

Nataly Estefanía Hermida Giler

**EL PATRIMONIO AUTÓNOMO EN EL FIDEICOMISO
MERCANTIL ECUATORIANO**

Trabajo de Conclusión de Carrera (TCC), presentado como requisito parcial para la obtención del Grado en Derecho de la Facultad de Derecho “Ramiro Borja y Borja” especialización mayor en Derecho Empresarial, especialización menor en Derecho Internacional.

UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO
Cuenca, Enero 2013

HERMIDA, Nataly E; El patrimonio Autónomo del Fideicomiso Mercantil Ecuatoriano. Cuenca: UPACIFICO, 2013, 127p. Director (Trabajo de Conclusión de Carrera-TCC presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico).

Resumen: El Patrimonio Autónomo del contrato de Fideicomiso Mercantil en el Ecuador tiene características singulares como la separación o independencia de los bienes fideicomitidos, excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario, constituyente y beneficiario. Constituye garantía solo de las obligaciones contraídas para cumplir la finalidad del fideicomiso; constituye un patrimonio afectado ya que su dominio está limitado al cumplimiento de una condición o plazo y que al efectuarse provocará la transferencia de los derechos que lo conforman, al patrimonio del beneficiario o retornará al constituyente.

Palabras Claves: Fideicomiso Mercantil, Patrimonio Autónomo, Fiducia, Derecho Fiduciario.

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo, Nataly Estefanía Hermida Giler declaro ser la autora exclusiva del presente trabajo de conclusión de carrera.

Todos los efectos académicos y legales que se desprendieren de la misma son de mi responsabilidad.

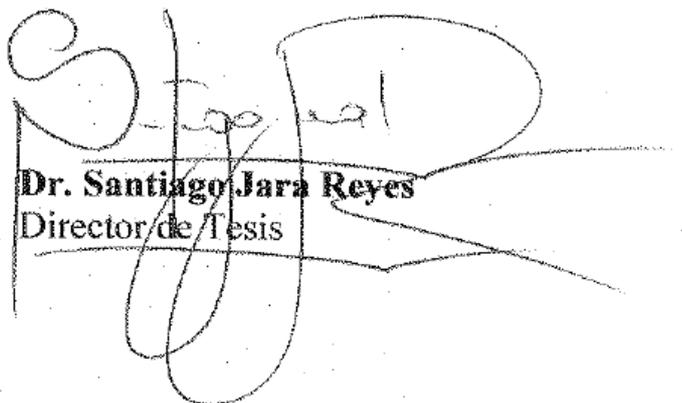
Por medio del presente documento cedo mis derechos de autor a la Universidad del Pacífico para que pueda hacer uso del texto completo de la tesis a título “ El Patrimonio Autónomo del Fideicomiso Mercantil Ecuatoriano” con fines académicos y/o de investigación.



Nataly Hermida Giler
Cuenca, 08 de Enero del 2013.

CERTIFICACIÓN

Yo, Dr. Santiago Jara Reyes, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, como Director de la presente tesis, certifico que la señorita Nataly Estefanía Hermida Giler, egresada de esta institución, es autora exclusiva del presente trabajo, el mismo que es autentico, original e inédito.



Dr. Santiago Jara Reyes
Director de Tesis

Cuenca, 08 de Enero del 2013

DOCUMENTO DE CONFIDENCIALIDAD

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de Licenciado de los tribunales de la República del Ecuador de la Universidad del Pacífico, autorizo a la Biblioteca de la Universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Cinco copias digitales, de esta tesis de grado quedan en custodia de la Universidad del Pacífico, las mismas que podrán ser utilizadas para fines académicos y de investigación.

Para constancia de este compromiso, suscribe


Ing. Oswaldo Webster
Pro- Rector (E)
Cuenca. 08 de Enero del 2013.

Dedicatoria

Este es un pequeño fruto del esfuerzo propio y del de las personas que me han acompañado toda la vida:

Queridos padres

Alfredo y Loly

Queridos Hermanos

Rosi, Karina y Jorge Luis

Querida Tía

Galuth Hermida

Agradecimientos

Principalmente mis agradecimientos van dirigidos a Dios, por ser el eje de mi vida, en torno al cual giran, mis sentimientos, proyectos y objetivos.

A mis padres, por velar mi bienestar a cada segundo, y darme lo mejor de ellos para hacer de mí, la persona que soy; gracias por sus sacrificios y por todos los momentos que hemos disfrutado juntos.

Un especial agradecimiento a mi amigo, profesor y director de tesis, el Dr. Santiago Jara Reyes, por su ayuda en la realización de esta tesis, así como por todos estos años de sincera amistad y enseñanza.

ÍNDICE

Introducción.....	2
Capítulo I.....	5
Antecedentes del Fideicomiso Mercantil.....	5
I.A. Antecedentes Históricos del Fideicomiso.....	6
I.A.1. Derecho Romano.....	6
I.A.1.a. Derecho Germánico.....	12
I.A.1.b. Derecho Anglosajón.....	13
I.B. El Fideicomiso Mercantil en el Ecuador.....	17
I.B.1. Ley de Mercado de Valores año 1993.....	18
I.B.1.a. Ley de Mercado de Valores año 1998.....	20
Capítulo II.....	23
Fideicomiso Mercantil en la Ley de Mercado de Valores.....	23
II.A. Descripción del Contrato.....	23
II.B. Naturaleza.....	31
II.C. Partes que intervienen.....	35
II.C.1. Constituyentes o Fideicomitentes.....	35
II.C.1.a. Beneficiarios o Fideicomisarios.....	39
II.C.1.B. Administradores de Fondos y Fideicomisos o Fiduciaria.....	44
II.D. Derechos y Obligaciones de las partes.....	46
II.E. Características del Contrato.....	59
II.F. Formalidades para la celebración del contrato.....	64
II.G. Efectos Jurídicos de la celebración del fideicomiso mercantil.....	65
II.H. Características Especiales.....	66

Capítulo III.....	70
Perspectiva del Patrimonio.....	70
III.A. Persona y Patrimonio.....	70
III.B. Teoría de la persona y la personalidad.....	73
III.C. Teorías del patrimonio.....	78
III.D. El patrimonio autónomo en general.....	82
III.E. El patrimonio autónomo en Derecho Concursal.....	84
Capítulo IV.....	90
El patrimonio autónomo en el fideicomiso mercantil.....	90
IV.A. La definición de la Ley ecuatoriana.....	90
IV.B. El patrimonio autónomo como efecto de la celebración del contrato de Fideicomiso Mercantil.....	93
IV.C. Los bienes que conforman el patrimonio autónomo y del título de transferencia de dominio que conllevan.....	94
IV.D. Titularidad del patrimonio autónomo.....	98
IV.E. La Propiedad fiduciaria.....	99
IV.F. Representación y Administración del patrimonio autónomo.....	100
IV.G. Contabilidad.....	104
IV.H. Tributación.....	105
IV.I. Protección especial (inembargabilidad).....	106
Capítulo V.....	109
Derecho Comparado naturaleza del patrimonio autónomo en países de América Latina.....	109
V.A. México.....	109
V.B. Argentina.....	112
V.C. Colombia.....	113
V.D. Panamá.....	116

Capítulo VI.....	119
Conclusiones.....	119
VI.A. Conclusiones Generales.....	119
VI.B. Conclusiones Específicas.....	121
Bibliografía.....	123

Introducción

Los inicios históricos del fideicomiso se remontan a épocas anteriores a Cristo, nació del Derecho Romano, y se desarrolló de variadas formas dependiendo de las necesidades sociales de la época; pero como podremos apreciar en el capítulo I de este documento, en el Derecho Germánico y Anglosajón también habían figuras ligadas al fideicomiso.

Acercándonos más en el tiempo y en el espacio y realizada ya un reseña histórica del fideicomiso podemos decir que en nuestro país los inicios del contrato, en estricto sentido, se encuentran en la Ley de Títulos de Crédito de 1963, aunque anteriormente la Ley de Bancos de 1927 estableció en la sección del mandato que los Bancos pueden hacer mandatos y otros negocios fiduciarios, sin mencionar más al respecto del fideicomiso. Posteriormente en la Ley de Mercado de Valores de 1997 se define claramente al contrato de Fideicomiso Mercantil, y se lo delimita como un tipo de negocio fiduciario. Los Negocios fiduciarios son que aquéllos actos de confianza en donde una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole en el caso del fideicomiso mercantil la propiedad de los mismos para que ésta cumpla con ellos una finalidad específica determinada en el contrato. De la misma definición se desprenden todas las características del contrato, su naturaleza basada en la confianza, y, las partes que lo conforman, las cuales se analizarán en el capítulo II.

En el inciso segundo de la definición anteriormente mencionado se describe al patrimonio autónomo, parte esencial y medular del contrato de fideicomiso y también de esta tesis, los aspectos cómo el patrimonio en general, su relación con la persona y la personalidad serán desarrollados en el capítulo III, al igual que las teorías del patrimonio en donde se encuentran la teoría clásica o subjetiva y la teoría moderna o del patrimonio en afectación. Sobre esta

última teoría la concepción de patrimonio autónomo puede ser admitida, ya que esta reconoce al patrimonio una individualidad jurídica propia y no como la teoría subjetiva o clásica que relaciona al patrimonio como un reflejo directo de la personalidad.

En el capítulo siguiente se explicará lo concerniente al patrimonio autónomo dentro del contrato de fideicomiso, los bienes que lo conforman, su titularidad y la protección especial que lo caracteriza.

Puesto que la denominación de patrimonio autónomo ha traído consigo variadas opiniones, unas discrepantes del todo y otras no tanto, consideramos conveniente tratar este punto a manera de derecho comparado, en el capítulo V en donde se describe el tratamiento del patrimonio del fideicomiso mercantil en cuatro países de Latinoamérica como patrimonio autónomo, patrimonio de afectación, patrimonio separado o especial y patrimonio con personalidad jurídica.

Capítulo I

Antecedentes del Fideicomiso Mercantil

I.A Antecedentes históricos del Fideicomiso

I.A.1. Derecho Romano

I.A.1.a. Derecho Germánico

I.A.1.b. Derecho Anglosajón

I.B El fideicomiso mercantil en Ecuador

I.B.1. Ley 1993

I.B.1.a. Ley 1998

Capítulo I

Antecedentes del fideicomiso mercantil

Los antecedentes del fideicomiso se remontan a épocas anteriores a Cristo, nació del Derecho Romano en el período clásico 130 a.C - 230 d.C; sin embargo, en el período post clásico (527 - 534 de nuestra era), en la recopilación de los textos jurídicos clásicos y post clásicos, dispuesta por el emperador Justiniano y que agrupados bajo el nombre de Corpus Iurius Romani, es donde encontramos más claramente regulado el funcionamiento del fideicomiso.

En un principio hayamos al fideicomiso en el Derecho Romano como una herramienta para disponer libremente del patrimonio, en el caso concreto de las sucesiones; posteriormente, dejó de ser utilizado únicamente en temas sucesorios y se lo aplicó más ampliamente en el ámbito civil asemejándose a una especie de garantía.

A partir de ese tiempo el fideicomiso se desarrolla tomando a lo largo de los años distintos matices.

Además de los antecedentes que aporta el Derecho Romano no podemos dejar de considerar los que aporta el Derecho Anglosajón con el denominado *trust*, del cual hoy se absorben varias características muy importantes, ya que es una institución muy bien elaborada en el Common Law.

Cabe indicar que la tradición social y jurídica del trust anglosajón es muchísimo mayor a la del fideicomiso en Latinoamérica, pues mientras que el trust era ya utilizado en Inglaterra en la temprana Edad Media, en América Latina apenas se recurre al fideicomiso en el siglo XX.

En nuestro país prácticamente a fines del siglo XX el fideicomiso adquiere una normativa propia y estable, recogiendo principios de varias legislaciones y adaptándolos poco a poco a nuestro amplio cuerpo normativo.

En este contexto, en el presente capítulo nos proponemos esbozar los antecedentes y el desarrollo histórico de esta institución jurídica, desde sus inicios en algunas legislaciones, hasta como llegó a ser parte de la legislación ecuatoriana.

I.A. Antecedentes históricos del Fideicomiso

I.A.1. Derecho Romano

En Roma, a fines de la Republica, según varios estudios tiene inicios el fideicomiso como tal, etimológicamente proviene del latín *fides* que significa confianza, fe, credibilidad y, en conjunto, el término **fideicomiso** significaba "lealtad comisionada" (**fidei commissum**), ya que la honradez y lealtad de la persona que debía cumplir el encargo o la voluntad de un tercero que encomendaba, era esencial.

En un inicio el fideicomiso solo se aplicaba dentro del derecho sucesorio, conocido como **Fideicomissum**, implicaba *"la disposición de última voluntad del causante -a modo de simple ruego- dirigida a una persona de su confianza para que se ocupe del destino de los bienes, de su herencia, o de llevar a cabo cualquier otro acto respecto de la misma"* (Costa, s.f, pag 2).

Dentro de la temática de los modos de adquirir el dominio por causa de muerte, diferente al testamento y a la donación por causa de muerte, los romanos utilizaban el fideicomiso como medio que no exigía las formalidades estrictas del testamento. Recordando el derecho sucesorio, para los romanos los testamentos podían ser públicos o privados, el testamento

público debía ser otorgado ante el Magistrado o el Emperador, mediante una declaración verbal pública ante estos; o de forma escrita para que fuera depositado en los archivos públicos. El testamento privado de igual forma también podía ser oral o escrito, pero siempre en presencia de testigos capaces de certificar la voluntad del causante, los testigos debían ser siete y no podían ser ni las mujeres, los mudos o los sordos o miembros de la familia del causante, pero con la expansión del imperio se restringió aún más esta condición, ya que los extranjeros tampoco podían ser testigos.

De esta forma el fideicomiso era utilizado en remplazo de un testamento mediante diversas maneras, incluso oralmente utilizando expresiones como "pido" (peto), "ruego" (rogo) "quiero" (volo), "confío en tu buena fe" (*fideicommito*) y otras expresiones que signifiquen ruego que bastaban para perfeccionarlo.

La evasión de formalidades de un testamento no era la única causa por la que las personas preferían utilizar el fideicomiso, el mismo era también una práctica solución para quienes por diversas razones veían restringida la libertad de disponer de su patrimonio ya que muchas personas carecían de aptitud legal para adquirir bienes o derechos (*testamenti factiopassiva*), entonces así el causante confía en la persona elegida que podía ser un extraño o incluso un beneficiario de la misma herencia; heredero o legatario, para hacer que su voluntad fuera efectiva.

Posteriormente también aparece el fideicomiso dentro de los negocios entre vivos: **Pactum fiduciae o fiducia**. Consecuentemente, en Roma existieron dos tipos generales de fideicomiso: **a) Fideicommissum; y, b) Pactum fiduciae o fiducia**

Analícemos con un poco más de detalle cada una de éstas clases de fideicomiso:

a.- El fideicomisum.- Del cual ya mencione algunas antecedentes preliminares consistía básicamente en la transferencia de un bien o grupo de bienes a favor de otra persona en la cual el constituyente depositaba su confianza, para que lo administre a favor de otra u otras personas que el testador quería favorecer; personas que eran incapaces de heredar, como por ejemplo los esclavos, peregrinos, solteros y casados sin hijos; consecuentemente, mediante el fideicomisum se podía adjudicar bienes o derechos designándole un administrador que debía ser una persona capaz de suceder.

A pesar de ser esta figura muy utilizada por los romanos, el fideicomiso se encontraba un tanto desprotegido ya que se basaba únicamente en términos confianza y no se encontraba regulada; la persona que debía cumplir con el fideicomiso transfiriendo la propiedad entregada a ella por el causante para entregarla a su vez a un tercero, estaba obligada en virtud de un acto de confianza, con lo cual no existía certeza de que el objeto de la fiducia se cumpliría.

De esta forma, si bien en principio el fideicomiso no presenta exigibilidad jurídica ante el incumplimiento de la persona, durante la República el cumplimiento del fideicomiso pasa de ser sólo en una cuestión moral, de buena fe o un compromiso ético a una obligación jurídica que se podía exigir su cumplimiento mediante la intervención de los cónsules. Fue el Cesar Augusto (gobernó entre 27 a. C. y 14 d. C.)¹ quien estableció la posibilidad de que los beneficiarios del fideicomiso puedan exigir el cumplimiento vía *Extraordinariacognitio* (procedimiento extraordinario ante los cónsules).

¹Estas son fechas contemporáneas; Augusto vivió bajo dos calendarios, el [romano](#) hasta 45 a. C., y el [juliano](#) después de 45 a. C. Debido a discrepancias con las intenciones originales de Julio César, Augusto restauró el calendario juliano en 8 a. C., por lo que la correspondencia entre el [calendario juliano proléptico](#) y el actual calendario romano es incierta antes de 8 a. C. (wikipedia, 2012)

En la época de Claudio (gobernó desde el año 41 hasta su muerte en el año 54 d.C) se crea una magistratura con jurisdicción específica en la materia, se incorporó según el caso una nueva parte a la institución, estaría el heredero gravado que es el fiduciario, el fideicomisario que era el beneficiario y quien podía exigir el cumplimiento de los fideicomisos, el llamado *Praetor fideicommissarii* (pretor fideicomisario). También apareció el fideicomiso gradual o familiar, en el cual el testador hacía una serie de llamamientos para hacer una restitución sucesiva de los bienes, o también podía prohibir su enajenación para así proteger el patrimonio de su familia por años, hasta que Justiniano dispuso que el fideicomiso familiar se extinguiera en el cuarto grado. (Revista General de la Legislación y Jurisprudencia , 1899, pag 314)

Poco a poco fueron apareciendo derivaciones del fideicomissium, aparecen sustituciones fideicomisarias llamadas “vínculos” que son los gravámenes de un conjunto de bienes que están sujetos al dominio perpetuo de una serie de sucesores, según disposición del fundador, como por ejemplo el mayorazgo que no era más que el derecho a suceder los bienes sujetos a dominio perpetuo que tenía el heredero más próximo. (Revista General de la Legislación y Jurisprudencia , 1899, pag 317)

El fideicomissium según su contenido podía ser a **título particular** o **universal**.

El Fideicomissium a Título Particular: Este tipo de **fideicomissum** se refería a objetos perfectamente determinados y dada la similitud con el legado los juristas decidieron que la normativa del legado se aplicará al fideicomiso a título particular también; en tal

virtud, es importante remarcar que el heredero podía incluso solicitar la aplicación de la Ley Falcidia² en resguardo de su cuarta parte, según mandato del Senadoconsulto Pegasiano.

El legado y el **fideicomissum** subsistieron por separado por un largo periodo hasta que Justiniano finalmente implementó la fusión de ambas instituciones; en la constitución del año 529 se estableció que legatarios y fideicomisarios tenían acciones personales y reales para la defensa de sus derechos, gravando los bienes con una hipoteca tácita en favor de aquellos.

El Fideicomissium a Título Universal: Este comprendía la totalidad de los bienes de la sucesión de una persona o parte importante de la misma, y consistía en la transferencia de esta al fideicomisario tomando algunas precauciones o formalidades para asegurar su finalidad, unas obligatorias y otras que no eran estrictamente exigidas. Conforme señala José Carlos Costa, dentro de las formalidades se encontraban (Costa, Fideicomiso Sucesorio, s.f):

- El juramento del fiduciario cuando su otorgamiento era en modo oral
- La capacidad de testar del heredero fiduciario
- La validez del testamento en el caso del fideicomiso testamentario
- El otorgamiento del fideicomiso bajo condición a cargo de un heredero ab intestato, cuando el sucesor muere sin dejar testamento.

² Cuando el derecho sucesorio se basaba en las Doce Tablas los legatarios podían ser tantos que la herencia quedaría absorbida por estos, en solución a esto se promulgó la Lex Furia testamentaria a comienzos del s. II a. C., en la que se ordenó que solo ciertos parientes podían recibir un legado por más de 1.000 ases. Posteriormente, la Ley Voconia dispuso que ningún legatario podía recibir más de lo que recibía cualquier heredero, siendo ambas inútiles ya que el testador podía disminuir la herencia o el valor de cada legado. En consecuencia la Ley Falcidia (40 a. C.), ordenó que los legados no pueden llegar a más de tres cuartos de la herencia, conservando el heredero la cuarta parte (cuarta falcidia). (Álvarez, 1991)

Para que el Fideicomissium a título universal se llevase a cabo era necesario que el fiduciario adquiriera la herencia, lo que provocó algunos obstáculos en la aceptación de esta figura, ya que esta incluía créditos, deudas, gravámenes etc.

En solución a esto el heredero fiduciario y el fideicomisario se garantizan mutuamente sus respectivos derechos por medio de estipulaciones recíprocas, el heredero lograba la liberación del pasivo hereditario por los pagos a las deudas de la sucesión que hubiese efectuado, resguardándose el fideicomisario de las acciones futuras que pudiese tener por parte de los acreedores del acervo hereditario.

Debido a que muchos herederos fiduciarios no se hacían cargo de los pasivos de la sucesión, ya que el rédito material que les quedaba no justificaba el esfuerzo, se incremento el número de sucesiones vacantes.

En el intento de remediar dicha situación se simplifica el traspaso del acervo hereditario y sus acciones al fideicomisario y se garantiza al heredero el resguardo de la cuarta parte del mismo en concordancia con las disposiciones de la *lex falcidia*.

b.- Pactum fiduciae o fiducia.- En este caso nos referimos al fideicomiso dentro de la transmisión o negocio entre vivos. El pactum fiduciae o fiducia podía ser:

Fiducia cum creditore: por el cual se enajenaba un bien para garantizar un crédito, con la obligación de que el adquirente lo reintegre al fiduciante cuando este cumpla con la obligación objeto del pacto.

En algunos casos el acreedor podía hacer mal uso de los bienes transferidos a su favor, por lo que, según Sergio Rodríguez Azuero (2005), se da paso a la aparición de los documentos de garantía como actualmente los conocemos, aunque para ese entonces igual existían grandes desventajas. El acreedor abusando de su posición podía enajenar el bien, sin que pueda el deudor perseguirlo en manos de un tercero y siendo una salida para el acreedor declararse insolvente. Al principio el deudor no tenía la posibilidad de conservar el bien a título precario, y aunque más adelante esta posibilidad si se concebía, el acreedor siempre podía demandar la entrega del bien respectivo.

Fiducia cum amico: por el cual se transfería el dominio de un bien a un depositario o mandatario, otorgándole a este la posibilidad de ejercer todas aquellas acciones y facultades inherentes al dueño, para que los administrara según las instrucciones recibidas. Normalmente se daba cuando el fideicomitente debía salir de viaje por largos periodos como cuando los hombres iban a la guerra o a largas expediciones, y de esta forma resultaba riesgoso dejar los bienes en manos de un mero depositario.

También se utilizaba el Pactum Fiduciae en la mancipación de los hijos, cuando el padre de familia deseaba sacarlos de su autoridad, está el Coemptio Fiduciae Causa, cuando una mujer hacia uso de la coemptio para poder adquirir un bien ya sea de su marido o de un tercero. El coemptio era un pago simbólico al padre de la novia, como fingir una venta de la mujer al esposo por medio de los rituales, pero también se usó la coemptio fiduciaria para permitir que la mujer pudiera testar, pudiendo hacerlo solo si celebraban una coemptio.

I.A.1.a. Derecho Germánico

En el Derecho Germánico también había figuras ligadas al fideicomiso, como antecedentes del mismo están la prenda inmobiliaria, el manusfidelis y el salam o trehand. En el primero

un deudor transfería con fines de garantía un bien inmueble a su acreedor, muy similar a la fiducia cum creditore, pero en ésta actuaban otras solemnidades y siempre se trataba exclusivamente de bienes inmuebles. En virtud de la transferencia de bienes de la prenda inmobiliaria el deudor entregaba a su acreedor “una carta venditionis” y, a su vez, el acreedor se obligaba mediante la entrega de una contracarta a transferir nuevamente el inmueble, y la carta al deudor una vez que cumpla lo pactado.

