UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

POSTGRADO ESPECIALIDAD EN DERECHO EMPRESARIAL

“EL FIDEICOMISO MERCANTIL EN EL ECUADOR”

AUTORES

Edgar Xavier Espinosa Espinosa

Jorge Gonzalo López Salazar

DIRECTOR. Dr. Bolívar Chiriboga Valdivieso

Loja, 2008

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

“Las ideas emitidas en el contenido del informe final de la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de los autores”

Nombres de los autores

Firmas

Edgar Xavier Espinosa Espinosa

.....

Jorge Gonzalo López Salazar

.....

CESION DE DERECHOS DE TESINA

“Nosotros, Edgar Xavier Espinosa Espinosa y Jorge Gonzalo López Salazar, declaramos conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “ Forma parte del patrimonio de la Universidad Técnica Particular de Loja la propiedad intelectual de investigaciones , trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero académico o institucional (operativo) de la Universidad”

Nombres de los autores

Firmas

Edgar Xavier Espinosa Espinosa

.....

Jorge Gonzalo López Salazar

.....

AUTORIZACIÓN DEL DIRECTOR

Dr. Bolívar Chiriboga Valdivieso

DOCENTE- DIRECTOR DE LA TESINA

CERTIFICA:

Que el presente trabajo de investigación, realizado por los estudiantes señores: Edgar Xavier Espinosa Espinosa; y, Jorge Gonzalo López Salazar, ha sido revisado por el suscrito, por lo que he podido constatar que cumple con todos los requisitos de fondo y de forma establecidos por la Universidad Técnica Particular de Loja por lo que autorizo su presentación.

Loja, 2008.

.....

Dr. Bolívar Chiriboga Valdivieso

AGRADECIMIENTO

Expresamos nuestro ferviente y sentido agradecimiento a Dios, por proveernos de salud y entusiasmo para culminar esta etapa académica, y a nuestras queridas familias, por su comprensión y apoyo.

Santo Domingo, 2008

ESQUEMA DE CONTENIDOS DE LA TESINA

CAPITULO PRIMERO

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO

- 1.1. Evolución histórica
- 1.2. Orígenes del Fideicomiso en el Derecho Romano
- 1.3. Orígenes del Fideicomiso en el derecho Anglosajón

CAPITULO SEGUNDO

2. PRINCIPIOS GENERALES DEL FIDEICOMISO

- 2.1. Etimología de la palabra Fideicomiso
- 2.2. El contrato de Fideicomiso Mercantil
- 2.3. Naturaleza jurídica del Fideicomiso Mercantil
  - 2.3.1. Teoría del Mandato Irrevocable
  - 2.3.2. Teoría del Negocio Fiduciario
  - 2.3.3. Teoría del Patrimonio de Afectación
  - 2.3.4. Teoría del Patrimonio Autónomo
- 2.4. El Fideicomiso Mercantil como Institución Jurídica
- 2.5. Diferencias del fideicomiso Mercantil con otras instituciones semejantes
  - 2.5.1. El Fideicomiso Mercantil y el Negocio Fiduciario

- 2.5.2. El Fideicomiso Mercantil y el Encargo Fiduciario
  - 2.5.3. El Fideicomiso Mercantil y el Fideicomiso Civil
  - 2.5.4. El Fideicomiso Mercantil y el Usufructo
  - 2.5.5. El Fideicomiso Mercantil y el Mandato
  - 2.5.6. El Fideicomiso Mercantil y la Estipulación a favor de Terceros
  - 2.5.7. El Fideicomiso Mercantil y las Fundaciones
- 2.6. Ventajas de la utilización del Fideicomiso Mercantil

CAPITULO TERCERO

3. PARTES INTERVINIENTES EN EL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL

- 3.1. Sujetos
  - 3.1.1. El Fideicomitente o Constituyente
    - 3.1.1.1. Derechos
    - 3.1.1.2. Obligaciones
  - 3.1.2. El fiduciario
    - 3.1.2.1. Derechos
    - 3.1.2.2. Obligaciones
  - 3.1.3 El Fideicomisario o Beneficiario
    - 3.1.3.1. Derechos
    - 3.1.3.2. Obligaciones
  - 3.1.4. Patrimonio
    - 3.1.4.1. El patrimonio como sujeto del Fideicomiso Mercantil
    - 3.1.4.2. El Fideicomiso Mercantil como un patrimonio autónomo
    - 3.1.4.3. Patrimonio sobre el que se constituye
    - 3.1.4.4. Características del patrimonio fideicometido
    - 3.1.4.5. Impuesto del patrimonio autónomo
- 3.2. Objeto y fin del Fideicomiso Mercantil

- 3.2.1. El objeto del Fideicomiso Mercantil
- 3.2.2. El fin lícito del Fideicomiso Mercantil

CAPITULO CUARTO

4. REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL

4.1. Requisitos de existencia del contrato de Fideicomiso Mercantil

- 4.1.1. Consentimiento o voluntad
- 4.1.2. El objeto
  - 4.1.2.1. Bienes que pueden ser materia de Fideicomiso Mercantil
- 4.1.3. Forma Solemne

4.2. Requisitos para la validez del contrato de Fideicomiso Mercantil

- 4.2.1. Capacidad
- 4.2.2. Consentimiento
- 4.2.3 Ausencia de lesión enorme
- 4.2.4. Licitud de Objeto
- 4.2.5. Licitud de la Causa

4.3. Consecuencias de la omisión de los requisitos para la existencia y validez del contrato de Fideicomiso Mercantil.

- 4.3.1. Inexistencia
- 4.3.2. Nulidad absoluta
- 4.3.3. Nulidad relativa
- 4.3.4. Efectos contra terceros

4.4. Cláusulas contractuales

- 4.4.1. Cláusulas de la naturaleza
- 4.4.2. Cláusulas de la esencia
- 4.4.3. Cláusulas accidentales

CAPITULO QUINTO

5. FIN DE LA RELACION FIDUCIARIA

- 5.1. Causales de extinción del Fideicomiso, según el art. 776 del Código Civil
- 5.2. Causales de terminación del Fideicomiso Mercantil determinadas en el art. 134 de la Ley de Mercado de Valores
- 5.3. Otros modos de extinción del Fideicomiso Mercantil
- 5.4. Efectos de la terminación del contrato de Fideicomiso Mercantil

CAPITULO SEXTO

6. APLICACIONES DEL FIDEICOMISO MERCANTIL COMO OPERACIÓN FINANCIERA

- 6.1. Fideicomiso de Inversión
- 6.2. Fideicomiso de Administración
- 6.3. Fideicomiso de Garantía
- 6.4. Fideicomiso Inmobiliario
- 6.5. Fideicomiso de Titularización
- 6.6. Fideicomiso Testamentario
- 6.7. Fideicomisos de Empresas
- 6.8. Fideicomisos a favor de estudiantes
- 6.9. Fideicomisos de Inmigrantes rentistas
- 6.10. Fideicomisos para realizar avalúos y peritajes
- 6.11. Fideicomisos para depositarías
- 6.12. Fideicomisos para el desempeño de Tutelas y Curadurías
- 6.13. Fideicomisos para desarrollo turístico
- 6.14. Fideicomisos con entidades públicas

- 6.14.1. Fideicomisos de administración y pagos con entidades públicas
- 6.14.2. Fideicomisos de recaudo y administración con entidades públicas
- 6.14.3. Fideicomisos inmobiliarios con entidades públicas
- 6.14.4. Fideicomisos de titularización con entidades públicas
- 6.14.5. Fideicomisos de desarrollo
- 6.14.6. Fideicomisos de coinversión
- 6.14.7. Fideicomisos con entidades públicas de administración de emisiones.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

En el Ecuador la aplicación del Fideicomiso Mercantil en el desarrollo de diferentes actividades es cada vez mas frecuente, como prueba de lo expresado, diariamente somos receptores de información sobre actos de interés nacional en los que se aplica esta figura jurídica, sin que un gran porcentaje de ciudadanos sepan de que se trata este dinámico y versátil acto o negocio jurídico, y los beneficios que pudieran obtenerse de su utilización.

Este trabajo tiene entre sus objetivos crear un documento del que se infiera de manera clara y atractiva, las características del fideicomiso mercantil, su clasificación y su aplicación en el ámbito empresarial y público, como un medio de solución a las diferentes necesidades que pudieran presentarse , es decir, socializar el alcance y aplicación de esta figura jurídica que estamos seguros que en un mediano plazo se constituirá en la vía mas utilizada para el cumplimiento de objetivos institucionales, familiares y personales.

El fideicomiso mercantil como institución jurídica , se incorpora al ordenamiento jurídico ecuatoriano a través de la Ley No. 31, de Mercado de Valores, de 6 de mayo de 1993, y se complementa su regulación con el Art. 41 del Reglamento General a la Ley de Mercado de Valores, de 26 de agosto del mismo año, posteriormente se generan varias reformas, hasta que se dicta la actual Ley de Mercado de Valores , el 1° de julio de 1998, publicada en el Registro Oficial N° 367 de 23 de julio de 1998, y su Reglamento , publicado en el Registro Oficial N° 87 , de 18 de diciembre del mismo año, es decir, es una figura jurídica nueva de poca difusión y conocimiento por parte del conglomerado comercial de nuestro país, y que su aplicación y ventajas se puede inferir, han sido aprovechadas por estratos o grupos socio- económicos altos.

Dentro de este trabajo además, cotejaremos la figura del Fideicomiso Mercantil con otras instituciones jurídicas, con el fin de demostrar las verdaderas ventajas que nos generaría la aplicación de la primera, constituyendo una guía práctica y útil para las personas naturales y jurídicas protagonistas de la vida mercantil, que facilite el crecimiento económico de nuestra sociedad, y dinamice la empresa y el comercio, dejando atrás la aplicación de figuras jurídicas que han generado estancamiento y conflicto en la implementación de negocios jurídicos, alentando la informalidad y la clandestinidad en el quehacer comercial nacional.

Capítulo Primero

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO

1.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El instrumento jurídico denominado trust constituyó la fuente inmediata del fideicomiso mercantil latinoamericano y ecuatoriano, no podemos dejar pasar por alto la influencia importante del fideicomiso romano, el fideicomiso, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano resulta una mezcla de distintos sistemas jurídicos, tanto del antiguo como del Nuevo Mundo.

En ambas concepciones existe un elemento común: el que una persona tenga confianza en la honestidad de otra.

1.1.1 ORIGENES DEL FIDEICOMISO EN EL DERECHO ROMANO

Dentro del Derecho Romano existieron Instituciones jurídicas consideradas como fuentes del actual fideicomiso; especialmente hubo dos negocios de confianza, que utilizaron esta figura: en primer lugar, la fiducia – pactum fiduciae – y posteriormente aparece el fideicomiso – fideicomissum:

a) La fiducia, pactum fiduciae romano.

Para Raúl Rodríguez, los romanos entendieron a la fiducia como un “pacto agregado a las formas de transmitir la propiedad, por virtud del cual, el adquirente se obligaba a devolver la cosa adquirida, llegado el caso que previamente se hubiere convenido.”¹

---

¹ RODRIGUEZ RUIZ, Raúl, “El Fideicomiso y la Organización contable Fiduciaria”, 3ª ed, Edit. Contables y Administrativas, México, 1971, pág. 28.

De lo dicho se desprende la presencia de tres sujetos en la relación fiduciaria, pudiendo uno de ellos tener dos funciones, y esto es cuando al fiduciario se le rogaba devolver el bien al fiduciante, éste cumplía también el papel de fideicomisario.

b. El fideicomissumum:

El término fideicomissum se descompone, como nos dice el Dr. Víctor Cevallos, “del latín “FIDES” que significa fe y de la palabra “comissus” que se traduce como comisión o encargo, y, surge como un encargo dado a una persona para que transmita parte o la totalidad de los bienes que integra la sucesión de quien hace el encargo, a favor de un tercero (fideicomisarius), cuyo cumplimiento depende únicamente de la buena voluntad de la persona que recibe la sucesión gravada por el fideicomiso (fiduciarius).”²

El fideicomissum, nació con la intención de esquivar un poco la rigidez de las leyes romanas, y así poder encargar a un ciudadano cosas o bienes para destinarlos a un determinado fin o para que un incapaz pudiera heredar o transmitir sus propiedades. De ahí que la confianza y la fe fueran necesarias para que sea reconocido legalmente. Como podemos apreciar, esta institución se encontraba incorporada al derecho sucesorio, pues el citado encargo estaba supeditado a la buena fe del fiduciario, y no existía la acción civil en caso de incumplimiento.

1.1.2. ORIGENES DEL FIDEICOMISO EN EL DERECHO ANGLOSAJON.-

El Trust en Inglaterra tiene sus raíces en la fiducia romana, y técnicamente se refería a un conjunto de relaciones fiduciarias, tal el caso del mandato, del depósito, el albaceazgo, la tutela. Ya como figura jurídica el trust, al decir de Rodolfo Batiza se remota al siglo XIII, que es cuando surgieron en Inglaterra los primeros “usos” que no eran sino transmisiones de tierra a presta-nombres, con el fin de evadir en unos casos impuestos y evitar que se les sancione con las normas previstas en la ley de manos muertas. Estos “usos” eran el traspaso de terrenos, ya sea por acto entre vivos o testamentariamente otorgado a favor de un presta-nombre, el cual adquiriría la posesión en provecho del beneficiario. Se entendía la transmisión de inmuebles a un tercero para que los destinara a beneficio del propio transmisor o de otro individuo, este

---

² CEVALLOS VASQUEZ VÍCTOR, “Mercado de Valores y Contratos”, Tomo II, 1ª. Ed, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 1997, pág. 267

traspaso era válido ya sea como acto testamentario o como acto entre vivos.

Ya para el siglo XIX el trust alcanzó un notable desarrollo, produciéndose transformaciones sobre todo en el régimen de propiedad, por lo que se instauró, según Raúl Rodríguez, un "derecho de propiedad temporal".³

Se limitó el ejercicio de los fiduciarios, a antes de crédito debidamente autorizados, dándole un carácter estrictamente contractual y no el de un nuevo derecho de propiedad.

Capítulo Segundo

2. PRINCIPIOS GENERALES DEL FIDEICOMISO

2.1. ETIMOLOGÍA Y DEFINICIÓN DE LA PALABRA FIDEICOMISO

El término fideicomiso proviene de dos raíces latinas, a saber:

1) Fides, equivalente a fidelidad, fe, lealtad, palabras sinónimas que significan según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: "...confianza. Crédito que se presta a las cosas por razón de la autoridad de quien las dice. Promesa solemne. Seguridad de que algo es cierto. Exactitud en la ejecución de una cosa. Ser leal, legal, que guarda la debida fidelidad, incapaz de traicionar."

Son precisamente estas cualidades las que adornan la intención del fideicomiso, sin las cuales no tendría sentido; por ello es sabio haber mantenido esta vocablo a través del tiempo, por ser el más apropiado y acertado para la materia que nos ocupa; y,

---

³ RODRIGUEZ RUIZ, Raúl, "El Fideicomiso y la Organización Contable Fiduciaria", ob, cit, pág. 35.

2) comissus, que traducido al español, significa comisión o encargo, y según el Diccionario citado equivale a: “Orden y facultad que una persona da por escrito a otra para que realice un asunto” “Encomendar, cuidar, tomar responsabilidad de algo” “encomendar, poner una cosa al cuidado de uno.”

Si bien es sencilla la definición anterior, nos da una idea que nos ayuda a entrar en el entendimiento del significado de la palabra *comissus* o comisión, que unida a *fides*, forman *fideicommissum*, palabra compuesta, que la Real Academia Española, la define vagamente como: “Disposición testamentaria por la cual el testador deja su hacienda o parte de ella encomendada a la fe de uno para que, en caso y tiempo determinados, la transmita a otro sujeto o la invierta del modo que se la señale.”

2.2. EL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL

Se trata de un contrato, pues queda perfeccionado con el acuerdo de voluntades entre el fideicomitente que libremente transfiere los bienes a un patrimonio autónomo, y el fiduciario que, del mismo modo, acepta la institución fiduciaria, para cumplir la finalidad propuesta por el fideicomitente.

En consecuencia, el fideicomiso mercantil es un contrato, y lo podemos aludir simplemente mencionando las palabras fideicomiso mercantil, adicionalmente estudiaremos a que tipos de contratos pertenece, y al hacerlo veremos que:

a.- Es un contrato bilateral.- Ya que concuerda con la definición del Código Civil sobre los contratos bilaterales, en que la parte que interesa dice que es contrato bilateral “cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.” En el contrato de fideicomiso mercantil, el fideicomitente, se obliga a transferir los bienes fideicometidos, el fiduciario a administrarlos con el propósito de cumplir la finalidad encomendada por el primero. El beneficiario puede ser el mismo fideicomitente.

b.- Es un contrato oneroso.- No cabe hablar de un fideicomiso mercantil gratuito, siendo el fin de éste, obtener una utilidad para los contratantes, las dos partes asumen obligaciones, mientras “que el fideicomitente transfiere uno o más bienes a favor del fiduciario para la

realización de la finalidad por el determinada; de su lado, el fiduciario se obliga a efectuar la administración de dichos bienes en forma profesional y transparente”⁴ a cambio de una remuneración pactada, y esto encuadra con el discurso del Código Civil, que dice que el contrato es “... oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro.”

En definitiva, no se puede hablar de contrato de fideicomiso mercantil gratuito, puesto que se persigue con un fin de lucro, por el lado del fideicomitente se pretende que se cumpla el fin por él propuesto en el acto constitutivo; y por el otro lado, del fiduciario busca recibir su remuneración.

c.- Es un contrato Conmutativo.- El Código Civil expresa que: “el contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mire como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez;...” En el fideicomiso mercantil se cumple lo dicho en el C.C., en cuanto las mutuas presentaciones que se comprometen las partes están equiparadas, o se consideran equiparadas desde el punto de vista conceptual. Por la gestión o administración que realiza el fiduciario encaminado a cumplir los fines propuestos por el fideicomitente, el fiduciario recibirá del fideicomitente la remuneración a que se haya hecho acreedor y que se halle contemplando en el contrato.

d.- Es un contrato Principal.- El Código Civil, afirma que: “El contrato es principal cuando subsiste por el mismo sin necesidad de otra convención...” El contrato que nos ocupa reúne esta característica, pues subsiste por si solo sin necesidad ni dependencia de ningún otro contrato como sucede en el supuesto de los denominados contratos accesorios, que no tienen sustantividad propia.

e.- Es un contrato Real.- El C.C., en este punto menciona que: “El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere...”

En el fideicomiso mercantil se requiere técnicamente la entrega de bienes que realiza el fideicomitente al fiduciario y el traspaso de propiedad, acción sin la cual no se perfecciona el fideicomiso mercantil.

f.- Es un contrato Solemne.- Nuestra legislación preceptúa que un contrato es solemne: “cuando está sujeto a la observancia de ciertas solemnidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil”.

---

⁴ CEVALLOS VASQUEZ, Víctor, “Mercado de Valores y Contratos”, ob. Cit. Pág. 292.

Para el Contrato de Fideicomiso Mercantil, la solemnidad básica es que se lo haga a través de instrumento público abierto, pero además cuando al patrimonio del fideicomiso se aporten bienes inmuebles u otros para los cuales la Ley exija la solemnidad de escritura pública, inscripción en el Registro Mercantil, de la propiedad, o del Mercado de Valores, se cumplirán con estos requisitos, de lo contrario, se entendería inexistente conforme manda el Art. 110 de la Ley de Mercado de Valores vigente.

g.- Es un contrato Nominado.- El hecho de que se le haga constar con la designación de fideicomiso mercantil, en varios artículos y capítulos en distintas leyes y reglamentos confirma dicha condición, específicamente en la Ley de Mercado de Valores y en otras disposiciones apreciamos la designación del nombre del contrato, fideicomiso mercantil.

h.- Es un contrato de tracto sucesivo.- Las prestaciones a que se obligan las partes suponen una cadena de acciones que deben realizarse en el tiempo, para conseguir el fin del fideicomiso. Como nos hace referencia el Dr. Cevallos, el fideicomiso mercantil: “se desenvuelve en el tiempo, no se ejecuta en un solo acto, pues es un contrato de duración y se contrapone a los negocios jurídicos de tracto instantáneo.”⁵

i.- Es un contrato indirecto u oblicuo.- Se considera que el contrato de fideicomiso mercantil es indirecto u oblicuo, al decir de algunos autores, por estar enmarcado, el contrato estudiado, dentro de la concepción de lo que es un negocio indirecto; así Bollini Shaw, citando a Ferrara, define que los negocios indirectos son: “aquellos en los que para lograr un efecto jurídico se utiliza un camino oblicuo, transversal, esto es que se recurre a un negocio para lograr una finalidad diferente a la que corresponde como típica.”⁶

Joaquín Rodríguez Rodríguez, por su parte, define al negocio jurídico indirecto como aquel “que se caracteriza por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo.”⁷

El Dr. Cevallos, en su obra “Mercado de Valores y Contratos”, nos trae un ejemplo muy clarificador sobre este punto cuando dice que: “un padre de familia, en vez de otorgar un

---

⁵ CEVALLOS VASQUEZ, Víctor, “Mercado de Valores y Contratos”, ob. Cit., pág. 292.

⁶ BOLLINI SHAW – BONE VILLEGAS, “Manual para Operaciones Bancarias y Financieras”, 2ª Ed., Buenos Aires, 1981, pág. 203.

⁷ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, “Derecho Mercantil”, Ed. Porrúa S.A. México, 1987, T. II, pág. 118.

testamento a favor de su hijo puede constituir un fideicomiso mercantil para que los bienes que designe le sean entregados a su heredero una vez cumplida la condición que él determine, ya sea por cuotas o en su totalidad.”⁸

Joaquín Rodríguez, por su parte sobre el tema, dice que: “es un negocio jurídico que se caracteriza por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo. Se elige una forma jurídica que excede, con conocimiento de las partes, las exigidas para el fin práctico que se persigue. (Por ejemplo: para el cobro de un documento, el endoso en propiedad para facultarlo al cobro del documento, lo correcto hubiera sido endosarlo en procuración).”⁹

j.- Es un contrato intuitus personae.- En el fideicomiso mercantil las obligaciones que nacen fruto de él se apoyan en la noción de confianza que tiene el fideicomitente depositada en el fiduciario, cree en la honorabilidad de la otra parte, porque se supone que se conocen o al menos tienen buenas referencias personales, y es precisamente esta confianza personal una de las características del contrato de fideicomiso mercantil.

2.3. NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO MERCANTIL

En el mismo texto legal se proclama la naturaleza contractual del fideicomiso y la necesidad de incorporarlo como negocio nominado, normado y reglamentado.

Tal cual sucede con todas las formas contractuales, sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso se han desarrollado algunas teorías, así unas entienden que el fideicomiso es un negocio fiduciario, otras lo catalogan como un mandato irrevocable, para indicar que una vez que se acepta el encargo o mandato, sus facultades son irrevocables, hay también doctrinas que lo conciben como un patrimonio de afectación, por la que se entiende que el fideicomiso es una institución jurídica conformada por un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho, cuya unidad es constituida por una afectación que es libre dentro de los límites de la ley y de acuerdo a la autonomía de la voluntad privada.

2.3.1. TEORIA DEL MANDATO IRREVOCABLE.-

---

⁸ CEVALLOS VASQUEZ, Víctor, “Mercado de Valores y Contratos”. Ob.cit. pág. 291.

⁹ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, “Derecho Mercantil”, ob. Cit. Pág. 118.

El principal exponente de esta teoría fue Alfaro Ricardo, quien aseguraba que el fiduciante es un mandante y el fiduciario un mandatario, el cual, una vez que aceptaba el encargo, adquiriría facultades irrevocables. En efecto, textualmente él afirmaba que: "el fideicomiso tiene que ser irrevocable, para que el derecho del fideicomisario no sea ilusorio y para que no lo sean tampoco las facultades del fiduciario. Si se constituye el fideicomiso por pura libertad debe ser irrevocable, como lo son en tesis general las donaciones intervivos y como lo es el llamamiento a la herencia en calidad de heredero o de legatario. Si se constituye en virtud de alguna obligación del creador, mayor razón hay para que sea irrevocable."¹⁰

Incluso proponía una definición para que sea incorporada en la reforma legislativa en este sentido: El fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmite determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite...."¹¹

Esta teoría fue muy criticada, pues se consideró al fideicomiso como mandato, el cual en cambio, por esencia es revocable, además el mandatario obra en nombre del mandante, mientras que en el fideicomiso, el fiduciario lo hace en nombre propio, como propietario de los bienes fideicometidos, frente a terceros.

El derecho ecuatoriano no acepta que el fideicomiso mercantil sea un mandato, pero acoge de esta teoría el planteamiento de que el encargo y las facultades adquiridas son irrevocables, y añade algo más, esto es que la propiedad que recibe el fiduciario a título de fideicomiso mercantil no es perpetua sino temporal; posición refrendada en la Ley del Mercado de Valores, cuando manifiesta, en la parte que nos interesa, lo siguiente: "por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes... a un patrimonio autónomo..."

2.3.2. TEORIA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

Esta teoría se fundamenta en que en el fideicomiso concurren los dos elementos esenciales del negocio fiduciario:

- Es decir en un contrato real, requiere por lo tanto, de los sujetos intervinientes para la

---

¹⁰ ALFARO, Ricardo, El Fideicomiso, s.e., Edit. Imprenta Nacional, Panamá, 1920, pág. 47.

¹¹ ALFARO, Ricardo, El Fideicomiso, s.e., Edit. Imprenta Nacional, Panamá, 1920, pág. 48.

transmisión de los bienes constituidos en fideicomiso por parte del constituyente para la gestión del fiduciario que se convierte en propietario especial; y,

- Es un encargo personal, realizado en consideración a la calidad o condición del fiduciario, razón por la cual este encargo es indelegable.

Por lo que se puede sostener que es un negocio fiduciario impuro, ya no es suficiente el elemento confianza, sino que también se precisa de que el fiduciario se ajuste en el ejercicio de sus funciones a la ley, pues se trata de un encargo reglado, que no está sujeto a la mera discrecionalidad del fiduciario; y, para que un negocio fiduciario sea considerado como fideicomiso mercantil requerirá que se haga la transferencia de la propiedad de los bienes al fiduciario y no solo la mera entrega de los bienes, para que cumpla las operaciones designadas por el fideicomitente que antes de la restitución son operaciones comerciales.

Sergio Rodríguez Azuero, sobre el tema dice: “Además debe de observarse que no se trataría en todo caso de un negocio fiduciario puro por cuanto el no radica en forma exclusiva de la confianza, sino que los derechos y obligaciones de las partes están cuidadosamente regulados por la ley sin que quepa entonces posibilidad de abuso,... como sucedía en las manifestaciones primitivas de estos negocios. Por ello y por este aspecto tendría que decirse que una especie de negocio fiduciario impuro.”¹²

El tratadista mexicano Joaquín Rodríguez, sostiene que: “El fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario en cuanto se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación...”¹³

Según los autores precitados el fideicomiso presenta las mismas características principales del negocio fiduciario en su estructura y de las cuales se derivan los efectos jurídicos que el mencionado negocio emana bienes fideicometidos, en las personas que en él intervienen y respecto de los requisitos que deben rodearlo.

En virtud del fideicomiso mercantil, el fiduciario se obliga a administrar o enajenar los bienes que le han sido transferidos en propiedad, adquiere la titularidad de los bienes fideicometidos para cumplir una finalidad indicada por el constituyente, haciendo depender la efectividad del

---

¹² RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “Contratos Bancarios. Su significación en América Latina”, 3ª ed. Edit. ABC Bogotá, 1985, pág. 630.

¹³ RODRIGUEZ, Joaquín, “Derecho Mercantil”, Rdit. Porrúa s.a., México, 1971, pág. 119 y 120.

mecanismo contractual del traspaso de propiedad que produce efectos ante terceros y ante las mismas partes del convenio.

En consecuencia, estamos frente a un negocio fiduciario, pues la estructura del fideicomiso mercantil presenta las mismas características principales del negocio fiduciario que están contempladas en la ley, pero aclarando que si en el negocio fiduciario hay transferencia de la propiedad de los bienes el fideicomiso se denominará mercantil, siempre que para el cumplimiento de la finalidad el fideicomiso realice operaciones mercantiles.

2.3.3. TEORIA DEL PATRIMONIO DE AFECTACION

Esta teoría se refiere a que los únicos elementos constantes y esenciales en los fideicomisos son el patrimonio y la destinación que a él se le dé, teoría mejor explicada por Lepaullé, quien afirma que: “Se entiende por patrimonio de afectación a aquellos patrimonios impersonales, que carecen de dueño, pero se encuentran adscritos al logro de una finalidad determinada y gozan de garantías jurídicas especiales.”¹⁴

Teoría que ha sido criticada, pues sus opositores han afirmado que siempre hay algún elemento personal en el fideicomiso en sus distintas modalidades y para llegar a ella se tomaron casos excepcionales, como por ejemplo, que si no se designó el trustee en el contrato, éste será nombrado por el tribunal.

Por su parte Araujo Valdivia, también ha criticado esta teoría, pues no comparte que exista un patrimonio sin titular, cuando dice: “...sostener la existencia de patrimonios sin titular, sería admitir el absurdo de que algo distinto a las personas realizará las finalidades jurídico económicas de ese patrimonio cuya naturaleza reclamará el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden y como si pudiese concebirse que algo distinto también a la persona pudiese tener la facultad de rehacer o incrementar el conjunto de bienes que lo constituyen.”¹⁵

Esta teoría nos ha permitido comprender el hecho de que sin estar completamente separado de un sujeto de derecho, el patrimonio recibido por fiduciario si es independiente del resto de sus

---

¹⁴ LEPAULLE, Pierre, citado por BATIZA, Rodolfo, ob.cit.,pág.76.

bienes, de los bienes propios del fideicomitente y del fideicomisario. Entonces el mayor beneficio que otorgó esta teoría es que se estableció la existencia de un patrimonio autónomo, encaminado al cumplimiento del destino señalado por el constituyente, libre de cualquier gravamen que lo pueda afectar, y por el que el fiduciario debe responder en cuanto al destino que dé al mismo.

2.3.4. TEORIA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO

Para entender mejor esta teoría, empecemos con una definición sencilla y clara de que es el patrimonio a secas, dada por Doménico Barbero, para quien:

“Patrimonio es un conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas de contenido económico que se estiman como integrantes de una universalidad jurídica que tienden a un mismo fin y corresponden a una misma persona.”¹⁶

Todo patrimonio, y por ende, todo fideicomiso mercantil debe recaer sobre un bien y/o derechos, en el caso que nos ocupa se denomina la cosa fideicometida, la cual, de acuerdo a este pensamiento conforma un patrimonio autónomo, esto es, separada e independiente de aquel o de aquellos del constituyente, del fiduciario o beneficiario, afecto de la finalidad contemplada en el contrato constitutivo.

Por lo expresado vemos que nuestra legislación se apega a esta teoría y ello lo señala en claridad en el artículo 118 de la Ley de Mercado de Valores, asegurando que existe un patrimonio separado e independiente:

“Art. 118.- Naturaleza individual y separada de cada fideicomiso mercantil.- El patrimonio que se origina en virtud del contrato de fideicomiso mercantil es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario. Cada fideicomiso mercantil como patrimonio autónomo que es...”

Del mismo modo, en el Art. 109 de la L.M.V., hallamos a lo largo de este extenso artículo que el fideicomiso mercantil se constituye en patrimonio autónomo; e igualmente, en el Reglamento

---

¹⁵ ARAUJO ALDIVIA, Luis, “Derecho de las Cosas y Derecho de Sucesiones”. Edt. Cajica, Puebla, 1965, pág. 26, citado por, DOMINGUEZ MARTINEZ, J. Alfredo, ob.cit. pág. 155.

