



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LA RESPONSABILIDAD DE LAS FIDUCIARIAS FRENTE A LA GESTIÓN
Y ADMINISTRACIÓN EN LOS FIDEICOMISOS MERCANTILES DE
GARANTÍA EN EL ECUADOR

AUTOR

Luis Miguel Muñoz Pinto

AÑO

2021



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

**LA RESPONSABILIDAD DE LAS FIDUCIARIAS FRENTE A LA GESTIÓN Y
ADMINISTRACIÓN EN LOS FIDEICOMISOS MERCANTILES DE GARANTÍA
EN EL ECUADOR**

Trabajo de Titulación presentado de conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado de los Juzgados y Tribunales
de la República

Profesora Guía

Dra. Miren Josune Torrontegui Martínez

Autor

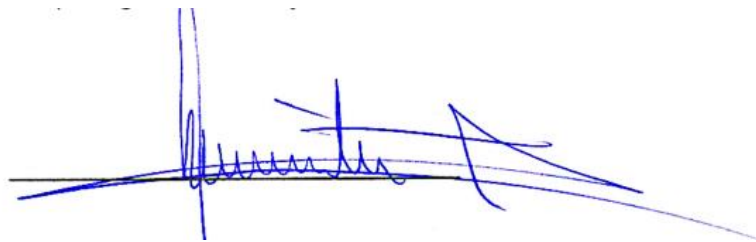
Luis Miguel Muñoz Pinto

Año

2021

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido el trabajo, la Responsabilidad de las Fiduciarias Frente a la Gestión y Administración en los Fideicomisos Mercantiles de Garantía en el Ecuador, a través de reuniones periódicas con el estudiante Luis Miguel Muñoz Pinto, en el semestre 202020 orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Miren Josune Torrontegui Martínez', written over a horizontal line.

Miren Josune Torrontegui Martínez

Master Ciencias Políticas

CC: 1708057631

DECLARACION DEL PROFESOR CORRECTOR

Declaro haber revisado este trabajo, la Responsabilidad de las Fiduciarias Frente a la Gestión y Administración en los Fideicomisos Mercantiles de Garantía en el Ecuador, del estudiante Luis Miguel Muñoz Pinto, en el semestre 202020, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

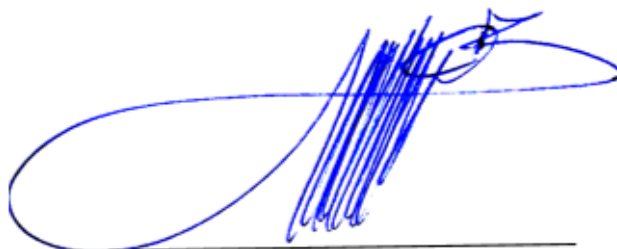
DocuSigned by:
Alejandro Sarzosa-Larrea
EC281DE23A65486...

Alejandro Sarzosa Larrea

CC.: 1713140372

DECLARACION DE AUTORIA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a large, sweeping loop on the left and a dense, scribbled area on the right, all resting on a horizontal line.

Luis Miguel Muñoz Pinto

C.C.: 1720002219

AGRADECIMIENTOS

Un total agradecimiento a todas las personas que contribuyeron para la elaboración de este trabajo académico, a todos los apreciados docentes quienes plantaron una semilla de su conocimiento en mí para mi crecimiento profesional.

A mi tutora, Miren Torrontegui, por su guía y ayuda en el desarrollo de mi tesis.

DEDICATORIA

A mi hijo Felipe Muñoz por todo su amor y comprensión en el desarrollo de este trabajo, a mi familia que continuamente me brindan las fuerzas necesarias para continuar con mi progreso profesional y a todos lo que creyeron en mí, apoyándome moral y económicamente.

RESUMEN

El presente trabajo de titulación trata sobre el alcance de la responsabilidad de las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos, en la gestión y administración de los bienes aportados a título de fideicomiso mercantil de garantía.

El objetivo principal de este trabajo es, establecer mediante algunos criterios y ejemplos que la responsabilidad de las fiduciarias, va más allá de la culpa leve como lo establece el Art. 125 del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero (Ley de Mercado de Valores) y que, mediante un análisis jurídico a su actuar, es posible exigir y comprometer a las fiduciarias con un mayor grado de responsabilidad.