El manusfidelis era utilizado en el Derecho Germánico para incumplir algunas limitaciones y prohibiciones establecidas en la Ley para determinar la calidad de los herederos legítimos; a través de la carta venditionis se entregaba la cosa que se deseaba legar a un fiduciario llamado manusfidelis, el cual a su vez transfería a la persona designada por el sucesor la cosa, pero reservándose el derecho de goce mientras viva.

En el salam o trehand una persona intermediaria realizaba la transmisión del propietario original de un bien inmueble a un adquirente final.

I.A.1.b. Derecho Anglosajón

En el Derecho Anglosajón podemos diferenciar dos figuras *The Use* y *The Equity*, que son similares a la fiducia romana. El autor Diego Gómez De La Torre Reyes en su obra “El Fideicomiso Mercantil” (1998) describe al *Use* como un contrato que nace cuando una persona denominada “settlor”, propietario de una tierra, traspasaba a otra denominada “feoffle to use”, el dominio de sus tierras, sabiendo entre las partes de que aunque el cesionario fuera el dueño legítimo de la cosa, una tercera persona denominada “cestui que use”, tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y privilegios de verdadero propietario respecto de dicho bien.

El *Use* se encontró en su cúspide a partir de un ajuste que se hizo a la Ley de las Manos Muertas, esta Ley se utilizó en Roma mucho antes que en Inglaterra y era de dos tipos según las personas o grupos de personas poseedoras de los bienes, podían ser civiles o eclesiásticas. La Ley de las Manos Muertas nació en Roma justamente para poder fundar los fideicomisos familiares, luego en Inglaterra para que determinadas órdenes religiosas puedan adquirir o conservar bienes para su provecho. Lo que se quería transmitir con el nombre de manos muertas es que todo cuanto adquirieran tales personas o grupos de personas se considerare muerto para el comercio.

Por muchos siglos todo lo que adquirieron los manos muertas no podía darse en venta, permutarse, ni donarse, siendo esto perjudicial para el pueblo, ya que principalmente en el caso de la iglesia esta acumulaba riquezas y propiedades, además de todo estaba exenta de pagos tributarios y es por esta razón que se pusieron limitaciones. (Biblioteca jurídica Unam, s.f)

Dentro de las limitaciones se encontraban las amortizaciones y las prohibiciones para enajenar bienes a favor de la iglesia sin licencia del rey, llegando incluso en un punto de la historia a ser prohibida la transferencia a favor de la iglesia. (Biblioteca jurídica Unam, s.f)

Sin embargo, las personas o familias que deseaban seguir transfiriendo bienes en cualquier forma a favor de la iglesia utilizaban como herramienta el “Use”, y la iglesia era beneficiaria de los bienes en los términos instituidos por el “settlor”.

El *Use* también tomo fuerza durante la guerra de las dos rosas, la cual tiene este nombre por las rosas que identifican las dinastías de Plantagenet y de los Lancaste, como en toda guerra los bienes de los vencidos corrían el riesgo de ser confiscados por el vencedor, por lo que los

soldados acostumbraban a transferir sus bienes a otra persona teniendo el uso el cedente y sus herederos, así cuando un soldado era capturado y juzgado por traición, sus bienes se encontraban en manos de otra persona y su familia se encontraba protegida mediante el uso de los mismos.

Las guerras eran muy frecuentes en esta época, por lo que cada vez más los caballeros y soldados que partían a las cruzadas tenían que transferir sus propiedades a un amigo u hombre de confianza, esta persona debía administrar los bienes encomendados según las instrucciones recibidas, normalmente en beneficio de la esposa y los hijos menores de edad del caballero, los que en aquellos tiempos no podían ejercer el derecho de propiedad directamente. Poco a poco se comenzaron a producir abusos por parte de estas personas de confianza, lo que hizo que la Court of Chancery, la corte de justicia de esa época, desarrollara una serie de normas para garantizar el cumplimiento de estas disposiciones del transferente, así nace el “Trust”, con plena validez jurídica.

Estos escenarios jurídicos eran regulados fácil y naturalmente por el Derecho Inglés o Common Law, debido a sus razones históricas ya que en la tradición anglosajona, el único dueño absoluto de las tierras era el rey y este confería a sus vasallos el uso y disfrute de las mismas, pero el propietario último seguía siendo él. Los súbditos no eran más que meros “inquilinos” o “tenants” de las tierras.

Todo lo que pueda decirse sobre el “Trust” tienen sus principios en las expresiones consagradas de Maitland según Rodolfo Batista, el mismo que cita a Scott A.W en el libro de Law of Trusts, que dice “De entre todas las proezas de la *Equidad*, la mayor y más importante es la invención del *trust*” (Biblioteca jurídica Unam, s.f, pag 29). Según el mismo autor, el trust es un medio para disponer de los bienes que ningún otro sistema jurídico tiene, es muy

flexible y los fines para los cuales puede emplearse son tan vastos como la imaginación de los abogados.

El trust es aceptado en la mayoría de los países de influencia anglosajona, como Estados Unidos o los países de la llamada Commonwealth, que son antiguas colonias británicas. Fue en la década de los veinte en los Estados Unidos de América, que cambiaron de una persona natural a una persona jurídica o institución el encargado o responsable de la cosa, al darse cuenta del riesgo que corría dicho encargo al ser parte del patrimonio de una persona natural, con el antecedente que en 1535 se promulga la Ley de Usos (Statute of Uses) la misma que regulaba el régimen de propiedad en el Derecho Inglés y la cual modificó la propiedad legal del bien afectado en uso y que también eliminó ciertas clases de usos.

Del trust se ha tratado de dar muchas definiciones, pero debido a la resistencia que sienten los autores anglosajones para encasillar a las instituciones jurídicas y sobre todo por dotar de libertad y darle un desenvolvimiento natural y espontáneo, más bien nos ofrecen algunas descripciones. El Profesor Powell le da una definición tan sencilla y dice “...de conformidad con ella una persona posee en calidad de dueño y administra bienes determinados para el beneficio económico de otra” (Batiza, 1954). En el American Law Institute realizó una recomendación y ordenación sistemática de los principios del Common Law, señalando que el Trust “*es una relación fiduciaria con respecto a bienes que constriñe a la persona que los detenta a deberes de equidad para administrarlos en beneficio de otra, y que nace como resultado una manifestación de la intención para crearla*” (Biblioteca jurídica Unam, s.f, pag 2).

Para Sir Frederick Pollock (1922) el trust como todo contrato debe considerarse una obligación, un vínculo de igualdad, por virtud del cual una persona está obligada a la

ejecución de un acto o a una abstención en beneficio de otra, pero obviamente el trust presupone otros elementos, es por ello que los tratadistas ingleses estudian al trust integrado a una rama jurídica autónoma y a mi punto de vista, las descripciones citadas se complementan una entre otra, ya que como primer punto el Trust debe ser considerado un contrato.

En el Derecho Napoleónico se da un sentido diferente al fideicomiso; es a partir de 1804 con la expedición del Código Napoleónico que la fiducia cobra un sentido distinto del que tenía en la época romana y es tomado como un negocio jurídico, obviamente manteniendo su esencia de fe y confianza entre las partes. La parte de negocio jurídico es aquella en donde mediante el contrato una de las partes se obliga a realizar gestiones específicas encomendadas por la otra parte, y puede ser respecto de todo su patrimonio o de una parte del mismo, incluso hasta de un bien particular, mediante la transferencia de los bienes.

I.B. El fideicomiso Mercantil en el Ecuador

En Ecuador los inicios del contrato de fideicomiso mercantil, en estricto sentido, se pueden encontrar en la Ley de Títulos de Crédito de 1963, publicada en el Registro Oficial No. 124 del 9 de diciembre, en cuyo Capítulo Segundo, se reguló lo concerniente a los Certificados de Participación que son títulos de crédito que representan entre otros el derecho que tiene una sociedad fiduciaria en fideicomiso irrevocable sobre una parte o alícuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes de cualquier clase, estos certificados según la misma ley son considerados como bienes muebles, en ese momento tales títulos de crédito eran emitidos únicamente por la Superintendencia de Bancos, ente regulador de las sociedades fiduciarias. Sin embargo, hay que aclarar que en la Ley de Bancos de 1927 y vigente hasta 1994, se estableció en la sección del mandato que los Bancos pueden hacer mandatos y otros negocios fiduciarios, sin precisar en que consistían estos últimos.

En la referida Ley de Títulos de Crédito se mencionaba al fideicomiso mercantil, pero no lo regló y a la vez faltaba una definición del contrato en sí, en tal virtud la Ley fue derogada el 24 de julio de 1964.

En el Registro Oficial No. 133 de 19 de diciembre de 1963, se publicó la Ley General de Operaciones de Crédito en de dicha Ley que se concibió al fideicomiso como un contrato en el cual " *el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria*" (Ley General de Operaciones de Crédito, 1963). Para este año ya se asumía al fideicomiso como un patrimonio de afectación respecto del cual el fiduciario debía ejercer todas las acciones y derechos para la realización del fin encomendado, también se regló la regresión de los bienes a manos del constituyente y se prohibían los fideicomisos secretos. La vida de esta Ley también fue de poca duración y culminó el 11 de noviembre de 1966.

I.B.1. Ley de Mercado de Valores año 1993

El fideicomiso mercantil distinto del fideicomiso civil (propiedad fiduciaria civil) se incorporó a la Legislación Ecuatoriana en el Código de Comercio por efecto de la Ley de Mercado de Valores de 1993, publicada en el Registro Oficial No. 199- S del 28 de Mayo de 1993.

En el título innumerado de esta Ley se definía al fideicomiso mercantil como un acto por el cual una parte llamada constituyente transfiere dineros o bienes a otra parte llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos por un plazo o condición para cumplir una finalidad específica.

El fideicomiso tendría independencia total de sus constituyentes y se podía establecer tanto en instrumento público abierto, es decir sin que sus disposiciones restringidas y también con instrumento público cerrado, que podía estar sujeto a la reserva total o parcial impuesta por el propio aportante.

De los siguientes artículos sobre el fideicomiso se pueden recoger varios aportes importantes, como la libre administración del patrimonio por parte del fiduciario en cuanto vayan encaminados a la realización de los objetivos señalados por el constituyente, sin perjuicio de la responsabilidad que carga este por cualquier pérdida ocasionada por culpa o negligencia, también señala que una vez finalizado el plazo o condición el fideicomiso será entregado exclusivamente a él o los beneficiarios en el título constitutivo del mismo o sucesores en derecho; y, lo más importante, que este patrimonio no será negociable ni embargable.

De esta Ley surge también la posibilidad de repartir periódicamente los beneficios del fideicomiso, siendo imposible revocarlo, pero si pudiendo transferir su administración. Se encuentra la importante característica de la remuneración del fiduciario y la prohibición de este a garantizar beneficios o rendimientos.

La Ley regulaba un aspecto muy importante, las Compañías Administradoras de Fondos, las cuales debían ser sociedades anónimas con el objetivo único de administrar fondos de inversión y fideicomisos mercantiles. Es así que los Bancos podían desempeñarse como administradoras de fondos, pero también cualquier otra persona aun que no sea calificada

para tal actividad, es decir era libre voluntad del constituyente otorgarle la administración a una administradora de fondos como a una persona natural.

En concordancia con la Ley de Mercado de Valores, su Reglamento amplía las facultades concedidas a los bancos otorgándoles a estos el poder de actuar como fiduciarios mercantiles, para lo que la Superintendencia de Bancos y la Junta Bancaria dictarían una serie de Resoluciones y disposiciones normando las operaciones de fiducia que celebraban las instituciones financieras capacitadas para ello, ya que la administración fiduciaria se incluía como una operación de banco, una operación como las demás sometida a control de la Superintendencia de Bancos.

Estos artículos valiosos, pero no satisfactorios del todo se suplían con las disposiciones Código Civil respecto del Fideicomiso.

I.B.1.a. Ley de Mercado de Valores 1998

La Ley de Mercado de valores de 1993 fue derogada y remplazada por el proyecto de Ley de Mercado de Valores promovido por la Asociación de Administradoras de Fondos de Valores, aceptado en su mayoría de Diputados del Congreso Nacional reguló de mejor y novedosa manera la figura del fideicomiso mercantil, ya que fue desarrollada en base a principios considerados modernos, pero que para algunos civilistas rompían algunos principios generales consagrados en la legislación ecuatoriana.

Sin embargo se considera como un avance en la materia; hubieron grandes avances entre uno de ellos estuvo el reconocimiento del profesionalismo y especialización del fiduciario

mercantil, ya que hasta la fecha únicamente pueden ofrecer este servicio las administradoras de fondos y fideicomisos que deben ser sociedades anónimas con un objeto social limitado y ciertas entidades del sector público según lo previsto en sus propias Leyes; todo el panorama de las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos está regulado en el Capítulo III de esta Ley.

Dentro de este proyecto de Ley se recogió por sugerencia de administradoras de fideicomisos el concepto particular de que el fideicomiso sea considerado como un patrimonio autónomo y goce de personalidad jurídica, pese a no ser una compañía, sociedad o en general una persona jurídica; de ahí proviene esta teoría del patrimonio autónomo o como lo dice Roberto González Torre en su libro *Manual de fideicomiso en Ecuador y América Latina (2009)* un patrimonio con personalidad. Encuentro distinguida la forma en que se define muy claramente el nacimiento, naturaleza y características del patrimonio autónomo en esta Ley, en cierta forma casi tan bien definida y protegida que no ha muchos provoca pensar en la magnitud de esta creación o ficción jurídica y que hace aceptar los nuevos principios que de ella provienen sin mayor cuestionamiento.

Capítulo II

Fideicomiso Mercantil en la Ley de Mercado de Valores

II.A. Descripción del Contrato

II.B. Naturaleza

II.C. Partes que intervienen

II.C.1. Constituyentes o Fideicomitentes

II.C.1.a Beneficiarios o fideicomisarios

**II.C.1.b Administradoras de fondos y Fideicomisos o
Fiduciaria**

II.D. Derechos y obligaciones de las partes

II.E. Características del Contrato

II.F. Formalidades para la celebración del contrato

II.G. Efectos Jurídicos de la celebración del fideicomiso mercantil

II.H. Características Especiales

Capítulo II

Fideicomiso Mercantil en la Ley de Mercado de Valores

El fideicomiso mercantil es un tipo de negocio fiduciario; los negocios fiduciarios no son más que aquéllos actos de confianza en donde una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole en el caso del fideicomiso mercantil la propiedad de los mismos para que ésta cumpla con ellos una finalidad específica determinada en el contrato. Los negocios fiduciarios encuentran su posibilidad de desarrollo en la autonomía de la voluntad privada y sus límites serán los establecidos en la Ley y, en el Derecho Anglosajón con la integración jurídica efectuada por medio de la costumbre y la jurisprudencia.

Siendo una parte muy importante la voluntad de las partes en este contrato, ya que ellas determinarán en su mayoría los efectos del mismo, los temas expuestos abordados en este capítulo se desarrollarán principalmente en base a la teoría de la autonomía de la voluntad, como lo veremos en su momento al abordar los artículos respectivos de nuestra legislación para cada tema en particular.

II.A. Descripción del Contrato

En el contrato de fideicomiso la consecución de un fin pretendido con la transferencia de uno o varios bienes al patrimonio autónomo y que serán administrados por la fiduciaria en base de unas instrucciones dadas, es la razón pura de su naturaleza; el sistema estructural del fideicomiso hace y apoya para que los propósitos e indicaciones del contrayente se cumplan y que la finalidad no se vea frustrada, parecería en vano pero como sabemos no pocos contratos son incumplidos, imperfectos, realizados por costos muy superiores a los presupuestados, muchos proyectos son frustrados, truncados o tardíamente realizados, pero con el contrato de

fideicomiso parece aliviante encontrarse frente a un contrato en el que, como Rodríguez Azuero (2005), expresa todo el esfuerzo, la experiencia y la ley se ponen al servicio de su cumplimiento.

Antes de analizar los elementos y características del contrato de fideicomiso particularmente consideramos necesario referirse a los aspectos generales del acto jurídico, para luego, a través de la definición del contrato de fideicomiso de la Ley de Mercado de Valores comprender como cada elemento toma cuerpo en este contrato en particular. Los actos jurídicos son validos cuando gozan de capacidad, consentimiento, objeto y causa, elementos llamados por la teoría clásica como “*elementos esenciales*”. Ante la ausencia de cualquiera de ellos el contrato no produce efecto alguno.³

- Capacidad: “Es la aptitud de que gozan todos los sujetos de derecho, personas jurídicas o naturales, para adquirir derechos y contraer obligaciones” (Azuero, 2005, pag 146). A la capacidad se la puede distinguir en dos tipos Capacidad Adquisitiva o de goce y Capacidad de Ejercicio, “*la primera es un atributo de la personalidad, esto es, de los entes que ha logrado que han logrado que se les considere personas, es la aptitud que la ley otorga a estos seres para la adquisición de derechos y obligaciones, En este sentido tienen capacidad todos los seres vivos y los entes ficticios, esto es las personas jurídicas, cuyos estatutos han sido legalmente aprobados e inscritos.*” (Coello, 1995, pag 109). La segunda forma de capacidad, es decir la de ejercicio es la aptitud que tiene la persona para ejercer y cumplir por si misma sus derechos y obligaciones, sin el ministerio o autorización de otra.

³ Del título II de los Actos y declaraciones de voluntad del Código Civil Ecuatoriano “Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: Que sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.”

La capacidad en un principio es general y solo por excepción surge la noción de incapacidad, que puede ser relativa o absoluta.⁴

- Voluntad, o consentimiento en el caso de los contratos se trata de la manifestación del querer individual, esta voluntad debe ser pura y libre de vicios. Pueden adolecer el consentimiento, el error, la fuerza y el dolo.

El error que vicia el consentimiento según el Código Civil Ecuatoriano puede recaer: sobre la especie de acto o contrato, sobre la sustancia o calidad sustancial del objeto del contrato, y sobre la persona, solo cuando esta es la causa principal de la celebración del mismo. La fuerza vicia el consentimiento solo cuando esta produce una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. El dolo vicia el consentimiento cuando proviene de una de las partes, y cuando se refleja que sin él no hubieran contratado.

- Objeto, es el contenido propio del contrato, es decir las prestaciones positivas o negativas que los contrayentes del contrato convienen hacer. Para que el acto sea valido no basta con que el objeto sea reconocible en el negocio, este debe ser lícito y no contravenir al derecho público y las buenas costumbres.⁵

⁴ Del artículo 1463 del Código Civil Ecuatoriano “*Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.*”

⁵ Artículo 1477 del Código Civil Ecuatoriano “*...Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.*”

- Causa, es el motivo que induce a la celebración del acto o contrato y al igual que con el objeto no basta con que se le reconozca en el contrato, sino que debe ser también lícita.⁶

Existen de igual forma elementos accidentales y otros según la naturaleza; los primeros son aquellos que no se encuentran estipulados en los contratos de forma natural y que más bien las partes acuerdan, como el plazo, la condición o el modo. Por elementos de la naturaleza se entienden aquellos naturalmente incorporados en el contrato, sin que sea necesario que las partes lo estipulen expresamente, y que, de no desearlas, estas libremente pueden eliminarlas del mismo, sin dejar por esto de ser válido.

En nuestra legislación el contrato de fideicomiso mercantil está regulado en la Ley de Mercado de valores en su Capítulo III, Título XV, y en su artículo 109, primer inciso dice: *“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 incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y 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.”*

De la presente definición se desprenden varios elementos relevantes; en primer lugar el fideicomiso es un contrato, es decir nace del acuerdo de voluntades de las partes. La voluntad de las partes proviene de la llamada teoría de la autonomía de la voluntad, sin duda una teoría

⁶ Artículo 1483 del Código Civil Ecuatoriano: *“No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.”*

extraordinaria y enriquecedora incluso filosóficamente en el derecho mercantil, y como se enunció previamente, la voluntad o consentimiento es un elemento esencial del acto jurídico. La teoría de la autonomía de la voluntad es tan amplia y podríamos decir en forma muy general que se limita simplemente por motivos de orden público; los intereses privados no deben afectar el bienestar común ni alterar su orden, lo cual está expresado en la imperatividad de la Ley; pero esta teoría no se reduce tan solo a la voluntad soberana como creadora de relaciones jurídicas.

La noción de libertad individual como principio ideal de libertad es muy extensa y no concierne propiamente al estudio del fideicomiso mercantil, pero para poder restringir y delimitar el tema dentro del derecho, enmarcándonos en un sistema de relaciones sociales, ella forma el ordenamiento jurídico contractual y atribuye a los sujetos partes de estos negocios una libertad de determinación.

Cuando se celebra un contrato privado la voluntad de las partes es suprema, tanto así que el contrato se vuelve ley para las partes, conforme lo establece los Art.8 y 11 del Código Civil Ecuatoriano⁷ y no puede ser invalidado sino por la voluntad de las partes o por las causas establecidas en la Ley. Las partes eligen con que individuos contratar, las condiciones, efectos, contenido, duración, el fuero y jurisdicción, cuenta tanto la voluntad tácita como la expresa y la necesidad de solemnidades es excepcional en contado número de contratos; siendo el contrato de fideicomiso mercantil uno de ellos.

Al decir que el fideicomiso es un contrato estamos abarcándolo dentro de los negocios jurídicos. Un negocio jurídico es un acto jurídico lícito compuesto por una o varias declaraciones de voluntad privadas, reconocido por la Ley para la producción de efectos

⁷Artículo 8 del Código civil Ecuatoriano *“A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley.”*
Artículo 11 del Código civil Ecuatoriano *“Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.”*

jurídicos; por medio de este negocio se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales; los derechos con que se constituye la propiedad fiduciaria son transmitidos por el fideicomitente a la fiduciaria para que este administre o ejerza los derechos en beneficio de una persona designada en el fideicomiso y una vez cumplido el plazo o condición, la propiedad fiduciaria debe ser restituida al fideicomitente o transmitida al beneficiario.

Rodríguez Azuero toma al fideicomiso o fiducia mercantil *“como el negocio jurídico en virtud del cual se transfiere uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y que, con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero.”* (Rodríguez, 2005, pag 166).

Al hablar de negocios fiduciarios Sergio Rodríguez Azuero (2005) quiere transmitir que se refiere a aquel negocio cuyo cumplimiento depende tan solo de la obligación personal de la fiduciaria, que tiene por antecedentes la fiducia romana y que algunos autores denominan puro, pero otros autores como Roberto Stewart describen al fideicomiso como un negocio fiduciario en el que no solamente son obvias la bilateralidad y consensualidad sino también la necesidad de un fin económico y por esa razón lo califica de contrato. Este autor no descarta que también pueda nacer de una sola voluntad afectando a un tercero sin la necesidad de su voluntad simultánea, como es el caso del testamento.

A mi parecer hablamos de un negocio jurídico bilateral o plurilateral ya que obviamente el consentimiento del fideicomitente y la fiduciaria deben estar dados, pero el del beneficiario no precisamente a no ser que este sea el propio constituyente. Es decir dentro del contrato de constitución de un fideicomiso en virtud de la autonomía de la voluntad el o los constituyentes así como se obligan a transferir bienes que existen o se espera que existan,

también pueden destinar los mismos a beneficiarios que existen o se espera que existan y que en caso de existir no se requiere de su voluntad para perfeccionar el contrato.