¹⁶ DOMENICO Barbero, citado por GARCIA DE LA TORRE, Ferman: “El Fideicomiso de Inversión”, Tesis, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 1990, pág. 90.

para Emisión de Certificados de Derechos Fiduciarios, promulgado en el R. O. nº 242, de 23 de enero de 1998 en su Art. 2, numeral 2.3., se menciona con suma precisión que el fideicomiso mercantil constituye un patrimonio autónomo, al expresar que:

“Constituye un patrimonio autónomo en los términos previstos en la Ley y Reglamentos, integrado inicialmente por los activos transferidos por el constituyente, y posteriormente por los actos, pasivos y contingentes que resulten como consecuencia del cumplimiento del objeto del fideicomiso mercantil y del respectivo proceso de emisión de CDFS. Los activos integrados al fideicomiso mercantil respaldan la emisión de CDFS, por lo que los inversionistas solo podrán perseguir el reconocimiento y pago de sus derechos en los activos del fideicomiso mercantil más no en los activos propios del fiduciario...”

Entonces dejemos aún más claro, lo relativo a esta noción, puntualizando que, el patrimonio autónomo debe cumplir algunos requisitos, que son:

1. Los bienes deben estar separados del resto del activo:

La idea es que los bienes del constituyente o fideicomitente no se fundan en un solo todo o en un “solo patrimonio”, con los bienes entregados para el fideicomiso ni con los del patrimonio del fiduciario.

Por ello, es indispensable tanto la realización de un inventario de los bienes fideicometidos, así como el hecho de llevar contabilidades separadas, para evitar la confusión de patrimonios entre los intervinientes en este acto contractual. Así lo dispone el artículo 118 de la Ley de Mercado de Valores, que reza:

“El patrimonio autónomo que se origina en virtud del contrato de fideicomiso mercantil es distinto d los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario”.

2.- Limitación de la responsabilidad.

Para efectos de la determinación de la responsabilidad hay que tener en cuenta que el fideicomiso en un patrimonio separado e independiente, por lo tanto, no podrán confundirse con los bienes de la fiduciaria, ni del constituyente ni del beneficiario. De tal manera que, el activo del patrimonio del fideicomiso mercantil responde por las deudas que han sido contraídas

únicamente para cumplir el fin establecido en el acto constitutivo.

Lo anotado guarda relación con lo determinado en la Ley de Mercado de Valores, en el Art. 118, cuando prescribe que "... el patrimonio del fideicomiso mercantil garantiza las obligaciones y responsabilidades que el fiduciario contraiga por cuenta del fideicomiso mercantil para el cumplimiento de las finalidades previstas ... La responsabilidad por las obligaciones contenidas en el patrimonio autónomo se limita únicamente hasta el monto de los bienes que hayan sido transferidos al patrimonio del fideicomiso mercantil, quedando excluidos los bienes propios del fiduciario."

Por ello, la responsabilidad del fiduciario alcanza únicamente a la buena administración del fideicomiso, por lo que no responde por los resultados obtenidos, a menos que haya actuado con dolo o culpa leve, declarados como tales en sentencia ejecutoriada.

El Art. 9 del reglamento para la emisión de certificados de Derechos Fiduciarios, es preciso en este punto cuando dice:

"El fiduciario no garantiza con su actuación que los resultados y finalidades pretendidos en el fideicomiso mercantil y en el proceso de emisión de certificados de Derechos Fiduciarios efectivamente se cumplan. La responsabilidad del fiduciario se limita a una actuación diligente y profesional, que será de medio, mas no de resultado."

Sin embargo, esta limitación de responsabilidad del dominio de ningún modo la exime al fiduciario de responder por las pérdidas o daños causados por culpa grave o dolo, de su parte.

En el supuesto caso de que la constitución del fideicomiso hubiere la intención de fraude contra terceros, se puede aplicar el Art. 113 de la L.M.V., que faculta impugnar al contrato, mediante las correspondientes acciones de nulidad, simulación o cualquier otra prevista en la ley, según el caso, sin perjuicio de la acción y responsabilidad penal a la que hubiere lugar.

3.- Los bienes están excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario y del fideicomisario.

En otras palabras, como dice el Dr. Gómez de la Torre: "los acreedores personales del fiduciario no podrán perseguir los bienes constituidos en patrimonio fiduciario o fideicometido, ni aún subsidiariamente por existir esta separación de patrimonios. En tanto que los acreedores del beneficiario (fideicomisario), podrán perseguir los frutos que producen los bienes

fideicometidos, ya que sobre ellos si tiene el beneficiario un derecho real cierto. Cuando finalice el fideicomiso, y al llevarse a cabo la transferencia de los bienes fideicometidos al fideicomisario, si podrán los acreedores perseguir sus créditos sobre dichos bienes.¹⁷

La Ley de Mercado de Valores, se ocupa de este tema reiteradas veces, así el Art. 118 inc. 3º nos indica que: "...dado que el patrimonio autónomo tiene personalidad jurídica , quienes tengan créditos a favor o con ocasión de actos o contratos celebrados con su fiduciario que actuó por cuenta de un fideicomiso mercantil, solo podrán perseguir los bienes del fideicomiso mercantil del cual se trate mas no los bienes propios del fiduciario."

Enfáticamente este requisito también esta consagrado en los Art. 121 y 122 de la L. M. V., que se refieren a la inembargabilidad de los bienes fideicometidos y de la garantía general de prenda de acreedores del fideicomiso mercantil.

4. El patrimonio autónomo esta dotado de personalidad jurídica.

La L. M. V. ha definido al patrimonio autónomo como una ficción jurídica, a la que le ha otorgado la calidad de persona jurídica, para que sea sujeta a derechos y obligaciones, debiendo actuar a través de su fiduciario quien ejercerá la titularidad y su representación legal.

Estas cuatro características del patrimonio autónomo en la constitución del fideicomiso mercantil le diferencian de la figura civil, en donde (la civil) la propiedad fiduciaria se traslada al fiduciario plenamente, mientras que en el mercantil se transfiere al fiduciario, solo la facultad de ejercer ciertos derechos y contraer determinadas obligaciones, para proteger los bienes fideicometidos.

2.3.4.1. EFECTOS DEL PATRIMONIO AUTONOMO

En la obra, `El Fideicomiso Mercantil`, del Dr. Diego Gómez, encontramos didácticamente enumerados los efectos del patrimonio autónomo, transcritos de la Tesis: "El Patrimonio Especial de la Fiducia Mercantil" elaborado `por Giraldo Aristizabal y Sanín de Saffón, y que son:

"Efectos respecto del fiduciario:

---

¹⁷ COMEZ DE LA TORRE, Diego, "El Fideicomiso Mercantil", ob cit. Pág. 47.

- Destinar los bienes exclusivamente al fin señalado en el acto constitutivo.
- Mantener los bienes separados de aquellos que forman parte de otro negocio fiduciario.
- Realizar un inventario de los bienes objeto de la fiducia.
- Definir los bienes fideicometidos contra actos de terceros, del fiduciante o beneficiario.
- Transferir los bienes a quien corresponda (fiduciante o tercero beneficiario) al finalizar la fiducia. Le está legalmente prohibido que por tal razón los adquiera definitivamente.

Efectos respecto del constituyente:

- Los bienes objetos del fideicomiso son transferidos real y jurídicamente al fiduciario. Por eso salen de su propio patrimonio y no constituyen prenda general de sus acreedores.
- Tienen derecho a exigirle al fiduciario la realización del inventario.
- Tienen derecho a ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario, cuando éste haya incurrido en culpa leve, o se haya excedido en la realización de los fines, etc.
- De ser el caso tiene derecho a la devolución de los bienes al término de la fiducia.

Efectos respecto del beneficiario:

- Derechos a la percepción de los frutos.
- Exigir al fiduciario el cabal cumplimiento de sus obligaciones y de los fines predeterminados.

También puede hacer efectiva la responsabilidad, como ya se vio.

- Impugnar los actos anulables exigiendo la devolución de los bienes.
- Oponerse a toda medida preventiva o de ejecución contra los bienes con ocasión de obligaciones que no les afectan.
- Exigir al término de la fiducia que le sean transferidos los bienes si es el caso.

Efectos respecto a terceros:

- Basta entonces aclarar que los terceros son considerados acreedores tanto del fiduciante como del fiduciario y del beneficiario.”¹⁸

Los bienes fideicometidos, quedan protegidos, respecto de terceros que no tengan nada que ver con ese fideicomiso. Los terceros pueden atear a los bienes propios del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario, más no a los bienes fideicometidos.

Sin embargo, una vez cumplida la condición o finalizado el fideicomiso, la protección sobre los bienes se levanta y los terceros tienen libertad para accionar sus derechos en contra de los

bienes que estuvieron fideicometidos.

Los acreedores que adquirieron esta condición con el fideicomiso mercantil si podrán ejercer acciones en contra del patrimonio autónomo respectivo.

2.4. EL FIDEICOMISO COMO INSTITUCIÓN JURIDICA

Se lo ha considerado como una institución jurídica al fideicomiso, puesto que reúne las condiciones: permanencia, idea de comunidad institucional y tiene órganos sujetos a un régimen estatutario. Pero, estos requisitos no son suficientes para diferenciar al fideicomiso de una empresa mercantil, de un plantel educativo, de un sindicato. Así pues, como nos enseña Batiza: “la teoría de la institución representa una elaboración más sociológica que jurídica, incapaz de proporcionar diferencias específicas de orden legal para establecer una distinción entre las muy diversas instituciones que existen; y aunque las hay reglamentadas por el derecho positivo (el matrimonio, la propiedad), el género “institución” no lo esta”.¹⁹

Como ya se ha estudiado, el fideicomiso, tiene como antecedente directo a la institución conocida en el derecho anglosajón con el nombre de trust, no obstante, las legislaciones latinoamericanas y la nuestra han estructurado una institución jurídica acorde a nuestro medio, con innovaciones tales como: que el fiduciario solo podrá ser una persona jurídica autorizada, quien obtiene una titularidad y representación legal sobre los bienes para administrarlos; el fideicomitente por ningún motivo podrá transformarse en fiduciario, pero si puede ser al mismo tiempo beneficiario, todo contrato de fideicomiso mercantil deberá realizarse mediante instrumento público, debidamente inscrito en los respectivos Registros de la Propiedad, Mercantil y de Valores, según el caso, restringiendo los alcances que los anglosajones dan al trust.

2.5. DIFERENCIAS DEL FIDEICOMISO MERCANTIL CON OTRAS INSTITUCIONES SEMEJANTES:

2.5.1. EL FIDEICOMISO MERCANTIL Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO

---

¹⁸ GIRALDO ARISTIZABAL, María, SANIN DE SAFFON, Nora; “El Patrimonio Especial de la Fiducia Mercantil”, Tesis, Edt. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Bogotá, 1981, pág 13, citado por Gómez de la Torre Diego, ob.cit. pág. 48.

¹⁹ BATIZA Rodolfo, “El Fideicomiso, Teoría y Práctica”, ob. Cit. Pág. 140.

En nuestro país, la única forma de negocio fiduciario que ha sido concebida legalmente es el fideicomiso.

“El fideicomiso es un negocio nominado, esto es reglamentado, tipificado; el negocio fiduciario no es típico, es un contrato innominado. Las relaciones entre fiduciario y fiduciante se rigen por la estricta buena fe; las relaciones entre las partes del fideicomiso están reguladas por la ley y por el acto constitutivo del negocio...El fideicomiso, como negocio existe independientemente de que haya un contrato con una fiduciaria; es efecto de la manifestación de la voluntad unilateral del fideicomitente. En cambio la fuente del negocio fiduciario está en el doble contrato entre fiduciante y fiduciario...CERVANTES AHUMADA, sostiene que si el negocio fiduciario es atípico por definición, y el fideicomiso es un negocio típico, por principio queda excluida la equiparación. En el negocio fiduciario, los efectos del negocio aparente se destruyen por el negocio oculto: el fideicomiso es un negocio único, no compuesto de dos negocios, y cuyos efectos derivan del acto constitutivo o de la ley, no de las relaciones internas y secretas que en el fideicomiso deben considerarse prohibidas.”²⁰

En la Ley de Mercado de Valores vigente ya se hace mención expresa de los negocios fiduciarios en el Art. 112, pero no para reglamentarlo sino para diferenciarlo del fideicomiso mercantil y asimilarlo al mandato.

Según el mentado artículo los negocios fiduciarios “son aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otro uno o más bienes determinados, transfiriéndoles o no la propiedad de los mismos para que ésta cumpla con ellos una finalidad específica.”

En tal virtud, podemos concluir indicando que el fideicomiso mercantil forma parte de los negocios fiduciarios reglamentados; o dicho en otras palabras, el negocio fiduciario constituye la categoría jurídica dentro de la cual se encuentra el fideicomiso, puesto que sus características se ciñen a las previstas a estos negocios, así, el factor confianza, que es el distintivo que los caracteriza, pero con notorias diferencias, como la necesidad de otorgar mediante instrumento público es requisito sólo para el fideicomiso mercantil; que exista la transferencia de la propiedad de los bienes del constituyente al fideicomiso mercantil para integrar un patrimonio autónomo, igualmente es propio del fideicomiso mercantil, al fideicomiso mercantil la ley le ha dotado de personería jurídica y de representación legal a través de una sociedad administradora de fondos y fideicomisos autorizada que es su fiduciaria, al negocio fiduciario

---

²⁰ BATIZA, Rodolfo, ob.cit., pág 133.

en cambio no.

2.5.2. EL FIDEICOMISO MERCANTIL Y EL ENCARGO FIDUCIARIO

De acuerdo a la Ley de Mercado de Valores, el encargo fiduciario "es el contrato escrito y expreso por el cual una persona llamada constituyente instruye a otra llamada fiduciaria, para que de manera irrevocable, con carácter temporal y por cuenta de aquel, cumpla diversas finalidades, tales como de gestión, inversión, tenencia o guarda, enajenación, disposición a favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario."

El encargo fiduciario contiene los mismos elementos subjetivos del fideicomiso mercantil, pero se diferencia en que en el fideicomiso mercantil existe transferencia de la propiedad de los bienes por parte del fideicomitente para constituir un patrimonio autónomo. En el encargo fiduciario no existe transferencia de bienes por parte del fideicomitente ni constituye ningún patrimonio autónomo, el constituyente conserva la propiedad de los bienes.

En el fideicomiso mercantil las disposiciones del Código Civil y demás normas legales serán aplicables, únicamente ante vacíos relacionados con la fiducia mercantil en la Ley de Mercado de Valores. En el encargo fiduciario, en cambio, por mandato del inciso 4º del Art. 114 de la L. M. V. son aplicables las disposiciones legales del Código Civil referentes al mandato y las normas de la Comisión Mercantil previstas en el Código de Comercio.

En el fideicomiso mercantil, a su vez es el supuesto de incumplimiento de la obligación contraída por el fideicomitente en el convenio inicial, la entidad fiduciaria puede proceder a vender los bienes fideicometidos que le han sido entregados. En el encargo fiduciario, en caso de incumplimiento de la obligación contraída por el constituyente en el convenio inicial, el fiduciario no puede vender los bienes fideicometidos puesto que no tienen la propiedad de los mismos.

2.5.3. DIFERENCIAS CON EL FIDEICOMISO CIVIL

Debemos partir de las normas del Código Civil, de la Ley de Mercado de Valores y afines, para establecer diferencias entre el fideicomiso civil y el fideicomiso mercantil, que aunque similares en su nombre y origen distan mucho en su estructura y aplicación.

El Código Civil, concibe a esta figura de la siguiente manera:

“Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición. La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso. Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria. La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha construido el fideicomiso, se llama restitución”.

Mientras que, en el lado mercantil, la Ley de Mercado de Valores, que norma y reglamenta al fideicomiso mercantil, define al fideicomiso mercantil en los siguientes términos:

“Por el contrato de fideicomiso una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de los bienes muebles o inmuebles corporales e incorporales, que existan 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 a favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.”

El patrimonio que se constituye en el fideicomiso mercantil es autónomo, separado de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario, conforme lo estipula la Ley de Mercado de Valores: “El patrimonio autónomo que se origina en virtud del contrato de fideicomiso mercantil es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario.”

El fideicomitente en el fideicomiso mercantil transfiere al fiduciario, sólo la facultad de ejercer ciertos derechos y obligaciones para proteger los bienes fideicometidos, a fin de que el patrimonio autónomo cumpla el fin. Lo que se transfiere es un derecho, y éste es, el de administrar, gestionar, invertir, no de gozar ni disfrutar los bienes fideicometidos. Este derecho es el único que adquiere el fiduciario, más no el derecho de propiedad sobre los bienes en sí. Entonces, la transferencia que se realiza hacia el fiduciario es del derecho a administrar libremente y contraer específicas obligaciones, y salvo estipulación expresa no podrá transferirlo; derecho de administrar que una vez extinguido el fideicomiso o cumplida la condición deberá restituirlo a su beneficiario.

Es decir, en el fideicomiso mercantil, el fiduciario no adquiere la propiedad del bien, pues, éste

constituye un patrimonio autónomo, que el fiduciario representa, aparte que no puede ser beneficiario del mismo, y al no poder serlo, tampoco podrá ser dueño.

A diferencia de lo que ocurre en el fideicomiso civil donde no se constituye ningún patrimonio autónomo, la propiedad fiduciaria se traslada directamente al patrimonio del fiduciario, el fiduciario es propietario del fideicomiso mientras no se cumpla la condición, incluso tiene la facultad de enajenarlo.

La concepción tradicional del derecho civil enseña que, el fiduciario debe ser de la confianza del fideicomitente. Este (El fideicomitente) por regla general deposita su confianza en personas que reúnan estas dos condiciones: honorabilidad en el desempeño de su cargo y experiencia en el manejo de negocios ajenos. Pero, a demás de estas dos condiciones se requiere otra que es la seguridad, ya que, el fiduciario puede morir, incapacitarse mentalmente o que decrezca su capital y se coloque en condiciones de insolvencia. De tal forma que, los individuos prefieren a la seguridad antes que a la confianza; es más importante la seguridad que un ciudadano tenga al encargar sus cosas o la seguridad en que los fines propuestos se cumplan, le interesa más, que la seguridad no sea defraudada. Considerando lo manifestado e interpretando al legislador, en el fideicomiso mercantil el fiduciario, por la seguridad que se requiere, solo puede ser una persona jurídica legalmente constituida y autorizada para ello, en nuestro caso, las sociedades administradoras de fondos, a diferencia del fideicomiso civil que puede ser una persona natural.

El fiduciario, en el fideicomiso mercantil debe ser remunerado conforme lo estipulado en el contrato de fideicomiso, en el fideicomiso civil no necesariamente.

En el fideicomiso civil, el fiduciario puede ser una o más personas naturales, mientras que en el fideicomiso mercantil necesariamente tiene que ser una persona jurídica legalmente autorizada.

En el fideicomiso civil, el fiduciario, por ser una persona natural, puede renunciar acogiéndose a lo contratado sin pedir autorización alguna, mientras que el fiduciario mercantil, requiere la venia de la Superintendencia de compañías.

Todo contrato de fideicomiso mercantil deberá elevarse a instrumento público, y a escritura pública cuando las condiciones así lo exijan, así como también a las respectivas inscripciones en los Registros de la Propiedad, Mercantil y del Mercado de Valores. En los contratos de

fideicomisos civiles no es requisito imperativo.

A diferencia de lo que acontece en el campo civil, en el fideicomiso mercantil, el fiduciario (administradores, funcionarios y empleados) deberán guardar secreto sobre las operaciones que ejecutan en razón de sus actividades como fiduciario, en los términos establecidos en la Ley de Mercado de Valores y en el Código de Comercio; es decir se aplica la figura similar al conocido sigilo bancario, el cual podrá ser develado únicamente con orden judicial.

En el fideicomiso civil no existe esta norma imperativa de reserva de la información o contenido del contrato.

Mientras que, el fideicomiso civil se rige únicamente por el Derecho Civil, el mercantil, lo hace principalmente por su propio régimen, Ley de Mercado de Valores, su Reglamento General, Reglamento para el funcionamiento de la sociedad Administradora de Fondos, Reglamento para la Emisión de Certificados de Derechos Fiduciarios, Reglamento para la contratación de Negocios Fiduciarios por las Instituciones del Estado, la Ley de Compañías, código de comercio, disposiciones que para el efecto dicte el Consejo Nacional de Valores, y en lo que no esté previsto en el ámbito mercantil se acoge al Código Civil, como normas supletorias.

No podemos descartar el hecho que el fideicomiso mercantil está reglado por normas de carácter civil, mercantil, incluso unas veces laboral y administrativo, para el constituyente; y mercantil para el fiduciario, habida cuenta de su calidad de institución financiera.

2.5.4. EL FIDEICOMISO MERCANTIL Y EL USUFRUCTO.-

De acuerdo al Código Civil el derecho de usufructo es: “un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa, con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de devolver igual cantidad y calidad del mismo género o de pagar su valor, si la cosa es fungible.”

De lo citado se podría decir que el usufructuario equivaldría al beneficiario o fideicomisario y que el nudo propietario se asimila en algo al constituyente o fideicomitente, pero en verdad entre usufructo y fideicomiso mercantil existen diferencias sustanciales, tales como las anotadas por el Dr. Cevallos:

“En el usufructo existen dos partes, el nudo propietario y el usufructuario, en tanto que en el fideicomiso interviene el fideicomitente o fiduciante y el fiduciario, en el primer caso el

disfrute se produce directamente; mientras que en el fideicomiso el beneficio se lo percibe indirectamente esto es por medio del fiduciario.²¹

Entonces, en el usufructo solo intervienen dos personas (el nudo propietario y el usufructuario). En el usufructo, el usufructuario saca beneficios directos propios y personales del bien, mientras que en el fideicomiso mercantil lo hace indirectamente a través del fiduciario, de allí que necesita la presencia de un tercero intermediario, tercero que nunca puede existir en el usufructo, pues, el nudo propietario administrador nunca va a aparecer como dueño del derecho de usufructo sino que en calidad de administrador tiene meramente el alcance de un representante.

“El usufructuario actúa en su propio nombre y no esta obligado a rendir cuentas como si debe hacerlos el fiduciario tanto el fideicomitente como el fideicomisario.”²²

El usufructuario actúa en su propio beneficio, lo que en otras palabras quiere decir que no tiene que rendir cuentas a nadie, al contrario de lo que sucede en el fideicomiso mercantil, la cantidad fiduciaria no actúa en su beneficio sino a favor del fideicomisario, a quien debe rendirle cuentas periódicamente según consta en el acto constitutivo por su correcta y profesional administración.

“Una nota diferenciadora entre estas dos figuras jurídicas es que en el fideicomiso el fideicomitente transfiere la propiedad de los bienes fideicometidos al fiduciario, cosa que no sucede en el usufructo, pues únicamente se confiere el uso y goce de la cosa a favor del usufructuario.”²³

La diferencia transcrita nace de la característica propia del fideicomiso mercantil: la transferencia de la propiedad de los bienes del constituyente a un patrimonio autónomo, para que el fiduciario lo administre libremente, lo conserve y administre separadamente de su propio patrimonio. En tanto que en el usufructo no hay transferencia, lo que se otorga es el uso y goce de la cosa, sin crear ningún patrimonio especial.

El usufructo pretende darle el manejo directo de la cosa al beneficiario del convenio, pudiendo

---

²¹ CEVALLOS VAZQUEZ, Víctor, ob. Cit. Pág. 299

²² CEVALLOS VAZQUEZ, Víctor, ob. Cit. Pág. 299

²³ CEVALLOS VAZQUEZ, Víctor, ob. Cit. Pág. 299

recaer en una persona natural o jurídica sin tomar en cuenta su profesionalismo, capacidad o experiencia.

Al contrario de lo que se quiere conseguir con el fideicomiso mercantil, donde el manejo se lo da a un tercero (al fiduciario – sociedad administradora de fondos y fideicomisos) que es una persona jurídica profesional, capaz y experta en el manejo de las operaciones fiduciarias, que por lo mismo puede sacar mayores beneficios económicos del bien o bienes fideicometidos.

Otras diferencias que existen entre estas dos figuras jurídicas se aprecian en su constitución y en la extinción. El usufructo puede nacer por mandato de la ley o adquirirse por prescripción, o por la vía del contrato, mientras que el fideicomiso mercantil únicamente pueda crearse por voluntad del constituyente sujetándose a las formalidades impuestas por la ley.

Las cuales de determinación del fideicomiso no son las mismas que las del usufructo, sobretodo por las funciones distintas que desempeñan. Así, el fideicomiso puede extinguirse (como se verá más adelante), por haberse cumplido o hacerse imposible el cumplimiento de los fines para los cuales fue creado o por no cumplirse la condición de que penda su existencia. Causales que no se aplican al usufructo porque tiene otra naturaleza desde el punto de vista dogmático jurídico.

2.5.5. EL FIDEICOMISO MERCANTIL Y EL MANDATO.-

El Código Civil, define al mandato de la siguiente manera: “Mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.”

En el mandato la administración de bienes por cuenta de otra genera el efecto de que los riesgos de la cosa administrada corren a cargo de la persona que ha conferido el mandato y no para el apoderado, procurador o mandatario, porque éste no es más que un ejecutor de la voluntad de aquel y porque el procurador realiza tan sólo el papel de intermediario y no el de parte contratante. Por eso los términos del contrato de mandato son de estricta observancia para el mandatario, quien deberá ceñirse rigurosamente a ellos, por lo que pueden implicarse sus cláusulas para otorgar facultades no conferidas expresamente. El actuar por cuenta de otro significa reemplazar a una parte sustituido en la realización de un acto jurídico, siendo del representado y no del sustituto todos los efectos que se hubiese obtenido en caso de haber

actuado por si mismo.

El mandatario actúa para el mandante, en su presentación y está sujeto a su control.

En cambio, el fiduciario mercantil actúa en nombre propio (no por cuenta de otro) comprometiendo los bienes afectado, sin que sus actos se puedan considerar como realizados por cuenta de otro. Y, por lo mismo, el fiduciario no está bajo el control del beneficiario, pues, como confirma el Dr. Cevallos: "el fiduciario es independiente del fideicomitente."²⁴, a diferencia del mandatario que esta subordinado al mandante.

En cuanto al constituyente del fideicomiso, es claro que transmite la propiedad de ciertos bienes para formar un patrimonio autónomo, por lo mismo no pueden ser embargados por los acreedores posteriores a la constitución ni pueden ser susceptibles de su libre disposición. En el mandato, en cambio, no se crea ningún patrimonio nuevo, peor autónomo, no se trasmite la propiedad, o en palabras del Dr. Víctor Cevallos: "el mandato no constituye un instrumento legal de transmisión de la propiedad privada, es simplemente de presentación y contraprestación"²⁵, son susceptibles de medidas precautelares y embargos por acreedores posteriores a la celebración del contrato.

El fideicomisario de su lado, tampoco es dueño de los bienes sino de los rendimientos que ellos reporten, lo que constituye una ventaja, que se traduce en que el constituyente (que puede ser a la vez el beneficiario) puede ejercer control sobre el fiduciario desleal.

En tanto que, en el mandato, el mandatario aparece como dueño de los bienes entregados por el mandante, por lo que este último ha perdido el control jurídico sobre los mismos y si el mandatario es desleal, lo único que tiene a su haber es acción personal contra el mandatario y no contra terceros, en contraste con lo que sucede en el caso del fiduciario desleal, en el que por su accionar si procede la oposición respecto de terceros.

En otras palabras, el derecho de propiedad en el fideicomiso mercantil presenta una especie de escisión: la propiedad formal pertenece al fiduciario para que tenga titularidad y pueda accionar en defensa de los bienes fideicometidos; al paso que la propiedad en derecho pertenece al beneficiario. En contraposición, a lo que sucede en el mandato, en donde el mandatario carece de título de propiedad sobre los bienes del mandante, aún cuando esté facultado para enajenarlos.

---

²⁴ CEVALLOS VAZQUEZ, Víctor, ob. Cit. Pág. 297

²⁵ CEVALLOS VAZQUEZ, Víctor, ob. Cit. Pág. 297

El mandatario puede ser cualquier persona, mientras que el fiduciario debe ser una persona jurídica calificada por la ley en la solvencia y capacidad requerida para cada negocio.

Son también diferencias entre estas dos figuras jurídicas, lo referente a las obligaciones tributarias legales, así pues, estas imposiciones sobre los bienes entregados en mandato, las cargas tributarias las asumen los propietarios, es decir, recaen sobre el mandante (no sobre el mandatario). En el fideicomiso mercantil estas obligaciones las asume el fiduciario.

Además, existe una diferencia basada en la extensión de las facultades del fiduciario y del mandatario, enunciada por Ramiro Rengifo, cuando nos explica que: “en el mandato el mandatario siempre esta sujeto a las instrucciones que le da el mandante, en tanto el fiduciario, en la fiducia, no tiene en general que recibir instrucciones del fideicomitente o constituyente”²⁶; en caso de duda , el mandatario puede pedir mayores instrucciones al mandante, mientras que el fiduciario debe pedir auxilio a la Superintendencia de Compañías.

Finalmente, el Dr. Cevallos, hace una diferenciación en lo que tiene que ver con la forma de extinción de estas dos figuras contractuales, afirmando que:

“El mandato se extingue con la muerte del mandante, en el fideicomiso la muerte del fideicomitente es irrelevante.”²⁷

Esta dicción esta en conformidad con el Art. 2094, numeral 5º del Código Civil, que determina la extinción del mandato por fallecimiento del mandante, situación que de suyo no es aplicable para el fideicomiso, puesto que los bienes fideicometidos integran un patrimonio distinto del constituyente. Incluso se puede ir más allá, si muere el mandatario, se termina el contrato de mandato, pero si se disuelve la entidad fiduciaria, podría continuar el fideicomiso en caso de haberse previsto la posibilidad de sustituirla.

2.5.6. EL FIDEICOMISO MERCANTIL Y LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS.

---

²⁶ RENGIFO, Ramiro, “LA FIDUCIA, Legislación Nacional y Derecho Comparado”, s.e., Edit. Editora e Impresora Ramos, Bogotá, 1984. pág. 172

²⁷ CEVALLOS VAZQUEZ, Víctor, ob. Cit. Pág. 297

Según el Dr. Cevallos, la estipulación a favor de terceros “se caracteriza porque efectivamente existe un interés que la motiva para la determinación del beneficiario, por ejemplo, en el contrato de seguro, la aseguradora es una empresa fiduciaria y se puede contratar con ella el pago de una prima a favor de terceras personas por parte de la aseguradora. En el fideicomiso el tercero puede ser una persona respecto de la cual el constituyente no tenga relación de interés e incluso que no la conozca, pero eso sí determinable.”²⁸

Entonces, la estipulación a favor de un tercero consiste en el acuerdo entre el estipulante y el promitente, por el cual el último se compromete a cumplir una prestación a favor de un tercero, llamado beneficiario y que no ha tomado parte en el acuerdo.

El derecho del tercero beneficiario nace con el acuerdo entre el estipulante y el promitente, pero solo se realiza o ejecuta con el consentimiento del beneficiario. Es pues, una figura tripartida, de ahí su semejanza con el fideicomiso mercantil, en donde también ordinariamente (no siempre) hay una estipulación a favor de un tercero que no intervino en la constitución de la obligación original, esto es, cuando el constituyente sea una persona o sujeto distinto al beneficiario.

Sin embargo, entre las principales diferencias entre el fideicomiso mercantil y la estipulación a favor de un tercero encontramos que en la estipulación para otro el beneficiario tendría un derecho personal frente al promitente como consecuencia del contrato; en tanto que, en el fideicomiso mercantil, el tercero o beneficiario tiene verdaderos derechos reales respecto de los bienes fideicometidos, ya que este contrato implica la transmisión del derecho de dominio al fiduciario para que cumpla el encargo, al contrario de lo que sucede en la estipulación a favor de un tercero, donde no hay ninguna transmisión de dominio ni constitución de patrimonios autónomos.

El fideicomiso mercantil es un contrato mucho más complejo, porque requiere para su ejecución de todo un aparato administrativo. La estipulación a favor de un tercero sólo deviene en el cumplimiento de una obligación.