Con el análisis de las disposiciones legales que definen su responsabilidad, podemos establecer que la gestión de las fiduciarias en muchos casos es tanto de medio como de resultado y que, su administración puede ser ejercida con suma y debida diligencia.

Finalmente, este aporte investigativo busca comprometer a las administradoras de fondos y fideicomisos a llevar a cabo las pretensiones del constituyente y beneficiarios, se cumplan aplicando un alto grado de responsabilidad.

ABSTRACT

The present title deals with the scope of the responsibility of the fund and trust management companies, in the management and administration of the assets contributed as a guarantee trust.

The main objective of this work is to establish by means of some criteria and examples that the responsibility of the fiduciaries goes beyond slight fault as established in Article 125 of Book II of the Organic Monetary and Financial Code (Securities Market Law) and that, through a legal analysis of their actions, it is possible to demand and commit the fiduciaries with a greater degree of responsibility.

With the analysis of the legal provisions that define their responsibility, we can establish that the management of the fiduciaries in many cases is both means and results and that their administration can be exercised with great and due diligence.

Finally, this investigative contribution seeks to commit the fund and trust administrators to carry out the claims of the constituent and beneficiaries, which are fulfilled by applying a high degree of responsibility.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. PRIMER CAPÍTULO: Cuestiones preliminares de los fideicomisos mercantiles	3
1.1. Antecedentes históricos	3
1.2. Generalidades del fideicomiso mercantil	6
1.3. Intervinientes en el fideicomiso mercantil	10
2. SEGUNDO CAPITULO: El fideicomiso mercantil en el Ecuador	14
2.1. Tipos de fideicomisos mercantiles en el Ecuador	14
2.2. Definición y características del fideicomiso mercantil de garantía	15
2.3. El fideicomiso mercantil de garantía frente a otras formas de garantía	19
3. TERCER CAPITULO. - Régimen de responsabilidad fiduciaria en los fideicomisos mercantiles de garantía.....	23
3.1. La responsabilidad y obligaciones fiduciarias	23
3.2. Análisis a la culpa levísima y la debida diligencia en los fideicomisos mercantiles de garantía	32
3.3. Análisis a la gestión de medio y no de resultado en las operaciones fiduciarias	35
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	44
4.1 Conclusiones	44
4.2 Recomendaciones	45
Referencias	47

INTRODUCCIÓN

El diario “El Telégrafo” en su edición electrónica con fecha 22 de noviembre de 2019 señala que, para Francisco Nugué, Presidente del Comité Latinoamericano de Fideicomisos Ecuador, los beneficios que brindan los negocios fiduciarios en el país, han sido poco explotados por los inversionistas y que teniendo el mismo peso en la economía al igual que la producción agropecuaria, ha representado el 9% del producto interno bruto (PIB), frente a la segunda con el 8,11% en el 2018 (El Telégrafo, 2019).

El fideicomiso mercantil de garantía en el Ecuador al encontrarse en desarrollo, día a día los inversionistas ven a esta figura jurídica como uno de los métodos más eficaces para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los deudores hacia los acreedores, encontrando posibilidades para aplicarlos en sus negocios y obtener una mejor rentabilidad y mayor agilidad.

Sin embargo, merece una especial atención a la responsabilidad por el incumplimiento de su gestión y administración de los bienes fideicomitados. Los inversionistas al poner su patrimonio o bienes en garantía, las responsabilidades de las fiduciarias se encuentran limitadas para llevar a cabo la voluntad de los operadores económicos.

El artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores, Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero establece que, responderán hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión que es de medio y no de resultado, actuando de manera diligente y profesional, sin embargo, la falta de una suma diligencia, pone en manifiesto que su responsabilidad va más allá de la culpa leve.

Así mismo, es importante realizar un análisis a la responsabilidad de las fiduciarias, considerando necesario justificar que su actuación en la gestión y administración de los bienes en garantía, muchas veces es también una gestión de resultado.