El contrato de fideicomiso mercantil como lo dice su nombre está dentro de la rama del derecho mercantil lo que hace que se desarrolle muchísimo más en un ambiente de negocios a servicio de personas de negocios, esto conlleva a que el contrato avance, evolucione y se adapte cada vez más a muy variadas circunstancias. El contrato de fideicomiso mercantil como lo indica Sergio Rodríguez Azuero (2005) en su libro negocios fiduciarios es muy acertadamente calificado dentro de los contratos como “*traje a la medida*”, en otros tipos de fideicomiso, como el financiero por ejemplo el contrato se ha convertido en algunos países por el uso frecuente que se le da en una especie de contrato de adhesión, lo que a mi forma de pensar remarca mucho más la versatilidad del contrato ya que funciona tanto en cláusulas particulares hechas por las partes y las que son de simple aceptación.

Una de las partes más atractivas desde el punto de vista jurídico ha sido la calificación en virtud de la cual los bienes transferidos en fiducia constituyen un patrimonio autónomo, independiente de los sucesos o riesgos que puedan afectar los patrimonios de las otras partes del contrato vinculadas a la consecución de la finalidad. Para que el contrato opere es necesaria la transferencia de la propiedad de los bienes, estos bienes sean muebles o inmuebles existentes o por esperarse su existencia no forman más parte del patrimonio del constituyente y tampoco forman parte del patrimonio del administrador, formaran parte del patrimonio del beneficiario cuando se haya cumplido la condición o plazo y hasta mientras forma un patrimonio autónomo. Se ha repetido mucho, e incluso en la doctrina pero el contrato de fideicomiso amplía la imaginación al permitir combinar un número ilimitado de bienes y finalidades legítimas.

Roberto González Torre en su libro manual de fideicomiso en Ecuador y Latinoamérica expresa una interesante definición bastante simple de entender “*habrá contrato de fideicomiso cuando una persona efectúe a otra un encargo a cumplirse con relación a determinados bienes, cuya propiedad fiduciaria le transfiere o conviene transferirle con ese fin*” (Torre, 2009) y agrega que el fideicomiso solo se encontrará constituido si la transmisión de la propiedad a los bienes se perfecciona.

El hecho que la fiduciaria sea una institución financiera, como no sucede en todos los países latinoamericanos y tampoco en los que tienen el sistema legal anglosajón, pero si en el nuestro, produce claros efectos positivos para el contrato, debido a la mayor confianza que se genera en la comunidad, por sus cualidades administrativas y efecto de imparcialidad. La confianza tal y como lo vimos en el primer capítulo, es fundamental del contrato de fideicomiso. El hecho de que una institución financiera, aprobada y supervisada por la Superintendencia de Bancos y Compañías sea la parte de confianza de este importante contrato denota que el Estado está presente en el desarrollo y uso del mismo como instrumento de impulso de la actividad mercantil.

Una institución financiera en su día a día está involucrada en el mundo de los negocios y cuenta con todos los materiales tanto físicos como personales para prestar sus servicios a este fin, es un natural prestador de servicios profesional.

La combinación de la flexibilidad de este contrato con la decisión del legislador de delegar como administrador fiduciario exclusivamente a una sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que será el representante legal del patrimonio autónomo que se forma en virtud de la celebración del contrato, tiene como resultados algunos avances más allá de los que se involucran en el contrato. “*La fiducia sirve como viga de amarre y cable integrador*” (Rodríguez, 2005, pag 167) de los diversos intereses de la comunidad en desarrollo, el banco

como gestor de los intereses de su cliente encuentra muchas posibilidades de actuación y se involucra en actividades que por su objeto social no estaría permitido realizar, pero en función del fideicomiso hace que sean ejecutadas, constituyéndose como sociedades administradoras de fondos y fideicomisos.

II.B. Naturaleza

Si bien en la Ley de Mercado de Valores en el artículo 110 se habla sobre la naturaleza del contrato, a continuación nos referiremos a la confianza; algo vital en este contrato y que debe ser mencionado en este punto. Recordamos que fiducia significa confianza, de aquí proviene la especial responsabilidad de quienes en base a ella realizan actividades por cuenta e interés de terceros. Esta noción de confianza, así como en el contrato de fideicomiso, también es aplicable en todas aquellas relaciones en las cuales una persona deposita en otra una particular confianza de manera que se crea o puede apreciar una natural relación de dependencia, y es debido a esta dependencia que se juzga su actuar con especial severidad. Esta exclusiva relación de confianza entre la fiduciaria y el beneficiario del fideicomiso, puede ser comparada con la relación que existe entre el pupilo y su tutor, entre el mandatario y el mandante, entre los accionistas y el gerente de la sociedad o entre los inversionistas del mercado y los administradores de los fondos de inversión; de todas estas relaciones se observa una forma de otorgarle a alguien facultades administrativas o dispositivas que se suponen deberean ser realizadas de manera cabal, por la confianza que este tercero merece o que a disposición de la ley se le debe dar. (Rodríguez Azuero Abogados, s.f).

Habiendo explicado el punto anterior, ahora es propicio conocer que expresa la Ley acerca de la naturaleza del contrato de fideicomiso, en su artículo 110: la Ley de Mercado de valores dice que el contrato de fideicomiso mercantil deberá constituirse por instrumento público

abierto y se exigirá la solemnidad de la escritura cuando al patrimonio del fideicomiso mercantil se aporten bienes inmuebles u otros para los cuales la ley lo pida. La transferencia de la propiedad en el fideicomiso se hace a título de fideicomiso, lo que quiere decir que la transferencia de los bienes a título de fideicomiso mercantil no es gratuita ni onerosa, sino tiene un carácter neutro como lo explica Mario Carregal (1982). Esta característica dentro de la teoría del acto jurídico, es muy importante ya que también tiene efectos tributarios puesto que el ánimo que tiene el constituyente no es oneroso ni gratuito, el fiduciario que es quien recibe el dominio, solamente lo hace para ejecutar el encargo respectivo en virtud del contrato, no existe animus donandi en el transmitente. De allí que la transferencia se realiza únicamente a título de confianza, mediante un “*acto fiduciario*” o “*acto a título fiduciario*” que constituye otra categoría dentro de la clasificación de los actos jurídicos junto con los onerosos y gratuitos. A esta mención de Mario Carregal en parte se le contrapone la de Roberto González Torre (2009) a quien más adelante cuando tratemos sobre las características del contrato explica que el contrato es oneroso porque supone cargas recíprocas para la dos partes obligadas y que no se debe confundir la onerosidad del contrato con la transferencia fiduciaria ya que ésta no es onerosa ni gratuita.

A título de fideicomiso mercantil el fideicomiso es un contrato traslativo de dominio, tanto de bienes muebles así como de bienes inmuebles de naturaleza corporal o incorporeal que vienen a formar el patrimonio del fideicomiso, el mismo que es independiente del patrimonio del constituyente, del propio fideicomisario, y separado de otros fideicomisos lo que lo hace especial, ya que por mandato de la ley tiene personalidad jurídica. En el inciso segundo y tercero del artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores se describe al patrimonio autónomo como “...*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 fideicomiso se celebra siempre para pretender lograr una finalidad a partir de las funciones de la fiduciaria mercantil y pueden ser sus constituyentes tanto personas de derecho privado como personas de derecho público, también si se contempla en el contrato de fideicomiso mercantil la incorporación de terceros para ciertos derechos y efectos contractuales, se puede hacer mediante la celebración de un convenio de adhesión, los incorporados se denominaran “constituyentes adherentes” según el Artículo 25 del Reglamento a la Ley de Mercado de Valores.

El jurista Francés René Demogue, citado por Sergio Rodríguez Azuero en su libro Responsabilidad del Fiduciario (1997) sobre la particularidad del cumplimiento de la finalidad del contrato, considera que en este caso, y en general, en la posición de buena parte de los gestores de intereses ajenos, como es el fiduciario, la obligación se traduce en la realización de los mejores esfuerzos profesionales dirigidos a obtener un resultado, pero sin que tal carga suponga el compromiso de obtenerlo. A forma de ejemplo se compara la función del fiduciario como el trabajo de un abogado, ya que este último al aceptar la representación judicial solo se obliga a hacer lo propio de su gestión y no a garantizar al cliente el resultado del litigio. En lo fundamental, se podría sostener que el fiduciario está muy íntimamente ligado por su obligación administrativa como gestor, y por la natural necesidad de poner toda su capacidad y esfuerzo a la obtención de la finalidad prevista en el

acto constitutivo. Próximamente al referirnos a los derechos y obligaciones de las partes analizaremos más ampliamente este punto dentro de las responsabilidades del fiduciario.

El fideicomiso es irrevocable y está representado por el fiduciario aún que su tenencia siempre sea temporal, ya que cumplida la finalidad, plazo o condición los bienes transferidos pasan al beneficiario o al propio constituyente, siempre atendiendo al contrato, pero nunca el fiduciario puede ser el beneficiario del fideicomiso mercantil.

En este punto, ya que se presenta el tema de la irrevocabilidad resulta indispensable referirnos a este tema puesto que a partir del acto mismo de constitución inicial del contrato, en el que se transfiere la propiedad de los bienes y aunque el fiduciario no sea el dueño de los mismos, el fideicomiso en sí mismo le otorga derechos al fiduciario, basándose en el hecho de que el fideicomitente ha estado siempre ligado de manera directa al fideicomiso como acto irrevocable en protección de éste; y como lo menciona Jorge Alfredo Domínguez Martínez en su obra “Fideicomiso en México” la irrevocabilidad es un concepto que al contrato de fideicomiso en cierto sentido lo hace intocable. (Matínez, s.f). Todas las instrucciones del constituyente son irrevocables, y solo cuando este y el beneficiario están de acuerdo y si no se causa perjuicio a terceros, alguna de las instrucciones puede revocarse, ya que la irrevocabilidad está dada precisamente para garantizar la efectividad del contrato.

El fideicomiso mercantil tendrá un plazo de vigencia o, podrá subsistir hasta el cumplimiento de la finalidad prevista o de una condición. Si tiene un plazo este no podrá ser mayor a ochenta años, exceptuando el caso de que la condición resolutoria del contrato de fideicomiso es la disolución de una persona jurídica; y también como lo dice el Artículo 110 de la Ley de mercado de valores en su inciso segundo literal b “*Si los fideicomisos son constituidos con fines culturales o de investigación, altruistas o filantrópicos, tales como los que tengan por*

objeto el establecimiento de museos, bibliotecas, institutos de investigación científica o difusión de cultura, o de aliviar la situación de los interdictos, los huérfanos, los ancianos, minusválidos y personas menesterosas, podrán subsistir hasta que sea factible cumplir el propósito para el que se hubieren constituido.”

En un próximo capítulo se explicará las disposiciones generales previstas en las leyes, acerca del tratamiento tributario que tiene el fideicomiso, ya que la transferencia de bienes muebles o inmuebles a título de fideicomiso mercantil no está sujeta a ningún tipo de tributo, incluso en el caso de que la cosa regrese a manos del constituyente, siempre y cuando no haya experimentado cambio alguno y tal devolución se deba acaso fortuito, condición fallida o porque así lo mande el contrato.

II.C. Partes que intervienen

Las partes que intervienen dentro del contrato de fideicomiso mercantil (como elementos personales o subjetivos), según la Ley de Mercado de Valores son:

- El constituyente o fideicomitente;
- El beneficiario o fideicomisario; y,
- El fiduciario.

II.C.1. Constituyentes o fideicomitentes:

Antes de referirme a la definición que nos da la Ley de Mercado de Valores, me gustaría citar algunas definiciones de tratadistas cuya opinión enriquece el conocimiento sobre el tema y nos acercan a lo que determina nuestra legislación.

Así, el fideicomitente o constituyente *“es la parte que transmite la propiedad de un bien y le encomienda el cumplimiento de una tarea al fiduciario relacionada con ese bien. (...) el fiduciante solo tiene poderes de disposición sobre los bienes fideicomitados hasta el momento de la transferencia de la propiedad fiduciaria”* (Nicolas Malumian, Adrian G Diplotti, Pablo Gutiérrez, 2001, pag 19). En esta definición más que describirse al constituyente, los autores se enfocan en describir su principal acto, que es la transferencia de los bienes, lo cual es muy importante porque mediante este acto se perfecciona el contrato de fideicomiso mercantil, refiriéndose también a las instrucciones que se dan al fiduciario para que las cumpla en relación con ese bien.

La siguiente definición de fideicomitente o constituyente explica: *“puede decirse que toda persona capaz de disponer de sus bienes puede constituir un fideicomiso. Lo que no excluye a un incapaz que actué a través de su representante legal, en cuanto este llene los requisitos establecidos por la ley para hacer mentada transferencia”* (Rodríguez, 2005, pag 223-224), de igual forma que en la anterior descripción, esta también se concentra en la transferencia de bienes ya que expresa que puede ser constituyente de un fideicomiso cualquiera que tenga la disposición de transferir la propiedad de sus bienes, sea por sus propios derechos o en representación.

Ahora, en el Art. 115 de la Ley de Mercado de Valores, se desarrolla de mejor manera quien puede ser constituyente, sus clases y que rol desempeña en el contrato de fideicomiso:

“Art. 115.- 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.”

En primer lugar cabe resaltar que puede ser constituyente o fideicomitente toda persona natural o jurídica, sin restricción alguna a su naturaleza; inclusive, nótese que puede constituir un fideicomiso entidades dotadas de personalidad jurídica, esto es, no precisamente personas jurídicas, sino otros como el propio fideicomiso.

Queda claro que se adquiere la calidad de constituyente con la suscripción del respectivo contrato por el cual transfiere al patrimonio autónomo el dominio de uno o varios bienes a título de fideicomiso mercantil; sin embargo, se debe aclarar que de acuerdo a la Doctrina del Mercado de Valores (G.S. No. 26, pp. 15-16) al ser el fideicomiso mercantil un contrato consensual, la calidad de constituyente, junto con sus derechos y obligaciones, se la adquiere *“mediante la manifestación de la voluntad de éste al comparecer y suscribir el respectivo contrato como constituyente”*; se dice en la doctrina que no se puede limitar a que dicha calidad se la adquiera a partir del momento en que se perfeccione la transferencia de los bienes al patrimonio autónomo, con lo cual deja claro que no se trata de un contrato real, y para confirmar aquello señala que *“tal es así que la Ley prevé la posibilidad de transferir bienes que se espera que existan, y a pesar de no haber perfeccionado la transferencia, el constituyente ya ha contraído obligaciones y ostenta derechos, que son los previstos en el respectivo contrato”*.

Consecuentemente, diríamos que el constituyente es el propietario del bien que se transfiere a título de fideicomiso mercantil y quien instruye al fiduciario acerca del encargo que debe cumplir con respecto de dicho bien.

Así, el constituyente debe gozar de plena capacidad jurídica para disponer de sus bienes, claro está que cualquier persona incapaz puede actuar a través su representante legal. En el caso de que el constituyente sea alguna institución del sector público, deberán atenerse a las leyes especiales para cada caso y al Reglamento especial que regula la participación del sector público en los negocios fiduciarios.

Cuando el constituyente es una persona jurídica debe tenerse en cuenta las limitaciones que para la transferencia de bienes puedan existir en el estatuto social o el cumplimiento de formalidades especiales para cada caso.

Por lo tanto, los derechos de los constituyentes nacen desde el momento que se suscribe el contrato, derechos tan importantes como la rendición de cuentas de conformidad con lo establecido en la Ley de Mercado de Valores y normas complementarias; ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal de ser el caso en contra del fiduciaria por dolo, o hasta culpa leve en el desempeño de su gestión en el fideicomiso.

II.C.1.a. Beneficiarios o fideicomisarios:

El Art. 116 de la Ley de Mercado de Valores establece:

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

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

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

Siendo necesario referirse no solo a lo que establece la Ley, se puede decir que, beneficiario es la parte que recibirá al término del contrato de fideicomiso los bienes fideicomitados por el constituyente, como lo señala Sergio Rodríguez Azuero “*beneficiaria es la persona que en virtud del negocio jurídico debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo y, eventualmente, los mismos bienes fideicomitados al vencimiento del término estipulado*” (Rodríguez, 2005, pag 245). Pero puede también ser beneficiario el mismo constituyente, si en el contrato se señalare de manera expresa o si el beneficiario asignado renuncia a tal derecho, pues solo de esa forma tácitamente el constituyente se volvería también beneficiario. En el caso de que el constituyente se vuelva beneficiario ya sea porque así se estableció en el contrato de fideicomiso o porque el beneficiario original renunció a sus derechos y el constituyente ya no exista legalmente, sus sucesores adquieren dichos derechos.

La Ley contempla incluso la posibilidad de designar beneficiarios sustitutos ante la renuncia de alguno de ellos, también pueden nombrarse varios beneficiarios pudiendo el constituyente establecer grados de preeminencia entre ellos.

La Ley de Mercado de Valores establece que pueden ser beneficiarias las personas naturales o jurídicas privadas, sin límite; a excepción, como es lógico para evitar el conflicto de interés, el propio fiduciario, sus administradores, representantes legales, o sus empresas vinculadas, tanto como beneficiario principal o sustituto.

La referida prohibición consta en el Art. 116 de la Ley de Mercado de Valores, que textualmente señala:

“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”.

En este punto cabe hacer una breve referencia a la vinculación y al conflicto de interés regulados en la Ley de Mercado de Valores y en la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores.

El Art. 9 de la Ley de Mercado de Valores determina entre las atribuciones del Consejo Nacional de Valores el establecer las normas que sean necesarias a fin de prevenir los casos de conflictos de interés y vinculación de los partícipes del mercado; considerándose empresas vinculadas *“al conjunto de entidades que, aunque jurídicamente independientes, presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración, responsabilidad crediticia o resultados que hacen presumir que la actuación económica y financiera de estas empresas está guiada por los intereses comunes, o que existen riesgos financieros comunes en los*

créditos que se les otorgan o respecto de los valores que emitan”, conforme se establece en el Art. 191 de la misma Ley.

El Consejo Nacional de Valores mediante norma de carácter general debe determinar los criterios de vinculación por propiedad, gestión o presunción.

El Art. 14 de la Sección III de las Disposiciones Generales del Capítulo de las Administradoras de Fondos y Fideicomisos, Subtítulo III, de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, al establecer las prohibiciones para las administradoras de fondos y fideicomisos cuando actúen como fiduciarias, señala, en sus numerales 2 y 5, que éstas no deberán:

“2. Realizar cualquier acto, operación o negocio con cargo al patrimonio autónomo que la coloque en situación de conflicto de interés con respecto al constituyente, al beneficiario o con otros negocios fiduciarios que administre.”

...

“5. Ser designados beneficiarios principales o sustitutos de los negocios fiduciarios que administren en el contrato de constitución, ni en virtud de una cesión de derechos de beneficiario y, en general, por ningún medio que los ponga en dicha situación. Esta prohibición es aplicable a sus administradores, representantes legales, compañías o corporaciones o sus empresas vinculadas.”

De acuerdo en las resoluciones de la Codificación de las Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores, se entiende que el conflicto de intereses a la contraposición entre los intereses propios de un participante del mercado de valores, de sus empleados y de

la de su cliente, precisando que se encuentran también entre las situaciones de conflicto de interés aquellas que pudieren menoscabar la autonomía, la independencia y la transparencia de la fiduciaria, en la administración encomendada.

Por otra parte la vinculación es la relación entre personas domiciliadas o no en el Ecuador, *“en las que una de ellas participe directa o indirectamente en la dirección, administración, control o capital de la otra, que conlleve a un comportamiento sistemáticamente concertado”*. Como conocemos la vinculación se da por la propiedad, la gestión y presuntivamente.

Bien, regresando al tema central, puede también designarse como beneficiario del fideicomiso mercantil a una persona que al momento de la constitución del mismo no exista pero se espera que exista, en tal caso el beneficio se perfeccionará con la existencia de la persona designada, al respecto Jorge Roberto Hayzus indica que los requisitos para que se introduzca en el esquema contractual al beneficiario son dos: la individualización y la aceptación. Del primero dice *“...el criterio legal es amplio ya que puede ser una persona física o de existencia ideal, y si no existe todavía al celebrarse el contrato se admiten los datos que permitan su individualización futura.(...) El concepto de determinabilidad de los beneficiarios es suficientemente elástico como para servir los propósitos del fiduciante. (...) Con respecto al segundo requisito, o sea, la aceptación del beneficiario, se explica porque nadie está obligado a conformar una situación jurídica contra su voluntad. Pero conviene distinguir entre el beneficiario que participa en el acto de celebración de un contrato de fideicomiso y el que lo conoce después...”* (Hayzus, 2001, pag 121-122). Es, según el mismo autor, que a partir de la aceptación del beneficiario sea esta dada en el momento de la

constitución o posteriormente que se cierra el circuito del fideicomiso entre aquel y el fiduciario, en tenor de las disposiciones del constituyente.

Al igual que el constituyente y todas las partes que forman este contrato, el beneficiario debe ser una persona capaz y en el caso de ser una persona incapaz deberá ser representado legalmente, deben constar todas las cláusulas necesarias para que se identifiquen de una manera clara el o los beneficiarios y establecer con precisión los derechos y beneficios asignados a cada uno, así como el momento y la forma en que pueda acceder a los mismos.

En el artículo 127 de la Ley de Mercado de Valores se establecen algunos derechos que adquiere el beneficiario en virtud del contrato, beneficios que explicare oportunamente.

II.C.1.b. Administradora de Fondos y Fideicomisos o Fiduciaria:

En nuestro país solo las compañías o sociedades anónimas con objeto social limitado y especializadas para administrar los negocios fiduciarios, pueden ser administradoras de fondos de fideicomisos. Conforme a la ley su objeto social puede ser:

- a) Administrar fondos de inversión y representar fondos internacionales de inversión.
- b) Administrar negocios fiduciarios.
- c) Actuar como emisores de proceso de titularización.

Las Administradoras de Fondos y Fideicomisos o fiduciarias son compañías especializadas, por lo tanto las actividades que realizan deben ser desempeñadas de una manera profesional y eficiente, con la prudencia y diligencia con que un buen hombre de negocios actúa en base a

la confianza depositada por el constituyente en él. Las Administradoras de fondos y fideicomiso deben actuar en consideración a lo establecido en la Ley de Mercado de Valores, la Codificación de Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores y, obviamente, de acuerdo a las instrucciones dadas en el contrato.

En los casos en que una entidad pública por su estatuto prevea la posibilidad de ser fiduciaria podrá esta ejercer dicha función, como por ejemplo la Corporación Financiera Nacional que a través de la Ley Orgánica de la Corporación Financiera está facultada a prestar servicio fiduciario civil y/o mercantil al Gobierno Nacional, al IESS, a entidades de derecho público y a entidades de derecho privado, la Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado, también faculta al Banco del Estado para actuar como fiduciario mercantil, administrador de fondos y fideicomisos.

Para constituir una compañía Administradora de Fondos y Fideicomisos que administre tan solo negocios fiduciarios se requiere un capital suscrito y pagado mínimo de DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (USD 262.890), y para administrar además fondos de inversión y también participar en procesos de titularización, requiere de un capital suscrito y pagado adicional mencionado al anterior, mínimo de CIENTO TREINTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD 131.445), con la debida autorización de la Superintendencia de Compañías. Las acciones que forman el capital serán nominativas, circularán por cesión cambiaria inscrita en el registro del emisor.

Como ya se ha explicado anteriormente cada fideicomiso que administre la fiduciaria estará considerado como un patrimonio independiente de su administradora, por lo que la contabilidad de cada fideicomiso es individual y separada de la fiduciaria.