El fideicomiso mercantil requiere de solemnidades, como la de constituirse a través de instrumento público, registrarse, etc. La estipulación a favor de un tercero no.

---

²⁸ CEVALLOS VAZQUEZ, Víctor, ob. Cit. Pág. 298

El fideicomiso mercantil está regulado por la L. M. V., su reglamento y anexos, mientras que, la estipulación a favor de terceros lo está por el Derecho Civil.

2.5.7. EL FIDEICOMISO Y LAS FUNDACIONES:

En nuestro ordenamiento jurídico se reconoce dentro de las personas jurídicas a las fundaciones, efectivamente en el C.C., se dice que deben ser aprobadas por el Ejecutivo, y que el objeto de éstas es crear fondos para obras o actividades sin fines de lucro, que deberán estar claramente determinadas en los estatutos respectivos, por ejemplo, para el mantenimiento de una universidad. Los fondos que requieren las fundaciones (pertenecen a dicha persona jurídica) para conseguir sus fines, para ello se obliga por medio de su representante legal; este hecho a veces provoca confusión con los fideicomisos mercantiles, sin embargo, existen entre estas dos figuras jurídicas muchas diferencias, pues, las fundaciones no persiguen fin de lucro; en tanto que las fiduciarias siempre persiguen fin de lucro y el encargo del fideicomitente ordinariamente está encaminado al logro de un beneficio económico.

El fideicomiso mercantil está regulado básicamente por las normas del Código de Comercio, a diferencia de las fundaciones que fundamentalmente observan las normas del C.C.

De otro lado, mientras a las fundaciones las aprueba el Presidente de la República por medio del Ministro o Secretario de Estado correspondiente; las compañías administradoras de fondos son aprobadas por el Superintendente de Compañías de acuerdo al Art. 100 de la L.M.V., las entidades del sector público pueden actuar como fiduciarios de acuerdo a lo previsto en sus propias leyes.

2.6. VENTAJAS DE LA UTILIZACIÓN DEL FIDEICOMISO MERCANTIL:

Las ventajas de la utilización del fideicomiso mercantil resultan básicamente de las diferencias con el fideicomiso civil, , encontramos en la obra “Mercado de Valores y Contratos” Tomo II, capítulo XV, del Dr. Víctor Cevallos V., una enumeración completa sobre este punto:

“a) Genera un patrimonio autárquico o autónomo para asegurar el ahorro y riqueza.”

Patrimonio autónomo característico del fideicomiso mercantil, que le permite tener su propia identidad sin importar la suerte de los otros patrimonios personales ni del fideicomitente ni del fiduciario, y como consecuencia de ello, coadyuva al desarrollo económico de la sociedad

mediante el ahorro y la producción.

“b) Sirve como mecanismo financiero para mantener en el tiempo las fortunas.”

Pues claro, una persona jurídica como una sociedad administradora de fondos y fideicomisos, no corre el mismo riesgo que una natural, éstas (las personas jurídicas) pueden perdurar a través no sólo de algunos años sino de generaciones, si así lo dispone el constituyente en el acto constitutivo.

“c) Es una fórmula jurídica que propicia la administración profesional de la riqueza y su redistribución por voluntad del fideicomitente a través del fiduciario.” En tratándose de compañías administradoras de fondos y de fideicomisos, que son eminentemente profesionales para administrar, son las más especializadas e indicadas para ello, y no como sucede en la realidad que se confía la administración a personas empíricas con resultados, muchas veces, desastrosos.

“d) es un contrato que puede ser empleado como medio para gratificar a alguien (un hijo no reconocido por ejemplo), para cumplir finalidades altruistas en los campos educativos, cultural, científico, etc.”

Como tantas otras posibilidades que se han ido abriendo camino desde que se consolidó esta figura en la legislación mercantil.

“e) Se lo cataloga también como un instrumento jurídico que con ventaja hace viable la integración de un patrimonio, en donde se privilegia la seguridad económica, sin disculpar la seguridad jurídica.”

“f) El fideicomiso le sirve con mucho al fideicomitente como una alternativa de ahorro e incremento de su patrimonio cuando también es el beneficiario. Por ejemplo, se puede acordar que cuando la gestión del fiduciario haga efectiva o alcance una suma determinada, todos los bienes le serán restituidos al fiduciante o constituyente.”

De tal forma que, se lo pueda usar en transacciones mercantiles, para provecho propio, sin correr un alto riesgo.

“g) A decir de Messineo el negocio fiduciario sirve para facilitar el ejercicio o la

ulterior transferencia de un derecho y para poner al seguro los bienes.”²⁹

La idea es esa, facilitar, agilizar, hacerles más viables las actuales transacciones, a diferencia de los procedimientos tradicionales. Se acude al fideicomiso mercantil, debido a que las formas tradicionales de negocios fiduciarios resultan insuficientes e inseguras; y,

“h) La transferencia de los bienes para la constitución de un contrato de fideicomiso mercantil está exenta de tributos, por mandato legal, lo que constituye un atractivo para los sujetos intervinientes por el abaratamiento de gastos en su constitución y transferencia de bienes para conformar el patrimonio autónomo.

Capítulo Tercero

3. PARTES INTERVINIENTES EN EL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL

3.1. SUJETOS

3.1.1. EL FIDEICOMITENTE O CONSTITUYENTE

Rodolfo Batiza, considera que: “el fideicomitente es la persona natural o jurídica que crea un fideicomiso por una manifestación expresa de su voluntad.”³⁰

En otras palabras, el fideicomitente es el primer actor dentro del contrato y constituye un elemento de carácter personal, es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública que transfiere sus bienes o sus derechos a un patrimonio autónomo representado por un fiduciario para que administre en su provecho o de un tercero nombrado por él, voluntad que constará estipulada por escrito en el acto constitutivo.

El constituyente, es quien transfiere los bienes, en fideicomiso, al fiduciario; pudiendo ser el mismo fideicomitente beneficiario del fideicomiso.

---

²⁹ CEVALLOS VAZQUEZ, Víctor, “Mercado de Valores y Contratos”, ob. Cit. Pág. 284

³⁰ BATIZA Rodolfo, “El Fideicomiso, Teoría y Práctica”, Editorial Porrúa S.A., 3ª edic. México, 1976, pág. 163.

Nuestra ley no prohíbe la existencia de más de un constituyente. Además, el fideicomitente debe reunir los requisitos enunciados por el Código Civil: que sea legalmente capaz, los incapaces pueden actuar a través de sus representantes legales, al igual que las personas jurídicas; que tengan libre disposición de sus bienes; que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga causa lícita.

3.1.1.1. DERECHOS DEL FIDEICOMITENTE.-

1. Los derechos que se hubiere reservado en el contrato. El fideicomitente como dueño de los bienes fideicometidos, al momento de constituir, puede reservarse algunos derechos determinados para la finalidad específica. Derecho constante en el Art. 126, literal "a" de la L.M.V.

2. Puede designar uno o más fiduciarios y uno o más fideicomisarios, pudiendo tener la doble calidad tanto de constituyente como de beneficiario, conforme lo establece el Código Civil que dice:

"El que constituye un fideicomiso puede nombrar no solo uno, sino dos o más fiduciarios, y dos o más fideicomisarios".

3. Indicar los fines específicos del fideicomiso en el mismo contrato celebrado.

4. Exigirle al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el acto constitutivo e impartirle instrucciones al fiduciario en cuanto a su desempeño, tal cual lo dispone el literal "b" del Art. 126 de la L.M.V.

5. Revocar el fideicomiso.- Siempre y cuando esté contemplada en la reserva ya anunciada, y que ésta sea de interés particular (no de interés general), lo cual no implica necesariamente la terminación del contrato de fideicomiso, debido a que en algunos casos lo que cambia es la persona del fiduciario.

6. Exigir la rendición de cuentas al fiduciario.- Tiene que ver con la obligación que tiene el fiduciario de presentar informes razonados sobre la situación del fideicomiso dentro de los plazos fijados, acerca de la administración e inversión del fideicomiso. Derecho recogido en el literal "c" del Art. 126 de la Ley de Mercado de Valores.

7. Ejercer acciones de responsabilidad civil y penal, contra el fiduciario por dolo, culpa leve en el desempeño de su gestión, pudiendo elevar quejas por el incumplimiento de las obligaciones ante el superintendente de compañías; sin perjuicio de demandar ante el juez del domicilio del fiduciario. Derecho consagrado en el Art. 126, literal “d” de la Ley de Mercado de Valores.

8. “A que sus acreedores no persigan sus créditos en los bienes fideicometidos, excepto en el caso de la constitución fraudulenta del fideicomiso.”³¹

Tal cual lo disponen los artículos 118, 121 y 122 de la Ley de Mercado de Valores.

9. “... A no asumir obligaciones que vayan más allá de los bienes transferidos para la constitución del fideicomiso mercantil”.³²

10. Obtener la restitución de los bienes remanentes del patrimonio autónomo a la terminación del fideicomiso mercantil, cuando así se hubiere estipulado en el acto constitutivo o inicial, o a alta del beneficiario designado.

11. El fideicomitente tiene derecho a estipular en el contrato constitutivo que el fideicomiso se someta a auditoría externa; sin embargo el Consejo Nacional de Valores, establecerá mediante norma general los casos en los que obligatoriamente los fideicomisos deberán contar con auditoría externa, teniendo en consideración el monto y naturaleza de los mismos, según lo preceptuado en el inciso final del artículo 118 de la L.M.V; y,

12. “Todos los demás derechos que la ley le provea, y que no sean incompatibles con la Institución.”³³

En general, todos aquellos derechos que se desprendan de la gestión que fue encomendada a la fiduciaria, y los que se hubiera reservado para sí en el respectivo contrato de fideicomiso mercantil.

3.1.1.2. OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE.-

---

³¹ CEVALLOS VASQUEZ, Víctor, “Mercado de Valores y Contratos”, ob. Cit., pág. 276.

³² CEVALLOS VASQUEZ, Víctor, “Mercado de Valores y Contratos”, ob. Cit., pág. 276.

³³ GOMEZ DE LA TORRE, Diego, “El Fideicomiso Mercantil”, ob. Cit., pág. 54.

1. Transferir al fiduciario los bienes y derechos fideicometidos, que se encuentren bajo la libre disposición.
2. Fijar y cancelar la remuneración pactada al fiduciario, dentro del plazo estipulado, si en el contrato no se ha dispuesto que estos valores serán sufragados por el patrimonio autónomo, incluso por el beneficiario.
3. Rembolsar los gastos por desempeño del cargo del fiduciario, sino se ha manifestado en contrario. Contrato que lo haga por el patrimonio autónomo o por el beneficiario.
4. Saneamiento para el caso de evicción. Es decir, que el fideicomitente tendrá que responder por todos aquellos vicios que llegare a tener el bien como embargos, hipotecas, prohibiciones de enajenar o cualquier otro vicio redhibitorio.
5. Declarar bajo juramento sobre la licitud del origen de los bienes que se transfieren, así como lo que hace es sin ánimo de perjudicar, conforme lo dispone el Art. 120 literal "b", de la Ley de Mercado de Valores, que al respecto enuncia que se requiere hacer constar en el contrato de fideicomiso mercantil "una declaración juramentada del constituyente de que los dineros o bienes transferidos tienen procedencia legítima; que el contrato no adolece de causa u objeto lícito y, que no irroga perjuicios a acreedores del constituyente o a terceros. "; y,
6. Colaborar para que la finalidad del contrato se cumpla plenamente.

3.1.2. EL FIDUCIARIO

El fiduciario maneja el patrimonio autónomo compuesto del conjunto de derechos y bienes transferidos por el constituyente o fideicomitente, ejerciendo la titularidad del dominio sobre el patrimonio autónomo para todos los efectos legales y los destinará exclusivamente al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo del fideicomiso mercantil. El fiduciario es un dueño legal que tiene afectado ese derecho en provecho del beneficiario quien será, en definitiva, atendiendo al carácter temporal del fideicomiso mercantil, quien llegue a tener el dominio de los bienes que integran el patrimonio autónomo, sin perjuicio de ser el

dueño económico del fideicomiso mercantil mientras esté vigente. El fiduciario ostenta la representación legal del patrimonio autónomo, a fin de que pueda intervenir, con todos los derechos y atribuciones como sujeto procesal, bien sea de manera activa o pasiva, ante las autoridades competentes en toda clase de procesos, trámites y actuaciones administrativas o judiciales que deben realizarse para la protección de los bienes que lo integran, así como para exigir la solución de créditos a favor del fideicomiso y para el logro de las finalidades pretendidas por el constituyente.

Pueden actuar como fiduciarios mercantiles las compañías administradoras de fondos y fideicomisos debidamente autorizadas para operar, y, también las entidades públicas, por mandato del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, que dice en la parte pertinente: "Las entidades del sector público podrán actuar como fiduciarios de conformidad con lo previsto en sus propias leyes".

Adicionalmente con ese mismo fin se ha expedido el reglamento para la Contratación de Negocios Fiduciarios para las Instituciones del Estado, que permite actuar como fiduciarias a las entidades públicas o estatales, siempre y cuando tengan la decisión a favor de la máxima autoridad de la institución y cumplan con lo establecido en la Ley de Mercado de Valores y con el procedimiento de contratación establecido en el artículo 2 del Reglamento mencionado.

3.1.2.1. DERECHOS DEL FIDUCIARIO

El fiduciario tiene los siguientes derechos:

1. "Tienen la potestad de aceptar el encargo encomendado por el fideicomitente."³⁴
Pero, en el supuesto que se establezca un fideicomiso en el que el fiduciario figure también como beneficiario, o que este fideicomiso tenga el carácter de revocable, cuando el objeto o las causas no son lícitas, o se intente irrogar perjuicios a terceros, el fiduciario no podrá aceptar la constitución.

Hidelbrando Leal Pérez, sobre los derechos del fiduciario, dice que "él tiene todas las facultadas necesarias para cumplir la finalidad señalada por el fideicomiso, con las limitaciones que se deriven de los términos del encargo de su incompatibilidad con el logro de la misma finalidad o de las reservas hechas por el fiduciante en el momento de la constitución."³⁵

---

³⁴ CEVALLOS VASQUEZ, Víctor, "Mercado de Valores y Contratos", ob. Cit. Pág. 278.

³⁵ LEAL PEREZ, "Contratos Bancarios", Hidelbrando, ob. Cit. Pág. 407 – 408.

Este derecho esta plasmado en el artículo 23 del Reglamento para el Funcionamiento de la Sociedad Administradora de Fondos y Fideicomisos, cuando puntualiza que:

“Art. 23 De las facultades comunes a la administración de fondos y fideicomisos.- En el desempeño de sus funciones como administrador de fondos o fiduciaria, la compañía tendrá todas las acciones y derechos inherentes al dominio, las cuales ejercerá ajustándose a los fines del fondo y fideicomiso y a los lineamientos y obligaciones que le imponga la ley y el control respectivo.”

En definitiva, el fiduciario, podrá intervenir, con todos los derechos y atribuciones necesarias para el logro de las finalidades pretendidas por el constituyente.

2. Ejercer la titularidad del fideicomiso mercantil sobre el patrimonio autónomo para proteger y defender a los bienes que lo integran. El propietario fiduciario es dueño de la cosa constituida en fideicomiso; en consecuencia, está facultado para enajenarla o transmitirla por causa de muerte, salvo cuando el constituyente se lo prohíba.

3. El fiduciario puede gravar la propiedad con un derecho real hipotecario, una servidumbre o un censo; pero, para ello deberá hacerlo con autorización judicial dada con conocimiento de causa y con anuencia de aquellas personas con derecho a solicitar medidas conservativas sobre los bienes fideicometidos , atendiendo a lo dispuesto por el Código Civil; personas que no son otras que el fideicomisario, los ascendientes del fideicomisario, que se espera exista, los personeros de las corporaciones y fundaciones interesadas.

4. El fiduciario tiene derecho a gozar de los frutos naturales y civiles de la cosa, acorde al mandato del Código Civil.

5. “La representación y defensa de la denominada masa de los bienes fiduciarios.”³⁶

El fiduciario ostenta la calidad de representante legal del fideicomiso mercantil sobre el patrimonio autónomo que lo integra, y como tal lo representa en actos y contratos judiciales y extrajudiciales.

6. Derecho a renunciar, siempre que no cause perjuicio al constituyente, al beneficiario o a terceros vinculados con el fideicomiso mercantil y, por los motivos expresamente indicados en

---

³⁶CEVALLOS VASQUEZ, Víctor, “Mercado de Valores y Contratos”, ob. Cit. Pág. 278.

el contrato constitutivo, por falta de pago de su remuneración, porque el beneficiario no pueda o se niegue a recibir los beneficios de conformidad con el contrato, por falta de cancelación, con previa autorización del Superintendente de Compañías, quien en atención a lo dispuesto en el contrato podrá resolver la entrega física de los bienes fideicometidos al constituyente o a quien tenga derecho de ellos o al fiduciario sustituto previsto en el contrato, al que designe el beneficiario o al que el (Superintendente de Compañías) designe, según el caso. Derecho enunciado por el Art. 131 de la L.M.V.

7. Derecho a la remuneración pactada. El Art. 132 de la Ley de Mercado de Valores, ordena imperativamente que siempre será remunerada las actuaciones del fiduciario, la que deberá constar en el contrato de fideicomiso mercantil.

8. “Voto de acciones.- Cuando el fideicomiso incluye acciones de sociedades, el fiduciario teniendo el correspondiente título valor, puede ejercer los derechos de accionista, teniendo siempre en cuenta que debe actuar en forma ventajosa para el fideicomisario”³⁷

9. “Excusarse de acuerdo con la ley para continuar actuando como fiduciario”³⁸ Es decir, puede terminar el contrato por las causales previstas por la ley o el contrato de fideicomiso.

3.1.2.2. OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO:

1. Las obligaciones tienen que ver fundamentalmente con la administración del patrimonio autónomo, de tal manera que, es responsabilidad del fiduciario administrar los bienes en la forma establecida con diligencia y profesionalismo, y por ser el fiduciario una persona jurídica, la administración la realizarán sus representantes legales. Derecho puntualizado en el Art. 105 de Ley de Mercado de Valores, cuando expresa que uno de los derechos del fiduciario es:

“a) Administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos en fideicomiso mercantil,... pudiendo celebrar todos los actos y contratos necesarios para la consecución de las finalidades instituidas por el constituyente”.

---

³⁷ IDARRAGA DE ROSSI, Catalina, DIDIER, Monique, “La Fiducia y la Responsabilidad del Fiduciario”, s.e., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Bogotá, 1983, pág. 42.

³⁸ CEVALLOS VASQUEZ, Víctor, “Mercado de Valores y Contratos”, ob. Cit. Pág. 279.

El fiduciario administra el patrimonio autónomo y realiza diligentemente como titular de dominio sobre el mismo todos los actos, contratos, negocios, y gestiones necesarias para la consecución de la finalidad convenida, ciñéndose a las instrucciones contenidas en el acto constitutivo, a las disposiciones legales y reglamentarias sobre fideicomiso mercantil.

El Reglamento para Emisión de los Certificados de Derechos Fiduciarios, en su Art. 2, numeral 2.2. permite al fiduciario delegar ciertas funciones a terceros, mas no su responsabilidad. Las funciones indelegables según el Art. 2 inciso 8º del Reglamento citado son:

- a) Obtener las autorizaciones que se requieran, conforme a las disposiciones del presente Reglamento;
- b) Recibir del constituyente y por cuenta del fideicomiso mercantil, los activos que lo integrarán;
- c) Emitir valores representativos de derechos sobre activos que existen o se espera que existan, integrados en el fideicomiso mercantil.”

La Ley de Mercado de Valores, en el Art. 128, añade una función más que no puede delegar el fiduciario y es la rendición de cuentas a terceras personas u órganos del fideicomiso.

El mismo Art. 2, inciso 9º, del R.C.D.Fs., ratifica que la responsabilidad del fiduciario alcanza únicamente la buena administración, a menos que haya actuado con dolo o culpa leve, declarados como tales en sentencia ejecutoriada.

2. El fiduciario esta obligado al control y conservación de los bienes fideicometidos luego de tomar posesión de los mismos (Art. 790, inc. 2º del Código Civil), debe cuidarlos como un buen padre de familia, ya que el responde hasta de la culpa leve, esto es, por la falta de diligencia o cuidado que los hombres emplean de ordinario en los negocios propios; no pudiendo apropiarse de los bienes materia del fideicomiso.

El fiduciario según el Art. 787 del C.C. no esta obligado a rendir caución de conservación y restitución, sino en virtud de orden de sentencia judicial ejecutoriada.

3. Debe separar e identificar los bienes que están dentro del fideicomiso mercantil de los suyos propios y de otros fideicomisos que se encuentren a su cargo, para lo cual, además, mantendrá registros contables propios y únicos del o de los fideicomisos encargados separados

de otros activos, conforme reza el literal “b” del Art. 103 de la Ley de Mercado de Valores: “Mantener el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario separado de su propio patrimonio y de los demás fideicomisos mercantiles y encargos fiduciarios que mantenga...”

4. Debe inventariar los bienes con el fin de determinar el contenido de la obligación de restitución una vez cumplida la obligación (Art. 800 C.C en concordancia con el 810 del C.C.).

5. El fiduciario esta obligado al cuidado y pericia en su administración, debiendo procurar “obtener el mayor rendimiento posible dentro del mercado. No se conciben operaciones gratuitas”³⁹

6. El fiduciario tiene la obligación de iniciar acciones judiciales, agotando toda su capacidad para recuperar los créditos que tenga el fideicomiso; y, de defenderse de acciones judiciales en contra del fideicomiso mercantil, como representante legal del fideicomiso mercantil sobre el patrimonio autónomo que lo integra tiene la obligación de proteger y defender los bienes fideicometidos a fin de procurar la consecución del fin deseado por el constituyente.

7. El fiduciario debe invertir conforme a las instrucciones contenidas en el contrato, cuando las hubiera. En caso contrario, le podría acarrear acciones en su contra.

8. Debe distribuir entre los beneficios los resultados obtenidos, utilidades o pérdidas, de acuerdo con las características, términos y condiciones del fideicomiso mercantil.

9. Transferir los bienes a quien corresponda, cuando se cumpla la condición, jamás el fiduciario podrá convertirse en el beneficiario. El Art. 104, literal “d” de la L.M.V., así lo dispone, cuando manda a que: “el fideicomiso... será entregado exclusivamente a él o a los beneficiarios señalados en el título constitutivo del mismo o a sus sucesores de derecho.”

Con mayor detalle se puede afirmar que, el fiduciario tiene derecho a realizar la partición o liquidar el patrimonio autónomo a la terminación del fideicomiso mercantil, pagando en primer término las deudas a cargo del patrimonio autónomo, de acuerdo con la prelación legal de crédito y transferir los bienes remanentes del fideicomiso mercantil a quien corresponda, de acuerdo con el contrato constitutivo o con la Ley.

---

³⁹ GARCIA DE LA TORRE, Fernan, “El Fideicomiso de Inversión”, s.e., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y socioeconómicas, Bogotá, 1990, pág. 67.

A la terminación del fideicomiso mercantil por cualquier causa, los bienes remanentes del patrimonio autónomo serán transferidos por el fiduciario al beneficiario designado y, a alta de éste, al constituyente o a sus herederos o sucesores.

10. El fiduciario puede elevar a consulta las deudas y alcances de sus obligaciones a la Superintendencia de Compañías.

11. El fiduciario es responsable y tiene la obligación de pagar los impuestos que genere el fideicomiso mercantil que se haya generado por la administración del patrimonio del fideicomiso mercantil a su cargo, sin perjuicio de la responsabilidad tributaria del constituyente y del beneficiario. El fiduciario tendrá acción de repetición contra el patrimonio autónomo, contra el constituyente y contra el beneficiario, para el reembolso de las sumas que llegará a pagar con sus propios recursos por impuestos a cargo de los patrimonios autónomos que administre. Al respecto, el artículo 135, inciso 4º, de la L.M.V., expresa que: “el fiduciario será responsable solidario con el fideicomiso mercantil por el incumplimiento de deberes formales que como agente de retención y percepción le corresponden al fideicomiso”.

12. Rendir cuentas respaldadas al constituyente y al beneficiario de todos los movimientos cada cierto plazo previamente establecido, plazo que de no haber disposición en contrario, será por lo menos cada tres meses , según lo establece el literal “c” del Art. 103 de la L.M.V. Rendición de cuentas que además es indelegable a terceras personas u órganos del fideicomiso.

13. Otra obligación que nos hace saber el Dr. Cevallos es: “Responder de su gestión ante el fideicomitente y fideicomisario, según el caso. Teniendo en cuenta que la administración debe ser ordinaria y prudente, según el reglamento de la materia...”⁴⁰

14. Tiene el fiduciario la obligación de dar por terminado el contrato de fideicomiso mercantil, una vez que se verifique que sean cumplido las condiciones y efectos previstos en el contrato.

15. Informar a la Superintendencia de Compañías sobre sus negocios fiduciarios en la forma y plazos que determine el Consejo Nacional de Valores, al tenor de lo que indica el literal

---

⁴⁰ CEVALLOS VASQUEZ, Víctor, “Mercado de Valores y Contratos”, ob. Cit. Pág. 281.

“f” del artículo 104, de la L.M.V; y,

16. Guardar secretos sobre todas las operaciones que ejecuten en razón de sus actividades como fiduciario, obligación equivalente al “siglo bancario”.

3.1.3. EL FIDEICOMISARIO O BENEFICIARIO

Es el tercer actor dentro del contrato y constituye un elemento de carácter personal, es la o las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, privadas, públicas o mixtas, distintas del fiduciario, designadas por el constituyente que existen o que se espera que existan en el momento de la constitución o de la extinción del fideicomiso y en cuyo provecho se desarrolla la gestión fiduciaria. Podrán ser beneficiarios los propios constituyentes y los fideicomisos mercantiles; nunca podrá serlo el fiduciario, ni directa ni indirectamente. Al decir de Juan Villacís: “el beneficiario puede ser el mismo fideicomitente o puede ser sustituido por otro bajo ciertas circunstancias, no es necesario que exista (o se conozca) desde el principio del contrato fiduciario.”⁴¹

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, conforme establece el 2º inc. Del Art. 116 de la L.M.V.

Para poder ser fideicomisario es indispensable existir en el momento de la verificación de la condición, sin perjuicio de que el constituyente agregue otras condiciones. Por ello es que, expresamente el Art. 116 de la L.M.V., permite que se pueda designar como beneficiario del fideicomiso mercantil a una persona que al momento de la constitución del mismo no exista pero se espera que exista.

En lo ue tiene que ver con el número de beneficiarios, pueden existir varios, así como también varios beneficiarios sustitutos, atendiendo a grados de preeminencia, para el caso de que el fideicomisario deje de existir antes de la restitución, tal cual preceptúa el artículo 116 de la Ley de Mercado de Valores, en concordancia con los Arts. 775, 776 y 777 del C.C.

Es importante anotar que durante el tiempo que penda la condición, el fideicomisario sólo tiene meras expectativas, sin perjuicio de ciertos derechos previstos en la ley como el de exigir medidas conservativas (Art. 793 del C.C., 1er inciso, en concordancia con el Art. 1535 del C.C.). Por lo tanto si el fideicomiso muere, no trasmite derecho alguno del fideicomiso, ni siquiera la simple expectativa, que pasa a los sustitutos designados por el constituyente si los hubiere, o se revierte la propiedad al fideicomitente.

La Ley de Mercado de Valores, en su artículo 116, inciso 3º, prohíbe enfáticamente que se designe en e contrato de fideicomiso mercantil como fideicomisario principal o sustituto al mismo fiduciario, sus administradores, representantes legales o sus empresas vinculadas, a fin de no desvirtuar el verdadero sentido que tiene este instrumento jurídico.

3.1.3.1. DERECHOS DEL BENEFICIARIO.

El fideicomisario, además de los derechos que se le concede en el acto constitutivo y en la ley, tiene entre los más importantes, los siguientes:

1. El literal “a” del Art. 127 de la L.M.V., concede al beneficiario todos los derechos que consten en el contrato, siempre y cuando no sean incompatibles con el constituyente o los del fiduciario o con a esencia del fideicomiso.
2. Derecho a exigir al fiduciario el cumplimiento de sus obligaciones sobre los bienes fideicometidos, o como nos dice Catalina Idarraga, tiene derecho a: “exigir el fiduciario el cumplimiento del fideicomiso y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas.”⁴²
3. Batiza Rodolfo, señala el derecho del beneficiario a solicitar providencias precautelarias de los bienes fideicometidos si pareciere sufrir pérdidas o menoscabo del fiduciario. En vista que el Derecho Mercantil no habla sobre éste particular, nos remitimos al Código Civil, que es el instrumento supletorio, que en el artículo 793 dice: “ el fideicomisario, mientras pende la

---

⁴¹ VILACIS VILLASIS, Juan, “El que y el cómo de Fiducia, Fideicomiso Mercantil y Casas de Valores”, Edit. Copyright, 1ª ed., Quio, 1999, pág. 9.

⁴² IDARRAGA, Catalina, DIDIER ,Monique, “La Fiducia y la Responsabilidad del Fiduciario”, ob. Cit., pág.38.

condición, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso sino la simple expectativa de adquirirlo. Podrás sin embargo, solicitar las providencias conservatorias que le convengan, si la propiedad pareciere peligrar o determinarse en manos del fiduciario. Tendrán el mismo derecho los ascendientes del fideicomisario que todavía no existe y cuya existencia se espera; los personeros de las corporaciones y fundaciones interesadas...”.

4. El literal “d” del Art. 127 de la Ley de Mercado de Valores, dispone como un derecho del beneficiario:

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

Pues, como se ha estado afirmando el fiduciario debe actuar en la administración del fideicomiso con el mayor profesionalismo, diligencia y honestidad, en caso contrario, el beneficiario, al igual que el constituyente puede ejercer acciones civiles y penales en contra de él.

5. El literal “e” del Art. 127, de la Ley de Mercado de Valores, otorga al beneficiario el siguiente derecho: “impugnar los actos de disposición de bienes del fideicomiso mercantil realizados por el fiduciario en contra de las instrucciones y finalidades del fideicomiso, dentro de los términos establecidos por la Ley.”

El beneficiario no solo que podrá impugnar sino que también exigir la devolución de los bienes respectivos a quien corresponda. Es decir, el fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario, y exigir la devolución de los bienes fideicometidos que hayan pasado a otras manos como consecuencia de los actos anulables que el fiduciario haya efectuado en su perjuicio, sin autorización judicial, de mala fe o en exceso de sus facultades.

6. El Dr. Diego Gómez de la Torre, enuncia como otro derecho que tiene el beneficiario al “oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes dados en fideicomiso, en el caso de que el fiduciario no lo hiciere,”⁴³

7. El literal “c” del Art. 127 de la L.M.V.. faculta al beneficiario: “Exigir la fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta el Consejo Nacional de Valores, sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales”.

---

⁴³ GOMEZ DE LA TORRE, Diego, “El Fideicomiso Mercantil”, ob. Cit, pág. 58.

8. El literal "f" del Art. 127 de la Ley de Mercados de Valores, concede al beneficiario el siguiente derecho: "Solicitar la sustitución del fiduciario, por las causales previstas en el contrato, así como en los casos de dolo o culpa leve en los que haya incurrido el fiduciario, conforme conste de sentencia ejecutoriada o laudo arbitral y, en el caso de disolución o liquidación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos."

Pedimento de remoción al fiduciario que lo presentará ante el Superintendente de Compañías, sólo si se ha incumplido lo contractualmente establecido, así como en los casos de dolo o culpa leve en los que haya incurrido el fiduciario conforme conste de sentencia ejecutoriada o laudo arbitral y, en el caso de disolución o liquidación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos.