Estableceremos el tipo de responsabilidad de las administradoras de fondos y fideicomisos al incurrir en negligencia, impericia o falta de diligencia en la administración y gestión de los bienes y que al correlacionar con las diferentes gestiones que establece el Art. 103 del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero (la Ley de Mercado de Valores), veremos que su gestión va más allá de una simple gestión de medio, debiendo garantizar además resultados óptimos.

Finalmente, propondremos una regulación de la norma, para comprometer a las administradoras de fondos y fideicomisos, respondan con mayor responsabilidad sobre los bienes en garantía, comprometiéndole a realizar una gestión y administración más minuciosa, de tal manera que, los inversionistas tengan la certeza de que las sociedades fiduciarias están más comprometidas a buscar los resultados deseados por los constituyentes y beneficiarios.

1. PRIMER CAPÍTULO: Cuestiones preliminares de los fideicomisos mercantiles

1.1. Antecedentes históricos

1.1.1. El fideicomiso en el derecho romano

El fideicomiso aparece en Roma a comienzos del imperio romano; esta figura se lo conocía en el derecho civil romano como ‘negocios de confianza o negocios fiduciarios’, era un mecanismo para trasladar la propiedad de un bien a otra persona, consistía en que una persona denominada deudor transfería la propiedad de un bien, a una persona de confianza, con el objetivo de garantizar que la obligación del deudor se cumpliera frente al acreedor y una vez cumplida la obligación, el acreedor tenía la obligación de restituir el bien en garantía con los mismos atributos.

Para Charles Sablich, esta figura vino a solucionar varias problemáticas de la época, ya que, el Derecho Civil Romano impedía que las mujeres pudieran heredar bienes, por esta razón, es que nace una figura llamada el “*Fideicomisum*”, el cual le daría a la mujer la facultad de heredar los bienes y así cumplir la última voluntad del testador (Sablich, 2010, p. 18)

Para Mendoza el “*Fideicomisum*”, es una figura jurídica mediante el cual, una persona puede encargar los bienes a alguien de confianza, para que pueda administrarlos basados en la honradez y la buena fe de quien haría las veces de fiduciario, el testador encargaba la administración de sus bienes a través de un testamento y la ejecución del encargo a favor de una o varias personas. El Fiduciario figurando como propietario de los bienes, tenía la obligación a utilizarlo en beneficio de terceras personas o a su vez transferirlos, siempre y cuando se cumpliera varias condiciones del testador (Mendoza, 2011 p.22).

Posteriormente nace la “*Fiducia Cum Creditore*” y el “*Pactum Fiducia Cum Amico*”, con el ánimo de que se permita la transferencia de los bienes entre vivos,

esta figura se presenta con el objeto de servir como garantía frente a la obligación del deudor, es decir, se traspasaba el bien como garantía a favor del acreedor en caso de incumplimiento del deudor. Sin embargo, esta figura también presentaba una serie de problemas, ya que, dejaba en total desventaja al deudor, puesto que, el acreedor podía disponer del bien para su propio provecho o en mucho de los casos pudiendo enajenarlos, siendo difícil para el deudor poder perseguir los bienes contra terceras personas (Mendoza, 2011).

Consecuentemente, aparece el "*Pactum Fiduciae Cum Amico*", para evitar que el acreedor pueda excederse de sus atribuciones, Charles Sablich señala que, el deudor podía transferir los bienes a favor de una persona de su entera confianza, para que pudiera administrarlas a su entera voluntad, esta persona también podía excederse de sus atribuciones, sin embargo, la única particularidad de esta figura es, la entrega de los bienes a una persona de su confianza (Sablich, 2010, p.19).

1.1.2. El fideicomiso mercantil en américa latina

A continuación, realizaremos una breve reseña de lo que ha sido el fideicomiso Mercantil en América latina, no ahondaremos a profundidad este gran abanico de formas y experiencias del fideicomiso en cada país, en vista de que nuestro objetivo es, dar a conocer las diversas formas que se presentan en la legislación ecuatoriana del cual hablaremos más adelante, sin embargo, es importante verificar su llegada a tierras latinoamericanas a breves rasgos.