Las compañías administradores de fondos y fideicomisos no están autorizadas a realizar ninguna otra actividad, ni contar con la autorización de funcionamiento por parte de la Superintendencia de Compañías, órgano rector de estas compañías, mientras no se hayan cumplido previamente con los requisitos de capital y con lo previsto en el Manual Orgánico Funcional, el Reglamento Operativo Interno y Sistema Tecnológico y Manual Orgánico y de Procedimientos del Comité de Inversiones, los mismos que deberán ser verificados por la entidad de Control. Sólo la autorización expresa por parte del órgano de control y la inscripción en el Registro del Mercado de Valores, permitirá que la Administradora de Fondos y Fideicomisos pueda ofertar sus servicios al público en general.

Deberá observarse al efecto lo establecido en la Título I, Subtítulo III, referente a los Inversionistas Institucionales.

II.D. Derechos y obligaciones de las partes

En relación a los deberes, derechos y atribuciones de las partes éstos se rigen por los principios generales de los contratos, ya que el contrato es la fuente principal del fideicomiso del cual surgen los derechos y obligaciones de cada parte. En el contrato suscrito por las partes se incluyen cláusulas libremente en virtud de la autonomía de voluntad, amparados por la Ley de Mercado de Valores y su Reglamento.

Sin perjuicio de los deberes y obligaciones que estén contenidas en el contrato, la Ley establece de forma obligatoria y tacita las siguientes:

Administradora de Fondos de Fideicomiso o Fiduciaria:

Dentro de las responsabilidades que deben cumplir cada una de las partes, la ley de manera clara determina las obligaciones que las Administradoras de Fondos y Fideicomisos que deben cumplir frente al manejo del negocio fiduciario encargado por parte del o los constituyentes.

En primer punto, como lo establece el Artículo 102 de la Ley de Mercado de Valores, la función de administración deberá ser manejada con interés ajeno, proporcionándoles los servicios administrativos que éstos requieran, tales como la cobranza de sus ingresos, presentación de informes periódicos que demuestren su estado y comportamiento actual y, en general, la provisión de un servicio técnico para la buena administración del negocio fiduciario. La presencia profesional del fiduciario como administrador del fideicomiso es una característica que dota de equilibrio y seguridad singular al contrato, el desempeño del mismo debe ser de forma tal que proteja por igual los intereses legítimos de todas las partes, ya que su función superior es velar por el cumplimiento efectivo del contrato. El papel de conciliador que juega el fiduciario es vital ya que al ser este un tercero desvinculado de las partes pero no por esto de menos confianza, propone salidas honorables y profesionales ante potenciales enfrentamientos entre constituyente y beneficiario. Rodríguez Azuero expone *“que en las relaciones jurídicas complejas, con múltiples participes y convergencia de varios negocios jurídicos, es apenas natural reconocer intereses no solo distintos sino frecuentemente contrapuestos, cuya potencial generación de diferencias y conflictos es*

enorme. La utilización de un esquema de fiducia mercantil no garantiza que ellos no se presenten, pero la intervención de un buen fiduciario ayuda enormemente a evitarlos o a que no se sobredimensionen, innecesariamente, por lo que hemos sostenido que, entre otras las ventajas, la presencia del fiduciario debería permitir contar con un permanente y amigable componedor” (Azüero, 2005, pag 132).

Como buen prestador de servicios profesionales la administradora deberá atender cada fideicomiso con exclusividad y a mejor conveniencia de éste (el fideicomiso).

Sin perjuicio de las responsabilidades penales, las acciones u omisiones de la administradora de fondos de fideicomiso también acarrear infracciones administrativas, por eso sus operaciones no pueden ser realizadas para obtener beneficios propios, sean directos o indirectos sea de sus directores o administradores como de sus personas relacionadas o empresas vinculadas.

En virtud del contrato de constitución del fideicomiso la responsabilidad del fiduciario es de índole contractual, ya que esta figura como otra parte más del contrato en donde plasmo su voluntad y en caso de no cumplir con lo establecido en el contrato suscrito está faltando a su función de profesionalismo y diligencia, no sólo frente al constituyente, beneficiario, sino también frente a terceros que pueden efectuar los reclamos que consideren pertinentes.

Lo analizado guarda concordancia con el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores, aparte de las obligaciones señaladas anteriormente, se aclara que el fiduciario no garantiza con su actuación que los resultados y finalidades pretendidas por el constituyente se cumplan efectivamente, por esta razón, es muy importante dejar en claro que la labor del fiduciario no

es de resultados sino de medios. Esto quiere decir que el fiduciario a través del contrato se comprometió a realizar una serie de actos pero con los mismo no puede garantizar el cumplimiento de los objetivos pretendidos, es su responsabilidad actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan. El fiduciario promete que en su actividad, se puede lograr el resultado esperado por el constituyente o beneficiario, pero su obtención no está garantizada por la fiduciaria.

La fiduciaria responde hasta por culpa leve, y ésta, como lo establece nuestro código civil es un descuido ligero, se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable y responde por culpa leve, también se le compara con aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean en sus negocios propios. Por lo tanto, el no alcanzar el resultado esperado no implica que se presuma la culpa de la fiduciaria y para determinar esta es necesario hacer una comparación, que consiste en juzgar la conducta de la fiduciaria confrontando lo que ha hecho con lo que hubiera podido hacer.

Como señala Rodríguez Azuero, *“en estas obligaciones no hay inejecución por el solo hecho de no haber sido alcanzado el resultado propuesto, solo hay inejecución y, por lo tanto, culpa cuando la fiduciaria ha faltado a su obligación de ser prudente y diligente”* (Azuero S. R., 1997, pag 36).

Entre otros deberes del fiduciario a más de los deberes de prudencia y diligencia, en el profesionalismo se incluyen otras exigencias especiales, como es la habilidad para manejar los negocios encomendados con destreza, en virtud de que los maneja habitualmente, por lo

tanto, las particularidades de la habilidad y habitualidad que están dentro del profesionalismo demuestran mayor capacidad de manejar el compromiso adquirido con los constituyentes y terceros. Si el conocimiento y profesionalismo por parte del fiduciario genera mayor confianza la falta de alguna de estas características en él solo hace que su responsabilidad se vuelva mayor, tal y como lo expresa Silvio V. Lisoprawski en su obra Tratado de Fideicomiso: “*Se sostiene que existe una superioridad del profesional respecto del profano en las relaciones contractuales, lo que agrava la responsabilidad de aquél*” (Lisoprawski, 2004, pag 311).

La Ley de Mercado de Valores en su artículo 103 narra lo siguiente “*De las obligaciones de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos como fiduciario sin perjuicio de los deberes y obligaciones que como administradora de fondos tiene esta sociedad, le corresponden en su calidad de fiduciario, además de las disposiciones contenidas en el contrato de fideicomiso mercantil, las siguientes:*

a) Administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos en fideicomiso mercantil, y los bienes administrados a través del encargo fiduciario, pudiendo celebrar todos los actos y contratos necesarios para la consecución de las finalidades instituidas por el constituyente;

b) Mantener el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario separado de su propio patrimonio y de los demás fideicomisos mercantiles y encargos fiduciarios que mantenga, llevando para el efecto una contabilidad independiente para cada uno de éstos.

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

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

Con respecto a la rendición de cuentas, el artículo 128 de esta misma Ley, complementa la información recalcando que dicha acción es indelegable a terceras personas u órganos del fideicomiso. El informe también se debe dar a conocer al constituyente como al beneficiario según lo establecido en la Ley de Mercado de Valores y este debe contener información completa y fidedigna sobre ciertas operaciones de inversión o el recibo de frutos derivados del fideicomiso, los movimientos contables de los bienes; además de los ingresos y egresos producidos durante el lapso correspondiente y la suma o bienes con que cuenta el fideicomiso, así como todos sus pasivos.

La tarea de la rendición de cuentas por parte de la fiduciaria no es simple, este debe presentar una rendición comprobada, debe justificar, argumentar y demostrar, con certeza, a través de los medios pertinentes, el cumplimiento de la labor encomendada en el contrato. En el artículo 129 de la Ley de Mercado de Valores se hace una diferencia entre la elaboración de simple informes y una rendición de cuentas comprobada. Se establece que los informes tienen por finalidad reportar y dar conocimiento a los interesados de algunas actividades o

situaciones llevadas a cabo por la fiduciaria, y no presume precisamente que tal información sea comprobada, sin que esto quiera decir que goce de carácter liberatorio.

La responsabilidad de informar no es sola al constituyente, sino también a la Superintendencia de Compañías.

Por otro lado, en la obligación de la remisión de información a la Superintendencia de Compañías todos los aspectos contables y financieros deben guardar armonía con los informes presentados y deberá informarse también de cualquier situación que afecten de manera importante el estado general del fideicomiso mercantil, así como de la estrategia aplicable para corregir esta.

Es responsabilidad del representante legal de las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos el informar a la Superintendencia de Compañías los hechos o situaciones que retarden o puedan retardar de manera sustancial el desarrollo del fideicomiso y como lo establece el artículo 130 de la Ley de Mercado de Valores dicho aviso deberá darse a más tardar dentro de los quince días siguientes a la ocurrencia del hecho o a la fecha en que tuvo o debió tener conocimiento del mismo. Podemos comparar esta obligación de información con la de los partícipes del mercado de valores, que están obligados a comunicar los hechos relevantes con periodicidad e informar adicionalmente las circunstancias que influyan económica, financiera y jurídicamente al partícipe del mercado. Esta información debe ser enviada a la Superintendencia de Compañías para que esta la procese y registre en fichas registrales; así la función de brindar información fidedigna será posible.

Puede ser un poco amplia y prestarse a incumplimientos y violación de derechos el no precisar bien el tema de la información relevante, al respecto el artículo 25 de la Ley de

Mercado de Valores aunque no habla particularmente de los hechos relevantes dentro del contrato de fideicomiso mercantil, aclara que hecho relevante es aquel que pudiera afectar positiva o negativamente la situación jurídica, económica, y financiera del fideicomiso, también la posición financiera de sus valores en el mercado cuando éste haya sido utilizado como por ejemplo en un proceso de titularización..

En cuanto a la forma de presentación y contenido de los informes se encuentra normada por el Consejo Nacional de Valores.

El constituyente adquiere de la fiduciaria el servicio de administración del fideicomiso, por esta contraprestación es derecho de la fiduciaria recibir honorarios, aunque también sea una obligación del constituyente me referiré a este punto este momento. Basándonos en una fuente del fideicomiso, como es el encargo, hay que aclarar que el mismo es remunerado y la actividad fiduciaria debe ser considerada como cualquier negocio que supone una gestión de administración por parte del fiduciario. La forma de remuneración deberá estar determinada de manera expresa en el contrato de constitución de conformidad con los artículos 120, que habla del contenido básico del contrato, y el 132 de la Ley de Mercado de Valores que explica la obligatoriedad de la remuneración del administrador.

Dentro del artículo 105 de la Ley de Mercado de Valores podríamos decir que las restricciones que tiene la Administradora de fondos y fideicomisos se refieren a prohibiciones desde el punto de vista societario, con el fin de evitar que los activos de la compañía no se mezclen con los activos producto del manejo del negocio fiduciario. En sus literales nos expone que no se puede adquirir, enajenar o mezclar activos de un fondo o fideicomiso con los de la administradora y tampoco con los de otro fondo o fideicomiso, tampoco se puede

realizar operaciones entre fondos y fideicomisos de su misma administradora fuera de bolsa; traspasar valores de su propiedad o de su propia emisión entre los distintos fondos que administre; dar o tomar dinero a cualquier título a, o de los fondos que administre o entregar éstos en garantía.

También tiene literales que tienen un sentido de moral y buena fe en los negocios como la prohibición a garantizar el resultado, un rendimiento o tasa de retorno, tampoco puede emitir obligaciones y recibir depósitos en dinero por ellas, participar de manera alguna en la administración, asesoramiento, dirección o cualquier otra función que no sea la de accionista en aquellas compañías en que un fondo mantenga inversiones y ser accionista de una casa de valores, administradoras de fondos de inversión y fideicomisos, calificadoras de riesgo, auditoras externas y demás empresas vinculadas a la propia administradora de fondos de inversión.

El numeral dos del mismo artículo se enfoca mas en actos que debe evitar la fiduciaria como afianzar o garantizar el pago de beneficios o rendimientos fijos en función de los bienes que administra; ya que solo en virtud de la naturaleza de ciertos fideicomisos se pueden estimar rendimientos o beneficios variables o fijos no garantizados y la fiduciaria durante la vigencia del contrato de fideicomiso mercantil o del encargo fiduciario, no permitirá que el beneficiario se apropie de los bienes que él mismo o la sociedad administradora de fondos y fideicomisos administre de acuerdo a lo estipulado en el contrato de fideicomiso.

Las posibilidades de renuncia y sustitución fiduciaria y sus causales deben estar previstas en el contrato de fideicomiso, además de estar reguladas en la ley. En el caso de sustitución, los bienes que conforman el fideicomiso mercantil deberán ser entregados físicamente al sustituto

en exactos términos por los que fueron entregados a él en el contrato de constitución y el fiduciario sustituto no es responsable de los actos de su predecesor.

Las causas que enumera la Ley de Mercado de valores son las que se especifican en el artículo 131, que a falta de estipulación son causas de renuncia del beneficiario.

Cuando 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 cuando no se ha pagado la remuneración pactada, y en ciertos casos cuando esta última causa se da para poder renunciar la fiduciaria requerirá autorización previa del Superintendente de Compañías, la cual podrá resolver después de la entrega física de los bienes del patrimonio autónomo.

Son obligaciones y responsabilidades de la fiduciaria que renuncia recibir la liquidación de sus haberes, de modo que el proceso de transición de darse una sustitución o renuncia se proteja de manera diligente y adecuada los intereses del fideicomiso y de los terceros.

Debe quedar claro que de no presentarse ningunas de las causas previstas en la Ley y tampoco las del contrato si las hubiera, la fiduciaria solo podrá renunciar a su gestión, cuando no cause perjuicio al constituyente, al beneficiario o a terceros vinculados con el fideicomiso mercantil.

El Consejo Nacional de Valores establece la forma en la que deberá operar el traspaso de los bienes de conformidad con su naturaleza.

El constituyente

Como principio general en el artículo 126 de la Ley de Mercado de Valores se describen los derechos que tiene el constituyente y comienza diciendo primero que sus derechos son aquellos que consten en el contrato. Esta disposición es inicial en virtud de la amplitud de aplicaciones que tiene el fideicomiso mercantil y partiendo del hecho de que se trata de un contrato de libre discusión, donde es normal que el constituyente establezca determinados derechos a su favor, siendo su principal derecho el poder exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato y de ser informado de la gestión de la fiduciaria mediante la respectiva rendición de cuentas, según lo dispuesto en las normas de la Ley.

En los casos de dolo o culpa leve, el constituyente puede ejercer acciones tanto de responsabilidad civil como penal y a demás el derecho de sustitución del fiduciario designando la entidad sustituta. Dentro del mismo orden el fideicomitente también tiene derecho a impugnar actos como por lo general, los celebrados por el fiduciario en contra de las instrucciones expresas del fiduciante, o contra los fines del fideicomiso, o en exceso de sus atribuciones, en desmedro evidente del patrimonio fideicomitado o de los derechos de los interesados; y, que por haberse realizado determinadas condiciones estos actos pueden ser declarados nulos, anulables o inoponibles (Apat, 2002).

El constituyente también tiene derecho a exigir la restitución del fideicomiso, si así lo previó el contrato, o en caso de falla o cumplimiento de la condición prevista.

Un tanto recalcando lo dicho, hemos comprendido que, salvo que se haya designado un beneficiario tercero, el propio constituyente puede ser el beneficiario del contrato de fideicomiso. Este puede ser el destinatario de los frutos, de los rendimientos, de la explotación, etc. que produzca el fideicomiso, periódicamente, o al concluir el mismo según

sea el caso; y, se le llama “*Fiduciante – Beneficiario*” (Nicolas Malumian, Adrian G Diplotti, Pablo Gutiérrez, 2001, pag 24) cuando la parte que transmite los bienes y crea el encargo fiduciario, es la misma que recibe los bienes fideicomitidos. En cambio, cuando se tiene por beneficiario a una tercera persona, diferente de los constituyentes y por prohibición expresa de la Ley diferente de la fiduciaria, y la finalidad del contrato de fideicomiso depende del cumplimiento de una condición, la restitución de los bienes a manos del constituyente por incumplimiento del contrato, igualmente es posible. En el capítulo cuatro dentro del tema de la propiedad fiduciaria se analiza más a fondo, este aspecto de la restitución del fideicomiso por cumplimiento o incumplimiento de la condición.

Es importante que aparte de los derechos mencionados en el contrato se recojan otras situaciones que de cumplirse impulsen la sustitución fiduciaria como la quiebra, concurso preventivo, disolución o liquidación en la que incurra el fiduciario o la sociedad que haga la cabeza del grupo financiero, por citar ejemplos.

La primera obligación del constituyente es remunerar al fiduciario dentro del principio de que el encargo es oneroso, (Azüero, 2005). El constituyente debe asumir el costo de la gestión desempeñada por el fiduciario, incluso se mencionó esto al hablar de los derechos del fiduciario y veremos posteriormente que el incumplimiento de esta importante obligación del fideicomitente es causal de renuncia del fiduciario, derivándose en un posible remplazo de fiduciaria o en la terminación misma del contrato. Otra obligación de carácter monetario que se deriva de la onerosidad del encargo, pero que no está por demás mencionarla, es que si el fiduciario por iniciativa propia y en ejercicio de su mejor administración tuvo que realizar cualquier gasto, sea obligación del constituyente reembolsárselos, ya que este está obligado a otorgar a la fiduciaria todos los recursos necesarios para el cumplimiento de la finalidad del contrato.

Siendo el fideicomiso mercantil un acto traslativo de dominio, una obligación del fideicomitente es el saneamiento de los bienes transferidos o fideicomitados. Si los bienes transferidos tienen vicios que puedan afectar el cabal desarrollo del contrato, el fideicomitente está en la obligación de adelantar las diligencias necesarias a fin de que éstos sean subsanados.

Dentro de las obligaciones del constituyente o constituyente adherente está la de contabilizar en sus libros las transferencias de bienes efectuadas en fideicomiso mercantil y tal registro contable es de responsabilidad exclusiva de los titulares de los derechos fiduciarios, eximiéndose de responsabilidad cualquiera la fiduciaria.

El beneficiario

Por el artículo 127 de la Ley de Mercado de Valores el beneficiario tendrá como derechos los que se deducen de su condición, de los establecidos en la ley y de manera particular en el contrato.

Es importante notar que no solo el constituyente tiene derecho de exigir a la fiduciaria el cumplimiento de las finalidades del contrato porque aún que el fideicomisario tenga derechos, también pesa sobre él el cumplimiento de una condición, entonces así el beneficiario no hace más que proteger sus derechos y para la ley es importante resguardar la intención del constituyente así como los intereses del fideicomisario, por ende el beneficiario también puede exigir a la fiduciaria la rendición de cuentas sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales.

En los casos en que el beneficiario haya otorgado su consentimiento al constituirse el contrato de fideicomiso, este vendría a ser una especie de acreedor de la gestión de la fiduciaria, con limitación, ya que está pendiente el cumplimiento de la condición o plazo. El beneficiario

tiene un derecho personal sobre los bienes fideicomisos en contra de la gestión de la fiduciaria, el cual será exigido al terminar el contrato. Por lo tanto, es obligación y derecho del fideicomisario recibir los bienes, recursos o frutos, estipulados en el contrato; por lo que, de forma subsidiaria, en el caso de incumplimiento del constituyente este deberá entregar los recursos necesarios para defender los bienes del patrimonio autónomo y pagar los honorarios a la fiduciaria.

Del derecho anteriormente mencionado se desprende la facultad del beneficiario a ejercitar las acciones de responsabilidad derivadas de un eventual incumplimiento y ante la inacción de la fiduciaria, este también está en la facultad de exigir acciones para la defensa de los bienes fideicomitados (Apat, 2002). El beneficiario en protección de sus derechos puede ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra de la fiduciaria por dolo, culpa grave o culpa leve en el desempeño de su gestión; de igual forma el contrato de fideicomiso puede contemplar como medio alternativo el arbitraje comercial, contemplado el segundo inciso del artículo 124 de la Ley de Mercado de Valores.

De la misma forma que el constituyente, el beneficiario puede impugnar los actos anulables o solicitar la declaración de inoponibilidad, y si llega a ser titular de los bienes transferidos será su obligación contabilizarlos en sus libros, eximiéndose de responsabilidad cualquiera el fiduciario.

II.E. Características del Contrato

Para que el fideicomiso mercantil surta efectos debe cumplir con ciertas particularidades desde la perspectiva de la teoría del negocio jurídico:

1.- Solemne.- La Ley de Mercado de Valores en el artículo 110 dispone como requisito esencial la solemnidad del contrato de fideicomiso mercantil y señala que el fideicomiso deberá constituirse mediante instrumento público abierto.

La escritura pública tiene que ser otorgada ante Notario Público por las personas contratantes, es decir los constituyentes y la fiduciaria.

El contrato debe ser autorizado por el Notario Público y éste como escritura pública la incorporará a su protocolo. Escalante manifiesta, *“para que el acto jurídico surta efectos debe estar seguido en su formación de una manifestación de voluntad plena de los sujetos contrayentes. Es decir, el proceso volitivo interno formado en la sede de la conciencia, debe ser consecuente con una declaración o manifestación externa que consolide la voluntad exteriorizándose a través de un acto o negocio jurídico.”* (Escalante, 2007, pag 17)

Según la naturaleza de los bienes transferidos, en el fideicomiso mercantil también deben observarse otras solemnidades contempladas en la ley y en el caso de que se incorporen bienes muebles al contrato también deberá ser mediante escritura pública y de tratarse de transferencia de acciones dentro de la Ley de Compañías.

2.- Bilateral.- La bilateralidad del acto jurídico quiere decir que es un contrato que se perfecciona con el acuerdo de voluntades entre fideicomitente y fiduciario y como se ha manifestado anteriormente no es necesaria la manifestación de voluntad del beneficiario ya que este no suele concurrir al acto constitutivo, y solo se exige el acuerdo de fideicomitente y fiduciario, por lo tanto no se descarta la posibilidad de que sea plurilateral. En modo de

explicación se podría decir que el contrato de fideicomiso mercantil se hace una estipulación a favor de un tercero, pero que para el perfeccionamiento del contrato no es necesario la aceptación del beneficiario y el cumplimiento de las obligaciones de las administradoras tampoco está condicionado a su aceptación.

Hay fuentes que defienden la posición de que el fideicomiso también puede ser un acto unilateral tratándose de fideicomisos testamentarios, pero especialmente en nuestra legislación el caso no es posible porque para formar el fideicomiso siempre se necesita de la aceptación expresa del administrador y en la mayoría de legislaciones latinoamericanas existe la propensión clara de regularlo como un acto jurídico bilateral, esto es, como un contrato, perfeccionable por el acuerdo de voluntades entre fideicomitente y fiduciario, cuando se trata de in fideicomiso constituido por acto entre vivos.

La bilateralidad puede ser tomada también desde el aspecto de la reciprocidad de responsabilidades que existe entre constituyentes y fiduciario. El primero tiene la obligación de pagar honorarios al fiduciario y este tiene la obligación de cumplir con la gestión encomendada en el contrato de fideicomiso y con las normas de la Ley de Mercado de Valores y demás normas aplicables para el caso.