9. Exigir la entrega de los bienes dados en fideicomisos a la terminación del contrato de fideicomiso mercantil, cuando así se haya estipulado o por mandato de la ley; y,

10. Es necesario indicar finalmente que, cuando el fideicomisario es el mismo fideicomitente o constituyente, posee todos los derechos que le corresponden a éste.

3.1.3.2. OBLIGACIONES DEL BENEFICIARIO.

Únicamente en el evento de que en el acto constitutivo se haya estipulado que el beneficiario deba pagar al fiduciario los honorarios y gastos por concepto de la administración del fideicomiso mercantil, es su obligación hacerlo, dentro del plazo señalado en el mismo contrato.

3.1.4. PATRIMONIO

Cuando nos referimos al fideicomiso mercantil hablamos de la constitución de un patrimonio autónomo con los bienes fideicometidos, que como ya explicamos es un patrimonio diferente a los patrimonios de las partes que intervienen en el fideicomiso. A ninguno de los tres sujetos que intervienen en el fideicomiso se les atribuye al patrimonio constituido por los bienes fideicometidos; sino que, se entenderá este como un patrimonio afectado a un fin determinado, con identidad propia distinta de los otros patrimonios. La separación de los bienes de un fideicomitente de los bienes de otros y de los activos que conforman el patrimonio del contrato de fideicomiso mercantil es una superación no solamente contable y jurídica, sino también

física. De tal suerte que, la fiduciaria tendrá tantos patrimonios como fideicomiso tenga bajo su titularidad.

Raúl Cervantes, sobre este asunto dice que:

“No importa, en realidad, el problema de la propiedad, porque el patrimonio fideicometido puede estar constituido por derechos que no constituyen propiedad en sentido jurídico (“pueden ser objetos de fideicomiso toda clase de bienes o derechos”), y porque, en todo caso, si se tratare de derechos dominicales habrán sido sacados fuera del régimen normal de la propiedad para colocarse bajo la titularidad del fiduciario. El fiduciario es titular, no propietario.

Por titularidad se entiende la cualidad jurídica que determina la entidad del poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica. El poder del fiduciario sobre el patrimonio fideicometido estará determinado por el acto constitutivo del fideicomiso, y si no lo estuviere, por la naturaleza del fin a que los bienes fideicometidos se destinan.”⁴⁴

3.1.4.1. EL PATRIMONIO COMO SUJETO DEL FIDEICOMISO MERCANTIL.-

Existe una corriente jurídica que considera al **patrimonio fiduciario como un sujeto** dentro de la relación fiduciaria, ya que de por sí, puede obligarse y tener derechos, representado siempre por el fiduciario, debido a que el patrimonio no es un ser real, que actúe con su propia voluntad, el cual “debe ser respetado, con independencia de la persona o personas físicas o jurídicas, que en el aspecto constitutivo, y posteriormente en el administrativo, intervengan en el fideicomiso. Pues este patrimonio y su personalización, solo duraría, lo que subsistiera el fin para el que fue creado, ya que su origen – personificación – es causa para mantener su fin.”⁴⁵

No comparto esta teoría y más bien considero acertado lo expuesto en el Art. 109 inciso cuarto de la L.M.V., según el cual, el patrimonio autónomo 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. Lo que sucede es que, a esta “ficción jurídica”, a fin de que pueda cumplir con sus propósitos instituidos en el contrato de constitución del fideicomiso.

---

⁴⁴ CERVANTES, Raúl, “Títulos y Operaciones de Crédito”, s.e., Editorial Herrero S.A., México, 1979, pág. 60.

3.1.4.2. EL FIDEICOMISO MERCANTIL COMO UN PATRIMONIO AUTONOMO

Es importante, hacer constar también el pensamiento de quienes consideran el fideicomiso mercantil como un patrimonio autónomo que es recogido por nuestro sistema jurídico, según el cual, como ya habíamos citado en el párrafo anterior al patrimonio autónomo se lo considera como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, de conformidad con el contrato celebrado, al cual se le ha otorgado personalidad jurídica, cuyo representante legal es el fiduciario. El patrimonio autónomo se origina en virtud del contrato de fideicomiso mercantil y es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y beneficiario, así como de otros fideicomisos que mantenga el fiduciario, en resumen, no pertenece a ninguno de los sujetos que intervienen en la relación fiduciaria, y al cual quedan transferidos los derechos afectados por el fideicomitente.

El fiduciario que recibe esta transferencia, ejercerá la titularidad del dominio sobre el patrimonio autónomo para todos los efectos legales y lo destinará, exclusivamente, al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo del fideicomiso mercantil.

El fiduciario es un dueño legal que tiene afectado ese derecho en provecho del beneficiario quien será, en definitiva, atendido el carácter temporal del fideicomiso, quien llegue a tener el dominio de los activos y pasivos que integran el patrimonio autónomo, sin perjuicio de ser el dueño económico del fideicomiso mercantil mientras está vigente.

Dicho de otra forma, como afirma Diego Gómez de la Torre: “el fideicomitente transfiere al fiduciario, solo la facultad de ejercer ciertos derechos para proteger los bienes fideicometidos, a fin de que tal patrimonio cumpla con la finalidad establecida.”⁴⁶

Se entiende entonces, que el fiduciario ejerce un dominio disminuido sobre el patrimonio fideicometido, por ser éste autónomo, el derecho que se transfiere es el de administrar, más no el de gozar ni el de disfrute perpetuo. En consecuencia, la facultad de administrar es la única que le compete al fiduciario, lo que tiene es una propiedad temporal porque no puede enajenarlo y debe destinarlo para los fines que se propuso, el mismo que debe ser restituido una vez cumplida la finalidad, condición o plazo, señalados en el contrato de fideicomiso, al beneficiario.

---

⁴⁵ GOMEZ DE LA TORRE REYES, Diego, “El Fideicomiso Mercantil”, ob. Cit. Pág. 81.

⁴⁶ GOMEZ DE LA TORRE REYES, Diego, “El Fideicomiso Mercantil”, ob. Cit. Pág. 79.

El hecho que la Ley de Mercado de Valores, en su Art. 105, numeral 2, literal “b”, prohíba al fiduciario que participe como beneficiario directo o indirecto ni que pueda adquirir definitivamente el dominio de los bienes fideicometidos por causa del negocio fiduciario, refuerza este pensamiento de que el fiduciario adquiere una propiedad afectada sobre los bienes fideicometidos, pues, no se le otorga el goce ni el perpetuo dominio, sino que, adquiere esta propiedad para cumplir finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien a favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

3.1.4.3. PATRIMONIO SOBRE EL QUE SE CONSTITUYE

Sobre los bienes que componen un patrimonio en general, Luis Claro Solar indica que:

“El patrimonio comprende un activo y un pasivo. El activo lo forman todas las cosas corporales, derechos y acciones, es decir, todos los bienes que tienen un valor pecuniario; y el pasivo, todas las obligaciones o derechos y todas las cargas de diversa naturaleza que lo gravan, que representan un valor pecuniario”⁴⁷.

El Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores, cuando conceptúa al contrato de fideicomiso mercantil enuncia que bienes pueden transferirse la propiedad a un patrimonio autónomo, señalando que son los bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales que existen o se espera que existan, es decir que los bienes que comprenden un patrimonio en general son los mismos que integran un patrimonio autónomo, y estos pueden ser de toda clase, sea cual fuere su naturaleza, siempre y cuando sean lícitos y susceptibles de transferirse y negociarse. Luego el mismo cuerpo legal, en el Art. 118 indica con mayor detalle los bienes que conforman un patrimonio, y señala textualmente: “Cada fideicomiso mercantil como patrimonio autónomo que es, estará integrado por los bienes, derechos, créditos, obligaciones y contingentes que sean transferidos en fideicomiso mercantil o que sean consecuencia del cumplimiento de la finalidad establecida por el constituyente.”

Se puede concluir que los bienes que intervienen en el patrimonio del fideicomiso mercantil, pueden ser todos los bienes habidos legítimamente, que se encuentren dentro del comercio, corporales e incorporales, muebles e inmuebles y valores, derechos con contenido económico,

---

⁴⁷ CLARO SOLAR, Luis., “Derecho Civil y Comparado”, 2ª edic., Edit. Jurídica de Chile, 1978, pág. 279.

registros contables o anotaciones en cuenta, que existan o que se espera que existan, y que puedan ser transferidos y negociados en propiedad al fiduciario de manera temporal e irrevocable.

3.1.4.4. CARACTERISTICAS DEL PATRIMONIO FIDEICOMETIDO.

1. El Patrimonio fideicometido tendrá la característica principal de ser **autónomos**, independiente y separado de los otros patrimonios tanto del constituyente , fiduciario, beneficiarios, como de otros fideicomisos que estén a cargo del mismo fiduciario, tal cual lo dispone el Art. 18 del Reglamento pero el funcionamiento de la Sociedad Administradora de Fondos, que en la parte pertinente puntualmente expresa que: “Los bienes de fideicomiso constituyen un patrimonio independiente de la sociedad administradora; por lo tanto no podrán confundirse con los bienes de la misma.”

2. La segunda característica es que el patrimonio autónomo del fideicomiso se constituye para **lograr un fin** lícito (un provecho lícito), sin embargo el constituyente, para alcanzar la finalidad preestablecida, fija parámetros dentro de los cuales podrá actuar el fiduciario, siendo necesario que le transfiera algunas facultades vinculadas al derecho de dominio, como la de administrar, más no la de goce, pues, dicha facultad le corresponde al o a los beneficiarios.

3. El patrimonio autónomo, correctamente constituido **avala** las actuaciones y obligaciones contraídas por el fiduciario para el fiel cumplimiento del contrato de fideicomiso. Los bienes del patrimonio autónomo respaldan todas las obligaciones comprometidas a su cargo para el cumplimiento de la finalidad establecida en el acto constitutivo y podrán, en consecuencia, ser embargados y sujetos a medidas precautelarias o preventivas por parte de los acreedores del mismo patrimonio autónomo, y no de los acreedores del constituyente o del fiduciario; y,

4. Otra característica del patrimonio autónomo, que ya se citó, es su **inembargabilidad y no negociabilidad**, en concordancia con el Art. 121 de la LMV, que ordena que: “Los bienes del fideicomiso mercantil no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente ni por los del beneficiario,

salvo pacto en contrario previsto en el contrato. En ningún caso dichos bienes podrán ser embargados ni objeto de medidas precautelatorias o preventivas por los acreedores del fiduciario. 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.”

La inembargabilidad es necesaria por la seguridad que debe tener el patrimonio dado en fideicomiso mercantil, a fin de que los acreedores del constituyente, fiduciario y/o beneficiario no puedan cobrar sus créditos en este patrimonio; y también es necesaria para la seguridad del cumplimiento del fin del fideicomiso.

La no negociabilidad del patrimonio autónomo se refiere a que, no puede ser transferido este patrimonio en su totalidad ni en parte por el fiduciario a otra persona, ni siquiera para el cumplimiento del fin, pues como ya se ha analizado, el fiduciario recibe la facultad de administrar no la de dominio.

3.1.4.5. IMPUESTOS QUE GENERA EL PATRIMONIO AUTÓNOMO

El Art. 113 de la L.M.V., considerando que el acto constitutivo de un fideicomiso mercantil no es oneroso ni gratuito, que no exista provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario, que es un medio para el cumplimiento de los fines determinados por el constituyente en el contrato, exonera la transferencia a título de fideicomiso mercantil, de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones, ya que , según el mismo artículo no constituye un hecho generador para el nacimiento de obligaciones tributarias ni de impuestos indirectos previstos en las leyes que gravan las transferencias; y añade especificando que la transferencia de dominio de bienes inmuebles a favor de un fideicomiso mercantil está exenta del pago de los impuestos de alcabalas, registro e inscripción y de los adicionales a tales impuestos, así como del impuesto a utilidades en la compraventa de predios urbanos y plusvalía de los mismos.

La misma L.M.V. en su Art. 237, numeral 4, literal “d”, reforma la legislación municipal y provincial, cuando exonera también todo impuesto, tasa o contribución fiscal, provincial o municipal, impuestos de timbre, plusvalía y registro de las transferencias de dominio de bienes inmuebles que se efectúen con el objeto de constituir un fideicomiso mercantil.

El Art. 351 reformado de la ley de Régimen Municipal, exime del pago de los impuestos municipales a la transferencia de dominio que realiza el fiduciario a favor del beneficiario, cuando es a la vez el constituyente, en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil.

Pero el Art. 113 de la LMV, al respecto hace una distinción y exonera la restitución, cuando se lo ha realizado al propio constituyente, provocada por alguna falla de la condición prevista en el contrato, fuerza mayor o caso fortuito o por efectos contractuales que determinen que los bienes vuelvan a las mismas condiciones de las que fueron transferidas, y grava las transferencias de dominio que haga el fiduciario a favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato.

En el último inciso del Art. 113 de la L.M.V., se exonera a la transferencia de dominio de bienes muebles realizada a título de fideicomiso del impuesto al Valor Agregado y de otros impuestos indirectos.

La transferencia de dominio de bienes muebles que haga el fiduciario al beneficiario en cumplimiento de las finalidades del contrato no está exonerada del pago de ningún impuesto, pero al igual que lo que sucede con la transferencia de dominio de inmuebles, está exenta si se produce la evolución por falla de la condición, por fuerza mayor o caso fortuito o por efectos contractuales que determinen que los bienes vuelvan al fideicomitente en las mismas condiciones en las que fueron transferidos.

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

En resumen, la transferencia de bienes muebles e inmuebles para constituir un fideicomiso mercantil, por mandato legal, está exenta de todo tipo de impuestos, tasas, contribuciones. Incluso la transferencia de dominio de bienes muebles no paga el I.V.A. y otros impuestos indirectos. De igual forma, está exenta del pago de impuestos la devolución que realiza el fiduciario de los bienes fideicomitados (sea por falla de la condición, por fuerza mayor o caso fortuito) al constituyente cuando regresan los bienes en las mismas condiciones en los que fueron transferidos.

Pero si generará tributos fiscales, provinciales y municipales, la transferencia de dominio de los

bienes fideicometidos, que realice el fiduciario al beneficiario cuando se ha cumplido la condición. De igual forma, generan tributos las transacciones que se efectúen durante y a efecto de la administración del patrimonio fideicometido, como agente de retención y percepción que es, debiendo al fiduciario pagarlos, en su calidad de representante del patrimonio constituido.

El fideicomiso, al recibir el patrimonio o el beneficio o producto del fideicomiso mercantil, también deberá cancelar los respectivos impuestos, salvo disposición en contrario estipulada en el contrato de fideicomiso mercantil.

Capítulo Cuarto

3. REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL

El contrato de fideicomiso mercantil para su existencia debe reunir los siguientes requisitos: voluntad, objeto y forma solemne. Un acto jurídico es inexistente, cuando le falta uno o varios de estos elementos. Mientras que para su validez es además necesario: la capacidad de las partes, ausencia de vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo), ausencia de lesión enorme, licitud del objeto y licitud en la causa.

3.1. REQUISITOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL.

Existen condiciones que son indispensables para la formación de los contratos que nos ocupa, sin los cuales no pueden nacer o no existen; hablamos de los requisitos para la existencia de un contrato fiduciario y que son los siguientes:

3.1.1. CONSENTIMIENTO O VOLUNTAD

Que no es más que la intención deliberada de celebrar un acto jurídico. El consentimiento es un elemento esencial del contrato, el cual es necesario se exteriorice.

Rodolfo Batiza, en este aspecto puntualiza que: “El consentimiento es elemento esencial del contrato y consiste en el acuerdo de dos o mas voluntades sobre producción o transmisión de obligaciones y derechos, siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior.”⁴⁸

La declaración de voluntad del constituyente consiste en querer desprenderse de un derecho; la declaración de voluntad del fiduciario, consiste en querer adquirir el mismo derecho y traspasarlo al fideicomiso al finalizar el contrato o al cumplimiento de la condición.

Las declaraciones de voluntad del constituyente y del fiduciario deben ser recibidas y aceptadas expresamente por ambas partes, en el contrato. Respecto del beneficiario, éste solo deberá aceptar el fideicomiso, y no es necesario su consentimiento, en un primer momento, al menos.

La falta de voluntad o del consentimiento en la celebración o constitución del fideicomiso, determina su existencia.

3.1.2. EL OBJETO:

Sobre los bienes fideicometidos ya se trató en el capítulo anterior, sin embargo, es necesario volver a mencionarlos rápidamente por constituir un requisito de existencia del contrato de fideicomiso mercantil. Por ello, me limitaré a decir que los bienes fideicometidos, deben estar claramente especificados, deben ser tanto física como moralmente posibles y lícitos, para que cumplan los fines determinados en el acto consecutivo.

El objeto del contrato debe ser:

a) Real, tanto de bienes que existen como bienes que se espera que existan. Es necesario que el objeto sea física y moralmente posible, así por ejemplo, carecería de objeto el fideicomiso y cualquier contrato en el cual se establezca que se obliga a entregar al mar.

Respecto a la posibilidad de estipular sobre cosa futura, la misma Ley de Mercado de Valores faculta esta alternativa en el artículo 117 cuando manifiesta:

“Bienes que se espera que existan.- Los bienes que no existen pero que se espera que existan podrán comprometerse en el contrato de fideicomiso mercantil a efectos de que cuando lleguen

---

⁴⁸ BATIZA, Rodolfo, “El Fideicomiso, Teoría y Práctica, ob. Cit. Pág. 337.

a existir, incrementen el patrimonio del fideicomiso mercantil”

b) Determinado y especificado en el mismo contrato constitutivo; y,

“c) Que sea comerciable, es decir, que el bien no esté considerado como ilícito, que esté dentro del comercio.”⁴⁹

Es decir, que el objeto sea lícito, susceptible de comercializarse y transferir su propiedad. En caso contrario, hace al acto jurídico inexistente.

3.1.2.1. BIENES QUE PUEDEN SER MATERIA DE FIDEICOMISO MERCANTIL

Iniciaremos citando a Ricardo Alfaro, quien aseguró que:

“Todo fideicomiso tiene que recaer sobre un bien, la cosa fideicometida es el objeto del fideicomiso...Usándose en la definición la palabra bienes sin aditamento alguno, comprende los muebles y los inmuebles, los corpóreos y los incorpóreos, los presentes y los futuros”⁵⁰

La Ley de Mercado de Valores, contiene una conformación más completa, cuando manifiesta en el artículo 118 que los patrimonios autónomos podrán “estar integraos por los bienes, derechos, créditos, obligaciones y contingentes que sean transferidos en fideicomiso mercantil o que sean consecuencia del cumplimiento de la finalidad establecida por el constituyente.”

De igual manera, el Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores indica que se puede constituir patrimonios autónomos sobre “bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales, que existen o se espera que existan.”

Es suficiente la expresión “bienes”, pues al ser el genérico, comprende a los corporales e incorporales, al dinero, que son los específicos, y por lo tanto, no hace falta hacerlos constar en la enumeración, puesto que se puede constituir un fideicomiso mercantil con todo bien. Sin embargo, hace bien la Ley de Mercado de Valores, al añadir en el artículo 118, junto al vocablo “bienes”, a los derechos, créditos, obligaciones y contingentes, con los que se cubre de cualquier duda, sobre la posibilidad de acceder o entregar para constituir un patrimonio autónomo con valores, acciones, participaciones, bonos, etc. A ello se suma el dinero.

Dentro de los “otros bienes muebles”, que mencionaba el Reglamento a la Ley de Mercado de

---

⁴⁹ GOMEZ DE LA TORRE, Diego, “El Fideicomiso Mercantil”, ob.cit., pág. 19.

⁵⁰ ALFARO, Ricardo: “El Fideicomiso”, ob cit., pág. 49.

Valores, derogado, tenemos a los “valores”, que no son sino: “Títulos o documentos representativos de la participación en sociedades mercantiles, por cantidades prestadas, mercaderías u otros objetos en las operaciones del Fisco, de los bancos, del comercio, de la industria; transacciones generalmente especulativas o productoras de intereses.”⁵¹

3.1.3. FORMA SOLEMNE

El inciso 1º del Art. 1753 del C.C., preceptúa que:

“Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de .....

Es decir que, todo contrato que tenga de por medio dinero deberá realizarse por escrito, no debe entonces hablar de contratos de fideicomisos verbales.

La LMV, en su Art. 110, al referirse a la solemnidad que debe tener un contrato de fideicomiso mercantil dice que: “El fideicomiso deberá constituirse mediante instrumento público abierto. Cuando el patrimonio del fideicomiso mercantil se aporten bienes inmuebles u otros para los cuales la Ley exija la solemnidad de escritura pública, se cumplirá con este requisito”.

De lo anotado se desprende que, el contrato de fideicomiso debe ser realizado por escrito, observando las solemnidades para cada caso, el cual debe elevarse a instrumento público abierto, o sea, formalizado o celebrado ante una autoridad competente, juez o notario y cuyas disposiciones contenidas en el contrato no estén sujetas a reserva laguna. Tratándose de contratos en los que estén implicados bienes inmuebles y los que la ley exija, se deberán inscribir en el Registro de la Propiedad pertinente, en el Registro Mercantil dentro de los noventa días posteriores, conforme lo dispone el Art. 237 numeral 5, inc. 6 y 7 de la L.M. V., que afirma en la parte pertinente lo siguiente: “Si para la transferencia de los bienes fuere necesaria la inscripción del Registro de la Propiedad, ésta se hará previamente a la inscripción de la escritura de constitución en el Registro mercantil. En caso de que no llegare a realizarse la inscripción en el Registro Mercantil, en el plazo de noventa días contados desde la fecha de inscripción en el Registro de la propiedad, ésta última quedará sin efecto y así lo anotará el registro de la propiedad previa orden del Superintendente de Compañía, o del juez, según el caso”; y, adicionalmente cuando se aporten al fideicomiso mercantil valores, sin perjuicio de los

---

⁵¹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: “Diccionario de Derecho Usual”, 6ª ed., Ed Heliasta S.R.L., Bs.As., 1983

anteriores registros se lo escribirá en el Registro de Mercado de Valores, porque así lo ordena el Art. 9 del Reglamento General a la Ley de Mercado de Valores cuando estipula que: “La inscripción en el Registro de Mercado de Valores no sustituye la inscripción que debe hacerse en otros registros conforme otras disposiciones legales y los efectos de estas inscripciones no se suplen por la realización de aquellas”.

Cabe aclarar en este punto que se entiende por instrumento público, para lo cual nos valdremos de la definición del Art. 168 del C. de P. C., que es concordante con el Art. 1743 del Código Civil, que dice: “El instrumento público o auténtico es el autorizado en las solemnidades legales por el competente empleado. Si fuere otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública”.

Es decir, que cualquier instrumento privado que cumpliendo con los requisitos legales y se eleven ante una autoridad pública competente se convierte en instrumento público, si lo eleva ante un notario se convierte en escritura pública.

Y sobre lo que se entiende por instrumento público abierto, me basta decir que, se trata de los documentos cuyas disposiciones no son reservadas ni secretas, se las hace constar y se las pone en consentimiento de las partes intervinientes en el acto o contrato.

Para el caso que nos ocupa, de no constar el contrato de fideicomiso mercantil por escrito con las solemnidades legales y en instrumento público abierto sería inexistente, no existiría el negocio jurídico.

Mas no se puede dejar a un lado la disposición contenida en el Art. 24 de Reglamento General a la Ley de Mercado de Valores, inconcordante con lo anterior, que ordena que todos los contratos de fideicomiso mercantil, sin excepción alguna, se debe constituir a través de escritura pública, sin importar que tipo de bienes se aportan, obviando la disposición legal de que es imprescindible que se otorguen mediante notario solo los casos que la ley lo ordena, contrariando de este modo el Art. 24 del Reglamento a lo que imperativamente prescribe la L.M.V., pues, para la L.M.V. requiere de escritura pública sola aquellos casos en que intervienen inmuebles y en los que la ley exige esta solemnidad, lo que resulta un contrasentido entre estos dos cuerpos legales. Sin embargo, la Ley de Mercado de Valores, por ser de carácter especial prevalecerá sobre las disposiciones generales, así como de normas jurídicas secundarias, pues ningún reglamento puede contradecir lo que imperativamente prescribe la

Ley; consecuentemente regirá lo normado por el Art. 109 de la L.M.V. sobre el Art. 24 del R.G.L.M.V.

3.2. REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL

Estos contratos, a más de reunir las condiciones de existencia, deben cumplir requisitos de validez, puesto que, aún cuando con el otorgamiento de un contrato haya la voluntad, el objeto y la forma solemne prescrita legalmente, pueden ser inválidos, por adolecer de un vicio que afecte su viabilidad. No obstante, hay que advertir que incluso cuando el contrato no reúna los requisitos de validez, existe y produce efectos jurídicos, mientras su nulidad no sea jurídicamente declarada, pudiendo ocurrir que el acto sobreviva con sus vicios y defectos si no se presentan las debidas acciones de nulidad dentro del término para que prescriban.

Los principales requisitos para la validez del contrato de fideicomiso mercantil son los siguientes:

3.2.1. CAPACIDAD.-

La palabra capacidad en el ámbito jurídico se la concibe de dos maneras:

1. La primera se emplea para indicar la aptitud que se atribuye a las personas o sujetos para ser titulares de derechos y obligaciones (capacidad de derecho, o jurídica, o de goce). La capacidad, entendida así, es un atributo de la personalidad jurídica.
2. La segunda se utiliza para señalar el poder que se reconoce a la mayoría de dichos titulares para realizar.....

Esta capacidad, ya no es un atributo de todas las personas o sujetos de derecho, sino un requisito para la validez de los negocios jurídicos por ellos realizados.

Según el Código Civil, inciso final del artículo 1488; "La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o autorización de otra."

Conforme el mismo ordenamiento legal, tenemos la siguiente regla prescrita en el Art. 149 que dice: "toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces."

Las partes intervinientes en el fideicomiso deben gozar de capacidad de ejercicio, que es la que tiene el individuo para ejercer personalmente por sí mismo los derechos, de optar por la constitución de un fideicomiso.

3.2.1.1. La Representación.-

De manera general, se puede decir que, se actúa por medio de representante cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un acto jurídico, de manera que, sus efectos se producen directa e indirectamente en la persona y en el patrimonio del representado, como si el mismo hubiera celebrado o ejecutado el acto; se efectúa una relación obligatoria directa entre el representado y un tercero. Habrá incapaces que no pueden ejercitar por el mismo sus derechos, porque les falta el discernimiento necesario. La Ley, en esa hipótesis, asigna un representante que obre por su cuenta.

El Art. 1491 del C.C., que se refiere a los efectos de la representación, confirma lo anterior indicando que: “lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, surte respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo.”

En cuanto al fideicomiso mercantil, la ley al patrimonio autónomo le ha dotado de personería jurídica y de un representante legal que es el fiduciario, quien ejercerá la representación de conformidad con lo estipulado en el contrato constitutivo. Entonces, acorde con lo establecido en el Art. 119 de la L.M.V., el fiduciario ejercerá la personería jurídica y la representación legal del fideicomiso mercantil, para poder intervenir con todos los derechos y atribuciones que le corresponden al fideicomiso mercantil como sujeto procesal, bien sea de manera activa o pasiva, ante las autoridades competentes en toda clase de procesos, trámites y actuaciones administrativas o judiciales que deban realizarse para la protección de los bienes que lo integran, así como para exigir el pago de los créditos a favor del fideicomiso y para el logro de las finalidades pretendidas por el constituyente.

Para la representación del constituyente que desea intervenir en un contrato de fideicomiso mercantil hay que separar a los incapaces absolutos de los relativos, mientras que las personas declaradas por ley, como incapaces absolutos (dementes, impúberes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito) y los que se encuentren prohibidos por ley para celebrar

determinados tipos de contratos, no podrían celebra contratos de esta naturaleza, ni aún con representación. No así los incapaces relativos (tales como los menores púberes, los interdictos), pueden llevar a cabo este tipo de contratos, siempre y cuando, sea a través de un representante legal. De tal forma que, quienes ejercen la patria potestad de menores púberes y los tutores de los demás incapaces relativos, podrán celebrar fideicomisos en su representación, siempre que se trate de actos de intereses de unos y otros, y cumplidos los requisitos de Ley. En el caso de los menores, un juez de esta materia muy bien podría sugerir al representante del menor que constituya un fideicomiso mercantil en aras de proteger los bienes e intereses del representado, pues no pocos casos estos representantes, sea por su inexperiencia, incapacidad o mala fe, son responsables del deterioro o terminación de patrimonios que han sido puestos a su cargo.

3.2.2. AUSENCIA DE VICIOS DE CONSENTIMIENTOS.-

El consentimiento no puede estar viciado para la celebración de todo contrato. Los vicios de los que puede adolecer el consentimiento, según el Art. 1494 del Código Civil, son: “error, fuerza y dolor.”

3.2.3. AUSENCIA DE LESIÓN ENORME

La lesión enorme es el daño o detrimento que sufre una persona por motivo de la participación de un negocio jurídico; es la desproporción entre las ventajas que el acto le reporta y los sacrificios que tiene que hacer para alcanzar tales ventajas.

El Art. 1856 del Código Civil, cuerpo legal aplicable al fideicomiso mercantil (según lo dispuesto por el artículo 2 del Reglamento de Funcionamiento de la Sociedad Administradora de Fondos), prevé que:

“El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del sujeto precio de la cosa que se vende; y el comprador, a su vez, sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato.”

Doctrinariamente no existe claridad respecto de si puede existir lesión enorme en el contrato del fideicomiso mercantil, sin embargo nos inclinamos en el sentido de que incluso en el Derecho Civil, la lesión enorme es una figura jurídica de excepción, pues se aplica a determinados contratos como el de compraventa de inmuebles, permuta con inmuebles. En materia mercantil tenemos el Art. 163 del Código de Comercio que puntualiza que: “Las obligaciones mercantiles no se rescinden por lesión.” Precepto que nos exime de cualquier otro comentario, y por lo mismo, es correcta la aseveración de Manuel Gamboa, cuando asegura que: “La desproporción que lesiona la economía del acto (fiduciario) solamente es demandable por la vida del error, toda vez que la lesión no es sino un resultado del error, las más de las veces; en pocas el dolo y en menos de la fuerza.”⁵²

3.2.4. LICITUD DE OBJETO

El Art. 1503 del Código Civil, sobre el objeto dice: “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tendencia puede ser objeto de la declaración”.

En el contrato de fideicomiso mercantil, el objeto para el constituyente será entregar un determinado bien o conjunto de bienes y derechos al fiduciario; para el fiduciario, el objeto será recibir uno o varios bienes o derechos, administrarlos o enajenarlos; y por fin, el beneficiario, en cambio, no es parte interviniente en el acto inicial del contrato, tiene una mera expectativa de lo que podría recibir.

Para que el objeto en un fideicomiso mercantil sea lícito deberá sujetarse a las normas de orden público y a las buenas costumbres. Como ya lo expresamos, la cosa objeto de contrato debe existir, o al menos se espera que existan; debe ser moral y físicamente posible su transferencia; ser determinada claramente en cuanto a su especie; y, estar en el comercio lícito. Como también ya habíamos dicho, las cosas pueden estar fuera del comercio en consideración a su naturaleza o por mandato de la ley.

El fideicomiso que no respetare estas limitaciones estaría viciado de nulidad absoluta, ya que su objeto sería ilícito, y por ende, no produciría ningún efecto legal, ni sería susceptible de convalidación por confirmación o prescripción.

---

⁵² GAMBOA SERRANO, Manuel José, “El Fideicomiso Bancario”, ob. Cit. Pág. 85.

3.2.5. LICITUD DE LA CAUSA FINAL

Para la validez de posnegocios jurídicos también es necesario la licitud del fin. Remitiéndonos al Código Civil, ordenamiento jurídico aplicable al Derecho Mercantil, (según el Art. 2 RFSAF), en su Art. 1488, vemos que: “para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: ...4º Que tenga una causa lícita.”

Luego en el Art. 1510 del mismo cuerpo de leyes se amplía este mandato, cuando a la letra se anota que: “No puede haber una obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura libertad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la 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.”