En su tesis de pregrado Ana Belén Yela señala que, con la llegada del Código Napoleónico de Andrés Bello en 1855 en América Latina, la legislación chilena instaura por primera vez el concepto del fideicomiso, sin embargo, la concepción del fideicomiso en Chile, no tuvo mayor trascendencia, ya que no era muy conocida ni desarrollada, México es quien toma la vanguardia en el siglo XX aplicándolo en la práctica para garantizar el financiamiento otorgado a las empresas de ferrocarriles, así como también, para la negociación y

consolidación de las deudas con los Estados Unidos de Norte América (Yela, 2015, p.19).

Roberto González hace un señalamiento importante para América Latina, destaca que Ricardo J. Alfaro, un jurista y estadístico panameño, fue el principal autor de la ley de fideicomisos en Panamá en 1925, posteriormente reformada en 1941, y que siendo un gran aporte introdujo el fideicomiso en la legislación mexicana en 1926, de tal manera que influyó notablemente en varios países latinoamericanos. Así mismo señala que, para una buena comprensión de cómo ha influenciado en la legislación latinoamericana el trust debemos considerar que, países como Chile, Colombia, Venezuela y Ecuador hacen una separación entre el derecho civil y el derecho comercial, por cuanto en el derecho civil, la propiedad de los bienes le representaba al fiduciario beneficiarse de todos los frutos o rentas que pudiere brindar la propiedad fiduciaria hasta que se transfiera los bienes al fideicomisario, por otra parte, en el derecho comercial al ser un patrimonio autónomo dotado de personería jurídica y al ser un contrato oneroso o gratuito únicamente podrá tener la representación legal (González, 2008, pp. 2,3).

Con estos antecedentes, hemos dado una breve explicación de la llegada del fideicomiso en América Latina, el mismo que se ha ido adaptando a las necesidades de cada nación; a continuación, veamos cómo se estableció el fideicomiso en nuestra legislación y su alcance en la normativa legal vigente.

1.1.3. El fideicomiso mercantil en el Ecuador

El fideicomiso mercantil en el Ecuador inicio con la creación de la Ley de Títulos de Crédito publicada en el Registro Oficial Nro. 124 de 9 de diciembre de 1963, la Súper Intendencia de Bancos era el órgano supremo de control en la emisión de cualquier título de crédito. Sin embargo, era una figura muy poco conocida y que necesitaba desarrollarse y darle una determinación.

Posteriormente se publicó la Ley General de Operaciones de Crédito, para darle la denominación de contrato, cuyo fin era destinar bienes que cumplieran un fin lícito. En la misma línea de tiempo, 30 años después, se crea la Ley de Mercado de Valores del Ecuador, esta ley reformó al Código de Comercio incluyendo algunas anotaciones del fideicomiso mercantil.

En 1998 se expide por completo la Ley de Mercado de Valores, con importantes enunciados del fideicomiso mercantil de garantía, dotándole de personería jurídica, para que gocen de total autonomía y se conviertan en un patrimonio autónomo, independiente y separado del patrimonio de la Fiduciaria, únicamente tendría la administración de los bienes para cumplir puntualmente lo que se estableciere en el contrato de fideicomiso.

De tal manera que, los bienes entregados por el constituyente, no serían a favor de la fiduciaria, sino más bien a favor del fideicomiso mercantil, es decir, al crearse el fideicomiso los bienes pasan a ser un patrimonio autónomo, dotado de personería jurídica, el mismo que no podrá confundirse por ningún motivo con el patrimonio de la fiduciaria (Echeverría, 2017, p.12).

1.2. Generalidades del fideicomiso mercantil

Larrea Holguín señala que, la palabra Fideicomiso se deriva de "*Fiducia y Comissum*", que significa confianza y encargo de bienes (muebles e inmuebles) a alguien de confianza, para que sea administrado para una tercera persona (Holguín, 2008, p. 433).

Para Raymundo Fol y José Pérez, el fideicomiso mercantil es una figura jurídica mediante el cual el fideicomitente o constituyente, trasmite la titularidad de uno o más bienes o derechos a una institución llamada fiduciaria, con el fin de que estos bienes o derechos sean destinados a actividades y fines lícitos, que serán ejecutadas por la fiduciaria (2018, p. 428).

Por otra parte, el autor colombiano Sergio Rodríguez Azuero señala al fideicomiso como: "...el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y que, con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en favor o en beneficio de un tercero." (Rodríguez, 1997, p. 182).