3.- Oneroso por el contrato.- Existe polaridad respecto a esta característica del contrato de fideicomiso, por un lado en el Artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores claramente se especifica que la transferencia en este contrato no es onerosa ni gratuita sino a título de fideicomiso; como ya se explicó anteriormente, pero del lado contrario también se habla de la onerosidad del contrato con relación a la carga de obligaciones entre las partes, y que no se debe confundir la onerosidad del contrato con la transferencia fiduciaria ya que ésta no es

onerosa ni gratuita. A mi parecer los contratos son onerosos o gratuitos por el modo en que se transfieren los bienes objeto del contrato, y no por la carga de obligaciones y derechos entre las partes, para eso está otra característica y se analizará si es conmutativo o aleatorio, y aún que estas subclases se encuentren dentro que los contratos onerosos se sigue tratando sobre la carga de obligaciones, pero aquellos hay quienes sostienen que al ser conmutativo por la obligatoriedad del pago de honorarios a la fiduciaria el contrato es oneroso.

De igual forma el que las partes convengan en las normas de su contrato y se necesite de ambas voluntades (constituyente y fiduciaria) es la característica de la bilateralidad. La transferencia que se hace de los bienes en el contrato de fideicomiso no se hace con un fin lucrativo para ninguna de las partes, es como medio necesario para que la fiduciaria pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato y como se expresa en el último párrafo del artículo antes citado a consecuencia 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.

4.- Conmutativo.- En el contrato de fideicomiso mercantil hay equivalencia entre las prestaciones, el constituyente paga honorarios por la función administrativa que cumple la fiduciaria para llegar a la finalidad establecida en el contrato, sería erróneo pensar que porque el fiduciario tiene una obligación de medio, el contrato sea aleatorio, sino que los aleatorios pueden llegar a ser los resultados esperados para el constituyente.

5.- Por regla general de tracto sucesivo.- Como es característico de este tipo de contratos el objetivo se cumple después de seguir una serie de acciones durante diversos momentos en el tiempo de vigencia del contrato.

6.- Típico.- Son típicos aquellos contratos que se encuentran normados por las leyes escritas, su constitución, efectos, derechos y obligaciones se encuentran principalmente en la Ley de Mercado de Valores, su Reglamento, Resoluciones de la Superintendencia de Compañías y del Consejo Nacional de Valores.

7.- Intuitu Personae.- Obviamente en este contrato como se ha mencionado a lo largo de esta investigación la relación especial y esencial es la confianza que se tiene en una persona particular debido a sus características y en el caso de nuestra legislación la confianza que se deposita en una institución por su profesionalismo, experiencia y credibilidad.

8.- Expreso.- Para que se perfeccione el contrato de fideicomiso es necesaria la transferencia de los bienes y esta de ninguna forma se puede dar tácitamente, la simple aceptación de los derechos y obligaciones no bastaría para que el contrato pueda funcionar y tenga los resultados que se espera que tenga.

Hasta por el cumplimiento de otros requisitos de formalidad se requiere ineludiblemente plasmarlo por escrito mediante escritura pública o instrumento público.

II.F. Formalidades para la celebración del contrato

Anteriormente ya se manifestó acerca de la necesidad de constituir el contrato de fideicomiso mediante instrumento público y cuando al patrimonio del fideicomiso mercantil se aporten bienes inmuebles u otros para los cuales la Ley exija la solemnidad de escritura pública, se cumplirá además con la inscripción en el Registro de la Propiedad y las demás formalidades para cada caso. Esta solemnidad está registrada tanto en la Ley de Mercado de Valores como en la Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores.

Para que el contrato de fideicomiso mercantil se entienda legalmente constituido y pueda ser inscrito, el representante legal de la fiduciaria debe suscribirlo deberán deberá adjuntarse entre otros requisitos la copia de la escritura pública del contrato del fideicomiso mercantil.

Como otra formalidad podemos anotar que las únicas compañías que pueden administrar los negocios fiduciarios son las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos en nuestro país previa autorización otorgada por la Superintendencia de Compañías, con excepción de algunas entidades del Sector Público, debido a que en sus propias leyes se las faculta para actuar como fiduciarias, como la Corporación Financiera Nacional; Banco del Estado; Banco Nacional de Fomento; y el Banco Central del Ecuador, en cierto tipo de fideicomisos.

Para algunos tipos de fideicomisos se requiere cumplir con ciertas formalidades especiales, por ejemplo, para los contratos que tendrán constituyentes adherentes se necesita inscribir los mismos en el Registro del Mercado de Valores a través de presentar la respectiva ficha registral.

II.G. Efectos Jurídicos de la celebración del fideicomiso mercantil

Los límites del fideicomiso son diversos en cada caso en concreto y su determinación precisa puede ser complicada, ya que se estará a lo dispuesto en las cláusulas contractuales que acordaron el constituyente y el fideicomisario. Se trata de una figura esencialmente “dinámica” en la que el cumplimiento de la finalidad puede traer varios efectos, pero en un primer momento puedo decir que en virtud de la celebración del contrato de fideicomiso se transfieren los bienes objeto de contrato a un patrimonio que también nace en el momento de la constitución, este patrimonio se denomina autónomo y será representado por la sociedad administradora de fondos y fideicomisos o fiduciaria. Por tal transferencia, los bienes ya no son parte del patrimonio del constituyente y aún que son administrados a la fiduciaria tampoco le pertenecen a esta, la misma que deberá tener un tratamiento separado de cada

fideicomiso que administre y también de sí mismo, es por esto que cada fideicomiso tiene su nombre propio.

El patrimonio autónomo está dotado de personalidad jurídica y como una persona puede adquirir derechos y contraer obligaciones, y es deber de su representante vigilar estos intereses. En el siguiente capítulo me referiré en concreto al patrimonio, el patrimonio autónomo en general y será propio del capítulo cuarto el tratamiento del patrimonio autónomo dentro del contrato de fideicomiso mercantil y específicamente del patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil en la legislación Ecuatoriana.

II.H. Características Especiales

Los bienes que conforman el patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil gozan de ciertas características especiales y podría llamarlas de protección, pero no de protección al patrimonio del constituyente, de la fiduciaria, ni del beneficiario; sino de protección a sí mismo, ya que como recordaremos, el patrimonio que llega a formarse en virtud de la celebración de este contrato forma un patrimonio distinto de los patrimonios de las partes. Estas características especiales protegen al patrimonio y al contrato, como una herramienta más que se une al objetivo de cumplimiento auténtico del contrato.

En los artículos 121 y 122 de la codificación de la Ley de Mercado de Valores se tratan las características como la inembargabilidad y de la garantía general de prenda de acreedores del fideicomiso mercantil, que tienen los bienes que conforman el patrimonio de este.

Los bienes del fideicomiso mercantil no solo no pueden ser embargados, tampoco pueden ser sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva, ni por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario, a no ser que en el contrato se haya previsto lo contrario, pero aun

así, solo 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.

Las únicas obligaciones que respaldan los bienes transferidos al patrimonio autónomo son las contraídas por el fideicomiso mercantil para el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato. En consecuencia, podrán ser embargados y objeto de medidas precautelatorias o preventivas únicamente por parte de los acreedores del fideicomiso mercantil.

En cuanto al fiduciario, pues ya que este es un administrador de los bienes transferidos al fideicomiso, sus acreedores tampoco pueden perseguir los bienes del fideicomiso y por esta razón la separación de los bienes no solo debe ser jurídica, debe ser contable y reflejarse en los registros contables para que los bienes constituidos en fideicomiso no se confundan con los propios del fiduciario ni con los de otros fideicomisos que administre la sociedad.

Para el derecho inglés en donde la teoría del patrimonio autónomo funciona diferente, los acreedores de la fiduciaria tampoco tienen derechos sobre los bienes del fideicomiso pero la razón es porque mientras que el fiduciario aparece como propietario legal, los beneficiarios figuran realmente como propietarios en equidad, no hay riesgos para el constituyente ni para el beneficiario, pues las incidencias económicas que pueda sufrir la entidad fiduciaria no comprometen a los bienes recibidos.

Como se explico antes los bienes que forma el fideicomiso también están excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciante o constituyente, pero que pasa con los derechos de los acreedores si en algún caso se ha celebrado el fideicomiso justamente con fraude hacia estos. Pues bien es natural que el negocio realizado con el propósito de burlar a los acreedores pueda ser atacable, pero el llegar a impugnar el contrato de fideicomiso como

un acto presumiblemente fraudulento y otorgar un derecho a favor de los acreedores anteriores al negocio para perseguir los bienes fideicomitidos, puede resultar excesivo.

El que el constituyente del fideicomiso tengan obligaciones y estas sean anteriores a la constitución del mismo no tiene por qué demostrar un acuerdo fraudulento entre constituyente y la fideicomisaria; los acreedores del constituyente tienen derecho a perseguir al constituyente y a su patrimonio, hablando de constituyente como persona particular mas no como una de las partes del fideicomiso porque el patrimonio autónomo nada tiene que ver con las acreencias personales de las partes que lo conformaron. Puede establecerse en el contrato de fideicomiso que para la constitución del mismo, es necesario que todas las obligaciones del constituyente queden resueltas, caso contrario habrá un reintegro de los bienes al patrimonio del fideicomitente, que resultara en la disolución del fideicomiso.

En nuestra legislación en Ley de Mercado de Valores, en el artículo 123, el contrato de fideicomiso mercantil otorgado en fraude de terceros ya sea por el constituyente solo o en acuerdo con el fiduciario, se puede impugnar judicialmente mediante acciones de nulidad, simulación o cualquiera otra prevista en la ley, según el caso y hasta se puede presentar acciones de responsabilidad penal a que hubieren lugar.

Siendo así, como se explicó podemos concluir que las únicas obligaciones que garantizan los bienes fideicomitidos son aquellos para cumplir las finalidades del contrato y obviamente no es posible si se establecen disposiciones inclinadas a preservar la autonomía del patrimonio contra ataques de terceros acreedores de las partes. En tal virtud el fiduciario goza de todas las facultades necesarias para llevar a buen fin el encargo encomendado, excepto aquellas expresamente prohibidas por la Ley y por el constituyente, es por esto que todas aquellas obligaciones con terceros en el proceso de ejecutar el encargo están directamente respaldadas por los bienes fideicomitidos.

Capítulo III

Perspectiva del Patrimonio

III.A. Persona y Patrimonio

III.B. Teoría de la persona y la personalidad

III.C. Teorías del patrimonio

III.D. El patrimonio autónomo en general

III.E. El patrimonio autónomo Derecho Concursal

Capítulo III

Perspectiva del Patrimonio

III.A. Persona y Patrimonio

Existen diversos conceptos de patrimonio, que van desde el jurídico, contable, económico y hasta conceptos calificados como patrimonio cultural, patrimonio de la humanidad, patrimonio colectivo, corporativo etc.

Para ejemplificar los distintos tipos de patrimonio, podemos señalar:

- **Patrimonio Bruto:** Este es el conjunto de bienes y derechos de una persona, natural o jurídica, con independencia de sus obligaciones. Corresponde al activo, y es diferente del patrimonio líquido.
- **Patrimonio Líquido:** Es el balance económico que se hace entre el pasivo y el activo. De efectos contables y fiscales.
- **Patrimonio Familiar:** Este tiene dos significados, uno de ámbito económico-social y otro jurídico-económico. En el primer aspecto se lo define como un conjunto de bienes constituidos de una misma unidad orgánica de explotación agrícola, indivisible y vinculado. Esta sola unidad debía satisfacer las necesidades y absolver el trabajo de la familia campesina.

El otro significado se le da como especie de protección a la vivienda y subsistencia del grupo familiar, concepto que se desarrollado a partir del siglo XIX.

- **Patrimonio Social:** Este patrimonio también tiene dos significados, uno mercantil y otro sociológico, el primero hace referencia al conjunto de bienes o capital social que posee una sociedad mercantil y el sociológico, se refiere a la herencia del pasado, el

legado de las generaciones que fueron ese conjunto de tradiciones, pensamientos, leyes, usos, costumbres, cultura y procedimientos técnicos conservados y practicados.

Ya, en un estricto sentido jurídico que es el que me compete analizar, se puede decir que se llama patrimonio al conjunto de derechos y obligaciones que tiene una persona y que pueden ser apreciables en dinero. Tanto derechos y obligaciones forman una entidad abstracta, distinta de lo bienes y de las obligaciones que lo integran, ya que estos pueden cambiar, disminuir, desaparecer totalmente e incluso quedar el patrimonio con un saldo negativo; pero aún así existe, es inherente a la personalidad y es uno mismo durante toda la vida de la persona.

El patrimonio como universalidad jurídica está compuesto por el conjunto de bienes que posee una persona y las cargas que los gravan. Las cosas que lo componen pueden ser materiales o inmateriales. Dentro de las cosas inmateriales estarían los derechos, los derechos personalísimos no están dentro del patrimonio.

Hay algunos autores que sostienen que los derechos siempre se ejercen sobre las cosas, por eso afirman que las cosas no conforman el patrimonio, sino los derechos reales o personales sobre ellas. En tal virtud el patrimonio estaría compuesto por los derechos que constituyen el activo, no por las cosas en sí mismas. Los derechos que conforman el patrimonio solo son los derechos patrimoniales, es decir aquellos derechos que forman las relaciones jurídicas de contenido económico, los derechos personalísimos y los derechos de familia, como se dijo anteriormente quedan excluidos ya que no son susceptibles de apreciación pecuniaria, pero la violación de ellos pueda dar lugar a acciones de contenido económico.

Dentro los defensores de las corrientes que expresan que el patrimonio no es un conjunto de objetos o de cosas, sino un conjunto de relaciones, está Messineo, la relación entre sujeto y cosa es directa en los derechos reales, sean objetos materiales o inmateriales. En tanto que

para Betti el patrimonio es el conjunto de las posiciones jurídicas activas apoyadas en un sujeto.

El patrimonio forma un todo jurídico, una universalidad de derecho que no puede ser dividida sino en partes o alícuotas, de forma tal que cada parte o alícuota pueda ser considerada como una unidad.

Para que conceptualmente se entienda la existencia de patrimonio jurídico, es necesario que el conjunto de derechos y obligaciones se encuentren unidos por algún elemento de hecho o de derecho a un fin determinado.

El conjunto de deberes y derechos debe tener significancia económica y estar atribuidas a un titular, puede ser este una persona natural o jurídica. Si se tiene el derecho es acreedor y se encuentra en una posición activa; por el contrario si se tiene la obligación o se debe, se es deudor y se está en una posición pasiva.

Al conformarse el patrimonio como una universalidad, este se puede transmitir a herederos o legatarios en caso de personas naturales y en el caso de sociedades o entidades jurídicas transmisibles en lo que se denomina como cartera, si su estatuto y las leyes lo permiten, dándose el caso de la muerte, extinción, caducidad o quiebra.

Por este pequeño análisis podría decirse que el patrimonio tiene ciertas características, que son:

- Universalidad, como ya se mencionó antes es considerado en su conjunto a totalidad.
- Necesidad, todas las persona tienen patrimonio, por la mera aptitud de poseer derechos.
- Unidad, así como todas las personas pueden tener patrimonio, cada una tiene uno sólo.

- Inajenabilidad, no se puede transmitir el patrimonio en su totalidad pero si los bienes particulares que lo integran.
- Garantía general, todo patrimonio constituye garantía común de los acreedores y se transmiten los bienes que lo conforman por sucesión por causa de muerte.

Para comprender la institución del patrimonio, es necesario también entender su utilidad; así Carlos E. Manrique en su ensayo *El Patrimonio Autónomo es natural en nuestro Sistema Legal* (2009), señala que “*el patrimonio es la regla que le permite al actor económico, medir el riesgo de pérdida cuando, en virtud de sus relaciones económicas, quede a su favor una cuenta por pagar.*”

III.B. Teoría de la persona y la personalidad

Etimológicamente el término persona proviene del término griego *prosopon*, *personare*, *phersu* que hace referencia a la máscara o careta que usaban los actores en escena, con la finalidad de aumentar el sonido y volumen de sus voces; obviamente, también para representar el personaje por la cual actuaban.

Los Romanos utilizaban el término para referirse al hombre y para fijar la cualidad bajo la que él tenga manifestaciones o personalidades y para significar que no es siervo. Por este sentido se entiende que en la antigüedad la persona no tenía valor por si sola, y solo cuando estaba integrada a un grupo tenía relevancia. No fue sino hasta la época del estoicismo, fundado por Zenón de Citio, que se esparció el concepto de persona como un valor, y que junto con la extensión de la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio y el cristianismo, concibiéndose a la persona como *rationalis naturae individua substantia* (substancia individual de naturaleza racional). Como se dijo anteriormente, la influencia del cristianismo permitió un mayor reconocimiento de la persona, dándole un valor como

individuo mucho más apegado a la religión y más aún a la iglesia. Al nacer el luteranismo, y como consecuencia de la realidad política de aquella época, al concepto de persona se lo vinculó mucho más con el Estado, como cualidad jurídica y no como hombre. No es técnicamente hasta las declaraciones de Virginia y de la Revolución Francesa que el concepto de hombre toma un valor subjetivo y se vuelve un derecho individual. Al llegar la revolución industrial, el concepto de persona toma un giro económico, tanto así que era considerado nada más como otro medio de producción, contra lo cual discreparon varias corrientes socializantes.

Con esta pequeña reseña más que cualquier cosa quiero denotar que la noción de persona puede estar delimitada por contenidos sociales, religiosos, espirituales, económicos o puramente jurídicos.

El Código Civil Ecuatoriano, en su artículo 41, describe como personas a todos los individuos de la especie humana, no hace diferencias entre edad, sexo o condición y los divide en ecuatorianos y extranjeros. Desde el punto de vista jurídico las personas no solo pueden ser individuos humanos, sino que se refiere a personas como todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, así concluiríamos que no solo son personas aquellas de existencia física visible, sino también personas de existencia abstracta, ideal o jurídica como las sociedades, las corporaciones, las fundaciones, el Estado y otras.

La personalidad que no es sino la manifestación de la persona, nace con ella. Respecto de la persona física esta se daría cuando nace, entendiéndose por nacido cuando cumpla todas las condiciones legales fijadas de existencia y para las personas jurídicas, la atribución de personalidad viene determinada por los requisitos que deban cumplir según su objeto y si son públicas o privadas.

La concepción de personalidad como aptitud jurídica de la persona viene desde Roma y se desarrolló en torno al triple status que podía tener una persona, el status libertatis, status civitatis y el status familiae, cada uno tenía subdivisiones y por lo tanto dependiendo de estos se gozaba de derechos. Hoy en día que en casi la mayoría del mundo no hay diferenciación entre personas, se ha erradicado la esclavitud y se pelea por la igualdad de derechos entre personas como ciudadanos del mundo, también se sigue discutiendo si la personalidad es efecto automático de aquella realidad social de ser humanos o, por el contrario, deviene en condición jurídica. Al llegar a este punto algunos autores expresan que, primero la personalidad es siempre un atributo reconocido por el derecho; segundo, que no obstante la categorización jurídica, el derecho no atribuye personalidad en base a cualquier categoría, teoría o clasificación, sino que más bien lo hace en base a la racionalidad social que el hombre proyecte. Y tercero, en virtud de todas las corrientes sociológicas aun que sea en protección o discriminación el derecho no puede desposeer al hombre de su personalidad.

La personalidad de las persona jurídicas también se desarrolló en Roma, exactamente durante el renacimiento cuando por vía excepcional una serie de entidades actuaban como sujetos de derecho, sujetos distintos a los miembros que las integraban y el Derecho Canónico fue precisamente quien elaboró la teoría y los fundamentos jurídicos de las fundaciones y de los entes morales como sujetos con personalidad propia; así se desarrollo el mundo mercantil de los siglos XII y siguientes. El reconocimiento de personas jurídicas ocasionó una proliferación de entidades con personalidad jurídica propia a lo cual en Francia por el siglo XIX se requirió la expresa autorización estatal para la atribución de personalidad a un ente colectivo y fue también en el siglo XIX que en Francia se elaboraron las teorías acerca de la justificación de la persona jurídica.

Existen teorías acerca del inicio y fin de la personalidad en las personas naturales y como ya lo he mencionado no siempre ha sido así. En otras épocas el Derecho negaba de personalidad a ciertas categorías de seres humanos, como los esclavos y los muertos civiles. Las siguientes teorías tratan de explicar el comienzo de la personalidad del ser humano y aunque todas coinciden en señalar como inicio de la personalidad del ser humano, el momento en el que éste adquiere vida independiente, las diferencias surgen por el desacuerdo en determinar cuándo el hombre adquiere vida independiente. Entre las principales teorías están:

Teoría de la concepción: Esta teoría sostiene que la vida humana independiente comienza desde el momento de la concepción, por ello la personalidad jurídica del ser humano comienza en dicho momento. Esta teoría no ha sido consagrada completamente en el derecho positivo, porque aun que él no nacido tenga derechos, el precisar exactamente el momento de la concepción es difícil.

Teoría del nacimiento: Esta teoría sostiene que la personalidad del ser humano comienza desde el momento de su nacimiento, en virtud de que antes de este acontecimiento el hombre no tiene una vida independiente. Dentro de esta misma teoría sus defensores se dividen, ya que algunos expresan que el feto tiene que estar separado de la madre para ser un organismo independiente, y que si no lo está este sigue siendo parte de ella, pero biológicamente está comprobado que el feto ya es un organismo separado de la madre y con vida propia, lo que es difícil de determinar es en que momento de la gestación ya es un organismo independiente. Para los efectos jurídicos es necesario que el feto nazca y aquí esta teoría se divide diciendo que con el hecho de que el feto nazca vivo ya adquiere personalidad. Y, la otra, que exige que aparte de que el feto nazca vivo, este sea viable, lo que quiere decir que sea apto para vivir fuera del seno materno, pero para esto es necesario probarlo después de un tiempo de nacido. Para obviar tal inconveniente, algunos países instauraron ciertas presunciones, como por

ejemplo en Italia, el Código Civil de 1865, establecía que todo niño nacido vivo había nacido viable, salvo que se probara lo contrario y, en España, el Código Civil dijo que es viable todo niño que sobrevive 24 horas al nacimiento.

La única causa de extinción de la personalidad del ser humano es la muerte biológica, que es la cesación de las funciones vitales del individuo o de partes de él, como funciones cerebrales y de corazón; solo un médico legal puede determinar la muerte de un individuo, siendo insuficiente incluso hasta una declaratoria de presunción de muerte. Antiguamente las cosas no funcionaban así, ya que en Roma el hecho de ser esclavo extinguía la personalidad, igualmente perdían la personalidad los muertos civiles, que eran personas que cargaban ciertas condenas penales o de ciertos votos religiosos.

Ahora bien, ya que se ha tratado sobre la persona y la personalidad, y esbozado sus características, cabe decir que muchos autores consideran como sinónimas a la personalidad y a la capacidad jurídica; siendo la personalidad en sentido estricto la aptitud propiamente dicha, y la capacidad jurídica la medida de esa aptitud, por ello existen grados de capacidad y no así grados de personalidad.

Por ello, la personalidad jurídica es la capacidad suficiente que se le reconoce a una persona, entidad, asociación o sociedad, para contraer derechos y obligaciones, en goce de su responsabilidad frente a sí mismos y frente a terceros. La personalidad jurídica, permite tanto a personas naturales y jurídicas actuar con plena validez jurídica.

La persona como concepto filosófico es aquel ser humano único e irrepetible, “*sujeto de derecho*” es sinónimo de persona si la expresión se utiliza para referirse a derechos o deberes así no los tenga, pero por el mero hecho de tener la capacidad para adquirirlos ya lo es.

Determinado que es persona y personalidad, así como esbozado el concepto de patrimonio, tratemos a continuación las principales teorías del patrimonio.