La causa final o fin es la meta que se propone alcanzar una persona obligándose y en razón de la cual se celebra un negocio jurídico, la misma que, para su validez requiere que sea real y lícita.

3.2.5.1. CAUSA FINAL REAL.-

El fin es real cuando existe verdadera y efectivamente, cuando hay un interés que induce a las partes a encontrar. Se opone a lo inexistente o ficticio. El fin es real “cuando hay un verdadero interés que motiva a las partes a contratar cuando no hay ese interés jurídico o psicológico, según el caso. Así no vale la compra de cosa propia (art. 1782 C.C.) porque falta ese interés.”⁵³ Ese interés que menciona en el párrafo anterior, se manifiesta en el fideicomiso mercantil en el beneficio que se pretende lograr con esta operación, sea en provecho propio o de un tercero.

3.3. CONSECUENCIA DE LA OMISION DE LOS REQUISITOS PARA LA EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL

Dependiendo si se han observado los requisitos ya anotados en un contrato de fideicomiso

---

⁵³ GOMEZ DE LA TORRE, Diego, “El Fideicomiso Mercantil”, citando a Villalba Vega Vladimiro, “Fundamentos de Práctica Forense”, ob. Cit. Pág. 52.

mercantil, el acto será imperfecto o perfecto, y el cumplimiento de ellos puede acarrear la aclaración de inexistencia, nulidad absoluta o relativa.

3.3.1. INEXISTENCIA.-

Cuando no se observa un requisito de existencia, falta la voluntad o consentimiento, el objeto, la causa o las solemnidades establecidas por la ley, el acto o contrato es considerado inexistente, “no produce ningún efecto legal, ni es susceptible de valer por confirmación o prescripción.”⁵⁴

Cuando el contrato de fideicomiso mercantil es inexistente, no conlleva efectos jurídicos, y por lo mismo, no se lo puede sanear ni ratificar como si sucede en el caso de la nulidad relativa.

3.3.2. NULIDAD ABSOLUTA.-

La nulidad a secas del fideicomiso mercantil, es la consecuencia de la omisión de requisitos y formalidades para este contrato. La nulidad absoluta deviene de la omisión de un requisito exigido por la ley en consideración a su naturaleza o especie, y es aplicable, como ya se expuso en el temario anterior, si hay objeto y /o causa ilícitos, cuando no se toma en cuenta alguna formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y en el evento de que los actos o contratos se celebran por una o ambas partes con personas absolutamente incapaces.

“La nulidad absoluta no impide los efectos provisionales del acto, que serán destruidos retroactivamente al pronunciarse la nulidad, y no desaparece por la confirmación o prescripción.”⁵⁵

Es decir, que los contratos de fideicomisos mercantiles que hayan sido declarados por un juez, aún sin petición de parte, son nulos de nulidad absoluta, por presentar objeto o causa lícita, u omisión de algún requisito o formalidad que la Ley de Mercado de Valores y reglamentos conexos prescriben para la el valor de este contrato de fideicomiso mercantil, o cuando hayan acordado con o entre personas absolutamente incapaces, no surtirá ningún tipo de efecto, se lo considerará como inexistentes y no podrán sanearse por la ratificación de las partes posteriormente.

---

⁵⁴ BATIZA, Rodolfo, “El Fideicomiso, teoría y práctica”., ob.cit. pág. 353.

⁵⁵ BATIZA, Rodolfo, El Fideicomiso, Teoría y Práctica”, ob. Cit. Pág. 353.

3.3.3. NULIDAD RELATIVA.-

Al tenor del Art. 1725 del Código Civil, la nulidad relativa, se origina “cuando se presenta cualquiera otra especie de vicio” no contemplada en la nulidad absoluta, y “da derecho a la rescisión del contrato”.

La nulidad relativa se produce por la participación de personas relativamente incapaces, o sea, en consideración al estado o calidad de las partes que celebran o ejecutan el contrato de fideicomiso mercantil, por vicios en la forma del contrato, y a diferencia de lo que ocurre con los contratos que adolecen de nulidad absoluta, éstos si pueden sanearse por ratificación de las partes, o prescripción de la acción pertinente, de tal manera que, se puede extinguir la nulidad relativa.

Batiza Rodolfo, sobre el saneamiento de un contrato que ha sido declarado nulo de nulidad relativa asegura que: “la nulidad por falta de forma se extingue por la confirmación del acto; la nulidad por incapacidad, violencia o error, puede confirmarse cuando cese el vicio o motivo, si no concurre otra causa que invalide la confirmación; el cumplimiento voluntario mediante pago, novación, o de otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la nulidad.”⁵⁶

Si las partes no ratifican o no confirman los vicios hallados en el contrato y el juez lo declara nulo de nulidad relativa, a petición de parte, el contrato de fideicomiso mercantil se extinguirá.

3.3.4. EFECTOS CONTRA TERCEROS.-

El Art. 110 de la L.M.V. se refiere a que es suficiente constituir el contrato de fideicomiso mercantil, en instrumento público abierto, es decir elevado ante cualquier autoridad pública competente y cuyas disposiciones no sean reservadas ni secretas para las partes intervinientes; con la salvedad de que se otorguen mediante escritura pública cuando se aporten al patrimonio autónomo bienes inmuebles y en los casos en los que la ley lo exija.

Retomando al Art. 10 de la Ley de Compañías reformado por el Art. 237 de la L.M.V., vemos que el contrato de fideicomiso, cuyos bienes fueron necesarios se los inscriba en el Registro de la Propiedad y no se ha realizado tal inscripción en el Registro Mercantil, luego de 90 días contados desde la fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad, tanto la inscripción en el

---

⁵⁶ BATIZA, Rodolfo, “El Fideicomiso, Teoría y Practica”, ob. Cit. Pág. 353.

Registro de la Propiedad como el contrato de fideicomiso quedarán sin ningún efecto, previa orden del Superintendente de Compañías o del juez.

En tal virtud, para que surta efectos contra terceros, que son considerados los acreedores tanto del fideicomitente como del fiduciario y del beneficiario, se requerirá necesariamente que el instrumento sea público abierto y cuando se requiera constituirlo mediante escritura, que se lo haga, con las respectivas inscripciones en los pertinentes Registros de la Propiedad Mercantil, Mercado de Valores, según caso, dentro del tiempo hábil, surtirá efectos contra ellos, precautelando de esta forma los intereses de terceros que puedan tener algún interés sobre los bienes fideicometidos y de dar publicidad a cerca de la finalidad y de las facultades concedidas al fiduciario. De no cumplirse el procedimiento anotado, no solo que no surtirá efectos contra terceros, sino que el contrato de fideicomiso mercantil también se lo considerará como inexistente, sin valor alguno, y como tal, los terceros pueden ejercer sobre los bienes que pretendieron ser transferidos a un patrimonio autónomo, las acciones y medidas que creyeren convenientes.

3.4. CLAUSULAS CONTRACTUALES

El Código Civil, hace una clasificación de las cláusulas contractuales que deben observarse: “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son las de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no serte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerles, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y se le agregan por medio de cláusulas especiales.”

3.4.1. CLAUSULAS DE LA NATURALEZA

Como cláusulas de la naturaleza en el contrato de fideicomiso mercantil se pueden citar, entre otras, a las siguientes:

a.- Las de no negociabilidad y no embargabilidad en su conjunto del fideicomiso, pues así se estipula en el art. 121 de la Ley de Mercado de Valores, que en concordancia con lo dispuesto en el Código Civil, dice: “Los bienes del fideicomiso mercantil no pueden ser embargados ni

sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario, salvo pacto en contrario previsto en el contrato. En ningún caso dichos bienes podrán ser embargados ni objetos de medidas precautelatorias o preventivas por los acreedores del fiduciario. Los acreedores del beneficiario, podrán perseguir los derechos y beneficios que a éste le corresponden en atención a los efectos propios del contrato del fideicomiso mercantil.”

Y por lo mismo su omisión en el contrato no trae ninguna consecuencia, por estar prevista en la ley.

b.- Otra cláusula natural sería la estipulación que ordene al fiduciario pagar los impuestos que genere la administración de la propiedad fiduciaria, por estar establecida en la ley, en el Art. 135 de la L.M.V., y por lo mismo se pueda prescindir de ella en el contrato.

c.- Una estipulación que se refiera a que el fiduciario deba administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos en fideicomiso mercantil, también no es necesaria que conste establecida en el contrato de fideicomiso mercantil.

d.- Prescribir en el contrato que el patrimonio autónomo estará separado del patrimonio del fiduciario, que llevará una contabilidad independiente, también no hace falta.

e.- Una disposición contractual que diga que el fiduciario deba rendir cuentas de su gestión al constituyente o al beneficiario, también se enmarca dentro de las cláusulas naturales.

f.- Que el contrato se refiera a que el fiduciario responderá por cualquier pérdida que fuere ocasionada por su culpa o negligencia en la inversión o en el manejo y atención del patrimonio fiduciario, no es imprescindible esta cláusula, pues ya consta en la misma ley.

g.- Una cláusula que exprese que se debe remunerar al fiduciario, es natural. Si sabemos que es obligatorio el pago, por ser un contrato oneroso y estar constando en la ley. Lo que si es necesario expresar en el contrato es acerca del monto o forma de pago.

h.- La irrevocabilidad del fideicomiso. Es una cláusula natural por constar en el concepto de fideicomiso mercantil, concebido por el Art. 109 de la Ley de mercado de valores.

i.- Una cláusula que exprese que la transferencia de bienes a título de fideicomiso mercantil

está exenta de impuestos, se la puede dispensar; y,

j.- Que se estipule en el caso de transferencia de inmuebles o cuando la ley exija, que se inscriba en los Registros de la Propiedad y Mercantil respectivos, dentro de los plazos legales, se la puede obviar.

3.4.2. CLAUSULAS DE LA ESENCIA

Son aquellas que tipifican al contrato, que al faltar transforman en otro contrato diverso del querido o lo invalidan.”⁵⁷

En el contrato de fideicomiso mercantil, de acuerdo al Dr. Vladimiro Villalba, serían cláusulas de la esencia:

- a.- Aquella en la que se hace referencia a que debe producirse la transferencia de uno o más bienes debidamente especificados;
- b.- En la que se deja expresa constancia de la voluntad, por parte del fideicomitente (constituyente) al fiduciario, respecto de la transferencia de bienes;
- c.- Respecto de la finalidad que debe lograrse con la transferencia de bienes;
- d.- Determinación del fiduciario; igual que un beneficiario, empero la existencia de este último no es necesaria en la constitución del acto del fideicomiso; pero si debe ser posible y realizarse dentro del término de duración del mismo, de modo que sus fines puedan poner pleno efecto.”

A esta clasificación podríamos añadir las cláusulas enunciadas por el Art. 120 de la L.M.V., que las trata como requisitos mínimos que debe contener un contrato de fideicomiso mercantil y que son:

- a) La identificación del o los constituyentes.
- b) La declaración juramentada que debe hacer el fideicomitente, respecto de los bienes transferidos en fideicomiso al fiduciario, en razón de que los mismos han sido habidos legítimamente; que el contrato no adolece de causa u objeto ilícito y, que no irroga perjuicios a acreedores del constituyente o a terceros.

---

⁵⁷ GOMEZ DE LA TORRE, Diego, “El Fideicomiso Mercantil”, ob.cit. pág 30 Citando a VILLALBA VEGA, Vladimiro, “Fundamentos de Práctica Forense”.

- c) La transferencia de los bienes en fideicomiso mercantil.
- d) Los derechos y obligaciones a cargo del constituyente, de los constituyentes adherentes, del fiduciario y del beneficiario.
- e) El monto de la remuneración al fiduciario y forma de pago.
- f) La denominación del patrimonio autónomo que surge como efecto del propio contrato.
- g) Las causales y formas de terminación del fideicomiso mercantil.
- h) Las causales de sustitución del fiduciario y el procedimiento que se adoptará para tal efecto; e,
- i) Las condiciones específicas para el manejo, entrega de los bienes, frutos, rendimientos y liquidación del fideicomiso mercantil.

3.4.3. CLÁUSULA ACCIDENTALES

Se refieren a circunstancias peculiares de la contratación, como la concesión de plazo para el pago del precio o para la entrega de la cosa; el establecimiento de una servidumbre en beneficio del vendedor o arrendador; la cancelación de hipoteca, etcétera. Son muy numerosas y, al contrario de las cláusulas naturales, requieren siempre de estipulación expresa.”⁵⁸

A manera de ejemplos se cita las siguientes cláusulas accidentales que se pueden presentar en el contrato de fideicomiso mercantil:

- “a.- Prórroga respecto del plazo de duración del fideicomiso, para que el mismo cumpla su finalidad;
- b.- Beneficios adicionales para el fideicomiso;

---

⁵⁸VILLALBA VEGA, Vladimiro, “Fundamentos de Práctica Forense”, citado por GOMEZ DE LA TORRE, Diego, “El Fideicomiso Mercantil”, ob. cit pág. 32

- c.- Limitaciones a la administración;
- d.- Sustituto en caso de falta de beneficiario;
- e.- Posibilidades de incremento de número de beneficios por hechos posteriores.”

La misma L.M.V. concibe dos cláusulas accidentales, denominadas por el Art. 120 numeral 2, como elementos adicionales y que son:

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

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

Capítulo Quinto

5. FIN DE LA RELACIÓN FIDUCIARIA

1. “Por la extinción del fideicomiso”.-

Se deberá entender o interpretar que se refiere al patrimonio especial, cuya extinción conduce a la terminación del contrato de fideicomiso;

2. “Por lo previsto en los numerales 2 y 3 del artículo 795 del Código Civil”.-

Parecería que el Consejo Nacional de Valores, se dio cuenta que no todas las causales enunciadas por el artículo 795 del Código Civil, al que se refería el artículo 12 de la Resolución N° SB-JB-95-1896, eran válidas, por lo que las restringe a dos (pero no tomando en cuenta a otras que si lo son), dejando de esta manera al descubierto una contraposición entre las

normas emitidas por estos dos órganos de control; lo que demuestra una vez más, que estas entidades tienen conceptos distintos, que en bien del país deberían de consenso unificarse; y,

3. “Por las establecidas en el propio contrato de fideicomiso”.-

Esta causal se establece en consideración a la versatilidad de la figura, que dependerá en ciertas ocasiones de los términos del mismo contrato para que termine. Es más, en los casos en que haya restituciones a favor de algún o algunos beneficiarios pero no a favor de todos, el contrato termina respecto a unos pero no respecto de otros.

Finalmente, sobre el tema de la terminación del fideicomiso mercantil, luego de varias reformas, la ley de Mercado de Valores vigente, en su artículo 134, ha enlistado ocho causas de terminación del contrato de fideicomiso mercantil, tal vez dejando otras causales ha criterio del fideicomitente y de la partes intervinientes en el acto constitutivo, ya que no son las únicas las que se enuncian en esta norma, pues pueden existir otras causales que dependerán de las características propia de cada contrato y de las actuaciones particulares de los sujetos intervinientes en base a la autonomía de la voluntad con las limitaciones de ley.

Sin embargo, por ser el Código Civil cuerpo legal supletorio respecto del Derecho Mercantil y por estar referido en el Reglamento para el Funcionamiento del la Sociedad Administradora de Fondos y Fideicomisos, estudiaré las causales 2 y 3 del artículo 795 del Código Civil, como determinantes para la terminación del contrato de fideicomiso, para luego continuar con las fijadas por el artículo 134 de la Ley de Mercado de Valores y terminar con las que no están contempladas expresamente en este articulado.

4.3. CAUSALES DE EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO, SEGÚN EL ARTÍCULO 776 DEL CÓDIGO CIVIL

4.3.1. RESTITUCIÓN

El artículo 776, numeral primero del Código Civil, contempla a la restitución como un modo de extinguir al fideicomiso, pero antes que un modo es un efecto ulterior a la existencia del fideicomiso, es una consecuencia. La restitución entendida como “la traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso” (Artículo 776 C.C.), Se la verá más determinadamente cuando nos referimos a los efectos de la extinción del fideicomiso.

4.3.2. Por la resolución del constituyente

La segunda forma de extinción del fideicomiso que establece el Art. 776, numeral 2, del Código Civil, y al que se remite el Art. 21 numeral 2 del R.F.S.A.F, es: "por la resolución del derecho de su autor." Y el mismo numeral a continuación presenta como ejemplo: "como cuando se ha constituido el fideicomiso sobre una cosa que se ha comprado con pacto retroventa, y se verifica ésta."

La resolución o cesación del derecho del constituyente sobre la cosa de un fideicomiso significa que ese derecho se reconozca a otra persona, que es la que tiene el dominio y la que por lo mismo puede disponer de los bienes. Si no pueden recaer las disposiciones del fideicomiso sobre los bienes que fueron materia del mismo, el contrato tampoco podrá cumplirse por falta de objeto, y en consecuencia se extingue.

Esta misma causal se observa en las causales de extinción del usufructo.

4.3.3. Destrucción de la cosa

La tercera forma de extinción del fideicomiso contemplada en el Art. 776, numeral 3, Código Civil, también remetido por el Art. 21 N° 2 del R.F.S.A.F. es:

"Por la destrucción de la cosa en que esta constituido, conforme a lo prevenido respecto al usufructo en el artículo 839."

El Art. 839 del Código Civil referido manifiesta que:

"El usufructo se extingue por la destrucción completa de la cosa en que está constituido. Si sólo se destruye en una parte subsiste el usufructo en lo restante. Si todo el usufructo está reducido a un edificio, cesará para siempre por la destrucción completa de éste, y el usufructuario no conservará derecho alguno sobre el suelo.

Pero si el edificio destruido pertenece a una heredad, el usufructuario de esta conservará sus derechos sobre toda ella."

Siendo la cosa, como ya se estudió anteriormente, el objeto del fideicomiso, si ésta se destruye, queda un contrato que carece de objeto y el contrato semejantes condiciones no pueden subsistir por faltarle uno de sus elementos esenciales y en consecuencia el fideicomiso se extingue. Pero como dice la ley, la destrucción debe ser completa, de ser parcial subsiste sobre

la parte que quede de los bienes y debe cumplirse sobre ella hasta donde sea física y legalmente posible.

Además, para que proceda como modo de existencia del contrato de fideicomiso, la destrucción de la cosa, no debe provenir de acto intencional del fiduciario y adicionalmente la sustitución de la cosa no debe ser posible.

4.3.4. Renuncia del beneficiario

La cuarta forma de extinción del fideicomiso prevista en el numeral cuarto del Art. 776 del Código Civil es: “por la renuncia del fideicomisario antes del día de la restitución; sin perjuicio de los derechos de los sustitutos;”

El beneficiario tiene plena libertad para renunciar, siempre y cuando la renuncia no tenga la intención de causar daños o perjuicios a otros, pero ésta como dice la ley, no se podrá verificar el mismo día que se restituya la cosa, debe ser por lo menos el día anterior, para que surta efectos legales. Renuncia que no resta los derechos de los sustitutos si los hay.

Ricardo Alfaro, defendía esta causal, asegurando que puede terminar el fideicomiso “por la renuncia del beneficiario, siempre que no tenga sustitutos, o por su muerte, salvo lo dispuesto en los artículos 10 y 11.” (de la Ley de Fideicomisos de Alfaro).

Por ende, cabe la renuncia en este caso cuando el beneficiario no tiene quien le sustituya; si lo hay, el fideicomiso se cumple respecto a ellos. Esta renuncia deberá ser entendida como la falta de aceptación o del disfrute del beneficiario o resultado por parte del fideicomisario.

No debemos descartar la posibilidad de que una vez que el beneficiario pida el cabal cumplimiento del objeto del fideicomiso, y sin embargo de ello se siga manteniendo el incumplimiento, el fideicomisario puede solicitar la terminación del contrato.

4.3.5. Falta de la condición suspensiva.

Si bien, el numeral 5 del Art. 776 del C.C. al enumerar las formas de extinción del fideicomiso menciona como una de ellas: “por faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo hábil”, en realidad no se trata de un caso de extinción, sino de un caso en que el fideicomiso teniendo la posibilidad de existir, no se hizo efectiva su existencia, por no tener una condición de la que

dependa o que ésta no se verifique en determinado plazo, y ello debido a que nuestra ley, transcribe lo dispuesto en el Código Civil chileno, que se inspira en el Proyecto de Alfaro, que en su Art. 36, numeral 3º, al igual que el nuestro dice: “Por faltar la condición necesaria par que se ejecute el fideicomiso...”.

Alfaro sostenía esta causal de determinación del contrato de fideicomiso indicando “que en los fideicomisos condicionales, la obligación de cumplimiento por el fiduciario no nace, cuando la condición es suspensiva, sino en el momento en que esta se cumple: y cuando sobreviene la condición resolutoria, deja el fiduciario de estar obligado a la ejecución del fideicomiso. Cuando la condición suspensiva se hace imposible o se cumple la resolución, debe producirse la extinción. Cuando la condición es suspensiva no solo debe cumplirse sino que debe serlo en tiempo hábil.”⁵⁹

Un ejemplo podría ser el ofrecimiento del Gobierno Nacional de entregar una casa a un deportista siempre y cuando consiga una medalla de oro, ya no tendrá el deportista derecho a exigir la entrega del bien raíz, por no haberse cumplido la condición en tiempo hábil.

4.3.6. Confusión de la calidad de fideicomisario y fiduciario.

La última forma de extinción, según el artículo 776, numeral 6º del Código Civil, que es tomada textualmente del Código Civil de Chile (Art. 763, numeral 6º), y del Proyecto de Alfaro de 1926 (Art. 36, numeral 7º), es: “por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario.”

Ricardo Alfaro, defendía esta causal, haciendo una “analogía con el usufructo, según la cual éste se extingue cuando se reúne junto con la propiedad en una misma persona.

El fideicomiso puede llevarse a cabo sin existir el fideicomitente pero es esencial la existencia del fiduciario y del fideicomisario. Faltando uno de los dos, no puede cumplirse el fideicomiso, porque no hay quien ejecute sus disposiciones o no hay quien reciba el beneficiario de ellas. El fideicomiso desde el punto de vista de las obligaciones que produce, viene a ser un contrato en el cual el fiduciario es el deudor y el fideicomisario el acreedor y como la confusión es un modo de extinguir las obligaciones cuando se reúnen en una misma persona los conceptos de deudor y de acreedor, según el Art. 1078 del Código Civil, y la extinción de las obligaciones produce la extinción de los derechos que le son correlativos, síguese de allí que el fideicomiso tiene que

---

⁵⁹ ALFARO, Ricardo José, “El Fideicomiso”, ob. Cit. Pág 77

extinguirse cuando ocurren estas circunstancias. El fiduciario que sea al mismo tiempo fideicomisario puede renunciar aquel cargo para que el fideicomiso no se extinga, si esto le irroga perjuicio⁶⁰

Sin embargo, no tiene ningún valor esta causal en nuestro ordenamiento jurídico, pues en la práctica es imposible que el fiduciario ostente a la vez la calidad de beneficiario, por mandato legal, y por esta razón ha sido borrada en otras legislaciones.

4.4. CAUSALES DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL, DETERMINADAS EN EL ART. 134 DE LA L.M.V.

La ley de mercado de valores en sus inicios no disponía de reglas claras sobre la terminación del fideicomiso mercantil, pero la actual cuenta con un artículo específico y más completo que la norma contenida en el Reglamento para el Funcionamiento de la Sociedad Administradora de Fondos vigente, que a continuación procedemos a analizarlo:

4.4.1. Las previstas en el contrato constitutivo de fideicomiso mercantil.

Causal que aunque no se encuentra enumerada, consta en el enunciado inicial y esto porque se pretende cubrir a tantas aplicaciones que puede ofrecer la figura jurídica del fideicomiso mercantil, que dependerán de las circunstancias propias de cada convenio y de quienes participan en ella. La ley, basándose en la relativa libertad conferida a la autonomía de la voluntad contractual, le permite al o a los constituyentes para que a más de los enumerados en el artículo 13 de la Ley de Mercado de Valores, determine en el mismo acto constitutivo otros modos de extinción de su contrato, siempre y cuando no contravengan a normas imperativas de la Ley y sus reglamentos.

4.4.2. Cumplimiento de la finalidad, de las condiciones y del plazo establecido en el contrato.

La Ley de Mercado de Valores es muy clara y reiterativa al referirse a estas causales de extinción del fideicomiso y los trata de una manera conjunta, tanto al cumplimiento de la finalidad como al plazo establecido, en el Art. 110 inc. 3º, cuando reza que: “el fideicomiso

---

⁶⁰ ALFARO, Ricardo José, “El Fideicomiso”, ob. Cit. 79 y 80

mercantil tendrá un plazo de vigencia o, podrá subsistir hasta el cumplimiento de la finalidad prevista o de una condición”, y de forma separada en el Art. 134 que se refiere exclusivamente a las causales de terminación del contrato de fideicomiso mercantil.

El dominio fiduciario no es eterno, como habíamos visto en capítulos anteriores, es transitorio. Por lo mismo, puede fenecer sin problemas cuando se cumpla un hecho futuro e incierto con efectos resolutive, que hayan estado previstos en el acto constitutivo, o bien por el cumplimiento de un plazo cierto o incierto con los mismos efectos, pidiendo estas dos formas de terminación (cumplimiento del plazo y de la condición) actuar por separado o en forma conjunta o acumulativa. Realizados plenamente los fines trazados en el acto constitutivo, cuando no se cumpla el plazo fijado, el fideicomiso termina. Por ejemplo: Un terreno se entregará al hijo mayor del constituyente del fideicomiso si dentro de 10 años se casa, en caso contrario, se puede estipular que lo tramitará al hijo menor.

Mas, el constituyente no podrá estipular en el acto constitutivo un plazo de vigencia del fideicomiso mercantil mayor a los ochenta años, salvo las excepciones contempladas en el Art. 110 de la L.M.V., y que se refieren a los casos en los que se ha previsto en el contrato como condición resolutoria la disolución de la persona jurídica, y cuando los fideicomisos se constituyen sin fines de lucro, con fines culturales, de investigación, altruistas o filantrópicos.

Cumplido el término o plazo previsto en el contrato de fideicomiso, la obligación termina, deja de producir efectos, pero para el futuro, ya que los efectos que se han producido hasta dicho vencimiento surten plenos efectos jurídicos, pues el plazo se produce sin retroactividad.

En la doctrina vemos que ya Alfaro, en el Art. 36 de su proyecto, propuso estas causales de extinción del contrato de fideicomiso, cuando mencionaba que:

“El fideicomiso se extingue: 1º- Por el cumplimiento de los fines para el que constituido.”⁶¹; y agregaba que, el fideicomiso es un contrato, una operación que debe durar un tiempo dado. Cumplida la labor o terminado este tiempo, el fideicomiso, fenecerá. La duración del fideicomiso puede prolongarse más allá de la vida del fideicomitente y del fiduciario, siendo viable que éste sea remplazado y sin que se extinga el fideicomiso después de fallecido el constituyente. Pero no puede prolongarse más allá de la vida del fideicomisario, salvo el caso de que el fideicomiso sea por tiempo fijo o que consista en la ejecución de una labor específica, de modo tal que haya

---

⁶¹ ALFARO, Ricardo, “El Fideicomiso”, ob. Cit. Pág. 80.

lugar a la entrega a sus herederos de un bien entregado en fideicomiso en el evento de morir el beneficiado.

Es pues, evidente que todo fideicomiso que tenga por finalidad hechos que se ejecutan en una sola vez, como el pago de una deuda, la liquidación de un concurso de acreedores, la construcción de una casa y su subsiguiente entrega, etc., queda extinguido tan pronto como se ha alcanzado cada uno de esos objetos. Por el contrario cuando el fideicomiso requiera acciones u operaciones permanentes, crónicas o periódicas, como cuando se trata del pago de una pensión o de la administración de un patrimonio, la extinción no tiene lugar sino cuando expira el término, si lo hubiere, o cuando muere la persona cuya vida se ha señalado como condición, que puede ser el fideicomitente, el fiduciario y más comúnmente el fideicomisario.

En estas líneas, es necesario anotar que, Carregal, añade que: “el cumplimiento del plazo o de la condición resolutive no extingue de pleno derecho el dominio fiduciario, sino que a partir de entonces quien resulte legitimado para reclamar la prosperidad plena del bien según lo previsto en el acto constitutivo, tendrá expedida la acción para exigir el cumplimiento. Paralelamente, el propietario fiduciario quedará obligado, a partir del cumplimiento de la modalidad, a transferir el bien en propiedad plena a quien corresponda.”⁶²

Entiéndase que la cosa estará dentro del patrimonio autónomo del fideicomiso y se mantendrá la propiedad en cabeza del fiduciario, hasta cuando se opere efectivamente la transferencia, esto es, hasta cuando se cumplan todos los requisitos de transmisión exigidos.

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

De la misma manera que el cabal cumplimiento de los fines establecidos en el acto constitutivo extingue este contrato, también lo extingue la imposibilidad total de su cumplimiento, pues como es obvio la entidad fiduciaria no podría ejecutar el encargo encomendado.

Por ejemplo: En caso de que se constituya fideicomisos para otorgar una beca de estudios a favor de un individuo y que este beneficiario muera en fecha posterior al acto constitutivo. El fideicomisario no podría recibir la beca, pues es físicamente imposible que reciba educación. Por lo dicho el fideicomiso también podría su razón y se tornaría imposible su ejecución.

---

⁶² CARREGAL, Mario, “El Fideicomiso”, ob. Cit. Pág. 79

Dentro del derecho comparado encontramos que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mexicana en su Art. 357, numeral II, menciona como una forma de extinción del contrato la imposibilidad del cumplimiento de la finalidad, cuando expresa que fenece: “por hacerse éste (realización del fin) imposible”.

El Art. 1240 numeral 2º del Código de Comercio de Colombia también menciona que se extingue el fideicomiso: “por la imposibilidad absoluta de realizarlos”.

Por fin, la Ley de Fideicomisos venezolana, nos informa que: “el fideicomiso terminará: 1º) por la realización del fin para el cual fue constituido, o por hacerse éste imposible.”

4.4.4. Por sentencia ejecutoriada dictada por autoridad judicial competente o el laudo arbitral, de conformidad con la ley.

Es interesante hacer notar que esta casual contemplada en el Art. 134 de la L.M.V., es técnica y jurídicamente bien concebida, pues, no es tan restringida como la causal colombiana que la inspiró que decía únicamente : “por declaración de la nulidad del acto constitutivo”, sino que va más allá, ya que la norma colombiana no dice nada respecto de si esa declaración es de última instancia, pues muy bien puede ser objeto de apelación con un fallo distinto, o que las partes se someten en caso de controversia no a la justicia ordinaria sino a un arbitraje.

Ahora bien, la autoridad competente, puede extinguir el fideicomiso cuando verifique y falle con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada cuando el contrato no se ha enmarcado o cumplido los requisitos de existencia o validez del contrato, estudiados en el capítulo anterior.

4.4.5. Por convenio entre el fideicomiso y el fideicomisario.-

Esta es otra forma de extinción del fideicomiso mercantil, tiene lugar cuando el acuerdo personal al que hayan llegado el constituyente y el beneficiario en este sentido, no perjudique los derechos del fiduciario, los del beneficiario, del constituyente ni de los acreedores del fideicomiso mercantil o de terceros. No es necesario el consentimiento previo del fiduciario, basta que no se le perjudique y exista coincidencia de voluntades, por cierto, tampoco es imprescindible que se haya previsto en el acto inicia, pero eso si, es necesario que tal acuerdo

se lo haga en forma solemne.

La virtud de la resciliación del contrato es que las cosas vuelven a su estado anterior, como que nada hubiera sucedido, sin haber producido afectos ni para las partes ni para terceros.