Por lo expuesto, podemos deducir que, el Fideicomiso es una figura jurídica utilizada por personas naturales y jurídicas, que transfieren bienes o derechos a un patrimonio autónomo para ser administrados por una fiduciaria mediante un contrato con estipulaciones claras, para beneficiar tanto a personas naturales o jurídicas constituyentes o terceras personas.

Por otra parte, la figura del fideicomiso sirve entre otras cosas para evitar que terceras personas acreedoras, puedan perseguir los bienes y derechos mediante una acción judicial.

Ahora bien, en el marco jurídico del libro II del Código Orgánico Monetario y financiero, (Ley de Mercado de Valores), en el artículo 109, podemos encontrar la siguiente definición:

"Del contrato de fideicomiso mercantil.- Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario"

Similar definición podemos encontrar en la legislación colombiana, en el Código de Comercio en su artículo 1226, que señala:

“La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios”.

Como pudimos observar en ambas legislaciones, tanto en Ecuador como Colombia el objetivo de transferir temporalmente los bienes o derechos al fideicomiso mercantil, es para que sean administrados por la fiduciaria en favor de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una diferencia importante a resaltar de las dos legislaciones es que, en Colombia el Órgano rector de control es la Superintendencia Bancaria, mientras que en Ecuador el Órgano de Control y regulación es la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros.

A continuación, revisaremos algunas características del contrato de fideicomiso mercantil para comprender su naturaleza y cualidades, los mismos que nos ayudaran a diferenciarlo de otros contratos, bajo esta tesis, podemos señalar que, el fideicomiso mercantil es un contrato principal, bilateral, solemne oneroso, conmutativo, temporal, irrevocable, de tracto sucesivo por regla general o de ejecución instantánea por excepción, expreso.

Contrato principal. Es un contrato que subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención. Así el contrato principal se perfecciona con el acuerdo de entregar la cosa y con el pago de la cosa (ejemplo compraventa).

Contrato bilateral. En realidad, este contrato en la práctica ha demostrado tener una correlación tripartita, si la celebración del contrato lo realiza constituyente y fiduciario, con aras de que el bien sea restituido al mismo constituyente, se puede establecer como bilateral, por otro lado, si por la celebración es para beneficiar a una tercera persona (beneficiario), se considera tripartita.

Contrato solemne. Para la perfección del contrato, tenga total validez y sea eficaz, tendrá que cumplir cierto requisito establecidos en la ley, el contrato del fideicomiso mercantil debe estar celebrado bajo instrumento público, en concordancia con la Ley de Mercado de Valores en su artículo 110 señala que, “El contrato de fideicomiso mercantil deberá otorgarse mediante escritura pública.”, esto tiene total lógica, ya que, para que surta efectos legales y sea presentada como prueba válida en caso de controversia deberá ser elevada a escritura pública.

Contrato oneroso. La transferencia de los bienes a la fiduciaria a título de fideicomiso mercantil, no determina un provecho económico tanto para el constituyente como para el beneficiario, ya que, la fiduciaria es un medio para viabilizar el bien al acreedor en caso de incumplimiento del deudor, así lo determina el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores, Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero.

Contrato temporal. La temporalidad de este contrato está basada en el cumplimiento del objetivo, por el que, la transferencia del bien a patrimonio autónomo, debe cumplir una finalidad, cumplida la finalidad el contrato termina, sin embargo, en el tercer inciso del artículo 110 de la Ley de Mercado de Valores, Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, señala una condición para este tipo de contratos al referirse que, los contratos de fideicomisos no podrán ser superiores a ochenta años, salvo algunas excepciones que el mismo cuerpo normativo señala, al referirse a los fideicomisos con fines culturales o altruistas.

Contrato irrevocable. Celebrado el contrato de fideicomiso mercantil, no podrá ser invalidado o revocado, salvo que se hayan establecido en el contrato las causas por las cuales se puede revocar, únicamente podrá ser revocado por la autoridad competente en caso de que se demuestre que dichos bienes fueron transferidos para causar daño a acreedores de buena fe.

Contrato de tracto sucesivo. El cumplimiento de las obligaciones del deudor, pueden ir cumpliéndose gradualmente en el tiempo, sin embargo, pueden alargarse por disposición de las partes.