III.C. Teorías del patrimonio

Existen dos teorías que explican el patrimonio, la Teoría Clásica y la Moderna:

Teoría Clásica o Subjetiva del Patrimonio: Para los autores que defienden esta teoría la idea de patrimonio deviene lógicamente de la personalidad, el patrimonio es la emanación de la personalidad y la potestad jurídica de que está investida una persona como tal. La teoría clásica o también llamada subjetivista o personalista del patrimonio se debe a Aubry y Rau quienes tomaron como fuente el Código Napoleónico. Para Aubry y Rau el patrimonio es el conjunto de las relaciones jurídicas de una persona, con significancia económica, consideradas como una universalidad jurídica y sujeta entre sí por estar a disposición de la voluntad de una misma persona.

Los bienes y las obligaciones contenidas en el patrimonio forman como ya lo señalamos anteriormente- lo que se llama una Universalidad de Derecho, que quiere decir, que el patrimonio constituye una unidad abstracta distinta de los derechos y obligaciones que lo componen.

Para la teoría clásica el patrimonio comprende tanto un activo como un pasivo, en el activo están los derechos presentes y futuros valorables en dinero, y no lo forman las cosas en sí mismas, sino la propiedad y demás derechos reales que recaen sobre esos bienes, incluso aquellos que no son susceptibles de ejecución forzosa o transmisibles por herencia, refiriéndonos siempre a derechos que tengan carácter pecuniario. Estos derechos y obligaciones pueden cambiar, disminuir, desaparecer enteramente pero no así el patrimonio. Como se mencionó antes, quedan fuera del activo del patrimonio los derechos políticos o públicos, los derechos personales y personalísimos, y al menos la mayor parte de los derechos familiares, aún que por la violación de alguno de estos se deba indemnizar pecuniariamente.

El pasivo, en cambio, lo constituyen tanto las obligaciones como las cargas o gravámenes que pesen sobre los bienes que lo componen.

Aun cuando los primeros promotores de esta teoría no expresaron las siguientes características o principios acerca de la misma, algunos autores más modernos pero igualmente defensores de ella dicen lo siguiente:

La teoría Clásica se rige por cuatro principios básicamente, el primero que dice que la noción de patrimonio depende estrechamente de la noción de personalidad jurídica, puede enunciarse así entonces que solo las personas naturales o jurídicas pueden tener patrimonio, ya que solo ellas tienen aptitud para poseer bienes, tener derechos de créditos y contraer obligaciones; ya que es la voluntad humana lo que da unidad al conjunto de relaciones sometidas a su imperio para constituir las en patrimonio.

El segundo principio explica que toda persona necesariamente tiene un patrimonio, se ponen como ejemplos ver al patrimonio como un continente y que este en un momento puede estar vacío sin dejar por eso de existir y también que cuando una persona carece de derechos y deberes pecuniarios su patrimonio consiste en la aptitud de adquirirlos. Por el hecho de que toda persona tiene un patrimonio y que sus acreedores pueden perseguir los derechos sobre bienes que lo conforman, incluso dejarlo en cero o con saldo negativo, sin embargo, tal persona conserva su patrimonio y por su aptitud puede adquirir otros bienes; lo que quiere decir que el patrimonio es inalienable, mas no se debe confundir esto con la inalienabilidad de los bienes que lo conforman. Para los clásicos el patrimonio tiene la finalidad de satisfacer a los acreedores del titular de ese patrimonio, en ese caso el deudor responde con todo su patrimonio ante los acreedores, responderá con los bienes presente y futuros, habidos y por haber.

En el caso de la transmisión por causa de muerte, siendo el patrimonio una emanación de la personalidad y esta de la persona ¿Cómo se puede transmitir éste, si la persona deja de existir? La teoría clásica recurrió a la vieja noción romana para explicarlo y decía que los herederos son los continuadores de la persona del causante, lo que constituye una ficción.

El tercer principio indica que toda persona no puede tener más que un patrimonio, ya que la voluntad y la personalidad son únicas e indivisibles y al ser el patrimonio emanación de ellas será igualmente uno solo por la misma virtud el cuarto principio, que dice, no se puede separar a la persona de su patrimonio y cuando una persona muere y hereda a otra las dos personalidades se funden y por ello el heredero recibe tanto el activo como el pasivo y, por lo tanto, está obligado a pagar las deudas de la herencia incluso hasta con sus bienes personales; aunque la Ley haya creado excepciones a este principio.

Teoría Moderna o del patrimonio en afectación: Esta teoría, en contradicción de la anterior, defiende que el patrimonio no tiene que ver con la personalidad, sino más bien que ese conjunto de bienes, derechos y obligaciones conforman una universalidad, porque están atados entre sí gracias a un vínculo en común, un vínculo de fin económico. El maestro mexicano Rafael Rojina Villegas define el patrimonio en afectación de la siguiente forma: "*El conjunto de bienes y deudas inseparablemente ligados porque todos ellos se encuentran afectados a un fin económico*" (Villegas, 2012). El hecho de que a todo grupo de bienes, derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin determinado de naturaleza jurídica o económica sea un patrimonio, es que aquella masa es autónoma y está organizada jurídicamente de una forma especial. Según esta teoría, una persona puede tener diversos patrimonios, ya que también puede tener varios fines jurídicos económicos a realizar. La autonomía que debe tener cada patrimonio no se refiere a la persona que lo posee, sino autonomía en el sentido del fin que persigue, el conjunto de bienes derechos y obligaciones

que formen cada patrimonio debe estar relacionado por un vínculo jurídico propio al cual el derecho le de reconocimiento.

Esta teoría es de origen alemán, también llamada teoría objetivista del patrimonio, no nació de las críticas a la teoría clásica del patrimonio, fueron las elaboraciones propias de sus principales exponentes Brinz y Bekker que se basaron en fuentes de la doctrina romanista y pandectista alemana.

Conforme a la teoría desarrollada por Brinz y Bekker que una persona sea titular de más de un patrimonio y también que un mismo patrimonio pertenezca solidariamente a varios sujetos ya que la masa patrimonial que conforma el patrimonio no emerge de la personalidad, por lo tanto no comporte los caracteres de inalienabilidad e indivisibilidad propios de la personalidad.

El nombre de patrimonio en afectación se refiere al vínculo que unifica a los diversos elementos del patrimonio, es su común afectación a un fin ya que, según algunos autores de esta corriente, esa afectación común basta para mantener unidos los diversos elementos del patrimonio, sin ser necesaria vinculación de éstos a la existencia de una persona. También existen algunas refutaciones dentro de la misma teoría a esta concepción, y dicen que a pesar de la gran importancia que tiene la afectación de los bienes a un fin común, sólo la ley puede apartar del patrimonio general un conjunto de derechos para afectarlos a la satisfacción de unas necesidades específicas.

Por lo tanto para que exista patrimonio en afectación deben producirse los siguientes requisitos:

- Que el conjunto de bienes derechos y obligaciones que existan estén destinados a la realización del mismo fin;

- Que este fin sea de naturaleza jurídico-económica; y,
- Que todas las relaciones jurídicas activas y pasivas de acreedores y deudores se organicen en derecho con fisonomía y autonomía propia en función de aquella masa independiente de bienes derechos y obligaciones.

En razón a la independencia que esta teoría da a la personalidad y al patrimonio, una persona puede tener tantos patrimonios distintos, como cuantos fines distintos reconocidos legalmente persiga, igualmente la existencia de patrimonios sin sujeto.

III.D. El patrimonio autónomo en general

Explicadas las teorías sobre el patrimonio, debemos concluir que hoy en día en distintas legislaciones se reconoce la existencia de patrimonios autónomos, que existen sin necesidad de estar vinculados a una determinada persona, esto es, la ruptura de la concepción tradicional de relacionar siempre el patrimonio con una persona, en cuanto atributo de su personalidad.

Por lo tanto, el Patrimonio Autónomo posee vida propia sin necesidad de estar imputado a una persona determinada, hay quienes atribuyen que el patrimonio autónomo subsiste temporalmente sin titular, este se encuentra a espera de ser incorporado al patrimonio de una persona, sea natural o jurídica, y mientras tanto coexiste con finalidad propia.

Para muchas legislaciones la concepción de un patrimonio sin titular es inadmisibles y por esa razón justifican la existencia de un patrimonio autónomo en la teoría de que el mismo simplemente no tienen un titular en un momento dado o cuyo titular en ese momento no ha sido perfectamente determinado, en razón de alguna circunstancia especial.

De aquel sector de la doctrina que sostiene que el patrimonio autónomo está en espera de reconocimiento, también explica que los derechos y obligaciones que contiene no son autónomas antes de la existencia de la persona a la cual se adscribirá el patrimonio, dicha autonomía sería fáctica ya que los bienes no dejan de pertenecer a las personas que los aportaron, siendo la diferencia que esos bienes ya estaría afectados.

Como características de este tipo de patrimonios, podría decir que, se dan cuando están destinados a tener un titular en el futuro y que están sujetos a un régimen de administración temporal mientras llegue a manos del titular esperado.

Es indispensable para el análisis del patrimonio autónomo saber que en ciertas legislaciones el reconocimiento de este no tiene que ver con otorgarle personalidad jurídica, y por las características que presenta es que algunos tratadistas piensan que hubiera sido mejor denominarle como patrimonio especial. Dejando de lado el debate del nombre verdaderamente apropiado para el patrimonio del fideicomiso continuare diciendo que con o sin personalidad jurídica el patrimonio autónomo está reconocido como sujeto de derechos, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, inclusive ante un punto de vista procesal, ante cualquier controversia judicial.

En varios países en los que la posibilidad del otorgamiento de personalidad jurídica al patrimonio autónomo no es admisible, a pesar de varias controversias, han terminado admitiendo que debido a la formación de ese patrimonio autónomo y dada su afectación al cumplimiento de una finalidad específica, estipulada en el contrato, el patrimonio se convierte en un centro receptor de derechos subjetivos, siendo así, desde el punto de vista sustancial y procesal, titular de derechos y obligaciones, siempre representado por un administrador.

En este contexto, el conjunto de bienes incorporados a el patrimonio por el o los constituyentes de un fideicomiso, constituyen en nuestra legislación un patrimonio autónomo, estado que le concede la ley por sujetarse a ciertas características y formalidades, pero imprescindiblemente por estar atadas entre sí a un fin específico; a lo largo de esta investigación, pero más en este capítulo, se ha analizado a la persona y al patrimonio a fin de llegar a comprender la posibilidad de la existencia de un patrimonio autónomo, obligado por sí mismo y dueño de sí mismo, y es con esto que, a pesar de encontrar diferencias doctrinarias, no se encuentran diferencias jurídicas prácticas muy marcadas entre legislaciones sea cual sea la concepción filosófica que adopten. En las legislaciones que se inclinan por conceptos de patrimonio separado o de afectación, pueden encontrarse menos contradicciones doctrinarias, sin embargo lejos de llamárseles como se les llame es necesario que se considere a los bienes fideicomitados como un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante.

III.E. El patrimonio autónomo Derecho Concursal

Siendo preciso al llegar a este punto en el que mi intención es presentar un análisis completo del patrimonio, del patrimonio autónomo en general y en especial del patrimonio autónomo en el contrato de fideicomiso mercantil, según la legislación ecuatoriana surge la necesidad de referirme a un patrimonio de igual forma especial por así llamarlo, me refiero al tratamiento del patrimonio en el derecho concursal; para lo cual comenzaré comentando brevemente sobre el derecho concursal.

Al derecho concursal se lo puede definir como un conjunto de normas y procedimientos que hacen posible la ejecución colectiva de todo el patrimonio de un deudor en beneficio de la totalidad de sus acreedores. Este conjunto de normas hacen posible la organización y

desarrollo de actividades que harán que el deudor responda con todos sus bienes presentes y futuros hacia sus acreedores. La finalidad del derecho concursal también es que todos los acreedores reciban un trato igualitario, a lo que la ley establece algunas excepciones. Si bien de por sí el patrimonio de toda persona constituye garantía de sus obligaciones el derecho concursal pretende asegurar que el deudor moroso no continúe administrando su patrimonio libremente.

El patrimonio y el crédito van ligados al desarrollo económico de todas las sociedades; contablemente las deudas de una persona se entienden como las obligaciones pasivas de una persona, y de ser mayores sus obligaciones que sus derechos lo llevaría a tener un saldo negativo en su patrimonio. Todos los acreedores se ven garantizados, en principio, con todos los bienes que componen el patrimonio de su deudor, exceptuando los bienes inembargables. Los acreedores podrán satisfacer sus derechos con la ejecución de diferentes medidas, cuando por la voluntad del deudor no satisfagan dichos derechos, en tal caso los acreedores tienen derecho a ejercer medidas coactivas o forzadas sobre el patrimonio del que debe, siendo ahí donde nace la real importancia de la responsabilidad patrimonial del deudor y de su patrimonio como garantía de los acreedores.

Debido a que la satisfacción individual de cada deuda no es satisfecha, los acreedores colectivamente entran en un concurso para reclamar sus derechos ante la insolvencia patrimonial del deudor.

Después de analizado el patrimonio podríamos relacionar al derecho concursal con el derecho patrimonial y dentro de él, aquel destinado a resolver las crisis de insolvencia patrimonial, también se le puede relacionar con el derecho procesal pero si bien el Derecho Concursal se ejecuta con herramientas y procesos, este no es solo eso. De ninguna manera

tampoco se lo puede relacionar solo con el derecho comercial ya que la legislación concursal comprende tanto la esfera civil como la comercial.

Al mencionar esto quiero expresar que el Derecho Concursal es una rama autónoma del derecho y que por su singularidad debe ser tratada incluso didácticamente de forma separada del resto, también desde el punto de vista legislativo la ley concursal es excepcional porque solamente es aplicable para el caso de insolvencia patrimonial, es imperativa pues sus reglas no pueden ser dejadas sin efecto y prevalece sobre los acuerdos privados, es sustancial y procesal, porque regula derechos de fondo y legisla el procedimiento.

Como lo narra el artículo 507 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, el concurso de acreedores se da en los casos de cesión de bienes, y de insolvencia sea por falta de dimisión de bienes por parte del deudor, cuando fuere compelido a señalarlos para el embargo, o por insuficiencia en dicha dimisión.

De darse el caso entre comerciantes matriculados, el juicio se llamará de quiebra, en el cual, aparte de las causales anteriores bastará la presentación de un auto de pago no satisfecho por parte del deudor, o, por cesación en el cumplimiento de sus obligaciones a tres o más personas distintas. La cesión de bienes presupone la insolvencia del deudor, pudiendo ser fortuita, culpable o fraudulenta.

La insolvencia en caso de no comerciantes y quiebra en caso de comerciantes matriculados se presume cuando requerido el deudor con el mandamiento de ejecución, no pague ni dimita bienes; cuando los bienes dimitidos sean litigiosos, o no estén poseídos por el deudor, cuando estén situados fuera de la República, o consistan en créditos no escritos, o contra personas de

insolvencia notoria; y, cuando los bienes dimitidos sean insuficientes para el pago, mediante el avalúo practicado en el mismo juicio, o según las posturas hechas al tiempo de la subasta.

Declarada a lugar la formación de concurso de acreedores o quiebra, en su caso, existen una serie de procedimientos tendientes a organizar el patrimonio del deudor y a hacer pública su insolvencia o quiebra para que sus acreedores puedan entrar en el concurso y recuperar sus derechos. Se ordenará la ocupación y depósito de los bienes, se hará saber al público a través de la prensa, se convocará a una junta de acreedores señalada por el juez; se ordenará la acumulación de pleitos seguidos contra el deudor, por obligaciones de dar o hacer, y el enjuiciamiento penal, para que se califique la insolvencia.

En los casos de indicios de culpabilidad o fraudulencia, el juez ordenará la detención del deudor y de igual forma aun que no se ordene la detención del deudor, éste no podrá ausentarse del territorio nacional sin permiso del juez.

Lo relevante de este análisis es hacer un seguimiento del tratamiento del patrimonio del deudor y comprender porqué este pierde soberanía sobre él. Los bienes concursados se entregan en depósito al síndico designado por el juez, mediante un inventario que es realizado por un acreedor, nombrado por el juez y por el deudor. Se deberá realizar un avalúo de los bienes que podrá ser a pedido del deudor mediante uno o dos peritos nombrados por el juez. En adelante el fallido queda en interdicción de administrar bienes, incluso los que adquiera en un futuro, en un cincuenta por ciento pasarán a la masa común repartible entre sus acreedores, quedando el otro cincuenta por ciento para sus gastos personales y de su familia, siendo capaz de administrar solo ese porcentaje familiar y personal. Después de que asistan los acreedores a la primera junta y dado a conocer el avalúo de los bienes y los documentos relacionados con

la calidad de la insolvencia, se dictaminará sobre si debe el síndico continuar o no los negocios del fallido; el juez regulará la cantidad necesaria para alimentos del insolvente y su familia.

Una vez decretada la formación del concurso, el juez ordenará al deudor que, dentro de ocho días, presente el balance de sus bienes y si vencido ese término, no lo hiciere, el juez mandará que el síndico o cualquiera de los acreedores realice y presente balance en el menor tiempo posible. Presentado el balance, o sin él cuando no fuere posible formarlo, el juez expedirá el auto correspondiente, y seguirá sustanciando el juicio.

Una vez declarado a lugar el auto de concurso de acreedores se procederá a la venta, por martillo, de los bienes muebles, y en remate público, como en el caso de ejecución, de los inmuebles. Si hubiere ofertas por la totalidad de los muebles, el juez puede autorizar que la venta por martillo se haga por la totalidad, oyendo al síndico y al fallido y siempre que la oferta sea mayor que el setenta y cinco por ciento del avalúo.

El deudor puede oponerse a la quiebra o concurso hasta dentro de tres días termino si paga la deuda o deudas, o dimitiendo bienes suficientes.

Capítulo IV

El patrimonio autónomo en el fideicomiso mercantil

IV.A. La definición de la Ley ecuatoriana

IV.B. El patrimonio como efecto de la celebración del contrato de Fideicomiso Mercantil

IV.C. Los bienes que conforman el patrimonio autónomo y del título de transferencia de dominio que conllevan

IV.D. Titularidad del patrimonio autónomo

IV.E. La Propiedad fiduciaria

IV.F. Representación y administración del patrimonio autónomo

IV.G. Contabilidad

IV.H. Tributación

IV.I. Protección especial (inembargabilidad)

Capítulo IV

El patrimonio autónomo en el fideicomiso mercantil

IV.A. La definición de la Ley ecuatoriana

El artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores define al patrimonio del fideicomiso mercantil enunciando que *“el patrimonio autónomo es el conjunto de derechos u obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico el 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”

De la definición se pueden destacar ciertos elementos importantes y relevantes vinculados con el patrimonio. El patrimonio autónomo del fideicomiso se constituye como efecto jurídico del contrato de fideicomiso, en virtud de los bienes que han sido transferidos por el constituyente, a favor del fiduciario, afectados a una finalidad.

El patrimonio autónomo es totalmente independiente del patrimonio de las partes, se separa del patrimonio del constituyente, está siendo administrado por el fiduciario y hasta que se

cumpla la condición o plazo tampoco es del beneficiario. A diferencia del encargo fiduciario para que se configure el patrimonio autónomo en el fideicomiso mercantil debe existir la transferencia de dominio de los bienes aportados por el o los constituyentes, como se ha analizado en capítulos anteriores esta transferencia no es onerosa ni gratuita, ya que la misma no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario y simplemente se da como medio necesario para que este último pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato. Al ser la transferencia a título del fideicomiso mercantil está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones, ya que no constituye hecho generador para el nacimiento de las obligaciones tributarias ni de impuestos indirectos previstos en las leyes que gravan las transferencias gratuitas y onerosas.

Del patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil de nuestra legislación y del análisis que se le puede dar en relación con el capítulo anterior, algunos autores con fundadas observaciones opinan que, el que llamamos patrimonio autónomo, en cierta forma se encuentra sobre estimado con esta particular denominación, ya que como veremos en latino América somos el único país que le otorga personalidad jurídica, pero de igual forma coinciden con las características más importantes, sobre todo las que hacen que el contrato tenga eficacia, protección y legitimidad.

En nuestra legislación, el fideicomiso mercantil es el mismo el titular de los bienes que integran el patrimonio autónomo, su administrador, el fiduciario, ejercerse la personería jurídica y la representación legal del fideicomiso mercantil. El fideicomiso mercantil ecuatoriano se caracteriza esencialmente porque los bienes del fideicomiso constituyen un patrimonio distinto a los del constituyente, fiduciario y beneficiario. El patrimonio autónomo está dotado de personalidad jurídica cuyo representante legal es el fiduciario, que es una administradora de fondos de fideicomisos, por lo que es necesario que cada fideicomiso tenga

su denominación y así evitar confusiones en la administración de cada uno de ellos, y sin perjuicio de esto, el fideicomiso es quien tiene en su patrimonio la plena propiedad, sin modificación pero si condicionada a una condición o plazo.

En el Ecuador desde 1993 a 1998 se aplicó la teoría del patrimonio en afectación, en cuanto a que la titularidad y dominio del patrimonio estaban en cabeza del fiduciario.

La teoría de patrimonio en afectación atribuida al francés Pierre LePauille, el cual definió al fideicomiso como *“una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derechos que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación”* (LePauille, s.f); al parecer, expresaría, que los bienes transferidos para constituir el fideicomiso constituyen parte del patrimonio del fiduciario, a mi parecer con ayuda de otras definiciones encontradas en defensa de la misma teoría, lo que se trata de decir es que si bien los bienes del fideicomiso constituyen un patrimonio afectado a una finalidad esto no significa que no exista quien tutele el cumplimiento de esa finalidad, que el fiduciario es su titular en cuanto es su responsabilidad hacer todo lo posible para que la finalidad se cumpla. La teoría expresa que el fiduciario podrá ser su titular, pero solo en virtud de administración, que la transferencia se dio con un propósito diferente a la enajenación o donación, la transferencia se dio específicamente para cumplir la finalidad instruida en el contrato, y que de antemano y por prohibición expresa de la Ley, nunca puede ser a favor de la fiduciaria.

Hildebrando Leal Pérez mantiene que *“existe la teoría de afectación en la que se afirma que la fiducia es una institución jurídica conformada por un patrimonio independiente de todo sujeto de derechos cuya unidad está constituida por una afectación que es libre dentro de los*

limites de las leyes vigentes y del orden público”, lo que ayuda a reconocer mejor que la teoría de patrimonio en afectación y patrimonio autónomo no se contradicen.

Como muestra podemos encontrar que tanto en ambas teorías, los bienes tienen que ser separados del resto del activo de la fiduciaria, la separación exigida en nuestra Ley, sobre todo contable, busca que los bienes constituidos en fideicomiso no se confundan con los propios del fiduciario ni con aquellos correspondientes a otros fideicomisos en cabeza de la entidad. En general corresponde a la forma en cómo los registros contables deben reflejar claramente la diferencia entre los bienes propios y aquellos que se tienen por cuenta de terceros.

Cuando LePauille, que en 1932 manejo el concepto de Patrimonio de Afectación dotado de personalidad jurídica, dejó mucho más claro el papel de administrador del fiduciario y la Legislación de Ecuador que se alinee completamente a esta teoría a partir de 1998.

IV.B. El patrimonio como efecto de la celebración del contrato de Fideicomiso Mercantil

Los bienes que se transfieren por la celebración del contrato de fideicomiso mercantil y que anteriormente eran parte del patrimonio del o de los constituyentes ahora forma el patrimonio autónomo, independiente y separado de los patrimonios del constituyente, fiduciario y beneficiario. Por el contrato de fideicomiso mercantil, el constituyente, transfiere la propiedad de determinados bienes al patrimonio autónomo, el patrimonio autónomo a partir del momento en que se perfecciona dicha transferencia se convierte en el titular de dichos bienes, debiendo ser el fiduciario quien ejercerá la personería jurídica y la representación legal del mismo.