Alfaro, exponía que “pudiendo el fideicomiso ser constituido para tan variados fines por acto entre vivos, y reconocido como está entre nosotros el principio de la libre contratación, es natural que se deje a las partes la facultad de terminar el fideicomiso por acto de su voluntad... Cuando el fideicomiso ha sido creado por acto testamentario no puede extinguirse en esta forma. Ni tampoco vale para igual propósito el convenio del fiduciario con el fideicomisario después de muerto el constituyente, aunque el fideicomiso haya sido creado por acto entre vivos.”⁶³

En el Derecho Comparado, encontramos sobre el tema que el Código de Comercio colombiano, en su Art. 1240, numeral 10, dice que el fideicomiso mercantil termina: “por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario.”

4.4.6. Falta de fiduciario y que no haya posibilidad de sustituirlo.-

Es natural que si la sociedad fiduciaria no puede seguir en un fideicomiso y no es posible su sustitución, la extinción del fideicomiso se producirá.

La terminación del fideicomiso por falta de fiduciario no solo puede a causas como su propia renuncia justificada o no, o por su remoción, sino también, ella puede operarse por quiebra o liquidación de la entidad fiduciaria, que incluso pudo haber sido concomitantemente con la condición impuesta por el constituyente.

Pese a no estar esta forma de extinción en el Art. 134 de la L.M.V., que expresamente habla de las causas de terminación del fideicomiso mercantil, la misma ley la prevee en otro artículo, en el 131, cuando enuncia que:

“El fiduciario sólo podrá renunciar a su gestión, siempre que no cause perjuicio al constituyente, al beneficiario o a terceros vinculados con el fideicomiso mercantil y, por los motivos expresamente indicados en el contrato de fideicomiso mercantil. A falta de estipulación son causas de renuncia las siguientes:

---

⁶³ ALFARO, Ricardo José, “El Fideicomiso”, ob. Cit. Pág. 81.

a) Que el beneficiario no pueda o se niegue a recibir los beneficios de conformidad con el contrato, salvo que hubiere recibido instrucciones del constituyente de efectuar pago por consignación siempre a costo del constituyente; y, b) La falta de pago de la remuneración pactada por la gestión del fiduciario. A menos que hubiera acuerdo entre las partes, el fiduciario para renunciar requerirá autorización previa del Superintendente de Compañías...”

La Ley de Mercado de Valores, a fin de impedir que no se extinga el fideicomiso, por falta de fiduciario, cuando no se ha estipulado en el acto constitutivo como condición resolutoria de la disolución y liquidación del fiduciario, ha establecido en su Art. 135, la posibilidad de sustituir al fiduciario, con un sustituto, en los mismos términos determinados en el contrato de constitución, sin que llegue a ser responsable de los actos del primero, sujetándose, eso si, a las normas reglamentarias relativas a la sustitución fiduciaria que dicte el Consejo Nacional de Valores.

En este mismo orden de cosas el artículo 775 del C.C., contempla la posibilidad de nombrar dos o más fiduciarios, por lo tanto, si el uno renuncia queda el otro. Pero en estos dos casos, debe preverse dicha posibilidad en el acto constitutivo, en caso contrario, el fiduciario no podrá ser remplazado por otro, y el fideicomiso finalizará.

4.5. EFFECTOS DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL

Tres son los efectos que produce la extinción del contrato de fideicomiso mercantil: La restitución, la cancelación de la inscripción y efectos respecto de terceros.

4.5.1. LA RESTITUCIÓN.-

La restitución o regresión de los bienes, de acuerdo a la definición del artículo 767 del Código Civil es: “la traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso.”

Como es lógico, el fiduciario, en el momento que se cumplan las condiciones para la entrega tiene que revertir los bienes fideicometidos a la persona o a quien el fideicomitente determinó

en el acto constitutivo, tal cual lo manda el Art. 19 del Reglamento para el Funcionamiento de la Sociedad Administradora de Fondos, que dice que el fiduciario deberá: “transferir los bienes entregados en fideicomiso, una vez concluido el negocio fiduciario, a la persona que estuviere designada como beneficiario en el acto constitutivo. A falta de éste, se estará a lo dispuesto en el Art. 1055 del Código Civil. Igual obligación tendrá el fiduciario sustituto, en caso de existir.”

Como señala el artículo anterior si falta el beneficiario, habrá de observarse los órdenes de la sucesión intestada. En tratándose del fideicomiso, es curioso hablar de órdenes de sucesión con respecto al beneficiario, bajo el presupuesto de que el fideicomiso es un patrimonio separado, en el que únicamente tiene el beneficiario meras expectativas, y siendo expectativas, surge la interrogante de cómo se puede hablar de herederos cuando éstos sólo tienen expectativas. La solución a esta interrogante podría ser que el beneficiario tiene derechos que son susceptibles de ser transmitidos a sus herederos, o también que el beneficiario podría llegar a tener derechos transmisibles por su muerte, siempre que el fideicomiso no sea condicional.

Pero aquí hay otro vacío, y es que la falta del beneficiario no solamente puede darse por muerte, sino también por renuncia del beneficiario, o cuando se haga imposible el cumplimiento, o que falte de la condición, entonces para estos casos, el fideicomitente podría quedarse con los bienes, por lo que el fiduciario, tendría la obligación de revertirlos a él. Pero de ningún modo, el fiduciario estaría habilitado para quedarse con los bienes, por ética y porque existe prohibición legal para ello.

Lo normal es que, al extinguirse el fideicomiso, el fiduciario entregue los bienes al beneficiario, no obstante, por excepción, es posible que se produzca la regresión a manos del fideicomitente, ya sea porque ello estaba previsto en el acto inicial, o en su defecto por incumplimiento de las obligaciones del fiduciario, también constantes y contempladas en el contrato inicial. De otro lado, estos bienes pueden ser transferidos o entregados a otro fiduciario como resultado de las sustitución prevista en el artículo 22 del Reglamento para el Funcionamiento de la Sociedad Administradora de Fondos, que nos informa que: “... los bienes que conforman el patrimonio del fideicomiso deberán ser transferidos previo inventario al sustituto, en los mismos términos establecidos en el acto constitutivo”.

Por fin, no se puede descartar la posibilidad de que una vez extinguido el fideicomiso, no exista ni el constituyente ni el beneficiario. En este caso, eventualmente, los bienes no pasarían a

manos de los herederos del beneficiario, esto es cuando existan beneficiarios sustitutos, en virtud de la disposición del artículo 821 del Código Civil, que obliga a que: “El fideicomisario que fallece antes de la restitución, no transmite por testamento o abintestato derecho alguno sobre el fideicomiso, ni aún la simple expectativa que pasa ipso jure al sustituto o sustitutos designados por el constituyente, si los hubiere.”

La restitución fue tratada por Alfaro, como lo que es, como un efecto, y no como una forma de extinción del fideicomiso, este autor mantenía esta posición afirmando que: “El efecto del fideicomiso está señalado en el Art. 38.- Extinguido el fideicomiso, el fiduciario esta obligado a restituir al fideicomitente los bienes fideicometidos, cuyo dominio no haya enajenado conforme al encargo, salvo ...”⁶⁴,

Y más adelante argumentaba que “el fideicomiso tiene por causas la libertad del constituyente o una obligación suya. Si sobreviene la extinción por no hacerse posible su cumplimiento o por faltar la condición impuesta al beneficiario o por renunciar éste su derecho o por morir sin transmitirlo a sus herederos, lo natural es que los bienes vuelvan al dominio del constituyente y no que el fiduciario se quede con ellos... El fiduciario del proyecto, como en el trustee anglosajón, es un verdadero mandatario. Es cierto que el título de dominio lo tiene el fiduciario, pero es porque siendo indispensable para la eficaz ejecución del fideicomiso que el constituyente se aparte del dominio de los bienes fideicometidos, el título forzosamente ha de corresponder al fiduciario.

Pero su propiedad está sujeta a las cargas y gravámenes del fideicomiso y entre esas cargas está la establecida por la ley misma de tener que restituir los bienes en caso de extinción.”⁶⁵

4.5.2. CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN

Siguiendo el axioma jurídico de que “las cosas se deshacen como se hacen”, el contrato de fideicomiso mercantil, constituido por instrumento público, deberá cancelarse ante la misma autoridad que elevó el contrato a instrumento público, expresando en el mismo contrato o añadido que queda extinguido o transmitido el derecho inscrito en todo o en parte.

De igual forma, como se hizo la distinción para la constitución del contrato, en el sentido de que

---

⁶⁴ ALFARO, Ricardo José, “El Fideicomiso”, ob. Cit. Pág. 82.

⁶⁵ ALFARO, Ricardo José, “El Fideicomiso”, ob. Cit. Pág. 83.

si se aportan al fideicomiso bienes inmuebles u otros para los cuales la ley exija solemnidades de escritura pública, el contrato deberá ser otorgado ante notario público, e inscrito en el Registro de la Propiedad previa anotación en el Registro Mercantil, y adicionalmente cuando se aportan valores, el contrato se inscribirá también en el Registro de Mercado de Valores, sin perjuicio de los registros anteriores. De igual manera, para su cancelación deberán obedecer este trámite, es decir, cancelar ante los mismos Registradores, Mercantil, de la Propiedad y de Mercado de Valores que lo inscribieron, o ante la misma autoridad competente que conoció y convirtió el contrato inicial en instrumento público, y por fin, una vez cumplidas estas formalidades el contrato surtirá los efectos deseados.

4.5.3. EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS.-

Como es de suponer, cuando termina un fideicomiso, las partes intervinientes en el contrato, deberán respetar los derechos surgidos con motivo del fideicomiso y que se hayan creado a favor de terceros. Pero debemos insistir que para que tengan derechos los terceros, como cualquier sujeto, estos derechos deberán estar anotados en el contrato de fideicomiso mercantil, y a su vez, el convenio encontrarse correctamente inscritos o registrados ante la misma autoridad donde se inscribió o registró el acto constitutivo.

Batiza Rodolfo, así lo entiende y precisa diciendo que: "Cuando el fiduciario deba entregar al fideicomitente o a sus herederos, bienes inmuebles o derechos reales impuestos sobre ellos, bastará para que esa entrega surta efectos respecto a terceros, que la institución fiduciaria la haga constar en documento suscrito por ella, que contenga los términos respectivos del fideicomiso y que se inscriba en el Registro Público de la Propiedad en que hubiere sido anotado el fideicomiso."⁶⁶

Capítulo Sexto

6. APLICACIONES DEL FIDEICOMISO MERCANTIL COMO OPERACIÓN FINANCIERA

---

⁶⁶ BATIZA, Rodolfo, El Fideicomiso, Teoría y Práctica", ob. Cit. Pág. 392 393.

6.1. FIDEICOMISOS DE INVERSIÓN

Para entender esta figura jurídica recurrimos al concepto de fideicomisos de inversión que nos presenta López Roca, cuando manifiesta que:

“Se entiende cuando aquel en donde una persona llamada constituyente entrega una suma de dinero a otro sujeto, llamado fiduciario, para que este lo administre aplicándolo a la realización de actividades lucrativas o que generen rendimientos, en provecho del mismo constituyente o de un tercer beneficiario. Se trata en esencia, de una modalidad del negocio fiduciario de administración.”⁶⁷

El fideicomiso de inversión se refiere a todo negocio fiduciario en el cual se consagre como finalidad principal o se prevea la posibilidad de invertir o colocar a cualquier título sumas de dinero, de conformidad con las instrucciones impartidas por el constituyente. Su finalidad consiste en la obtención de seguridad, liquidez y rentabilidad para los recursos fideicometidos, ya sea con el ánimo de capitalizar rendimientos, entregarlos a terceros beneficiarios o gozar de un flujo estable de ingresos por este concepto.

La legislación ecuatoriana nada dice respecto del concepto y alcance de los fideicomisos de inversión, pues bien puede referirse a operaciones aisladas e individuales en las cuales el inversionista participa de un fideicomiso de inversión individual, como la vinculación de múltiples inversionistas como si se tratara de una especie de fondo de inversión.

En el fideicomiso de inversión, el bien fideicometido será una cantidad significativa de dinero o valores, el cual es entregado por el constituyente a la entidad fiduciaria (cuyo objeto social principal es la inversión), para que ésta la invierta rentable y productivamente o la coloque en títulos u otros activos según sus instrucciones, en beneficio suyo o de un beneficiario perfectamente determinado en el acto constitutivo, tomando en cuenta la seguridad, liquidez y rentabilidad, a fin de no exponerlos a riesgos mayores.

Por principio, debe el fiduciario, en ejecución de sus obligaciones contractuales, limitarse a desplegar todo su esfuerzo, conocimiento y diligencia al servicio de los intereses cuya gestión

---

⁶⁷ LÓPEZ ROCA, “Servicios Fiduciarios y Banca de Inversión”, s/ed, s/ Ed, Bogotá, 1988, pág.121.

ha sido encomendada, sin llegar a garantizar el resultado final de la inversión.

“Los bancos prefieren –generalmente- tener instrucciones directrices respecto de la forma en que deben ser empleados para derivar su responsabilidad. Si el banco cumple con el encargo, de acuerdo con las instrucciones, las vicisitudes de la inversión corren por cuenta del constituyente o afectan al beneficiario, siempre que no haya dolo o culpa grave del fiduciario, que permita responsabilizárselo por el uso de los bienes.”⁶⁸

Es decir, los fiduciarios van sobre seguro, el riesgo no es alto para ellos, porque no les corresponde garantizar los resultados de sus gestiones, su obligación fundamental es la de proporcionar los medios indispensables para que consigan la finalidad de lucro sus clientes; pero, es la gestión diligente de un profesional del mercado (el fiduciario), que da la posibilidad de acceder a variadas opciones de negocios, ya que, sin su colaboración sería muy difícil lograrlo. De paso, toca manifestar que este fideicomiso, al decir de algunos autores extranjeros (como Rodríguez Ruiz), es el que más difusión ha tenido y es el más utilizado en el medio bancario, pero no en el caso ecuatoriano, que aunque importante no es el de mayor difusión.

6.1.1.- PARTES INTERVINIENTES EN EL FIDEICOMISO DE INVERSIÓN

- a. El fideicomitente.- Que es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública interesada en involucrarse como inversionista en un proyecto a cambio de una restitución en bienes muebles, inmuebles o en dinero.
- b. El fiduciario.- Es la sociedad administradora de fondos y fideicomisos y/o la entidad estatal autorizada, que recibe sumas de dinero u otros valores del fideicomitente destinándolos a una inversión económicamente rentable o productiva en beneficio del fideicomisario.
- c. El fideicomisario.- Es la persona natural o jurídica, privada o pública, nacional o extranjera, que existe o que se espera que exista en el momento de la constitución o de la extinción del fideicomiso, en cuyo provecho se desarrolla la gestión fiduciaria, puede ser el mismo fideicomitente o puede ser sustituido por otro bajo

---

⁶⁸ BOLLINE SHAW – BONEO VILLEGAS, “Manual para Operaciones Bancarias y Financieras”, 2ª ed., s/Ed., Buenos Aires, 1981, pág. 214.

ciertas circunstancias y no es necesario que exista (o se conozca) desde el inicio del contrato del fideicomiso mercantil; y,

- d. Constituyentes adherentes.- Son las personas naturales o jurídicas, privadas o públicas, nacionales o extranjeras que se involucran como inversionistas luego de que se ha constituido el contrato de fideicomiso a través de un convenio de adhesión con la fiduciaria y sin necesidad de hacerlo mediante escritura pública.

6.2. FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN

El Dr. Víctor Cevallos, considera que el fideicomiso de administración es aquel en “que el constituyente transfiere bienes o derechos con el propósito de que sean sometidos a una administración profesional del fiduciario, para finalmente ser restituidos al fideicomitente que también puede ser el beneficiario o un tercer fideicomisario cuando se cumple la condición del contrato.”⁶⁹

A diferencia del fideicomiso de inversión, en el de administración, lo que se entrega al fiduciario es un bien destinado al dinero, para que lo administre en la forma prevista en el contrato. Al fiduciario, se lo identifica como una compañía técnicamente especializada, que manejará el patrimonio del fideicomitente o de un tercero.

Si el propietario de un bien o un derecho no desea administrarlo, ya sea por su edad, ocupaciones, desconocimiento, falta de experiencia, falta de vocación por los negocios, etc., puede transferir la titularidad de esos bienes a una administradora de fondos y fideicomisos autorizada, para los maneje, quien (la fiduciaria), además, aportará con sus conocimientos y experiencia en el mundo de las fianzas, en el mercado bursátil, y le brindará seguridad por ser una entidad especializada y sometida a la vigilancia de la Superintendencia de Compañías.

En el fideicomiso de administración están comprendidos algunos negocios que pretenden ser autónomos, o como nos instruye Peña Castrillón: “El fideicomiso de administración es un género divisible en tantas especies cuantos fines o clases de bienes comprenda cada caso concreto. Por eso se oirá hablar de administración de valores, de bienes muebles o inmuebles, de fondos con destinación a la agricultura, de activos de una empresa en concordato, de bienes

---

⁶⁹ CEVALLOS VASQUEZ, Víctor, “Mercado de Valores y Contratos”, ob. Cit., pág. 295.

con destinación familiar, de administración de contratos y, en fin, de otras especies que harían esta lista interminable.”⁷⁰

En resumen, con el fideicomiso de administración se obtiene un sinnúmero de aplicaciones, puesto que la esencia del fideicomiso mercantil es precisamente la administración de los bienes o derechos transferidos por parte del fiduciario para cumplir con los fines determinados por el constituyente en el contrato.

Tratándose de un genérico, como se dijo, el fideicomiso mercantil de administración tiene tantas aplicaciones como necesidades tengan los particulares; en el Ecuador, es el fideicomiso que tiene mayor alcance y proyección, en la Administradora de Fondos Pichincha, es la modalidad fiduciaria más frecuente y utilizada con éxito.

6.2.1.- PARTES INTERVINIENTES EN EL FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN:

- a. El fideicomitente.- Es la persona natural o jurídica, privada o pública, nacional o extranjera, que transfiere sus bienes muebles o inmuebles al fiduciario o que interviene en el desarrollo, inversión o ejecución de un proyecto con el fiduciario, éste a su vez administra en beneficio o en provecho de un fideicomisario que puede ser el fideicomitente.
- b. El fiduciario.- Es la Institución técnicamente especializada a la cual se le encomienda el manejo y la administración del patrimonio autónomo.
- c. El fideicomisario.- Es la persona natural o jurídica, privada o pública, nacional o extranjera, que existe o que se espera que exista en el momento de la constitución o de la extinción del fideicomiso, en cuyo provecho se desarrolla la gestión fiduciaria, puede ser el mismo fideicomitente o puede ser sustituido por otro bajo ciertas circunstancias y no es necesario que exista (o se conozca) desde el principio del contrato fiduciario.

6.3. FIDEICOMISO DE GARANTIA

---

⁷⁰ PEÑA CASTRILLON, Gilberto, “La Fiduciaria en Colombia”, s.e., Editorial Temis, Bogotá, 1985, pág. 32.

Las garantías tradicionales concebidas en el Código Civil: la prenda y la hipoteca, han ido perdiendo confianza en su utilización como medio para asegurar el cumplimiento de una obligación, sobre todo por lo dilatado y engorroso trámite que debe darse para su ejecución. En esta óptica, el fideicomiso de garantía, nace como una necesidad de buscar nuevas fuentes de pago, que aseguren el cumplimiento oportuno de una o varias obligaciones.

La actual Ley de Mercado de Valores, el fideicomiso de garantía, ya lo hace constar expresamente y lo define claramente en su Art. 150, inc. 9º, que lleva como título “fideicomiso de garantía” y que a la letra dice: “consiste en la constitución de patrimonios independientes que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de los derechos reconocidos a favor de inversionistas.”

El fideicomiso de garantía, no solo puede sustituir a las tradicionales garantías reales, sino que además brinda mayores ventajas, sobre todo al acreedor, por su propia naturaleza jurídica, por su particular trámite extrajudicial estipulado en el mismo contrato de fideicomiso, disminuyendo así el riesgo a este tipo de transacciones.

Al respecto, es necesario recordar, que el fiduciario, por mandato de la ley, no podrá ser beneficiario, ya que, como quedó dicho, el fiduciario adquiere una propiedad limitada en el tiempo, no perpetua, destinada a extinguirse con el cumplimiento del plazo o la condición. El acreedor es el beneficiario del mandato fideicomiso. Tampoco la fiduciaria se convertirá en deudora de la obligación u obligaciones garantizadas, solo asegura que, en caso de que el deudor no cumpla, tales obligaciones serán canceladas con los bienes que ha recibido en el fideicomiso, o con el producto de los mismos. Esto no quita que, durante la vigencia del contrato la fiduciaria pueda, con los recursos que le entregue el deudor, pagar la deuda. De tal suerte que constituyente y deudor puedan ser beneficiarios de esa operación.

6.3.1.- PARTES INTERVINIENTES EN EL FIDEICOMISO DE GARANTIA

a. El fideicomitente.- Es la persona natural o jurídica, privada o pública, nacional o extranjera que transfiere la propiedad de su patrimonio, que puede estar constituida por dinero o por uno o más bienes muebles o inmuebles (que constituyen en una garantía personal para el acreedor), al fiduciario.

b. El fiduciario.- Administra el dinero o los bienes muebles o inmuebles de naturaleza corporal o incorporeal (que se constituyen en una garantía para el acreedor), cuyo encargo se ha especificado en el contrato. Garantiza el cumplimiento y el pago de obligaciones contraídas directa o indirectamente por el fideicomitente. El fiduciario no podrá ser el acreedor ni indirectamente.

c.- El fideicomisario.- Es la persona natural o jurídica, privada o pública, nacional o extranjera, beneficiaria de la garantía constituida con el fideicomiso y en cuyo provecho se desarrolla la gestión fiduciaria, el mismo que puede ser sustituido por otro bajo ciertas circunstancias, determinadas en la ley y en el contrato.

6.3.2. -VENTAJAS DE LA UTILIZACIÓN DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

a. El mismo hecho de que esta figura jurídica constituye una garantía una garantía de operaciones u obligaciones de terceros, ya es una indicación de que se trata de una herramienta legal útil en el ámbito comercial.

b. Los acreedores posteriores del constituyente no pueden ejercer acciones respecto de los bienes fideicometidos. En tanto que los acreedores del fideicomitente anteriores a la constitución del fideicomiso, si bien no pueden perseguir sus créditos sobre los bienes fideicometidos, si pueden accionar sobre los derechos respecto del fideicomiso, con preferencia sobre los beneficios.

c. El acreedor es beneficiario del fideicomiso y por lo tanto tiene la seguridad de que se harán efectivas sus acreencias.

d. Los bienes transferidos al patrimonio autónomo del fideicomiso quedan a cargo de una institución profesional e imparcial, ajena a los intereses de las partes.

e. Se pretende con este instituto jurídico, lograr un precio justo en la venta del bien o bienes fideicometidos, avaluándole en un precio real, a diferencia de lo que sucede en los remates, en donde casi siempre los precios son inferiores al valor real.

f. El deudor o fideicomitente puede incrementar su capacidad de endeudamiento y garantía, frente a varios acreedores, pues un mismo bien que se trasfiere a un patrimonio autónomo, puede asegurar el cumplimiento de varias obligaciones, siempre y cuando sea suficiente el avalúo del bien para cubrir dos o más deudas.

g. Ayuda a la rotación de la cartera de manera puntual lo que favorece a las utilidades. En otras palabras, en el evento de que el fideicomitente cancela la totalidad de la deuda adquirida, está en la libertad de proceder a solicitar un nuevo crédito al mismo o a otros acreedores, ofreciendo el mismo contrato de fideicomiso mercantil de garantía celebrado tiempo atrás. Para esta fecha, el valor del patrimonio autónomo, pudo haberse ido incrementando por razón de la valorización de los bienes que lo integran.

h. Garantiza el pago efectivo de la totalidad de la deuda.

i. Coadyuva con la descongestión judicial.

j. Es una buena alternativa para todos quienes están inmersos en el mundo de los negocios y que requieren de capitales para iniciarlos o impulsarlos, por el hecho de que se constituye un patrimonio autónomo integrado por bienes exclusivamente destinados a la cancelación de una o unas obligaciones específicas.

6.4. FIDEICOMISOS INMOBILIARIOS

El fideicomiso inmobiliario está sustentado en el concepto de punto de equilibrio, de su cumplimiento depende el éxito fracaso de un proyecto y cuyo objeto es favorecer las preventas o promesas de venta. Punto de equilibrio que involucra un concepto tripartito:

“la idoneidad técnica, financiera y legal necesaria para arrancar la construcción de un proyecto”,⁷¹

La idoneidad legal se refiere a que se deben cumplir las disposiciones legales, ordenanzas y obtención de permisos necesarios para iniciar el proyecto.

La idoneidad técnica tiene que ver con la elaboración de planos estructurales y arquitectónicos debidamente aprobados por el Municipio, especificaciones técnicas; y, la idoneidad financiera que defiende “un correcto nivel de preventas, considerando los recursos de los promotores así

---

⁷¹ GONZALEZ TORRE, Roberto, “El fideicomiso”, ob, cit, pág. 132.

como sus fuentes de efectivo”⁷², o dicho con mayor detalle, se relaciona con la obtención en un tiempo determinado de las sumas de dinero necesarias para el pago de los costos directos o indirectos del proyecto. Los recursos pueden provenir de aportes de los constituyentes, preventas o créditos obtenidos para la ejecución del proyecto.

El punto de equilibrio lo propone y determina claramente el originador, que puede ser aceptado o no por sus promitentes compradores, quedando el fiduciario autorizado para certificar que el mismo se ha cumplido, sin que ello califique que el proyecto efectivamente se realizará. La calificación no hace más que ratificar que la serie de condicionantes para empezar la construcción, señaladas por el fideicomitente y aceptadas por los promitentes compradores u otras partes involucradas, se han cumplido, es decir, una vez alcanzado el punto de equilibrio la fiduciaria realizará los desembolsos al constructor de acuerdo con los flujos de caja del patrimonio autónomo, con la programación y avance de obra.

Juan Villacís, entiende por fideicomiso inmobiliario, “al contrato por el cual se transfiere en un bien inmueble al fiduciario para que éste desarrolle un proyecto inmobiliario (de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo) y transfiera las unidades construidas a quienes resulten fideicomisarios del respectivo contrato. En la ejecución de un proyecto inmobiliario participan el fideicomitente, el fiduciario, el fideicomisario, el gerente del proyecto, el fiscalizador y el constructor.”⁷³

De tal suerte que, en el fideicomiso inmobiliario, un individuo entrega a una empresa fiduciaria un bien raíz, de la cual recibe a cambio para su contabilidad Derechos Fiduciarios del bien o bienes que transfiere, a fin de que ella lo administre, desarrolle un proyecto de construcción y transfiera las unidades construidas a los fideicomisarios. La entrega del bien fideicometido, que normalmente es un terreno, se lo hace mediante un contrato de fideicomiso mercantil y en consecuencia, ese bien raíz sale del patrimonio del fideicomitente y pasa a conformar un patrimonio autónomo.

Esta aplicación del fideicomiso mercantil se sustenta en que el fideicomitente propietario (si es dueño de una propiedad sobre la cual piensa ejecutar un proyecto) o un constituyente promotor (que puede o no ser propietario del inmueble), transfiere a la cantidad fiduciaria especificados

---

⁷² GONZALEZ TORRE, Roberto, “El fideicomiso”, ob, cit, pág. 133.

bienes, corporales, para que éste cumpla con diversos encargos, como puede ser el administrar los ingresos y egresos del proyecto, obtener créditos obligando al fiduciario, recibir anticipos, celebrar u otorgar escrituras públicas a favor de los compradores, etc., y de esta manera, lograr impulsar y que se haga realidad un proyecto inmobiliario perfectamente determinado.

En el contrato constitutivo deberá constar la cláusula de condición resolutoria para el caso de no lograrse el punto de equilibrio estipulado, en cuyo evento la entidad fiduciaria restituirá a los inversionistas los dineros recibidos junto con sus respectivos rendimientos y procederá la restitución del bien al constituyente.

6.4.1. PARTES INTERVINIENTES EN EL FIDEICOMISO INMOBILIARIO

a. Constituyentes o fideicomitentes.- Son las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras que tienen un interés particular en el desarrollo, inversión y ejecución de un proyecto. Los constituyentes pueden ser:

a1.- Fideicomitentes promotores.- Son las personas naturales o jurídicas que aportan el inmueble, estudios, la promoción del proyecto y coordinan los diferentes elementos para desarrollar un proyecto inmobiliario.

a2.- Fideicomitentes adherentes o de inversión.- Son las personas interesadas en involucrarse como inversionistas del proyecto, a cambio de una retribución en áreas o en dinero.

b. El fiduciario.- Es la institución encargada de la administración y coordinación del proyecto inmobiliario vía fideicomiso.

c. Los fideicomisarios o beneficiarios.- Son las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas que existen o que se espera que existan, que participan en los resultados de un proyecto inmobiliario.

6.4.2. VENTAJAS DEL FIDEICOMISO INMOBILIARIO

---

⁷³ VILLACIS, Jua., “El qué y el cómo de Fiducia, Fideicomiso Mercantil”, ob. Cit., pág. 16.

Los alcances del fideicomiso en los proyectos de desarrollo inmobiliarios son muy atractivos en nuestro medio, por cuanto participan algunas personas, con intereses no siempre coincidentes, pero si con un elemento común que les une, éste es, la necesidad de tener la seguridad que salga adelante el proyecto inmobiliario y se cumplen con todas las obligaciones contraídas por los distintos participantes; lo que hace suponer con fundamento, el enorme alcance que tiene y que puede llegar a tener el fideicomiso inmobiliario.

El hecho de que intervenga una entidad profesional y especializada (la fiduciaria), proporciona a los inversionistas de un proyecto inmobiliario un alto grado de seguridad y transparencia, por la certeza de que sobre la propiedad que ha sido entregada en fideicomiso efectivamente será destinada para un proyecto claramente determinado y los dineros no se distraerán sino que se emplearán en ese fin, la misma certeza se da a los potenciales clientes y a todos los que de una manera u otra manera participan en estas actividades, como las Cooperativas de Ahorro y Vivienda, Mutualistas, Banco de la Vivienda, autoridades, contratistas, constructores, interventores, etc.

Con el fideicomiso inmobiliario los promitentes compradores y el promotor inmobiliario tendrán y darán la tranquilidad de que el capital se utilizará sólo si el proyecto es viable.

Y para tener menos desconfianza, la misma Ley de Mercado de Valores prevé en el Art. 120, numeral 2, literal "b", la opción de que los participantes de un fideicomiso conformen juntas o cuerpos colegiados, que supervisen y fiscalicen a los constructores del proyecto asignado.

Otra ventaja constituye la naturaleza misma del fideicomiso, que deviene en un patrimonio separado que sirve de seguro general para todos los intervinientes en un proyecto inmobiliario. Y es más en caso que finalice el fideicomiso por caso fortuito o fuerza mayor, como bien indica Gonzáles: "inclusive, las pólizas de seguro deberán estar endosadas a favor del fiduciario administrador del fideicomiso."

Una ventaja adicional e interesante es de este fideicomiso hace alusión el Dr. Roberto Gonzáles, cuando afirma que "el fideicomiso mercantil considerando cláusulas de garantía en el mismo, constituye una forma de caución para los acreedores de los promotores, del fideicomiso o de los prominentes compradores de un inmueble."

Conforme se vaya aplicando y exponiendo el fideicomiso inmobiliario en el país, coadyuvará al aparato económico, fomentando y atrayendo la inversión y creando plazas de trabajo.

6.5. FIDEICOMISO DE TITULARIZACION

Es el proceso mediante el cual se emiten valores susceptibles de ser colocados y negociados libremente en el mercado bursátil, emitidos con cargo a un patrimonio autónomo. Los valores que se emitan como consecuencia de procesos de titularización constituyen valores en los términos de la presente ley.”

Pero la facultad mencionada del fideicomiso como instrumento de titularización la encontramos prevista en el artículo 111 de la L.M.V. que puntualmente dice: “Se podrá utilizar el contrato de fideicomiso mercantil como medio para llevar a cabo procesos de titularización de activos, cuyas fuentes de pago serán, exclusivamente los bienes del fideicomiso y los mecanismos de cobertura correspondientes.”