Contrato típico. Es aquel que está regulado por una legislación positiva y que al estar en un cuerpo normativo se debe remitir a lo que expresamente señala la norma.

Intuitu personae. Es el que, se celebra con la convicción de la calidad de su profesión, arte o experticia para obtener los resultados esperados, tiene una fundamental obligación de hacer.

1.3. Intervinientes en el fideicomiso mercantil

A continuación, realizaremos una breve explicación sobre quienes intervienen en el contrato de fideicomiso mercantil, para ello nos remitiremos a la Ley de Mercado de valores, Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero. para establecer al constituyente, el beneficiario y la fiduciaria como partes intervinientes en el fideicomiso mercantil.

Constituyente o fideicomitente. El Código Orgánico Monetario y Financiero Libro II de la Ley Mercado Valores en el artículo 115 señala que, podrán actuar como constituyentes del fideicomiso mercantil las siguientes personas:

- a) Personas naturales o jurídicas privadas.
- b) Entidades públicas o mixtas.

- c) Nacionales o extranjeras.
- d) Entidades dotadas de personalidad jurídica.

Estas personas tienen una particularidad en común al momento de ser constituyentes de un fideicomiso mercantil, deberán transferir el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil temporalmente y de manera irrevocable.

Las obligaciones del constituyente hacia la fiduciaria básicamente son dos según Ley de Mercado de Valores:

1. La transferencia temporal e irrevocable del dominio de los bienes o derechos al patrimonio autónomo del fideicomiso y,
2. El pago que debe realizar al fiduciario por la gestión y administración de los bienes o derechos en virtud del contrato establecido entre las partes (Pozo, 2013, p. 239).

La fiduciaria en virtud del cumplimiento de su encargo, podrá celebrar nuevos contratos y transferir los bienes o derechos fideicomitados con el fin de constituir nuevos fideicomisos, para que se incremente el patrimonio de otros ya existentes, administrados por el mismo fiduciario.

De todo lo expuesto es importante mencionar que, nuestro interés en el desarrollo de este proyecto es, saber cuál es el alcance de la responsabilidad de la fiduciaria sobre los bienes que ya han sido fideicomitados por el constituyente, en caso de una falta de diligencia o cuidado por parte de la fiduciaria, por lo que, es menester señalar que lo veremos más adelante explicando cada una de las partes intervinientes.

Beneficiarios. El Código Orgánico Monetario y Financiero Libro II de la Ley Mercado Valores en su artículo 116 señala quienes pueden ser considerados como beneficiarios de un fideicomiso mercantil o encargo fiduciario.

- a) “Personas Naturales o Jurídicas.
- b) Públicas o Mixtas.
- c) De derecho privado con finalidad social o pública.
- d) Nacionales o extranjeras.
- e) Entidades dotadas de personalidad jurídica, designadas por el constituyente en el contrato.
- f) Personas que al momento de la constitución no existían, pero se espera que existan.
- g) Podrán ser varios beneficiarios en un contrato de fideicomiso, pudiendo el constituyente establecer grados de preeminencia entre ellos e inclusive beneficiarios sustitutos”.

A continuación de lo expuesto, la ley *ibídem* prevé algunos escenarios de vital importancia para el beneficiario en caso de no existir ninguna otra persona; en el evento de que faltare o ante la renuncia del beneficiario asignado y de no existir beneficiarios sustitutos o sucesores de sus derechos, se tendrá como beneficiario al mismo constituyente o a falta de este a sus sucesores.

Por otra parte, queda expresamente prohibida la constitución de un fideicomiso mercantil en el que, al momento de su constitución se asigne como beneficiario principal al propio fiduciario, sus administradores, representantes legales, o sus empresas vinculadas, así lo determina el numeral 5 del artículo 14, Sección III, del capítulo III, Título XII de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros.

Por lo expuesto, es importante señalar que nuestra legislación no tiene un concepto claro para definir lo que es un beneficiario de fideicomiso, sino más bien, se limita a establecer quienes pueden y no pueden ser beneficiarios, por lo que, a mi criterio es necesario tener una definición que sea más explicativa de lo que es un beneficiario.

