Adicionalmente debo aclarar que en este caso no hay distinción entre los fideicomisos mercantiles propiamente privados y el fideicomiso público.

A.- Causales

Las causales para la terminación del contrato de fideicomiso están claramente estipuladas en el Art. 134 de la Ley de Mercado de Valores: “Art. 134.- Terminación del fideicomiso mercantil.- Son causas de terminación del fideicomiso mercantil o del encargo fiduciario, además de las previstas en el contrato constitutivo, las siguientes:

- a) El cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato;
- b) El cumplimiento de las condiciones;
- c) El cumplimiento o la falla de la condición resolutoria;
- d) El cumplimiento del plazo contractual;
- e) La imposibilidad absoluta de cumplir con la finalidad establecida en el acto constitutivo;
- f) La sentencia ejecutoriada dictada por autoridad judicial competente o el laudo arbitral, de conformidad con la Ley;
- g) La resciliación del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que no afecte los derechos del constituyente, de los constituyentes adherentes, del beneficiario, de acreedores del fideicomiso mercantil o de terceros; y,
- h) La quiebra o disolución del fiduciario, siempre que no exista sustituto.

En estas causales del literal A al literal E se manifiesta la condición de temporalidad del Fideicomiso ya que siempre debe estar sometido a un plazo definido o condición a cumplirse como su finalidad. El objetivo del legislador es evidente, la propiedad fiduciaria es transitoria y carece de facultades de disposición como ya hemos explicado.

En el literal h estamos frente a la imposibilidad de que el fiduciario siga su administración debido a su situación inherente de incapacidad de cumplir con su trabajo. Mientras el F es mediante orden judicial o laudo arbitral debido a que ha existido alguna nulidad o incumplimiento del contrato de fideicomiso, aquí estamos frente el artículo 123 de la ley de mercado de valores que dice “Acciones por contratos fraudulentos.- El contrato de fideicomiso mercantil otorgado en fraude de terceros por el constituyente, o en acuerdo fraudulento de éste con el fiduciario, podrá ser impugnado judicialmente por los interesados, mediante las correspondientes acciones de nulidad, simulación o cualquiera otra prevista en la Ley, según el caso; sin perjuicio de la acción y responsabilidad penal a la que hubiere lugar.”

En el caso de resciliación del literal G podría pensarse que se trata de una excepción del principio de irrevocabilidad del fideicomiso sin embargo no hay ninguna revocación. Ya que la revocación es un acto unilateral del constituyente, en este caso hay concurrencia de voluntades y beneficio colectivo no perjudicando a ningún interviniente.

B.- Efectos

El efecto principal de la extinción del fideicomiso mercantil es la desaparición del patrimonio autónomo y de la actividad administrativa de la Administradora de Fondos y Fideicomisos. Como consecuencia transfiriéndose los bienes y derechos del fideicomiso al beneficiario y a falta de este al fideicomitente o a quien corresponda según el contrato respectivo. Esta transferencia igualmente esta sujeta a las exoneraciones impositivas de la aportación de los bienes, es decir exento de impuestos, tasas y contribuciones por dicha transferencia, solo teniendo que cancelar los respectivos derechos notariales y de registro.

Capítulo VII.- Conclusiones y Recomendaciones.

Luego de haber recorrido la evolución, desarrollo, características y todo el andamiaje jurídico que interactúa en esta institución única que es el fideicomiso mercantil sobretodo cuando interviene en ella el Estado podemos aseverar que hemos

comprobado nuestra hipótesis inicial. Es decir que el fideicomiso mercantil puede ser utilizado en un sin número de negocios con el Estado abriendo un campo poco explorado por las Administradoras de Fondos y Fideicomisos del Ecuador. Hemos visto como a pesar de la intervención del Estado se mantiene su naturaleza jurídica y sus características con pequeños requisitos adicionales. Incluso hemos demostrado como el fideicomiso mercantil puede ser una gran herramienta para la administración pública apuntalando el desarrollo económico y social de nuestro país. Por otro lado vemos que con todo este amplio marco de utilización del fideicomiso en el sector público puede ser el empuje necesario para que igual que en México o Colombia este negocio fiduciario se expanda. Es imprescindible analizar como en los países más desarrollados como Estados Unidos, que con el “Trust” fue el germen originario de esta institución peculiar elaborada en Latinoamérica, los negocios fiduciarios son una piedra angular de la actividad financiera y no un simple mecanismo para conseguir daciones en pago como lo hemos estado utilizando. Así también probamos claramente los vacíos y faltantes de nuestra legislación al respecto, que si esta institución cogiera el ímpetu debido podría traer grandes controversias y conflictos.

Es justamente esto nuestra recomendación principal, es imprescindible elaborar una ley especial que regule con claridad prístina los derechos, obligaciones, competencias, requisitos excepcionales cuando el Estado participe en los tipos de negocios fiduciarios que hemos mencionado. Porque es esto lo esencial del fideicomiso, la fe, la confianza, la transparencia de una institución legal en la que se entrega una propiedad de manera “imperfecta” a un ente profesional y técnico capacitado para la consecución de los objetivos planteados por el constituyente en el contrato de fideicomiso. Todo este andamiaje debe ser complementado con reglamentos e instructivos adecuados que no estorben con exceso de controles y más bien sean fáciles pero transparentes. Además se necesita un impulso político al tema para que los gobiernos seccionales tan ávidos de formas eficientes de hacer obra pública conozcan y utilicen las ventajas que da esta institución. Al fin y al cabo lo que siempre debe buscarse es a la mayor productividad, menor corrupción y mejor satisfacción de las necesidades de nuestra sociedad.

CITAS

- 1.- Pedro Urrets Zavalía. Responsabilidad Civil del Fiduciario p. 18.
- 2.- G. Ospina Fernández. Régimen de las Obligaciones p. 93.
- 3.- Carlos Dávalos. Títulos p. 454
- 4.- José Villagorda Lozano. Breve Introducción al Derecho Mercantil p. 289.
- 5.- Claudio M. Koper y Silvio V. Lisoprawski. Teoría y Práctica del Fideicomiso Mercantil p. 289
- 6.- Abg. Robert Teran Matamoros. Entrevista.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso, Juan. “Diccionario Jurídico Espasa”. 1999. Madrid, España
- Barrera, Jorge. “Tratado de Derecho Mercantil”. 1992. Buenos Aires, Argentina.
- Macias, Miguel. “Curso de Derecho Mercantil”. 1984. Quito, Ecuador.
- Menéndez, Aurelio. “Lecciones de Derecho Mercantil”. 2005. Madrid, España.
- Merino, Gonzalo. “Derecho Mercantil”. 1974. Guayaquil, Ecuador.
- Urrets Zavalía, Pedro. “Responsabilidad Civil del Fiduciario”. 1994. México D.F., México.
- Código de Comercio del Ecuador
- Ley de Mercado de Valores del Ecuador
- www.google.com