La titularización de activos que se ha mencionado, está definida en la codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Junta Bancaria, en el capítulo V, que se refiere a las normas de Titularización de Activos, sección I, Art. 1, que nos informa que la: “Titularización de Activos, es el proceso mediante el cual se transforman activos líquidos o de difícil negociación en documentos negociables libremente en los mercados financiero y bursátil, que son representativos de derechos sobre activos que existen o se espera que existan, los cuales están integrados en fideicomisos mercantiles que conlleven la expectativa de generar flujos de fondos futuros determinables.

La titularización implica la transferencia de dominio de los activos que hace el originador a un fideicomiso mercantil administrado por la institución financiera o la compañía de titularización, para conformar con tales activos un patrimonio autónomo a cuyo cargo se emitirán los valores movilizados.”

Este nuevo procedimiento que se lo utiliza para captar recursos, llamado titularización o securitización, se lo puede realizar a través de un contrato de fideicomiso mercantil, dividiendo el valor de un bien inmueble u otros activos en varios títulos valores como si se tratase de las acciones de la empresa, mediante la titularización se transforman activos en títulos valores que contienen determinados derechos sobre ellos.

Con esta herramienta jurídica y financiera una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que sea dueño de bienes tales como: Valores representativos de deuda pública, valores

inscritos en el Registro de Mercado de Valores, cartera de créditos, activos y proyectos inmobiliarios, activos o proyectos susceptibles de generar flujos futuros determinables, para que se conviertan en títulos que negocien en el mercado bursátil, pudiendo para ello emitirse en “títulos de contenido crediticio (cartera de crédito, flujos de caja); títulos de participación (de renta variable, como un negocio que genera utilidades o pérdidas), y, títulos mixtos.”⁷⁴

La titularización consecuentemente, es un medio por el cual una persona puede convertir activos (de poca o de ninguna liquidez) en títulos que pueden negociar con muchas personas, permitiendo, por ende, la participación de los inversionistas que adquieren los títulos a cambio de una suma determinada de dinero; o, simplemente, convirtiendo activos líquidos o de difícil negociación en documentos fácilmente negociables en los mercados financiero y bursátil.

Ernesto Rengifo, nos instruye diciendo que:

“la titularización se basa en la creación de un patrimonio autónomo de carácter fiduciario, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones al cual se le transfiere la propiedad del flujo futuro o los activos que lo generan para que con base en esta propiedad emita y coloque títulos en el mercado de capitales. Como contraprestación a los derechos transferidos, el patrimonio autónomo se obliga con la empresa transferente a entregarle los fondos obtenidos mediante la colocación de los títulos y los flujos y activos excedentes después de atender las obligaciones de los inversionistas.”⁷⁵

De lo anotado, podríamos concluir que el fideicomiso de titularización es un acto jurídico complejo mediante el cual ciertos bienes, corporales o incorporales, son transferidos por parte de su agente creador o fideicomitente, a un fiduciario para conformar con tales activos un patrimonio autónomo a cuyo cargo se emiten valores susceptibles de ser colocados y negociados libremente en el mercado bursátil, a través de un agente colocador o intermediario de valores legalmente autorizado, y que sean colocados en oferta pública a disposición de los inversionistas.

6.5.1.- PARTES INTERVINIENTES EN EL FIDEICOMISO DE TITULARIZACIÓN

a. El creador, originador o constituyente.-

---

⁷⁴ VILLACIS, Jua., “El qué y el cómo de Fiducia, Fideicomiso Mercantil y Casas de Valores”, ob. Cit. Pág. 41.

Determinado en el Art. 139, inciso 2, de la L.M.V. como “la persona o personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, públicas, privadas o mixtas, de derecho privado con finalidad social o pública, nacionales o extranjeras o entidades dotadas de personalidad jurídica, propietarios de activos o derechos sobre flujos susceptibles de ser titularizados.”

El originador es pues, la persona natural o jurídica, privada, pública o mixta, nacional o extranjera, propietaria de una o más activos que van a utilizarse y ser transferidos al fiduciario, para que en calidad de propietario reciba beneficios de ellos y los entregue a los tenedores de los títulos, con lo cual logra que dichos activos se transformen en los títulos que permitirán su circulación. El originador es en definitiva el encargante de la titularización.

b. El agente de manejo-entidad emisora o fiduciario.-

Según el segundo inciso del Art. 139 de la L.M.V. el “Agente de manejo será una sociedad administradora de fondos y fideicomisos que tenga a su cargo, además de las funciones encargadas en el contrato de fideicomiso mercantil....” Las establecidas en la misma ley.

El agente de manejo es pues, el encargo de conformar con los activos recibidos un patrimonio autónomo, a cuyo cargo se emiten títulos valores movilizados para colocarlos en la Bolsa de Valores y ofertarlos públicamente.

c. El fideicomisario o beneficiario.-

Es la persona o personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, que existen o que se espera que existan en el momento de la constitución o de la institución del fideicomiso, en cuyo provecho se desarrolla la gestión fiduciaria, pueden ser eventualmente incluso el mismo fideicomitente, que a su vez puede ser sustituido por otro bajo circunstancias previstas en la Ley.

d. El administrador de los activos.-

El administrador puede ser el mismo constituyente, el fiduciario u otra entidad diferente y se encarga de la conservación, custodia y administración de los bienes o activos titularizados; además recauda y transfiere los flujos que estos bienes generen.

e. El agente colocador.-

---

⁷⁵ GARCÍA, Ernesto Rengifo, “La Fiducia Mercantil y Pública en Colombia”, ob. Cit. Pág. 15.

Es la entidad o persona encargada de colocar los títulos en el mercado. Su existencia no es indispensable, pues también puede ser colocado por el fiduciario administrador, o a través de la Bolsa de Valores.

f. La calificadora de riesgo.-

Son instrucciones legalmente autorizadas para estudiar, analizar y proyectar un proceso de titularización y emitir un criterio respecto al grado de riesgo que el título emitido tiene.

g. Los inversionistas.-

El Art. 139, inc. 13º de la L.M.V. define a los inversionistas como: “aquellos que adquieren o intervienen en valores emitidos como consecuencia de procesos de titularización.”

Los inversionistas son las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, individuales o institucionales, a quienes se dirige el proceso y quienes al adquirir los títulos producto del proceso de titularización se convierten en acreedores del patrimonio autónomo; y,

h. Comité de Vigilancia.-

El cual de acuerdo al inc. 14º del Art. 139 de la L.M.V. “estará compuesto por lo menos por tres miembros, elegidos por los tenedores de títulos, no relacionados al agente de manejo. No podrán ser elegidos como miembros del mencionado comité los tenedores de títulos que pertenezcan a empresas vinculadas al agente de manejo.”

6.5.2.- VENTAJAS DE LA TITULARIZACIÓN FUNDADA EN EL FIDEICOMISO MERCANTIL

La titularización, como herramienta financiera y bursátil muy moderna, en nuestro sistema, es instrumentada a través del fideicomiso mercantil, el mismo que otorga grandes ventajas, debido sobre todo a su naturaleza jurídica, es decir, principalmente, por el hecho de constituirse un patrimonio autónomo, separado de los propios patrimonios de los participantes en el contrato; y por la certeza de que la transferencia de los bienes fideicometidos se la hace para que los valores sean efectivamente titularizados; otra ventaja constituyen las exenciones tributarias que por la celebración del contrato se pueden obtener.

De otro lado, esta titularización permite a los inversionistas contar con un mecanismo que les asegure una pronta liquidez, sobre activos poco productivos; por cierto este mecanismo jurídico, al decir del Dr. Roberto González, suele “constituir un mecanismo de apoyo para la superación de problemas de patrimonio técnico para originados sujetos al ámbito de la Ley General de

Instituciones del Sistema Financiero; permite que el originador obtenga ganancias derivadas no sólo de la negociación de los activos titularizados, sino también del eventual remanente del fideicomiso que existiere, luego de pagados los tenedores de los certificados de participación fiduciaria.”⁷⁶

Es atractivo el crear una competencia que redundará en el abaratamiento de los costos de los préstamos de las instituciones financieras a sus clientes – deudores; es un beneficio la estructura legal de aislamiento de la cartera de crédito en un fideicomiso, que le permite al inversionista tener mayor seguridad ante cualquier problema de capacidad de pago del originador, ya que el título no representa una obligación a cargo de éste;

Es favorable porque “facilita la compra de un bien ya que lo puede comprar por partes, sin necesidad de endeudarse y mientras lo compra, con el bien lo continúa revalorizándose, los títulos siguen incrementando su valor”⁷⁷

En fin, las ventajas son tanto para el inversionista como para el empresario. El empresario de esta manera obtienen recursos económicos sin que se requiera su endeudamiento, movilizándolo sus activos y sin acudir al sistema financiero, lo que trae como consecuencia el abaratamiento del financiamiento, favoreciendo el ahorro y la inversión. Por medio del fideicomiso de titularización, el empresario acude directamente con el ahorrista, evitando la intermediación financiera.

Es favorable para el inversionista porque estimula la inversión, tiene el inversionista mayores alternativas para escoger, diversificando el riesgo, permitiendo que el pequeño, mediano y gran inversionista participe en inversiones para cualquier proyecto utilizando los títulos negociables pertinentes.

Por lo que se ha venido repitiendo a lo largo de este trabajo, siempre es una ventaja que el fiduciario sea un ente profesional, especializado en estas transacciones, porque permite a los inversionistas contar con papeles que representan una liquidez inmediata o mediata, por beneficios tributarios, entre otras ventajas.

6.6.- FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

El fideicomiso testamentario permite al fideicomitente o constituyente escoger al fiduciario, para

---

⁷⁶ GONZALEZ, Roberto, “El Fideicomiso en el Derecho Civil y Comercial del Ecuador”, ob. Cit. Pág. 155

que a su muerte, reciba la totalidad o parte de los bienes hereditarios, a fin de cumplir específicas funciones señaladas en su testamento a favor de ciertas personas nominadas por el causante. Se debe dejar en claro que el fiduciario, de ningún modo, puede intervenir, y debe respetar, las asignaciones legales presupuestadas a favor de los herederos forzosos en el Art. 116 del C.C.

El fideicomiso testamentario puede abarcar numerosas posibilidades, como administrar, invertir, garantizar profesional y adecuadamente los bienes del testador, una vez fallecido, pero, ordinariamente se lo aplica para la manutención de parientes o allegados, para su educación, salud, teniendo presente la posibilidad que se transfiera la propiedad definitivamente después que se cumplan ciertas condiciones, que justifiquen el encargo, como la mayoría de edad; que estén curadas de alguna enfermedad: que estén curadas de alguna enfermedad; que se hayan graduado, etc.

Con el fideicomiso testamentario, se tiende a evitar los mismos riesgos que con el fideicomiso de seguros, esto es, la dilapidación o mala administración del patrimonio hereditario y a demás se ayuda a garantizar que se cumplan con estricto rigor la voluntad del testador, respecto a la administración, aplicación y destino de ese patrimonio, evitando desviaciones, así como los conflictos entre herederos o legatarios, frecuentes sobre todo cuando el albacea a los encargados de la administración no están en aptitud de proceder imparcialmente, por tener también intereses en la herencia.

Son tres las formas que se pueden utilizar para constituir los denominados fideicomisos testamentarios:

6.6.1.- Fideicomiso constituido en ejecución de testamento.-

En este tipo de fideicomisos, el interesado dicta su testamento en cualquiera de las formas permitidas por la ley civil, abierta o cerrada, con las debidas solemnidades (Art. 1068 del C.C.), y en él expresa su voluntad para que a su muerte se constituya fideicomiso sobre todo o parte de sus bienes, estipulando quienes serán los fideicomisarios, cuales serán los fines a cuya consecución, deberá proveer el fiduciario y en general todo lo que desea que el fiduciario realice con dichos bienes fideicometidos.

---

⁷⁷ VILLACIS, Juan, “El qué y como de Fiducia, Fideicomiso y Causas de Valores”, ob. Cit. Pág. 45.

6.6.2.- Fideicomiso constituido en vida del fideicomitente para ser ejecutado a su muerte.-

Es el fideicomiso que se constituye mediante un contrato, que celebran el fideicomitente y el fiduciario, en el que el primero transmite al segundo los bienes objeto del convenio. Se estipula cual será la actuación del fiduciario respecto de dichos bienes, mientras el fideicomitente viva y cuales serán los fines a ejecutar, al ocurrir el fallecimiento de aquel. En este caso el fideicomiso queda constituido y se transmite los bienes fideicometidos al fiduciario, desde la celebración misma del contrato, sólo que a la muerte del fideicomitente es cuando el fiduciario lleva a cabo la ejecución del mandato, es decir, los actos que conduzcan al destino definitivo de los bienes, en beneficio de las personas o instituciones que el fideicomitente haya indicado en el contrato; y,

6.6.3.- Fideicomiso constituido en vida del fideicomitente pero sujeto al término suspensivo de su fallecimiento.-

Igual que en el caso anterior se celebra el contrato entre el fideicomitente y el fiduciario; en el que se estipulan todas las condiciones y fines del fideicomiso, se prevee la transmisión de los bienes al fiduciario y se sujetan íntegramente los efectos del contrato al término suspensivo consistente en la muerte del fideicomitente, lo que significa que ésta es la condición para la adquisición de los bienes objeto del contrato por el fiduciario y únicamente a partir de ese instante el fiduciario está en aptitud de cumplir los fines del fideicomiso.

Se podría decir, que el fideicomiso mercantil testamentario va más allá de los preceptos que sobre el testamento rigen en el libro tercero del Código Civil, puesto que el fideicomitente que viene a ser el testador, transfiere parte o la totalidad de la propiedad de su patrimonio en vida a una entidad fiduciaria, y por lo mismo puede o no disponer, en el contrato de fideicomiso, que se cumplan con las reglas establecidas en el Derecho civil; tal es así que muy bien podría dejar a un lado a un heredero forzoso, o que no se le asigne la cuota que le correspondería si lo hubiera realizado a través de un testamento conforme al Código Civil.

6.7.- FIDEICOMISOS DE EMPRESA

Destacan en los fideicomisos mercantiles de empresa, los fideicomisos para planes de beneficios para empleados, fideicomisos para asegurar la calidad de los socios, fideicomisos para contabilidades de empresas, etc.

6.8.- FIDEICOMISOS PARA PLANES DE BENEFICIOS PARA EMPLEADOS, TALES COMO JUBILACIONES, PRIMAS DE ANTIGÜEDAD, FONDOS DE AHORRO, ETC.-

Para comprender la importancia de este fideicomiso me permito transcribir el pensamiento del Lic. Eduardo Alvarez, quien sobre el tema, a la letra dice: “Es frecuente que las empresas no sólo quieran cumplir con lo que por ley están obligadas, sino que desean otorgar mayores prestaciones de carácter económico que permitan motivar a los trabajadores y fomentar su arraigo, reduciendo así la rotación de este elemento fundamental de la producción, siempre en beneficio del propio trabajador por las expectativas que esto implica y de la empresa, pues, ésta contará con personal más calificado, que asegurará el incremento de sus utilidades al aumentar la productividad de sus trabajadores. Ejemplo típico del otorgamiento de mayores prestaciones económicas a los trabajadores, es el pago de pensiones por jubilación, incapacidad o fallecimiento; este pago se realiza en adición a la pensión que los trabajadores reciben del Instituto del Seguro Social, logrando de esta manera motivar al trabajador por tener resuelto el problema de una supervivencia decorosa cuando hayan declinado sus facultades físicas, debido a la seguridad que tendrá de recibir una retribución complementaria a la edad de jubilación, y a la vez, el retiro de los trabajadores se convierte en una meta que desean alcanzar y no una carga... Es aquí donde el fideicomiso cobra singular importancia: las reservas en efectivo destinadas a otorgar esa protección adicional son confiadas a una institución fiduciaria para que las administre en forma tal que asegure el interés objetivo de la empresa y de sus trabajadores; más aún, el fideicomiso es el instrumento más eficaz para el manejo de un plan de pensiones, pues constituye un elemento esencial de planificación financiera a largo plazo en cuanto al activo más importante de la empresa: su personal”⁷⁸

De lo transcrito se desprende que, el fiduciario se encarga de custodiar, invertir y administrar los fondos tendientes a formar a reservas creadas por las empresas a favor de sus trabajadores, para ser destinados al pago de pensiones vitalicias por jubilaciones complementarias a las que otorga el seguro social, incluso se lo puede involucrar al fideicomiso para el manejo de fondos

destinados al pago de primas de antigüedad, fondos de ahorro y en general todo beneficio, inspirado en la seguridad social y en la necesidad constante del ser humano de vivir con cierta tranquilidad y seguridad económica, basado en los principios humanistas y sociales de una empresa.

Los recursos manejados a través de un fideicomiso suponen una previsión ordenada de pequeñas cantidades que a través de los años forman sumas importantes que sirven para hacer frente a las prestaciones otorgadas.

Es decir, el fiduciario se encarga de la custodia, aversión y administración de los fondos tendientes a formar reservas creadas por las empresas a favor de sus trabajadores, para ser destinados al pago de pensiones vitalicias por jubilaciones complementarias a las que otorga el seguro social, se encargará igualmente de conferir prestaciones por incapacidad o fallecimiento.

En fin, este fideicomiso sirve, entre otros objetivos para el manejo de fondos destinados al pago de jubilaciones, primas de antigüedad y cesantía.

En esta línea Mario Carregal, proclama que los alcances son evidentes, al asegurar que “el sistema permite la constitución de un fondo destinado a atender a largo plazo los compromisos asumidos por la empresa, cuya administración se confía a una entidad de gran experiencia y profesionalidad en materia financiera, que estará encargada de la planificación del fondo, de sus necesidades, de la rentabilidad de los recursos, del pago de los beneficios a los jubilados y la determinación actuarial de las contribuciones al fondo de acuerdo a las variaciones habidas por rotación, fallecimiento u otras causas.”⁷⁹

Este fideicomiso, parte de la premisa de que la empresa debe planear a largo plazo el uso y disposición de sus recursos, con el más alto grado de certeza y profesionalismo que le brinda una fiduciaria, evitando contratar personal idóneo adicional para este fin, y a la vez obteniendo la ventaja de poder determinar actualmente las contribuciones al fondo en fideicomiso, las cuales serán revisadas y ajustadas periódicamente, con el objeto de apreciar las variaciones habidas por rotación, fallecimiento, etc. Otra ventaja es que resulta menos oneroso el pago de las prestaciones económicas a los trabajadores, debido a los costos de operación que son más

---

⁷⁸ Citado por CARREGAL, Mario Alberto, “El fideicomiso, Regulación Jurídica y Posibilidades Prácticas”, ob. Cit. Págs. 166 y 167, de “Fideicomiso al Servicio de las Empresas” del Lic. Eduardo Álvarez.

⁷⁹ CARREGAL, Mario Alberto, “El Fideicomiso”, ob. Cit. Pág. 167.

favorables cuando se lo hace a través del fideicomiso. También la empresa podrá prescindir del personal, asegurándole un retiro decoroso, acorde a su nivel socio – económico, logrado a base de su trabajo; y finalmente, como es obvio, los empleados se sentirán más incentivados, satisfechos y seguros de lo que les espera en el futuro, con el producto de sus prestaciones adicionales, y que además están exentas del impuesto a la renta.

De ninguna manera con la introducción de este mecanismo se remplazaría a las normas que sobre la jubilación e indemnizaciones por accidentes y enfermedades laborales constantes en el Código del Trabajo y e el Seguro Social que rige actualmente en el país, sino más bien, como ya se estipula en la Ley de Seguridad Social, es factible operar y contar complementariamente con entidades privadas para estos fines, habida cuenta que los actuales organismos llamados a “cumplir con los principios de la seguridad social, entregando prestaciones y servicios de calidad, en forma oportuna y eficiente”, tal cual lo ordena la 2ª disposición transitoria de la Constitución Política, no lo hacen por fallas estructurales propias de un sistema anárquico y politizado.

En conclusión lo que se pretende con un fideicomiso mercantil de esta naturaleza es mejorar complementariamente a las prestaciones y servicios que brinda el Código de Trabajo y la Ley de Seguro Social Obligatorio, sin menoscabar e intervenir en sus políticas ni ingresos, que es el caso de los fondos de Cesantía “Porvenir” del Banco del Pichincha.

6.9.- FIDEICOMISOS COMO INCENTIVOS PARA EMPLEADOS.-

Carregal, considera a estos fideicomisos como: “aquellos que tienen por finalidad entregar acciones de la empresa a miembros del personal que se hayan destacado según su escala de méritos confeccionada por la propia empresa. El mecanismo consiste en entregar al fiduciario una suma determinada de dinero generalmente proveniente de las utilidades del ejercicio para que con el fondo que así se forme adquiera en las bolsas o mercados o suscriba acciones emitidas por la empresa.

El desarrollo de tales fideicomisos presenta múltiples facetas. Pero la alternativa más frecuente será que el fiduciario entregue en propiedad plena las acciones a sus beneficiarios o bien sólo les reconozca los beneficios económicos que otorguen, reservándose la propiedad fiduciaria de las acciones y los derechos corporativos propios de a condición de accionista, que ejercerá – según haya sido previsto en el contrato de fideicomiso – siguiendo las órdenes e instrucciones

que reciba de los órganos o personas a las que se atribuyan tales facultades.”⁸⁰

En tal virtud, los trabajadores pueden convertirse en propietarios de acciones de la firma para la que prestan sus servicios.

Estas acciones los empleados las podrían adquirir de las siguientes maneras:

1. Gratuitamente.- Mediante acciones que se pueden entregar a los empleados por una actuación destacada dentro de la empresa de acuerdo a los términos y condiciones pactados en el plan de incentivos establecido al efecto, el cual se administra a través del fideicomiso.
2. Adquiriendo las acciones de la empresa.- mediante la entrega de dinero al fiduciario, para que adquiera acciones emitidas por la compañía en el mercado de valores al personal designado por la empresa, con todos sus derechos patrimoniales y corporativos, en los términos y condiciones que se hayan pactado en el contrato de fideicomiso, convirtiéndose el empleado en un accionista más; y,
3. Otorgando a los empleados los derechos patrimoniales emanados de las acciones, conservando los accionistas los derechos corporativos y por tanto el poder de decisión, los empleados ejercerán su derecho a través del contrato de fideicomiso.

Todos estos mecanismos ofrecen ventajas a las partes involucradas. A los empleados les representa un incremento económico, y a los empleadores les favorece porque se motiva a los trabajadores sin que tengan que intervenir en dicha administración la propia compañía.

6.10.- FIDEICOMISO PARA ASEGURAR LA CALIDAD DE LOS SOCIOS, RESTRINGIENDO LA CIRCULACIÓN DE LAS ACCIONES DE UNA EMPRESA.

El banquero Eduardo Álvarez, nos explica este fideicomiso con una hipótesis: “Los principales accionistas de la empresa interesados en la conservación de una administración eficiente y en el crecimiento de la empresa, podrían transmitir al fiduciario las acciones de su propiedad, pactándose que en caso de que alguno o algunos de ellos deseen vender todo o parte de su tenencia, tendrán el derecho al porcentaje de las acciones restantes y además podrán constar

---

⁸⁰ CARREGAL, Mario, “El Fideicomiso, Regulación Jurídica y Posibilidades Prácticas”, ob. Cit. Pág. 168.

también como fideicomisarios o beneficiarios. La misma situación va en el caso de muerte de alguno de los fideicomitentes, puesto que los deudos del fallecido probablemente no tuvieron la habilidad para los negocios que requieren las accionistas que sobreviven. De esta forma, las acciones que fueron de propiedad del accionista fallecido no pasarían a sus sucesión, sino ésta recibiría el producto de la venta que la institución fiduciaria hiciera a los demás accionistas, conservando la titularidad del total de las acciones, pues el fiduciario registraría solamente el número de acciones vendidas a nombre de los fideicomisarios adquirentes, eliminando el del accionista fallecido.”⁸¹

Otros aspectos de estos fideicomisos es el encaminado a establecer en el contrato respectivo que los socios actuales pueden designar un nuevo socio para que adquiera las acciones del actual que desea vender o que fallece. El nuevo socio deberá adherirse al fideicomiso y su admisión se logra por medio del consenso de los socios actuales.

De lo anterior, se desprenden algunas ventajas, pero sobre todo se aprecia la intención que se tiene con el fideicomiso, de asegurar la calidad de los socios, permitiendo a los actuales accionistas la continuidad en la administración de la empresa basada fundamentalmente en la capacidad de los socios, sin abrir las puertas a nuevos. No sucede lo mismo en el caso de herederos de un accionista fallecido, que podrían no ser aptos para el manejo de la empresa, por su falta de capacidad y experiencia, en cuyo caso con el fideicomiso se logra seguridad en el cumplimiento de los fines de la empresa y respecto de los intereses de ellos mismos.

No existen en la legislación ecuatoriana, ni en la Ley de Compañías particularmente hablando, impidiendo para que un nuevo socio adquiera acciones o, que en su defecto, se acreciente el patrimonio de los actuales, a través de un fideicomiso mercantil, en donde el actual accionista sería el constituyente que transfiera la propiedad de sus acciones mediante sesión ordinaria y a título de fideicomiso mercantil a una fiduciaria., registrándose tal movimiento en el libro de Acciones y Accionistas de la empresa que se trate. La fiduciaria, una vez registrada y como titular de las acciones, puede cumplir con las instrucciones impartidas por el o los constituyentes de volver a transmitir las acciones mediante sesión ordinaria a los beneficiarios (que vendrían a ser los nuevos socios o los actuales que acrecientan su número de acciones), una vez que se cumpla la condición establecida; por lo que si es posible aplicarla en el país.

6.11.- FIDEICOMISOS A FAVOR DE ESTUDIANTES.-

Son los fideicomisos en virtud de los cuales, la entidad fiduciaria recibe en fideicomiso mercantil de una persona natural o jurídica (que pueden ser los padres, parientes, una entidad educativa o una entidad de asistencia pública) una determinada cantidad de dinero, con el objeto de que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos se encarga de su eficaz y adecuada inversión, custodia y administración, y emplee los rendimientos de dicho capital para el otorgamiento de becas a estudiantes de excelente nivel académico, o de bajos recursos económicos o a favor de alumnos que hayan perdido el sostén económico, de modo tal que puedan continuar sus estudios. En estos fideicomisos, el fiduciario hace además de representante del patrimonio autónomo constituido a favor del o los estudiantes, y está llamado para que coloque los recursos, que le fueron confiados, en el mercado o en el sistema financiero.

6.13.- FIDEICOMISOS DE INMIGRANTES RENTISTAS.-

Un servicio interesante en la actividad fiduciaria, que ha permitido un desarrollo atractivo de negocios en la banca de intermediación, que se ha venido dando en otros países, es el de los denominados fideicomisos de inmigrantes rentistas, que son contratados de fideicomisos, que consisten en garantizar a la dirección de Inmigración y Extranjería y al Estado en general, que un extranjero que desea radicarse en el país, contará con los medios económicos suficientes para vivir por un número de años determinado, en tanto espera la calidad migratoria de inmigrado, garantizándose que existirán fondos para que si es del caso, se cubra el importante de las sanciones económicas que se le llegare a imponer, gastos de repartición, o cualquier otra prestación preliminar de su carácter de inmigración rentista.

En nuestra realidad es muy difícil que se llegue a dar un fideicomiso de esta naturaleza, debido primero a los costos elevados que representa constituirlo, deberíamos estar hablando de cifras muy altas; y, segundo, si se trata de un extranjero rentista y solvente, éste no tendría mayor problema en legalizar su permanencia en el país, en consecuencia, ya no tendría sentido realizar la fiducia. Sin embargo, me pareció necesario mencionarlo para demostrar la

---

⁸¹ ALVARZ, Eduardo, “El Fideicomiso al Servicio de las Empresas”, s/e, Edit. Nelly, Bogotá, Colombia, 1981, pág. 55

versatilidad que tiene la figura del fideicomiso, que como hemos visto se acopla a situaciones impensadas.

6.12.- FIDEICOMISOS PARA REALIZAR AVALÚOS Y PERITAJES

A esta modalidad de fideicomiso se refiere Rodolfo Batiza, cuando nos indica que: “establece la ley bancaria mexicana que las instituciones fiduciarias están autorizadas para encargarse de hacer avalúos que tendrán la misma fuerza probatoria que las leyes asignan a los hechos por corredores públicos o peritos”⁸²

Una o varias personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que requieran realizar avalúos de una o varias de sus propiedades , para enajenarlas o para solventar algún asunto judicial pueden transferir la propiedad de dichos bienes a un patrimonio autónomo, a fin de que, el fiduciario técnico en la materia e imparcial se encargue de estudiar el mercado, para que proporcione y extienda un informe en el que contendrá el avalúo de la cosa fideicometida, al propio fideicomitente o en su defecto a los órganos de justicia o a quien haya sido designado como fideicomisario en el acto constitutivo y proceder a transferir dichos bienes a quienes hayan cumplido las condiciones del peritaje, las disposiciones contractuales y el asunto que se esta ventilando. En caso contrario, se procede con la restitución de la cosa fideicometida al o a los constituyente. Informe, como se señaló en un comienzo, tendrá la misma fuerza probatoria que las leyes otorgan a los corredores públicos o peritos.

De indudable beneficio, en sistemas, donde los avalúos y peritajes, no pocas veces, dejan mucho que desear, por recaer estas funciones en personas empíricas, de mala fe o parcializadas; al contrario, de lo que sucedería con avalúo y/o peritaje sometido a fideicomiso, en donde intervine como fiduciario una entidad especializada, que cuidará de su imagen, rectitud e imparcialidad.

En el ámbito jurídico ecuatoriano no se puede aplicar este fideicomiso, pues por un lado la fiduciaria no podría encargarse exclusivamente de evaluar bienes, a menos que conjuntamente con esta tarea se le encomiende la administración de los bienes evaluados; y por otro, de tratarse únicamente de la función de evaluar no hace falta que se transfiera la propiedad del bien a título de fideicomiso, no tiene sentido transferir la propiedad para cumplir con solo este

---

⁸² BATIZA, Rodolfo, “El Fideicomiso, Teoría y Práctica”, ob. Cit. Pág. 415

fin.

6.14.- FIDEICOMISO PARA DEPOSITARIAS

Sobre este tópico Batiza anota que: “ la propia ley mercantil faculta a las instituciones fiduciarias para recibir en depósito, por cuenta de terceros, toda clase de bienes muebles, títulos o valores.. Los depositarios judiciales podrán en todo tiempo, sin necesidad de autorización especial y salvo prevención en contrario emanada de las personas o autoridades que hayan hecho su designación, delegar su encargo en una institución autorizada para actuar como fiduciaria.”⁸³

Ante un encargo de esta naturaleza la responsabilidad del depositario judicial la traslada al fiduciario, quien quedará obligado a rendirle cuentas. El fiduciario será responsable directo de la administración y cuidado de los bienes, ante el delegante y ante los menores, acreedores, herederos, socios y demás interesados, y una vez que haya providencia en firme transferirá dichos bienes a quienes haya designado la autoridad competente.

Entonces, el fideicomitente será el depositario judicial de los bienes aprehendidos, secuestrados o embargados. El mismo que transfiere su responsabilidad y entrega en fideicomiso los bienes a una institución fiduciaria, quien acogiéndose a las instituciones constante en el contrato de fideicomiso será responsable del cuidado y manejo del bien o bienes fideicometidos hasta que se decida en última instancia por parte de la autoridad competente el destino que se dará a l bienes. El beneficiario, por ende, será quien designe la autoridad en última instancia.