Diego Gómez de la Torre Reyes señala al beneficiario como: "...la persona en cuyo beneficio se realiza el negocio, y en caso de haberse establecido así en acto constitutivo, este puede ser el propio constituyente, quien recibirá los bienes al termino del fideicomiso" (Gómez de la Torre, 1998, p.57).

La fiduciaria. Según el artículo 74 del Código Orgánico Monetario y Financiero Libro II de la Ley Mercado Valores, lo califica como un Inversionista Institucional, por ser una sociedad administradora de fondos y de fideicomisos, únicamente establece cuál es su principal función según el artículo 119 del mismo cuerpo normativo al referirse que, "(...). El fiduciario ejercerá la personería jurídica y la representación legal del fideicomiso mercantil, ...".

Sin embargo, es necesario a efectos de que el lector pueda tener un concepto claro de lo que es la figura del fiduciario, nos permitimos tomar como referencia lo manifestado por Sergio Rodríguez Azuero al establecer que, el fiduciario "... es quien adquiere los bienes y se compromete a administrarlos o enajenarlos para la consecución de la finalidad señalada en el acto constitutivo. Es pues, no solo un propietario de los bienes frente a terceros si no el ejecutor de la voluntad del constituyente, expresada por acto entre vivos o testamento (Rodríguez, 2005, p. 839)."

La fiduciaria es una sociedad anónima administradora de fondos y fideicomisos, profesionalmente capacitada para ejercer la gestión y administración de los bienes entregados por el constituyente a título de fideicomiso mercantil, que cuenta con una infraestructura física y personal profesional capacitado y especializado para garantizar el cumplimiento de las instrucciones contractuales, mediante la aplicación de la diligencia y el profesionalismo (Padrón, 2016).

Finalmente, podemos deducir que, el fiduciario es una sociedad administradora de fondos y fideicomisos con personería jurídica, dotado de autonomía para administrar los bienes o derechos transferidos o no por el constituyente a un

patrimonio autónomo, para ejercer ciertas funciones indicadas en un contrato en beneficio del propio constituyente o terceras personas.

2. SEGUNDO CAPITULO: El fideicomiso mercantil en el Ecuador

2.1. Tipos de fideicomisos mercantiles en el Ecuador

La Ley de Mercado de Valores no especifica los tipos de fideicomiso mercantil que existen en el Ecuador, sin embargo, mediante Resolución No. 385-2017-A la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No 22 de 26 de junio de 2017. en su sección IV, artículo 17, señala cinco modalidades de fideicomisos mercantiles, los cuales se crean dependiendo del objeto y la finalidad instituidos en el contrato. Estos son: el fideicomiso de administración, el inmobiliario, el de inversión, el de procesos de titularización y por último, el de garantía; este último será objeto de nuestro análisis.

El fideicomiso de administración es aquel contrato en virtud del cual el constituyente transfiere uno o más bienes o derechos, al patrimonio autónomo, con la finalidad de que, la fiduciaria los administre y cumpla las instrucciones establecidas en el contrato.

En el caso del fideicomiso inmobiliario, el constituyente transfiere uno o varios bienes inmuebles al patrimonio autónomo, con el fin de que pueda desarrollar proyectos inmobiliarios, bajo la administración de una fiduciaria, en función de las cláusulas establecidas en el contrato.

Ahora bien, en cuanto al fideicomiso de inversión, el constituyente transfiere valores o sumas de dinero al patrimonio autónomo, con el fin de que la fiduciaria los administre o los invierta según las instrucciones dadas en el contrato, para beneficio del constituyente o terceros. En este tipo de contratos, la política de inversión deberá estar claramente establecida, ya que, a falta de instrucciones

en el contrato, el fiduciario tendrá la discrecionalidad de tomar la decisión de realizar los movimientos de inversión más convenientes apegados a los límites previstos en la normativa.

Los fideicomisos de procesos de titularización se constituyen en aquellos bienes transferidos al patrimonio autónomo, con la finalidad de que la fiduciaria pueda colocar y negociar los títulos valores en el mercado bursátil y así buscar una fuente de financiamiento a través de sus activos titularizados.

Ahora bien, lo expuesto hasta aquí, es un parafraseo de lo establecido en la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores; sin embargo, este ensayo va más allá, por lo que en los párrafos a continuación analizaremos a profundidad el tema del fideicomiso de garantía.