Al señalar la Ley de Mercado de Valores, precisamente en el tercer inciso del artículo 109, que cada patrimonio autónomo o fideicomiso mercantil está dotado de personalidad jurídica se entiende que este patrimonio autónomo es diferente y está separado del patrimonio del constituyente y el de la fiduciaria, esta última ejercerá funciones de administradora de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato.

IV.C. Los bienes que conforman el patrimonio autónomo y del título de transferencia de dominio que conllevan.

El artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores determina que por el contrato de fideicomiso mercantil se pueden transferir al patrimonio autónomo, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales, que existen o se espera que existan.

El principal efecto de la celebración del contrato de fideicomiso mercantil, es la creación del patrimonio autónomo y de afectación, para el cumplimiento de la finalidad prevista por el constituyente en el contrato. Los bienes que forman el patrimonio autónomo están destinados, exclusivamente, a la consecución de la finalidad para la cual el fideicomiso fue creado, por esa razón, los bienes forman parte de un patrimonio afectado y puramente con este fin es que se le ha dotado al patrimonio autónomo de personalidad jurídica, y que la fiduciaria pueda contraer obligaciones y ejercer los derechos de los que es titular dicho patrimonio.

Aun que una gran parte de la doctrina no comparte la posibilidad de que pueda existir un patrimonio dueño y titular de sí mismo, Jorge Hugo Lescala en su obra “Práctica del Fideicomiso” (2003) manifiesta que la creación de un patrimonio independiente y desvinculado de los patrimonios particulares de las partes constituye el principal y original

efecto del instituto, lo que resulta esencial para el cumplimiento eficaz del contrato y de la gestión encomendada. De igual forma, Alicia Puerta de Chacón en su obra “El Dominio Fiduciario” remarca la importancia de tal mandato de la ley, diciendo que el aspecto verdaderamente innovador del contrato de fideicomiso tipificado es justamente que sobre los bienes fideicomitidos se constituye un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante.

Con lo cual, las características de los bienes que pueden conformar el fideicomiso y son transferibles a este título son: Todos aquellos bienes o derechos que estén en el comercio y no sean derechos estrictamente personales, que sean determinados o determinables en cuanto a su especie. Es necesario que existan para ser transferidos, que pueden llegar a existir o cuando lleguen a existir incrementen el fideicomiso. Que se pueda transferir parte o todo un patrimonio; pueden ser bienes muebles o inmuebles y dependiendo de esto se determinará la instrumentación del acto jurídico y en la transferencia de los mismos.

Por lo tanto, es preciso destacar que la regulación de la Ley de Mercado de Valores de 1998, introduce en la legislación ecuatoriana un nuevo título traslativo de dominio, esto es, el título de *fideicomiso mercantil*, distinto a los tradicionales contenidos en el Código Civil. La transferencia de dominio al patrimonio autónomo a título de fideicomiso mercantil y, el modo, operará mediante la tradición; ajustándose a la naturaleza de los bienes de cuya transferencia se trate.

El artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores claramente expresa que la transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita, la transferencia se da como medio necesario para que el fiduciario pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato. La transferencia que se hace de los bienes en el contrato de fideicomiso no se hace con un fin lucrativo para ninguna de las partes, por consiguiente, está

exenta del pago de los impuestos de alcabalas, registro e inscripción, incluso las transferencias de bienes muebles realizadas a título de fideicomiso mercantil están exentas del pago del impuesto al valor agregado y de otros impuestos indirectos.

Dentro del contrato de fideicomiso pueden producirse varias transferencias, voy a desarrollar diversos proyectos sobre la transmisión y retransmisión de la propiedad fiduciaria, envolviendo también aquellos proyectos de negocios que tiene que cumplir la fiduciaria dentro del marco de su gestión.

Transmisión de dominio de contribuyente a fideicomiso, técnicamente al mismo tiempo que se celebra el contrato de fideicomiso y cuando en dicha escritura se estipula transferir ciertos bienes, sean estos muebles, la transferencia se encuentra perfeccionada, y cuando sean inmuebles, pues bastará con la inscripción de la escritura en el respectivo registro. Esta transferencia que es la primordial del contrato se hace a título de fideicomiso mercantil, como se explico anteriormente no es ni onerosa ni gratuita y no pasa al patrimonio de la fiduciaria, sino que forma el patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil.

Cuando existe cambio de fiduciaria y la administración del fideicomiso debe pasar de la fiduciaria original a una fiduciaria sustituta sea por renuncia o destitución de la misma, por el contrario de lo que algunos tratadistas discuten no existe transferencia, ya que los bienes desde un inicio no eran transferidos a la fiduciaria, los bienes fueron transferidos al fideicomiso y la administradora de él era la fiduciaria, así que si cambia de fiduciaria cualquiera que sea la razón, solo se cambia una administración.

En la transferencia del fideicomiso al beneficiario se cumple la finalidad del contrato y se realiza la transferencia, mientras que en el primer supuesto se transmite el dominio fiduciario en este caso la transmisión es de dominio pleno, aquí el beneficiario es quien adquiere el bien

libre de todo gravamen sin que este afectado a ninguna condición ni plazo. Esta transferencia en el caso de bienes inmuebles 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, también están exentas 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 el beneficiario será el propio constituyente. Cuando se trate de bienes muebles estos también están exentos del pago del impuesto al valor agregado y de otros impuestos indirectos. Igual exención se aplicará en el caso de restitución al mismo constituyente.

Todos los actos que tenga que realizar la fiduciaria en administración y manejo del fideicomiso, toda celebración de contratos y si alguno de estos engloba transferencias, estas ya no serán a título de fideicomiso mercantil, aunque sean dirigidas a la realización del objetivo del fideicomiso, según su naturaleza tendrán su transmisión será a un diferente título. Cuando el patrimonio de afectación ya se ha formado en virtud del contrato de fideicomiso, perfeccionado por la transferencia a título de fideicomiso mercantil, la fiduciaria en desarrollo de su administración pueden encontrar necesario realizar diversas transferencias de propiedad, las que de acuerdo con su objeto serán plenas o fiduciarias.

En conclusión cuando la fiduciaria enajene muebles o inmuebles producto de su gestión, esas transmisiones de dominio generaran en cabeza del beneficiario comprador un dominio pleno y perfecto. Pero cuando se realizan transferencias, cuyo resultado será el desplazamiento de la propiedad fiduciaria en cabeza del nuevo encargado de gestionar el patrimonio de afectación, no ocurre transferencia de dominio y hasta que quede cumplida la función del fiduciario,

agotado el plazo, o cumplida la condición resolutoria, el fiduciario continuará con su última actividad encomendada y deberá retransmitir al constituyente los bienes que integran el patrimonio, si así se hubiere pactado o en su caso a los beneficiarios designados.

Las características de los bienes que pueden conformar el fideicomiso y son transferibles a este título son: Todos aquellos bienes o derechos que estén en el comercio y no sean derechos estrictamente personales, que sean determinados o determinables en cuanto a su especie. Es necesario que existan para ser transferidos, que pueden llegar a existir o cuando lleguen a existir incrementen el fideicomiso. Que se pueda transferir parte o todo un patrimonio; pueden ser bienes muebles o inmuebles y dependiendo de esto se determinará la instrumentación del acto jurídico y en la transferencia de los mismos.

IV.D. Titularidad del patrimonio autónomo

La titularidad legal del dominio del patrimonio autónomo está a nombre del fideicomiso mercantil.

El Fideicomiso Mercantil será el titular de los bienes que integran el patrimonio autónomo y su administrador será el fiduciario, quien ejercerá la personería jurídica y la representación legal del fideicomiso mercantil. La fiduciaria como representante deberá intervenir con todos los derechos y atribuciones que le correspondan al fideicomiso mercantil como sujeto procesal, tanto como demandado o demandante en toda clase de procesos, ante cualquier autoridad competente; sean trámites judiciales o administrativos.

La fiduciaria o administradora de fondos y fideicomisos está autorizada a realizar cualquier acto para la protección de los bienes que integran el patrimonio autónomo, puede exigir ante cualquier vía procesal el pago de los créditos en los que el titular sea acreedor, así como responder ante terceros sobre aquellos en los que el fideicomiso sea deudor; en la práctica, la

fiduciaria cumplirá todas estas funciones siempre y cuando conste en el contrato, y el constituyente o el beneficiario le entreguen la información y los recursos para cumplir dicho fin.

IV.E. La Propiedad fiduciaria

La propiedad fiduciaria implica un dominio especial, distinto al derecho de dominio o propiedad regulado en el Código Civil, por cuanto está sujeta a una condición o plazo, después de cumplida la condición o llegado el plazo esta propiedad está destinada a integrar un patrimonio diferente al del fideicomiso. Consecuentemente, es una propiedad temporal; la temporalidad en el derecho de dominio como lo conocemos del Código Civil es indefinido mientras que el derecho de dominio de los bienes que conforman el fideicomiso y que están a nombre de este le pertenece hasta que se cumpla la finalidad, desde el momento en que los derechos son transferidos del patrimonio del constituyente al patrimonio autónomo ya están destinados a ser eventualmente trasladados al patrimonio de un tercero o a ser restituidos al patrimonio del constituyente.

De igual manera la propiedad fiduciaria es un patrimonio afectado, y conlleva una limitación de dominio. El dominio en el Derecho Civil no está sujeto a condición o modo alguno, pero en el Derecho Fiduciario incluso su disponibilidad está limitada, ya que el uso que le de la fiduciaria debe estar dirigido al cumplimiento de la finalidad instruida por constituyente en el contrato, sin olvidar que esta no puede en ningún caso ser contraria al orden público e imposible de cumplir; en ambos casos se declarará la nulidad del contrato de fideicomiso. La propiedad fiduciaria es intransferible y en los casos de renuncia o sustitución de la fiduciaria lo que se transmite es la administración de esta, el dominio de la propiedad fiduciaria será del fideicomiso mercantil hasta la terminación o cumplimiento del contrato.

Dentro de las limitaciones de dominio como se expresa en el inciso primero del artículo setecientos cuarenta y siete del Código Civil, el dominio puede ser limitado por haber de pasar a otra persona, en virtud de una condición; hay que recordar que la condición es un requisito esencial del contrato de fideicomiso y en caso de que el constituyente no exprese la condición se entiende que esta es que el fideicomisario exista al momento de la restitución y salvo los casos expresados en el artículo 110 de la Ley de Mercado de Valores, como cuando los fideicomisos son constituidos con fines culturales o de investigación, altruistas o filantrópicos, o difusión de cultura, o de aliviar la situación de grupos vulnerables y si la condición resolutoria es la disolución de una persona jurídica; la duración del fideicomiso mercantil no podrá ser superior a ochenta años.

En todo fideicomiso se supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario o su sustituto a la época de la restitución, en los casos en los que la restitución penda de una condición esta no debe tardar más de quince años en cumplir, o se entenderá como fallida, con la única excepción de que de la muerte del fiduciario sea la condición restitutiva.

IV.F. Representación y administración del patrimonio autónomo

La administración y representación legal del fideicomiso está en manos de la Fiduciaria que en nuestra legislación es una compañía administradora de fondos y fideicomiso; claramente aparece que la representación legal del fideicomiso (como patrimonio autónomo) se confiere como una consecuencia de la facultad externa de la administración.

Dentro de las responsabilidades que deben cumplir cada una de las partes de este contrato, la ley de manera expresa señala que es obligación de la Administradoras de Fondos y Fideicomisos el manejo del negocio fiduciario que haya tomado a cargo, debiendo proporcionar los servicios administrativos que requiera cada fideicomiso en función de su finalidad.

Por otra parte, se establece en el artículo 102 de la Ley de Mercado de Valores la función de administración y se señala claramente que deberá ser manejada con interés ajeno, pareciera no ser tan relevante, pero este principio es uno de los más importantes y singulares del fideicomiso. El tratamiento del fideicomiso por parte de la fiduciaria con interés ajeno dota de imparcialidad, y esta es una respuesta ética necesaria para la transferencia de los activos por parte del constituyente al fideicomiso que será administrado por la fiduciaria, garantiza el cumplimiento de las finalidades y confiere confiabilidad a las partes. De este principio también se depende la obligación de la fiduciaria de prevenir y evitar los aludidos conflictos de interés, honestidad, claridad, igualdad entre las partes.

Como se ha mencionado la responsabilidad del fiduciario como administrador y representante legal del fideicomiso es de índole contractual, en virtud del contrato de constitución que celebró con el constituyente. Es precisamente en el contrato de constitución de fideicomiso en donde adquiere la responsabilidad de ser el representante y en caso de no cumplir responsablemente con esta función, está faltando no solo su profesionalismo y diligencia exigida por la ley, sino además a lo establecido en el contrato frente al constituyente, beneficiario, y terceros que puedan sentirse afectados.

Siendo la fiduciaria la representante y administradora del patrimonio autónomo es importante recalcar que su función no es de resultados sino de medios, es decir, que a través del contrato de fideicomiso la fiduciaria se compromete a realizar los actos instruidos por el constituyente, en procura de los intereses del propio fideicomiso de acuerdo a la finalidad instaurada en el Contrato, mas no se compromete, ni puede garantizar el alcanzar efectivamente el resultado esperado del contrato. Ahora, es propio de la naturaleza de este contrato que los actos de la fiduciaria sean diligentes y profesionales a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente; sus actos se desarrollaran con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan.

En el artículo 109 de la Ley de mercado de Valores, en el inciso tercero, se especifica: “*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*”; por otro lado, dentro del artículo 120 cuando se habla sobre el contenido básico del contrato y específicamente de las cláusulas que no se pueden estipular, se anota que se encuentra prohibido establecer acuerdos que disminuyan las obligaciones legales impuestas al fiduciario o viceversa, exólicamente se refiere a cualquier facultad que le puede exonerar de responsabilidad, o apartarse de la gestión encomendada por el constituyente en el contrato, sin que se exprese los motivos y fundamentos para hacerlo; por ejemplo, a pesar de que la fiduciaria es la representante legal, tiene prohibido tomar decisiones como la de dar por terminado el contrato anticipadamente. También se encuentran Resoluciones del Consejo Nacional que establecen prohibiciones generales para las fiduciarias; según la calidad de la fiduciaria respecto del fideicomiso esta deberá abstenerse de realizar cualquier acto, operación o negocio que la coloque en situación de conflicto de interés con respecto al

constituyente o al beneficiario, para el efecto serán situaciones de conflicto de interés aquellas que menoscaben la autonomía, la independencia y la transparencia de la fiduciaria en la administración encomendada. Como se ha mencionado antes la fiduciaria no puede ser beneficiaria del fideicomiso y en el agregado por el Artículo Primero de la Res. CNV-006-2002, R.O. 595, 12-VI-2002 la fiduciaria, sus administradores, representantes legales, compañías o corporaciones o sus empresas vinculadas en general, no podrán ser designados beneficiarios principales o sustitutos de los fideicomisos mercantiles, ni por el contrato de constitución, ni en virtud de una cesión de derechos de beneficiario a su favor y en general por ningún medio que los ponga que lo nombre beneficiario.

Las responsabilidades que tenga cada fiduciaria en relación con cada fideicomiso variaran, ya que las administradoras de fondos de fideicomisos como profesionales en la prestación de este servicio deberán tratar con exclusividad y dependiendo de los intereses y objetivos a cada patrimonio autónomo, las clausulas en cada contrato de fideicomiso varían y el contrato como se ha dicho antes es ley para las partes.

Las administradoras de fondos de fideicomiso también pueden incurrir en infracciones administrativas, sin perjuicio de las responsabilidades penales por sus acciones u omisiones en la operación de sus responsabilidades. Sobre ningún motivo sus actos pueden ser realizados para obtener beneficios propios, sean directos o indirectos, sea de sus directores o administradores, como de sus personas relacionadas o empresas vinculadas.

IV.G. Contabilidad

Si bien el fiduciario no es titular del patrimonio autónomo, dentro de sus responsabilidades específicas como administrador del fideicomiso se desprende la obligatoriedad contable que tiene con él. La fiduciaria registrará por separado cada fideicomiso y dentro de la contabilización de su propio patrimonio deberá constar los beneficios que reciba de este, como comisiones y honorarios.

Como se ha analizado en capítulos anteriores la fiduciaria tiene la obligación de presentar informes contables periódicos a la Superintendencia de Compañías, estos informes tienen requerimientos obligatorios, no solo de temporalidad sino también de contenido, evidentemente tienen que ser expuestos en forma tal que se siga los lineamientos de un estado contable.

La responsabilidad de rendir informes contables sustentados, no solo es ante la Superintendencia de Compañías, es también una obligación frente al constituyente a través de los que se denomina Rendición de Cuentas en los plazos que se hayan acordado en el contrato, pero conforme a la Ley como mínimo deberán ser anuales.

Dentro de la contabilidad de cada parte deberán efectuarse los debidos registros, como ser en el caso del constituyente desde un principio deberá contar la transferencia de dominio de los bienes que se aportan al fideicomiso, la contraprestación relacionada con dicha transmisión fiduciaria.

De los registros de la fiduciaria son obligatorios los resultados devengados por su gestión como honorarios y comisiones, y a su vez como la fiduciaria es responsable de los registros

del fideicomiso está también se encargará de llevar por separado a cargo de cada fideicomiso la recepción de los bienes fideicomitados, las distintas operaciones autorizadas en el contrato de fideicomiso, la liquidación del fideicomiso cuando sea el caso, transmisión de los bienes fideicomitados a otro fiduciario, si es aplicable, etc.

Los bienes fideicomitados se registrarán en la contabilidad del fideicomiso con el valor previstos en el contrato correspondiente, su avalúo, o, en su defecto, según los criterios previstos en las normas contables profesionales vigentes para cada tipo de activo.

De los registros del beneficiario o fideicomisario se deberán tomar en cuenta principalmente la recepción de los beneficios estipulados en el contrato de fideicomiso.

IV.H. Tributación

Dentro del artículo 135 de la Ley de Mercado de valores se determina que la responsabilidad tributaria sobre el fideicomiso mercantil recae sobre su administrador y representante legal que es la Administradora de Fondos y de Fideicomisos, esta es responsable solidaria por el incumplimiento de deberes formales que tiene como agente de retención y percepción del fideicomiso mercantil. El representante legal del fideicomiso administrará contable y tributariamente el fideicomiso y se regirá por las normas generales del Código Tributario.

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 virtud de que la transferencia a título de fideicomiso no es onerosa ni gratuita, está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones, ya que no constituye hecho generador para el nacimiento de las obligaciones tributarias, ni de impuestos indirectos, ni tampoco de impuestos de utilidades, alcabalas, etc. Las transferencias de dominio de bienes muebles también están exentas de pago de impuestos, tales como Impuesto al Valor Agregado, y otros impuestos indirectos.

Cuando existe la restitución de los bienes al constituyente, ya sea porque así se pactó en el contrato o a falta de cumplimiento de la condición prevista, caso fortuito o fuerza mayor, las exenciones anteriormente establecidas también están a lugar.

Todas aquellas transferencias gratuitas u onerosas que haga la fiduciaria a favor de los beneficios del fideicomiso en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que las disposiciones generales previstas en las leyes así lo determinen estarán gravadas, excepto la transferencia por restitución al propio constituyente o al beneficiario final.

IV.I. Protección especial (inembargabilidad)

En el Capítulo primero sobre las cuestiones procesales, específicamente en el artículo 121, de la Ley de Mercado de Valores se trata sobre la inembargabilidad de los bienes que forma el fideicomiso mercantil. Los bienes que conforman el patrimonio autónomo no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores de ninguna de las partes del contrato, es decir ni los acreedores del constituyente, fiduciario y

solo pacto en contrario por los del beneficiario. Los acreedores del beneficiario pueden perseguir los derechos y beneficios que éste tenga en el fideicomiso mercantil.

Los bienes del fideicomiso únicamente respaldan las obligaciones contraídas por el fideicomiso mercantil para el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato. En consecuencia podrán ser embargados y objeto de medidas precautelatorias o preventivas únicamente por parte de los acreedores del fideicomiso mercantil. Esta característica de inembargabilidad se debe a que el patrimonio autónomo es un patrimonio diferente al del patrimonio del constituyente del fideicomiso, al patrimonio de la fiduciaria, aunque sea esta quien lo administre y obviamente está sujeto a una condición hasta que llegue a ser parte del patrimonio del beneficiario, a modo explicativo se puede decir q el patrimonio autónomo constituye una persona diferente con su propio patrimonio y sus propios intereses. La inembargabilidad del patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil es fruto de la personalidad jurídica propia que le otorga la legislación ecuatoriana al fideicomiso.

Cuando se celebra un fideicomiso con la velada intención de perjudicar a los acreedores del constituyente y tal fraude se comprobara, no solamente que los bienes que conforman el patrimonio autónomo responden ante estas obligaciones, el contrato en si puede anularse y tendrían lugar incluso acciones penales. Como se mencionó anteriormente pueden haber varios tipos de fraude, incluso la posibilidad de que la fiduciaria en conocimiento de que el constituyente con intenciones de perjudicar a terceros pretenda celebrar el contrato de fideicomiso; en todos los casos con o sin complicidad y conocimiento de la fiduciaria y hasta del beneficiario, los terceros perjudicados deben demostrar la intención dolosa de los involucrados y se tomaran las medidas expuestas en el artículo 123 de la Ley de Mercado de Valores.

Capítulo V

Derecho comparado naturaleza del patrimonio autónomo en países de América Latina.

V.A. México

V.B. Argentina

V.C. Colombia

V.D. Panamá

Capítulo V

Derecho comparado naturaleza del patrimonio autónomo en países de América Latina.

En América Latina las distintas legislaciones de cada país han determinado diferentes naturalezas jurídicas para el fideicomiso, principalmente en lo que respecta a la naturaleza del patrimonio autónomo; dentro de las principales corrientes adoptadas respecto al patrimonio están:

- Patrimonio autónomo;
- Patrimonio de afectación;
- Patrimonio separado o especial; y,
- Patrimonio con personalidad jurídica.

V.A. México

La legislación mexicana, en lo que ha derecho comercial se refiere, tiene gran influencia norteamericana y por ende inglesa, en lo que respecta al fideicomiso mercantil en si se puede notar claramente que tiene gran aporte e inspiración anglosajona, básicamente en el “Trust”; a la vez México ha ejercido también una notable influencia en los países de la región central del continente.

Históricamente el Trust aparece en México tras la necesidad de emplearlo como herramienta de crédito ante la deuda pública en 1905. Según el profesor mexicano Villagorda Lozano, México tuvo la necesidad de emplear dicha institución en los arreglos de la deuda pública

mexicana, especialmente en la construcción de Ferrocarriles nacionales, sin que previamente exista legislación positiva sobre esta en el país.

En México existen varios antecedentes sobre el fideicomiso, se conocen proyectos de Leyes tales como el trabajado por el profesor Jorge Vera Estañol en 1905, pero que no se llegó a aprobar; después en 1924 de Enrique Creel, también fallido en su intento de aprobación, y, un nuevo proyecto de Vera Estañol en 1926.

Es en 1926 que se expide la primera ley de fideicomiso mexicana, pero ya en 1924 la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios había recogido expresamente la existencia de los “bancos de fideicomiso” que sirven al público en la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios.

El concepto básico del fideicomiso en función de sus elementos, se reconoce cuando se expiden la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, publicada en el diario oficial del 29 de noviembre de 1926, la misma que remplazó a la Ley de Bancos de Fideicomiso que tuvo una vigencia de cuatro meses, y la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios que duró apenas seis años. Le sigue la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOPC), publicada en el diario oficial de 27 de agosto de 1932, de la cual a decir algunos tratadistas como Carlos Felipe Cavalos Mejía se desprende su contenido y características contractuales.