Para ciertos bienes que se encuentran en depósito judicial, sería ventajoso, que se hallen en un fideicomiso de esta naturaleza, tomando en cuenta el manejo técnico, el conocimiento, el cuidado y mantenimiento que necesitan y que en condiciones deficientes como sucede en la actual realidad, lo que se obtiene es que se destruyan, disminuyan su valor drásticamente, se extingan o pierdan los bienes y sus frutos depositados, por no contar con una infraestructura adecuada y personal encargado de velar por la conservación y producción de los mismos, como en los casos de propiedades productivas, haciendas ganadoras, planteles avícolas, fábricas, que de no estar administradas (durante el tiempo en que se ventile la controversia), pierden su

---

⁸³ BATIZA, Rodolfo, “El Fideicomiso, Teoría y Práctica”, ob. Cit. Pág. 416

producción y rentabilidad, ocasionando una gravísima pérdida económica, que puede repercutir y repercute no sólo en el acreedor, sino también en empleados, proveedores, clientes y en todo la gente que se encuentra alrededor de esos negocios. Con más razón si se trata de títulos o valores, que en manos de un fiduciario depositario van a rendir adecuadamente y tener un destino pactado en el acto constitutivo del contrato de fideicomiso.

6.15.- FIDEICOMISO PARA DESEMPEÑO DE TUTELAS Y CURADURIAS

Rodolfo Batiza, sobre el fideicomiso para desempeño de tutela nos informa que:

La ley bancaria mexicana autoriza a las instituciones fiduciarias para desempeñar el cargo de tutor ... La ley bancaria dispone en todos los casos de tutela, curatela u otros que tengan por objeto la guarda de las personas y de bienes, el discernimiento del cargo respectivo a favor de una institución fiduciaria se entenderá hecho exclusivamente en cuanto se refiere a los bienes, y nunca se extenderá a la guarda de las personas.”⁸⁴

El contrato de fideicomiso en esta hipótesis garantiza, obviamente, que el fiduciario que recibe la calidad de tutor o curador, ejercerá este cargo, según las instrucciones contenidas en el fideicomiso en forma desinteresada y profesionalmente hablando, con miras a proteger a los incapaces o menores, que por su propia condición, son sujetos muy vulnerables dentro de la sociedad en general, o como señala al Art. 385 del C.C: “aquellos que no pueden gobernarse por si mismo, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo potestad de padre y madre, que pueden darles la protección debida” e incluso particularmente en algunos casos por el accionar de sus mismos parientes y allegados, que olvidándose del encargo ven su provecho personal.

El fideicomitente viene a ser el o los representantes del pupilo, quien a quienes con la intención de salvaguardar los intereses de último, transfieren, total o parcialmente, a una fiduciaria sus condiciones de tutores con los derechos sobre los bienes que le pertenecen al incapaz relativo, a fin de que, los maneje y administre diligentemente, en provecho del representado o fideicomisario.

El Art. 535 del C.C. se ocupa de todos quienes no pueden ser tutores, en donde no se menciona a las sociedades administradoras de fondos y de fideicomisos, razón por la cual, es posible esta aplicación por no estar prohibida expresamente por la Ley, y por su utilidad

---

⁸⁴ BATIZA, Rodolfo, “El Fideicomiso, Teoría y Práctica”, ob. Cit. Pág. 422 y 424

práctica. Estaríamos hablando de que los representantes legales o fideicomitentes, designen y transfieran sus calidades de tutores con los derechos sobre los bienes que le pertenecen a los pupilos o fideicomisarios, a una fiduciaria, para que los administre correctamente. Es más, extendiendo e interpretando el Art. 397 del C.C., el curador o tutor, está en libertad de solicitar la intervención de una fiduciaria, ya sea por "excesiva complicación de los negocios del pupilo y su insuficiencia para administrarlos cumplidamente" o por cualquier otro motivo, pero antes, para ello pondrá en conocimiento y pedirá autorización a un juez de lo civil, quien deberá oír previamente a los parientes y al Ministerio Público. El Juez de lo Civil será entonces quien diga la última palabra sobre si se procede o no que una administradora de fondos y de fideicomisos intervenga en una tutela o curaduría, referente únicamente a los bienes y no a la guarda de las personas.

6.16.- FIDEICOMISO PARA DESARROLLO TURISTICO

Encontramos una limitación al concurso del capital de otros países para poder fomentar y desarrollar el sector turístico, particularmente en las costas ecuatorianas (que están dentro de la faja de seguridad), así como también dentro de algunas áreas que están en la frontera. Ante esta prohibición, una persona natural o jurídica extranjera podría intervenir a través de un fideicomiso mercantil en estas zonas, provocando un desarrollo turístico competitivo con otros países. En Ecuador, el fideicomiso de desarrollo turístico es un contrato por el cual se establece una mecánica jurídica administrativa y contable, encaminada a desarrollar una empresa con carácter turístico. En la que se conjugan una serie de esfuerzos e intereses del inversionista y del desarrollador, que pueden ser nacionales o extranjeras y el propietario del terreno, así como del de los clientes naturales de dicha empresa que en mucho están en el mercado extranjero. Existen otras modalidades de este tipo de fideicomisos, como el fideicomiso unifamiliar, que se constituye para que un extranjero disfrute de los servicios de una casa, de un condominio, o de un departamento en la playa o en algún lugar de la costa.

Por lo tanto, los fideicomitentes, son por un lado, el fideicomitente promotor, que es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que aporta el inmueble, y por otro, el fideicomitente adherente (será el extranjero en la hipótesis planteada) o el inversionista, nacional o extranjero, que desea involucrarse en el proyecto, a cambio de una retribución económica.

El fiduciario, será la institución encargada de la administración y coordinación del proyecto turístico vía fideicomiso; y, los beneficiarios serán las personas naturales jurídicas, nacionales

o extranjeras que existan o se esperan que existan, que participen en los resultados del proyecto turístico.

6.17.- FIDEICOMISOS CON ENTIDADES PÚBLICAS:

La actual Ley de Mercados de Valores, prevé la posibilidad de que las entidades públicas pueden desempeñarse como fiduciarias mercantiles, en su Art. 100, cuando dice: "las entidades del sector público podrán actuar como fiduciarias de conformidad con lo previsto en sus propias leyes."

En este mismo sentido, se expidió el Reglamento para la contratación de Negocios Fiduciarios por las Instituciones del Estado, publicado en el Registro oficial 197, de 25 de mayo de 1999, que ampara e procedimiento de contratación de las entidades públicas, ya sea en calidad de constituyentes, fiduciarias o beneficiarias de estos contratos de fideicomisos; debiendo contar para la constitución de la decisión de la máxima autoridad de la institución.

Pero es necesario aclarar que para operar como fiduciaria a una entidad pública, a la fecha, únicamente la Corporación Financiera Nacional está facultada legalmente para hacerlo, pues así está determinado por la Ley de la C.F.N. en el Art. 24 cuando dice que la Corporación Financiera Nacional puede actuar como administradora de fondos administrados y colectivos, según el reglamento que expida el Directoria para el efecto; puede emitir certificados fiduciarios; puede prestar servicio fiduciario civil y/o mercantil al Gobierno Nacional, a entidades de derecho público y a entidades de derecho privado. Como fiduciaria, la Corporación Financiera Nacional, representa y responde por el patrimonio autónomo constituido, el cual lo gestionará y manejará de acuerdo a las instrucciones impartidas por el fideicomitente en el contrato inicial, que puede ser otra entidad pública o privada. Producto de esta gestión tendrá derecho, al igual que las entidades privadas, a una remuneración prevista en el acto constitutivo.

Como fideicomitente la entidad pública, con la decisión de su máxima autoridad, puede constituir un contrato de fideicomiso mercantil, transferir bienes, e instruir y encomendar a una fiduciaria el adelanto o cumplimiento de una gestión específica a ella asignada, en provecho propio o ajeno, y de la comunidad en general, conforme se encuentre estipulado en el contrato.

Como beneficiaria, puede actuar una entidad pública, si consta como tal en el contrato de

fideicomiso, recibiendo los beneficios o resultados de la gestión realizado por el fiduciario.

En otros países el fideicomiso con entidades públicas ha tomado impulso, ya sea designando a entidades de crédito como agentes fiduciarios e incluso facultándoles la administración de fondos destinados a la concesión de préstamos directos o de redescenso de créditos otorgados por las entidades financieras con una determinada finalidad.

Puede el Gobierno ecuatoriano, también, utilizando esta herramienta jurídica, obtener resultados muy beneficiosos, destinando recursos para la realización de obras públicas complejas y de mucha envergadura, encargando a sociedades fiduciarias especializadas y técnicas su control, administración y ejecución.

En verdad hay infinidad de actos y operaciones de la administración pública que se desenvuelven con una incapacidad notoria, provocando daños y perjuicios al Estado, ante esta situación, los fideicomisos pueden ayudar a mejorar la realización y administración de obras públicas, verbigracia, se lo podría emplear en la administración de denotaciones, en la construcción de una pequeña escuela, de un gran proyecto de vivienda, de agua potable, etc. Muchos pudieran ser los fideicomisos públicos que coadyuvarían en el desarrollo de nuestro pueblo, así a manera de ejemplos citamos los siguientes:

6.18.- FIDEICOMISOS DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS.-

En este caso la entidad pública fideicomitente entrega al fiduciario una cantidad de dinero con el propósito de que se hagan ciertos desembolsos cuyas características y condiciones han sido señaladas en el acto constitutivo, y además con el fin de que mientras se hagan estos desembolsos, este dinero se invierta conforme instrucciones impartidas por la entidad pública constituyente.

El aporte podría también ser en bienes, para que la fiduciaria los administre productivamente conforme las instrucciones del fideicomitente (por ejemplo arrendándolo), para que con el producto de esa administración de dinero o bienes se hagan los pagos para las obras o trabajos de que están indicados en el contrato.

6.19.- FIDEICOMISO DE RECAUDO Y ADMINISTRACIÓN CON ENTIDADES PÚBLICAS

Lo que sucedería con este fideicomiso es que, la entidad pública fideicomitente entrega a la entidad fiduciaria recursos para que los administre y a su vez se haga cargo de recaudaciones

futuras y pague con el producto de ellas incluso otras obligaciones previamente adquiridas y puntualizadas en el contrato.

En este caso la administración de la fiduciaria asegura que la finalidad de pago no se distraiga. Para efectos del recaudo pues, incluso, facultarse a la sociedad fiduciaria para que realice cobros coactivos y para que otorgue facilidades de pago a los contribuyentes morosos, dentro de los parámetros establecidos por la entidad pública fideicomitente.

La presente modalidad podría aplicarse en el recaudo y administración de impuestos, tasas y contribuciones municipales, provinciales y fiscales.

6.20.- FIDEICOMISO INMOBILIARIO CON ENTIDADES PÚBLICAS

Este contrato se opera con la entrega que hace la entidad pública fideicomitente de un bien raíz a un fiduciario, para que lo maneje, administre, realice proyectos de construcción y transfiera las unidades construidas, conforme sus indicaciones estipuladas en el convenio fiduciario.

6.21.- FIDEICOMISO DE TITULARIZACIÓN CON ENTIDADES PÚBLICAS.-

Esta operación jurídica hace posible que las empresas públicas puedan obtener liquidez a partir del empleo de sus activos ilíquidos, emitiendo títulos con el respaldo en éstos. Se podría titularizar flujos futuros del cobro de peajes en las principales carreteras construidas mediante el sistema de concesión.

6.22.- FIDEICOMISO DE DESARROLLO.-

En el fideicomiso de desarrollo intervienen las entidades internacionales o gubernativas de créditos, como fideicomitentes, quienes obtienen recursos para intervenir en obras a favor de la comunidad o de desarrollo, en países pobres como el nuestro. Los recursos con los que cuentan los programas de desarrollo, pueden provenir exclusivamente de contribuciones estatales o mixtas, a los de esta segunda hipótesis se los denomina programas de cofinanciamiento, en los cuales participan los recursos estatales e internacionales. Recursos que son transferidos a una fiduciaria, para que los administre e invierta conforme a lo establecido en el contrato de fideicomiso. El beneficio de los resultados de la administración del fiduciario a favor de la economía del país.

En efecto, en esta finalidad existen fondos administrativos por el Banco Internacional de

Desarrollo, el Banco Mundial y los bancos centrales de distintas nacionalidades.

6.23.- FIDEICOMISOS DE COINVERSIÓN

Este fideicomiso es de gran aceptación en instituciones públicas en los países vecinos, con el fin de canalizar los fondos obtenidos hacia sectores prioritarios de desarrollo económico. Para las empresas comerciales representan ventajas financieras la realización de grandes proyectos de inversión en los que se conjugan y se fusionan los recursos de varias de ellas para conformar un fondo común en un patrimonio autónomo (constituido con el concurso de capitales de las empresas inversionistas fideicomitentes), representado por una entidad pública fiduciaria, legalmente autorizada, que responderá a los objetivos comunes de las empresas aportantes fideicomitentes, el cual, a su vez asegurará que los fondos se inviertan precisamente en el desarrollo del proyecto predeterminado en el contrato de fideicomiso y que recibirán en su oportunidad, los beneficios que pudieren existir de la gestión de la entidad pública o privada fiduciaria en proporción a las aportaciones efectuadas.

Se puede apreciar a la utilidad de estos fideicomisos atendiendo el razonamiento de Eduardo Carpizo, quien alude a esta figura jurídica aliviando una situación que puede ser explotada por las empresas extranjeras cuando nos refiere que la ventaja: “consiste fundamentalmente en que una empresa con capital extranjero en su mayoría puede dedicarse a nuevos campos de actividad económica dentro del país además, tiene ciertas restricciones en cuanto a su desarrollo puesto que no le son otorgados permisos para ampliarse o para importar bienes de capital que requiera. En otros casos, los accionistas extranjeros pueden afectar en fideicomiso, la porción necesaria de acciones para que sea colocadas en el país dentro de un plazo razonable, con objeto de que la empresa, cuente con la mayoría de capital, logrando de inmediato los beneficios derivados de la nacionalización y pueda emprender nuevos proyectos que le son necesarios.”⁸⁵

Es decir, que las empresas extranjeras que desean expandir su campo de acción en actividades productivas en un país, pero que les es restringido por ley o que va más allá de sus posibilidades económicas, pueden juntar recursos y capitales con otras empresas que tengan el mismo fin de inversión aportación, constituyendo y entregándolos (los recursos y capitales) en fideicomiso mercantil a un patrimonio autónomo, representado por una entidad pública

---

⁸⁵ ALVAREZ, Eduardo, “El Fideicomiso al Servicio de las Empresas”, ed. S.n, Edit. Nelly, Bogotá, Colombia, 1981, pág. 54.

fiduciaria, quien se encargará de administrarlo de acuerdo a las instrucciones recibidas por las empresas fideicomitentes que juntaron sus capitales para iniciar nuevos proyectos y sin el cual (unión de capitales) no lo hubieran conseguido, sea por restricción legal o por falta de recursos. Todo lo cual redundará en provecho de todos a quienes esté dirigido el proyecto y en beneficio propio de cada una de las empresas públicas y/o privadas fideicomitentes aportantes, puesto que las utilidades se distribuirán de acuerdo al monto aportado y fijado en el acto constitutivo.

6.24.- FIDEICOMISOS CON ENTIDADES PÚBLICAS DE ADMINISTRACIÓN DE EMISIONES.

Lo que se pretende con este procedimiento mediante el fideicomiso es que las entidades estatales fideicomitentes interesadas en obtener financiación a través de la emisión de valores negociables pueden encargar a una fiduciaria la realización de algunas gestiones referentes a la emisión, como las que anota la Asociación de Fiduciarias de Colombia y que son:

“Expedir los títulos a medida que se vayan colocando.- Custodiar los títulos en blanco.- Fraccionar o agrupar los títulos expedidos.- Efectuar el pago de los rendimientos y del capital con los recursos que al efecto le vaya entregando la entidad pública emisora.

- Llevar los libros de registro de tenedores cuando así se requiera.- En caso que se opte por la contratación de un depósito de valores, la entidad pública puede encargar a la fiduciaria el manejo de las relaciones con la entidad administradora de dicho depósito y, en general, del manejo de todo el contrato que se suscriba con esta .- La sociedad fiduciaria puede también encargarse de asesorar a las entidades públicas interesadas en obtener financiación mediante la realización de emisiones de valores, en todos los aspectos financieros y jurídicos de la emisión.”

En fin, mediante la celebración de un contrato de fideicomisos de administración de emisiones de títulos – valores, donde el fideicomitente es la entidad pública autorizada, que requiere liquidez o financiamiento para un proyecto, transfiere en fideicomiso mercantil a un patrimonio autónomo sus valores negociables, a fin de que la fiduciaria emita los títulos respectivos, los administre y los negocie en el mercado bursátil y así obtener la liquidez y el financiamiento requerido por la entidad pública constituyente, que viene a ser también la beneficiaria de esta transacción.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El fideicomiso mercantil en el ámbito jurídico nacional, ha demostrado su enorme eficacia y versatilidad, adaptándose a la vida moderna, donde se requiere agilidad y seguridad en los negocios, ventajas que brinda el fideicomiso mercantil.

A pesar de su novedad, ha alcanzado enorme importancia en influencia en la actividad comercial y financiera, reemplazando a instituciones jurídicas cuya utilidad tiende a devaluarse como la prenda, hipoteca, usufructo.

Las características del fideicomiso mercantil que en este trabajo hemos analizado, nos demuestra que su utilidad es ilimitada, el hecho de crear un patrimonio autónomo que goza de personalidad jurídica, constituido por bienes muebles e inmuebles denominados bienes fideicometidos, cuya propiedad es distinta de los sujetos que intervienen en el contrato, y cuya administración y manejo estará a cargo de un ente especializado que tiene la obligación de cumplir con fines preestablecidos y explícitos, y que estos bienes por lo tanto son inembargables por causas ajenas a las ejecutadas por el propio patrimonio autónomo, y además, cuya transferencia de bienes esta exenta de pago de impuestos, nos asegura que estamos al frente de una figura legal que sin lugar a dudas será la de mayor utilidad e importancia en el devenir de la actividad empresarial en nuestro país y en el concierto mundial.

Es importante resaltar, que la actual crisis económica que vive el mundo entero, especialmente E.E.U.U., ha sido producto entre otras causas, por la quiebra del negocio inmobiliario – hipotecario, debido a que los créditos hipotecarios fueron insatisfechos oportunamente, provocando descalabros financieros y económicos que afectaron a todas las actividades productivas, en este caso, la figura jurídica del fideicomiso de garantía e inmobiliario, surge como una alternativa eficiente y eficaz para prevenir en la medida de lo posible, esta clase de caos económico.

En el caso de la ineptitud de muchas entidades de derecho público, que no logran satisfacer las demandas y justas aspiraciones de la población de contar con obras de infraestructura de importancia y trascendencia, que realmente mejore su calidad de vida, la utilización del

fideicomiso mercantil con sujeción a la normativa pertinente, conseguiría real beneficio para conseguir los objetivos, ya que el patrimonio autónomo, administrado de forma especializada por el fiduciario, garantizaría que los recursos económicos destinados a las obras , estén inmunes y protegidos de toda voluntad o capricho politiquero que pretenda distraerlos de su original finalidad.

Hemos notado que esta figura jurídica del fideicomiso mercantil, tan eficiente y atractiva, ha sido utilizada en su mayor porcentaje en esferas de estrato social y económico alto, aprovechando de las ventajas que les genera sus características legales , y las que les genera el desconocimiento de la existencia de esta figura mercantil por parte de la mayoría de personas, por lo que recomendamos de forma categórica y necesaria, su difusión y socialización, para que toda la colectividad ejercite su derecho a emprender comercialmente utilizando herramientas jurídicas modernas y dinámicas como esta.

BIBLIOGRAFIA

1. AGUILAR, Patricio: “Alcances del Fideicomiso Mercantil en el Ecuador”. Quito, 335pp.
2. ALFARO, Ricardo José: Edit. Imp. Nacional, Panamá, 1920, 93pp.
3. ARAUJO VALDIVIA, Luis: “Derecho de las Cosas y Derecho de Sucesiones”, Editorial Cajica, Puebla, 1965.
4. Asociación de Fiduciarias: “El Desafío Fiduciario”, 1ª ed., Edit. ABC Ltda., Santa Fe de Bogotá, 1995, 229pp.
6. Asociación de Fiduciarias: “Cartilla Fiduciaria”, 2ª ed., Edit. Alvear, Bogotá Colombia, 1997, 34pp.
7. Asociación de Fiduciarias: “Fiducia con Entidades Públicas”, Tomo N° 1, Edit. Alvear, Bogotá, 1997, 49pp.

8. BATIZA, Rodolfo: "El Fideicomiso, Teoría y Práctica", 3ª ed. Edit. Porrúa S.A., México, 1977, 480 pp.
9. BATIZA, Rodolfo: "Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Financiera", 2ª ed., Edit. Porra S.A., México, 1977.
10. BAUCHE GARCÍA, Diego Mario: "Operaciones Bancarias, activas, pasivas y complementarias", 4ª ed., Edit. Porrúa S.A., México, 1981, 355-376 pp.
11. BORJA GALLEGOS, Ramiro: "La fiduciaria o Fideicomiso Mercantil y la Titularización", 1ª ed., Edit. Jurídica del Ecuador, Quito, 1995, 179 pp.
12. BEDFORD, Norton M.: "Administración Contable y Financiera de la Empresa", Tomo V, Edit. Hispano Europea, Barcelona, 1976, Tomo V, 25-28 pp.
13. CABANELLAS, Guillermo: "Diccionario de Derecho Usual", 6ª ed., Editorial Heliasta, Bs. As., 1994.
14. CARREGAL, Mario Alberto: "El fideicomiso, Regulación Jurídica y Posibilidades Prácticas", Edit. Universidad, Bs. As. 1982, 221pp.
15. CERVANTES AHUMADA, Raúl: "Títulos y operaciones de crédito", 11ª ed., Editorial Herrero S.A., México, 1979. 287-299 pp.
16. CEVALLOS VAZQUEZ, Víctor: "Mercado de Valores y Contratos", Tomo II, 1ª ed., Edit. Jurídica del Ecuador, Quito 1977, 421 pp.
17. CRUZ ORTIZ, Neptalí: "Prontuario Jurídico Bancario", 4ª ed., Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1985, 329 pp.
18. GAMBOA SERRANO, Manuel José: "El Fideicomiso Bancario". Tesis, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Bogotá, 1976, 111 pp.

19. GRACIA DE LA TORRE, Fernan: "El Fideicomiso de Inversión", Tesis. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1990, 168 pp.
20. GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique: "Lecciones de Derecho Comercial", 2ª ed., Edit. Jurídica Dike, Medellín, 1987. 386-392 pp.
21. GIRALDO ARISTIZABAL, María, y SANIN DE SAFFON, Nora Lucía: "El Patrimonio Especial de la Fiducia Mercantil". Tesis. Pontificia Universidad Javeriana de Ciencias Políticas y Socioeconómicas, Bogotá, 1981.
22. GOMEZ DE LA TORRE REYES, Diego: "El Fideicomiso Mercantil", 1ª ed., Edit. Albazul offset, Quito – Ecuador, 1998, 150 pp.
23. GONZALEZ TORRE, Roberto: "El Fideicomiso, en el Derecho Civil y Comercial del Ecuador", 1ª ed., Guayaquil – Ecuador, 1996, 245 pp.
24. IDARRAGA DE ROSSI, Catalina, DIDIER DE UCROS, Tesis. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Bogotá, 1983, 72 pp.
25. LEAL PÉREZ, Hidelbrando: "Contratos Bancarios", 1ª ed., Edit. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1990, 368 – 413pp.
26. LÓPEZ ROCA, Luis Fernando: "Servicios Fiduciarios y Banca de Inversión", (s.e.), Bogotá, 1988, 114-135 pp.
27. MARTÍNEZ FLORES, Miguel: "Derecho Mercantil Mexicano", (s.e.), Edit. PAX., México, 1980, 177 – 181pp.
28. MUÑOZ, Luis: "Contratos y Negocios Jurídicos Financieros", Tomo II, Edit. Universidad, Bs. As., 1981. 38 – 47pp.
29. MUÑOZ, Luis: "El Fideicomiso", 2ª ed., Edit. Cárdenas México, 1980, 158 – 164 pp.
30. RABASA, Oscar: "Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá, N° 4, de septiembre

de 1971.

31. RENGIFO, Ramiro: "La Fiducia. Legislación Nacional y Derecho Comparado", (s.e.), Edit. Editora e Impresora Ramos, Bogotá, 1987, 236 – 249pp.
32. RENGIFO GARCIA, Ernesto, "La fiducia Mercantil y Pública en Colombia", Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá –Colombia, 198, 247pp.
33. Real Academia de la Lengua: DICCIONARIO, 2ª ed., Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid, 1984, tomo I y II.
34. RODRIGUEZ AZUERO, Sergio: "Contratos Bancarios, Su significación en América Latina", 3ª ed., Edit. ABC, Bogotá, 1985, 605 – 684pp.
35. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín:"Derecho Mercantil", Tomo II Editorial Porrúa S.A., México, 1987. 821pp.
36. RODRIGUEZ RUIZ, Raúl: "El Fideicomiso y la Organización Contable Fiduciaria", s.e, Edit. Contables y Administrativas S.A., México D.F. México, 1975, 294pp.
37. SHAW BOLLINI, y , BORNEO VILLEGAS: "Manual para Operaciones Bancarias y Financieras", 2ª ed., Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., 1981, 371 – 385pp.
38. VILACIS VILLACIS, Juan: "El qué y el cómo de Fiducia, Fideicomiso Mercantil y Cosas de valores", 1ª ed. Edit. Graficare, Quito – Ecuador, 132pp.
39. "Código Civil", 7ª ed., Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, Feb. 1992.
40. "Ley de Mercado de Valores", Registro Oficial N° 367, de 23 de julio de 1998.
41. "Reglamento General a la Ley de Mercado de Valores", Registro oficial N° 87, de 14 dic. De 1998.

42. “Ley de la Corporación Financiera Nacional”, Registro Oficial N° 164, de 17 de sep. de 1997.
43. “Ley General de Instituciones del Sistema Financiero”, Registro Oficial – Suplemento, de 12 de mayo de 1994.
44. “Reglamento General a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero”, Registro Oficial N° 475, de 4 de julio de 1994.
45. “Reglamento para el funcionamiento de la Sociedad Administradora de Fondos”, Registro Oficial N° 349, de 31 dic. 1993.
46. “Reglamento para la Emisión de los Certificados de derechos Fiduciarios”, Registro Oficial N° 242, de 23 de enero de 1998.
47. “Reglamento para la Contratación de Negocios Fiduciarios por las Instituciones del Estado”, Registro Oficial N° 197, de 25 de mayo de 1999.

INDICE GENERAL

Caratula	I
Declaración de Autoría	II
Cesión de Derechos	III
Autorización del Director	IV
Dedicatoria	V
Esquema de Contenidos	VI

INTRODUCCIÓN

CAPITULO PRIMERO

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO

1.1. Evolución histórica	
1.2. Orígenes del Fideicomiso en el Derecho Romano	1
1.3. Orígenes del Fideicomiso en el derecho Anglosajón	2

CAPITULO SEGUNDO

2. PRINCIPIOS GENERALES DEL FIDEICOMISO

2.1. Etimología de la palabra Fideicomiso	3
2.2. El contrato de Fideicomiso Mercantil	4
2.3. Naturaleza jurídica del Fideicomiso Mercantil	7
2.3.1. Teoría del Mandato Irrevocable	8
2.3.2. Teoría del Negocio Fiduciario	9
2.3.3. Teoría del Patrimonio de Afectación	10
2.3.4. Teoría del Patrimonio Autónomo	11
2.4. El Fideicomiso Mercantil como Institución Jurídica	17
2.5. Diferencias del fideicomiso Mercantil con otras instituciones semejantes	18
2.5.1. El Fideicomiso Mercantil y el Negocio Fiduciario	18
2.5.2. El Fideicomiso Mercantil y el Encargo Fiduciario	19
2.5.3. El Fideicomiso Mercantil y el Fideicomiso Civil	20
2.5.4. El Fideicomiso Mercantil y el Usufructo	23
2.5.5. El Fideicomiso Mercantil y el Mandato	25

2.5.6. El Fideicomiso Mercantil y la Estipulación a favor de Terceros	27
2.5.7. El Fideicomiso Mercantil y las Fundaciones	29
2.6. Ventajas de la utilización del Fideicomiso Mercantil	29

CAPITULO TERCERO 31

3 PARTES INTERVINIENTES EN EL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL

3.1. Sujetos	31
3.1.1. El Fideicomitente o Constituyente	32
3.1.1.1. Derechos	32
3.1.1.2. Obligaciones	34
3.1.2. El fiduciario	35
3.1.2.1. Derechos	36
3.1.2.2. Obligaciones	38
3.1.3 El Fideicomisario o Beneficiario	42
3.1.3.1. Derechos	43
3.1.3.2. Obligaciones	46
3.1.4. Patrimonio	46
3.1.4.1. El patrimonio como sujeto del Fideicomiso Mercantil	47
3.1.4.2. El Fideicomiso Mercantil como un patrimonio autónomo	47
3.1.4.3. Patrimonio sobre el que se constituye	49
3.1.4.4. Características del patrimonio fideicometido	50
3.1.4.5. Impuesto del patrimonio autónomo	51

CAPITULO CUARTO

4. REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL

4.1. Requisitos de existencia del contrato de Fideicomiso Mercantil	53
4.1.1. Consentimiento o voluntad	53
4.1.2. El objeto	54
4.1.2.1. Bienes que pueden ser materia de Fideicomiso Mercantil	55
4.1.3. Forma Solemne	56
4.2. Requisitos para la validez del contrato de Fideicomiso Mercantil	58
4.2.1. Capacidad	59
4.2.2. Consentimiento	61
4.2.3 Ausencia de lesión enorme	61
4.2.4. Licitud de Objeto	62
4.2.5. Licitud de la Causa	62
4.3. Consecuencias de la omisión de los requisitos	63
4.3.1. Inexistencia	64
4.3.2. Nulidad absoluta	64
4.3.3. Nulidad relativa	65
4.3.4. Efectos contra terceros	65
4.4. Cláusulas contractuales	66
4.4.1. Cláusulas de la naturaleza	67
4.4.2. Cláusulas de la esencia	68
4.4.3. Cláusulas accidentales	60

CAPITULO QUINTO

5. FIN DE LA RELACION FIDUCIARIA	71

5.1. Causales de extinción del Fideicomiso, según el art. 776 del Código Civil	72
5.2. Causales de terminación, Art. 134 de la Ley de Mercado de Valores	76
5.3. Otros modos de extinción del Fideicomiso Mercantil	81
5.4. Efectos de la terminación del contrato de Fideicomiso Mercantil	82

CAPITULO SEXTO

6. APLICACIONES DEL FIDEICOMISO MERCANTIL COMO OPERACIÓN FINANCIERA

6.1. Fideicomiso de Inversión	85
6.2. Fideicomiso de Administración	88
6.3. Fideicomiso de Garantía	90
6.4. Fideicomiso Inmobiliario	92
6.5. Fideicomiso de Titularización	96
6.6. Fideicomiso Testamentario	101
6.7. Fideicomisos de Empresas	104
6.8. Fideicomisos a favor de estudiantes	109
6.9. Fideicomisos de Inmigrantes rentistas	109
6.10. Fideicomisos para realizar avalúos y peritajes	110
6.11. Fideicomisos para depositarías	111
6.12. Fideicomisos para el desempeño de Tutelas y Curadurías	112
6.13. Fideicomisos para desarrollo turístico	113
6.14. Fideicomisos con entidades públicas	114
6.14.1. Fideicomisos de administración y pagos con entidades públicas	116
6.14.2. Fideicomisos de recaudo y administración con entidades públicas	116
6.14.3. Fideicomisos inmobiliarios con entidades públicas	116
6.14.4. Fideicomisos de titularización con entidades públicas	117
6.14.5. Fideicomisos de desarrollo	117
6.14.6. Fideicomisos de coinversión	118
6.14.7. Fideicomisos con entidades públicas de administración de emisiones.	119

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	120
BIBLIOGRAFÍA	122
ÍNDICE	127