En que lo se refiere a la naturaleza del fideicomiso la jurisprudencia mexicana sostiene que los bienes del contrato de fideicomiso se encuentran destinados a cumplir la finalidad del negocio, que la defensa del fideicomiso y los bienes que lo constituyen, el cumplimiento de la finalidad y la representación del fideicomiso está a cargo de la fiduciaria. El Artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sostiene que la celebración de un

contrato de fideicomiso no da lugar a la presencia de una empresa o personal moral ya que el fideicomiso es un contrato y como tal no puede ser considerado como una persona jurídica colectiva, claramente manifiesta que en representación del patrimonio en afectación que se crea en virtud del contrato la representación estará a cargo de la fiduciaria. Recordemos que en algunas legislaciones se considera patrimonio del fideicomiso como patrimonio en afectación ya que los diversos elementos del patrimonio están ligados a un vínculo que los unifica, este vínculo o fin es su común afectación y según los autores de esta corriente, esa afectación común basta para mantener unidos los diversos elementos del patrimonio, sin ser necesaria vinculación de éstos a la existencia de una persona.

En relación a la transferencia de la propiedad de los bienes al fideicomiso, para que un fideicomiso exista debe realizarse la transmisión de los bienes. Es decir, los bienes deben salir del patrimonio del constituyente para ingresar al patrimonio de afectación creado. Cabe remarcar que en México, a si como en muchos de los países de América Central y América del Sur, la existencia de un titular sobre el mismo derecho real trae aparejada la exclusión de cualquier otro. En el patrimonio en afectación los bienes que se den en fideicomiso están afectados al fin que persigue el contrato por esta razón solo se podrán ejercer respecto de ellos los derechos y acciones que persigan tal objetivo, siendo parte de estos los que deriven de la administración del fiduciario.

La jurisprudencia Mexicana ha sostenido de manera profundamente clara que *“el fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se la concede a la institución fiduciaria, para realización de un fin determinado, pero al expresarse como un patrimonio fiduciario autónomo, con ello se señala particularmente que es diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el fideicomiso, ósea es distinto a los patrimonios del fideicomitente, del*

fiduciario y del fideicomisario. Es un patrimonio autónomo afectado a un cierto fin, bajo la titularidad y ejecución del fiduciario, que se halla provisto de todos los derechos y acciones conducentes al cumplimiento del fideicomiso, naturalmente de acuerdo con las reglas constitutivas y normativas. Los bienes entregados en fideicomiso salen, por tanto del patrimonio del fideicomitente, para quedar como patrimonio autónomo o separado de afectación, bajo la titularidad del fiduciario, en la medida necesaria para la cumplimentación de los fines de la susodicha afectación, fines de acuerdo con los cuales (y de conformidad con lo pactado) podrá presentarse dicho titular a juicio como actor o demandado, así como vender, alquilar, ceder, etc.” (Nicolas Malumian, Adrian G Diplotti, Pablo Gutiérrez, 2001)

El tratamiento del patrimonio dentro del contrato de fideicomiso en este país es bastante debatido, lo cierto es que la forma en que prácticamente se lo maneja es como un grupo de bienes sometido a una dirección y desarrollo contractualmente fijados, que se convierte en una universalidad independiente, entendiéndose por estos como los bienes transferidos para cumplir la finalidad instituida por el fideicomitente a través del fiduciario, sujeto a reglas especiales.

V.B. Argentina

Argentina es otro país con antecedentes de fideicomiso bastante tempranos, es el artículo 2662 del Código Civil y otras figuras legales particulares como la Ley 24.441, 14.965 y 14.501 siendo las últimas tres las que permitieron utilizar el fideicomiso para la liquidación de la ex corporación de transportes de la ciudad de Buenos Aires en 1958. También se puede mencionar la Ley de Entidades Financieras 18.061, modificada por la Ley 20.574 previa la posibilidad de que los bancos de inversión y las compañías financieras actúen como

“fideicomisarias” a lo que seguramente habiendo un error terminológico se querían referir a las fiduciarias. Todas estas anteriores dieron origen a la Ley 24.441, la que según varios autores argentinos tiene varias fuentes como trust anglosajón, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito LGTOC Mexicana, el Código de Comercio de Colombia, la Ley de Panamá y el Código Civil de Quebec.

Entre los antecedentes legislativos del fideicomiso también existe como referencia la Ley 19.950 de Sociedades Comerciales, en donde se confundió la figura del fideicomiso con una especie de mandato, aplicable en los procesos de emisión de debentures y la Ley 23.696 y su Decreto 584/ 93 plantearon al fideicomiso como el medio para instrumentar programas de propiedad participativa en empresas privatizadas.

Los responsables de algunos de los proyectos de ley que se presentaron en Argentina, hasta llegar a la Ley actual, están según lo cita Silvio Lisoprawski (1996) fueron: el Dr. Guillermo Michaelson por los años 1967 y 1969, el anteproyecto del senador Velasquez en 1984, y anteproyectos de notarios de Tucumán el Dr. López de Zavalía en el año 1986.

Actualmente en el artículo 2662 del Código Civil Argentino se define al dominio fiduciario como “ el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento y que está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”, en el artículo 11 de la ley 24.441 que trata sobre los bienes fideicomitidos, y establece que existe una propiedad fiduciaria regida por lo expuesto en el título VII del libro III del Código Civil, siendo el fiduciario su dueño pero de un patrimonio separado, en concordancia con el artículo 14 de la misma ley en cuestión.

V.C. Colombia

Al igual que México en centro América, Colombia por su parte ha influido notablemente en la legislación sobre derecho fiduciario en América del sur, no tan temprano como México pero sí bastante más pronto que en Ecuador. Los antecedentes del fideicomiso en la legislación colombiana se encuentran desde 1923, a raíz de la expedición de la Ley 45 que preveía las sesiones de mandato o fiducia.

Actualmente la fiducia como se la denomina en este país se encuentra legislada en el título XI de su código de comercio que data desde 1972 y al igual que en nuestro país es catalogada como “negocio fiduciario”, junto con la figura del encargo fiduciario, en su capítulo primero de la circular básica jurídica de la Superintendencia Bancaria de Colombia se define a los negocios fiduciarios, indicando que por los mismo se debe entender a aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, el primero transfiere o no la propiedad de los bienes al segundo con el propósito de que este cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea del fideicomitente o de un tercero. Señala que si hay transferencia de la propiedad de los bienes la fiducia será mercantil y cuando no sea de tal forma estaremos frente a un encargo fiduciario. El fideicomiso mercantil se regula en el artículo 1226 y siguientes del código de comercio colombiano, el encargo fiduciario se encuentra apoyado con las normas relativas al mandato.

Para los colombianos los bienes que conforman el patrimonio autónomo forman un patrimonio afectado a la finalidad contemplada en el acto constitutivo, que es el contrato de fideicomiso, y en concordancia con las Leyes ecuatorianas se dispone en el Artículo 1227 de su código de comercio, que los bienes objeto de fiducia no forman parte de la garantía general de acreedores del fiduciario y solo garantizan el cumplimiento de la finalidad perseguida,

igualmente los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de otros negocios fiduciarios que este administre.

De un análisis sobre la legislación Colombiana se puede destacar que existe una mezcla de tendencias en cuanto al tratamiento del patrimonio del fideicomiso y aunque originalmente la separación patrimonial era la señalada por los colombianos, en la práctica se demuestra como un patrimonio separado de los activos del fiduciario, pero a la vez de afectación y autónomo.

La Corte Constitucional de Colombia sostuvo que los dos elementos característicos de la fiducia colombiana son en primer lugar que verdaderamente existe una transferencia de dominio sobre los bienes fideicomisitos y mientras no se efectúe esta transferencia no existe fideicomiso mercantil, ya que tanto esta como la constitución de un patrimonio autónomo son dos elementos sin los cuales el contrato no podría existir.

La segunda característica es que al fideicomiso lo califican de orden personal, en el cual los fines planteados por el constituyente para la administración de los bienes por parte del fiduciario, se enmarcan dentro de la figura de confianza que como recordaremos se presenta tanto en el derecho romano como en el anglosajón. Claro está que en Colombia como en Ecuador las fiduciarias son sociedades autorizadas por la Superintendencia Bancaria, pero no hay que olvidar las mismas fueron acreditadas como tales gracias a sus capacidades o su experiencia de las cuales se beneficiará el constituyente o un tercero beneficiario.

“...se puede concluir que en Colombia, como en la mayoría de las jurisdicciones, el fideicomiso involucra tanto un aspecto real relativo a la transmisión de un bien, como un aspecto personal vinculado a las obligaciones por el fiduciario a favor del beneficiario” (Nicolas Malumian, Adrian G Diplotti, Pablo Gutiérrez, 2001).

V.D. Panamá

Panamá es el segundo país en haber adoptado una ley de fideicomiso, después de México, Ricardo Alfaro en 1925 preparó el proyecto y posteriormente en 1928 la institución sería acogida también por Puerto Rico; pero no es sino hasta el 5 de enero de 1984 que Panamá promulga la Ley No.1 en la Gaceta Oficial No. 19.971.

Dentro de la legislación panameña no podría deducir claramente como se concibe al patrimonio del fideicomiso, de algunos textos se puede entender al mismo como un patrimonio afectado a un fin, pero también lo mira como un patrimonio separado.

Se entiende como patrimonio afectado a un fin cuando expresa que el patrimonio quedará sujeto a los fines del fideicomiso y a las condiciones y las obligaciones que se impongan en el contrato y como patrimonio separado cuando dispone que los bienes del fideicomiso constituirán un patrimonio separado de los bienes personales de los de las partes.

El fideicomiso en Panamá tiene la peculiaridad de servir también como vehículo de negocios “*offshore*” Tejada Mota (1997) expresa que en el caso de su país Panamá, la legislación comercial, incluida en esta a la fiducia, tiene una visión doble y mira globalmente desde una perspectiva nacional e internacional, sus normas se adecúan con las del resto del mundo. Es importante recalcar que el citado autor en su obra Adaptación del Trust y de las Fundaciones de Interés Privado en Panamá para servicio de Latinoamérica, afirma que la legislación panameña actual reconoce la existencia del trust en términos en principio iguales a los de los países de common law. De esta misma obra prácticamente se da a entender que la figura del fideicomiso se ve acompañada por la de la fundación de interés privado, al contrario de la fundación del interés público y bien común de la mayoría de las jurisdicciones de Latinoamérica. Este País reconoce fundaciones de interés privado a favor de sujetos

determinados. Como se puede apreciar de la Ley 25 del 12 de junio de 1995, que se baso en la legislación de Liechtenstein en la materia.

Capítulo VI

Conclusiones

VI.A. Conclusiones Generales

VI.B. Conclusiones Específicas

Capítulo VI

Conclusiones

VI.A. Conclusiones Generales

El desarrollo de esta tesis, más allá de la recopilación bibliográfica, la minuciosa investigación y su respectivo análisis desde variados puntos de vista, ha traído consigo una conclusión que ha superado mis expectativas, he comprobado a través del estudio del contrato de fideicomiso como la función del derecho se cumple cabalmente. Puede parecer, pero no debería tomarse como coincidencia que todo el avance que ha tenido esta figura en el transcurso del tiempo, desde la forma y las circunstancias de su nacimiento hasta lo que es hoy en día en el mundo y es nuestro país ha sido para servicio de la sociedad. El fideicomiso es un contrato que nació como herramienta para que las personas puedan disponer libremente del patrimonio, adquirió formas incluso comerciales como el Pactum fiduciae o fiducia y se perfeccionó según las tradiciones y necesidades jurídicas de cada región. Las características que tiene el patrimonio en el contratado de fideicomiso, aunque no sean las mismas en todas las legislaciones, son las que le dan al contrato diferenciación, singularidad y me atrevo a decir hasta genialidad; sea tratado como un patrimonio en afectación, patrimonio especial o separado, patrimonio autónomo o con personalidad jurídica, siempre el patrimonio del fideicomiso mercantil está protegido, y, combinada esa protección especial con la autonomía de la voluntad de las partes, el contrato es un instrumento magnifico para conseguir los fines anhelados.

Muchos de nosotros aceptamos los supuestos y ficciones jurídicas que la ley nos presenta, sin darle mayor análisis y critica, en el caso del patrimonio del fideicomiso que en nuestro país es

autónomo y con personalidad jurídica propia, el estudio que se le puede dar es muy extenso, desde diferentes concepciones filosóficas, sociales y legales. Preguntas como desde cuando se le puede otorgar personalidad a algo que no sea una persona, o cómo puede el patrimonio pertenecer a si mismo sin que su titular sea una persona? Estando comprendidas las teorías del patrimonio expuestas en el presente documento, estas como muchas otras respuestas se han aclarado, considerándose la llamada teoría objetiva o económica del patrimonio, la cual reconoce al patrimonio una individualidad jurídica propia siempre que los bienes que lo conformen estén afectados a un fin determinado, reconocido por la ley y jurídicamente protegido; solo así se explica la existencia legal de los llamados patrimonios potenciales y los denominados autónomos.

La noción de los patrimonios autónomos como la defiende la teoría objetiva del patrimonio tiene una importancia indudable y necesaria en el derecho moderno, solo a través de ella se pueden sustentar y explicar ciertas situaciones jurídicas en las cuales la teoría tradicional tropieza con algunas dificultades.

Al referirse al fideicomiso mercantil, sin duda nuestra legislación se inclinó hacia la teoría objetiva del patrimonio, puesto que considera a los bienes recibidos en fideicomiso como un patrimonio autónomo destinado esencialmente a la búsqueda de una finalidad, en términos que no pueda confundirse con los bienes de la fiduciaria ni con los de otros patrimonios autónomos que esta administre. Si bien para variados juristas la denominación de patrimonio autónomo es imprecisa la parte medular y apreciable de este contrato no es su denominación aunque esta traiga consigo un impacto académico importante; son sus características las que lo hacen distinto del patrimonio común por así decirlo, las que aplicadas de una manera positiva hacen del contrato un mecanismo eficaz para la realización de todo tipo de actos o negocios jurídicos, pero podría ser utilizado de una manera indebida para efectuar

actividades no permitidas por la Ley o para que a través del mismo se quebranten las normas existentes, por lo que a manera de recomendación y siendo oportuno en este momento de conclusiones finales, sugiero deberían existir regulaciones con una concepción moderna, con normas claras que expongan de forma coherente y unificada las limitaciones del Fideicomiso Mercantil para evitar eventuales abusos y la deformación de esta figura.

Como última reflexión es necesario destacar el ingenio de todos aquellos juristas que han aportado en la formación de este contrato, pues su labor de brindar soluciones efectivas y eficaces ante las circunstancias cambiantes del mundo comercial ha sido y esperamos que siga siendo positiva.

VI.B. Conclusiones Específicas

1. El fideicomiso tiene orígenes muy remotos, lo que ha convenido a su formación y estructuración correcta y coherente.
2. La originalidad y eficacia del contrato de fideicomiso Mercantil se da gracias a las características de su patrimonio autónomo, si este no estuviera revestido de todas las protecciones especiales que lo recubren, el contrato no resultara tan especial y firme.
3. El patrimonio autónomo del Fideicomiso Mercantil Ecuatoriano se fundamenta en la Teoría Objetiva del Patrimonio, la cual sostiene que la común afectación de los bienes a un fin basta para mantener unidos los diversos elementos del patrimonio, sin ser necesaria vinculación de éstos a la existencia de una persona.
4. En los países latinoamericanos por tener distintas legislaciones la naturaleza jurídica del fideicomiso mercantil, y más en particular la del patrimonio autónomo son

variadas, pero ello no representa un cambio sustancial en el contrato, ya que de una forma u otro cada legislación se ha adaptado a una corriente o teoría en la que puedan regular el desarrollo sustentable de esta figura tan productiva para la sociedad.

5. En el ejercicio regular del derecho debería aplicarse con mayor frecuencia al contrato de fideicomiso mercantil; su flexibilidad, firmeza e imparcialidad para las partes hace de él una herramienta idónea para varios propósitos de la sociedad.

Bibliografía

Código Civil Ecuatoriano

Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano

Ley General de Operaciones de Crédito, Registro Oficial No. 133 (19 de diciembre de 1963).

A.A, (2008). Paraísos Fiscales Inf. Recuperado el 18 de Abril de 2012, de <http://www.paraisos-fiscales.info/trust>.

A.A, (2008). Paraísos Fiscales Inf. Recuperado el 18 de Abril de 2012, de <http://www.paraisos-fiscales.info/fideicomiso.html>

A.A, (02 de Abril de 2008). Revista Judicial. derechoecuador.com, Recuperado el 4 de Abril de 2012, de http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=418
1

A.A, Enciclopedia Jurídica, Recuperado el 13 de Abril de 2012, de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/persona-personalidad/persona-personalidad.htm>

A.A, Jardín de las Sonrisas, Recuperado el 23 de Abril de 2012, de <http://www.xtec.es/~lvallmaj/jardi/individ2.htm>

Austin Wakeman Scott, The Law of Trusts, Little Brown and Company, Boston, 1939.

Álvarez, A. M. (1991). Canal Social Montané Comunicación S.L. Retrieved 2012 йил 24-Julio from Enciclopedia Ger:
http://www.canalsocial.net/ger/ficha_GER.asp?id=5129&cat=derecho

Apat, J. M. (Agosto de 2002). Las Tesinas de Belgrano. (A. Maciel, Ed.) Recuperado el 10 de Agosto de 2012, de http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/61_apat.pdf

Azuero, S. R. (1997). La Responsabilidad del Fiduciario. Medellín , Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.

Azuero, S. R. (2005). Negocios Fiduciarios (Primeraa ed.). Colombia: Legis.

Batiza, R. (1954). Tres Estudios sobre el Fideicomiso. Mexico D.F., Mexico: Imprenta universitaria.

Biblioteca jurídica Unam. (s.f de s.f de s.f). El Elemento Contractual en la Relación Fiduciaria. Recuperado el 05 de Marzo de 2012, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/800/4.pdf>

Cases and material of the Law of trust, pag 2

Costa, J. C. (s.f de s.f de s.f). Fideicomiso Sucesorio. Recuperado el 03 de Marzo de 2012, de <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Fideicomisos-Dr.%20Costa.doc.pdf>

El Elemento Contractual en la Relación Fiduciaria. (s.f de s.f de s.f). Recuperado el 05 de Marzo de 2012, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/800/4.pdf>

Escalante, K. C. (s,f de s.f de 2007). Las Responsabilidades de las Administradoras de Fondos y Fideicomisos y de sus Administradores en la Normativa vigente en Ecuador. Tesis de Programa de Maestría en Derecho Financiero Bursátil y Seguros 2007 , 17. Quito, Pichincha, Ecuador: s.e.

Figuroa Yáñez Gonzalo , (1994), EBOOKS, Recuperado el 21 de Abril de 2012,de <http://books.google.com.ec/books?id=2RHUVweUNNgC&pg=PA319&lpg=PA319&>

[dq=Messineo+patrimonio&source=bl&ots=myi7qOoSDf&sig=wwxuvpaT1GhpWins
BvX_1II-
3EA&hl=es&sa=X&ei=Vr_tT_v6Io6y8ATPpdChDQ&redir_esc=y#v=onepage&q=M
essineo%20patrimonio&f=false](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/55/art/art2.pdf)

García Arrufat Enrique, Cuestiones procesales en el Derecho Concursal, Madrid 2010

Gómez De La Torre Reyes Diego, El Fideicomiso Mercantil, Ecuador, Albazul Offset, 1998.

Hayzus, J. R. (2001). Fideicomiso. Buenos Aires, Argentina: Atrea.

LePauille, P. (s.f de s.f de s.f). jurídicas . Recuperado el 27 de Abril de 2012, de
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/55/art/art2.pdf>

Lescala Jorge Hugo, Práctica del Fideicomiso, (2003), Recuperado el 17 de Abril de 2012, de
<http://eprints.ucm.es/10234/1/T31396.pdf>

Lisoprawski, Silvio V; Fideicomiso Financiero y fondos fiduciarios de capitalización
bancaria. Desarrollo Provincial, LL, 1996-A-1061

Lisoprawski, S. V. (2004). Tratado de Fideicomiso. Buenos Aires, Argentina:
Encuadernación Latinoamérica S.R.L.

Manrique N, Carlos (2012), Buenas tareas, Recuperado del 5 de Mayo de 2012, de
[http://www.buenastareas.com/ensayos/Patrimonio-De-La-Fiducia-
Mercantil/4434484.html](http://www.buenastareas.com/ensayos/Patrimonio-De-La-Fiducia-Mercantil/4434484.html)

Martínez, J. A. (s.f). Jurídicas Unam. Recuperado el 06 de 08 de 2012, de
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/podium/cont/32/pr/pr32.pdf>

Mellardo Francisco de P, EBOOK, Enciclopedia moderna, 26: Diccionario universal de literatura, ciencias, artes, agricultura y comercio, Recuperado el 20 de Febrero de 2012, de http://books.google.es/books?id=scwQObpVfcYC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

M.F., Supercias, Recuperado el 4 de Myo de 2012, de http://www.supercias.gov.ec/Documentacion/Mercado%20Valores/Marco%20Legal/Doctrinas/doctrina_iv.pdf

Nicolas Malumian, Adrian G Diplotti, Pablo Gutiérrez. (2001). Fideicomiso y Securitización Análisis Legal, Fiscal y Contable. Buenos Aires: Tucuman.

Piñaglia Villalón y Gavira Juan Ignacio (2001), Recuperado el 19 de Febrero de 2012 de http://books.google.com.ec/books?id=eVAVDwI2ZngC&pg=PA28&dq=Betti+patrimonio&hl=es&sa=X&ei=aMHtT-voOeuA6QHOL_ybCg&ved=0CDcQ6wEwAA#v=onepage&q=Betti%20patrimonio&f=false

Pollock Sir Frederick, Principles of contract, Methuen & Co. Ltd; third edition. Londres 1922.

Restatements of Law, pag 2

Revista General de la Legislacion y Jurisprudencia. (1899). Ebook. (J. Sarda, Ed.) Retrieved 2012 йил 24-Julio from <http://books.google.com/books?id=8bk2AAAAIAAJ&pg=PA317&lpg=PA317&dq=fi>

deicomiso+familiar+justiniano&source=bl&ots=fXDqW2lhDi&sig=GMFiEU6nPRo
CVHqArlphn23yaVc&hl=es&sa=X&ei=KMsoUI7SM4-
c8gTY_oGQAw&ved=0CD0Q6AEwAA#v=onepage&q=fideicomiso%20familiar%2
0justinia

Rodriguez Azuero Abogados. (s.f). Rodriguez Azuero Abogados. Recuperado el 2 de Agosto
de 2012, de <http://www.rodriquezazuero.com/documentos/LaObligacion%20.pdf>

Tejada Mora, Juan Adaptación del Trust y de las Fundaciones de Interés Privado en Panamá
para servicio de Latino América, potencia del VII Congreso Latinoamericano de
Fideicomiso en Cancún (México) en Octubre de 1997, publicado por Icaza, González
Ruiz & Aleman, Panamá 1997.

Torre, R. G. (2009). Manual de Fideicomiso en Ecuador y América Latina. Guayaquil: Edino.

Villegas, R. R. (25 de Abril de 2012). Buenas Tareas. Recuperado el 27 de Abril de 2012, de
[http://www.buenastareas.com/ensayos/Compendio-Del-Derecho-Civil-Rafael-
Rojina/3992942.html](http://www.buenastareas.com/ensayos/Compendio-Del-Derecho-Civil-Rafael-Rojina/3992942.html)wikipedia. (2012 йил 10-julio). Retrieved 2012 йил 24-julio
from http://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%A9sar_Augusto#cite_note-0