Como quedo expuesto en los antecedentes históricos, el fideicomiso mercantil de garantía nace con, la “*fiducia cum creditore*” y la “*fiducia cum amico*”, el primero refiriéndose a que se tenía que extender un bien real en garantía para cubrir la obligación del deudor en caso de incumplimiento y la segunda cuando se ausentaba por razones de fuerza mayor (guerras), confiando sus bienes a una persona quien usaba gratuitamente.

2.2. Definición y características del fideicomiso mercantil de garantía

Para Francisco Morales Casas, el fideicomiso mercantil de garantía es una de las alternativas de negocio más importantes, por cuanto el deudor transfiere los bienes a la fiduciaria con el objetivo de respaldar el cumplimiento de la obligación principal a favor de un tercero, para que en el evento de que no cumpla con su obligación, sea el fiduciario quien los venda para amortizar la deuda (Morales, 1991, pp. 296, 297).

El fideicomiso mercantil de garantía es aquel mediante el cual el fiduciante transfiere al fiduciario bienes individualizados en garantía de un préstamo o

crédito, ya sea propio o ajeno, con el propósito de que, en caso de incumplimiento del deudor, el fiduciario destine todos los frutos de los bienes o con la liquidación de este, servirá para cubrir las obligaciones del deudor (Márquez, 2003, p. 1226).

La Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, publicada en el segundo Suplemento del Registro Oficial No 22 de 26 de junio de 2017. en su sección IV, artículo 17 numeral 1, señala al fideicomiso de garantía como:

contrato en virtud del cual el constituyente, que generalmente es el deudor, transfiere la propiedad de uno o varios bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de una o varias obligaciones claramente determinadas en el contrato, (Holguín, 2008, p. 43).

Adicionalmente, el mismo cuerpo normativo señala las condicionantes que deberán observarse en los contratos de fideicomisos mercantiles de garantía, y que son:

- “La fiduciaria, en ningún caso se convierte en deudora, deudora solidaria o avalista de la obligación u obligaciones garantizadas; solo asegura que en caso de que el deudor no cumpla tales obligaciones, actuará conforme a las disposiciones previstas en el contrato.
- Para la constitución del fideicomiso en garantía, la fiduciaria debe recibir por escrito la conformidad del acreedor sobre los bienes aportados al fideicomiso y sobre su valoración. En caso de no recibir por escrito esta conformidad, el fiduciario inmediatamente debe liquidar el fideicomiso.
- En el contrato puede establecerse que la fiduciaria practique o contrate avalúos periódicos de los bienes en garantía, a fin de mantener actualizado su valor comercial.

- Es obligación de la fiduciaria, cada vez que el constituyente designe nuevos acreedores o incremente las deudas garantizadas, recibir la conformidad por escrito del o los acreedores sobre el valor de los bienes fideicomitidos.
- El contrato de fideicomiso deberá contemplar claramente la obligación del constituyente o del beneficiario de sufragar los costos de los avalúos”.

De lo expuesto es importante resaltar que, la fiduciaria es la que celebrará todo tipo de actos o contratos con el fin de que se cumpla la voluntad del constituyente, poniendo su mejor esfuerzo, diligencia y profesionalismo, así mismo, es importante señalar que, la fiduciaria no es avalista o deudora solidaria de las obligaciones del constituyente y que a lo largo del tiempo ha representado una forma más eficiente de hacer prevalecer los derechos de los acreedores en caso de incumplimiento del deudor o constituyente.

En cuanto a sus características, los contratos de fideicomiso mercantil de garantía por lo general se caracterizan por transferir los bienes al fideicomiso mercantil, y una vez cumplida la obligación principal, los bienes transferidos al fideicomiso, pueden ser restituidos al fideicomitente, sin embargo, si el fideicomitente dejare de cumplir con sus obligaciones, estos bienes serán rematados para cumplir el fin determinado o para el que fue creado. Además de ser un contrato accesorio, podemos destacar las siguientes características del fideicomiso mercantil de garantía:

Es irrevocable. Las personas naturales o jurídicas que transfieran bienes corporales o incorporales al patrimonio autónomo a título de fideicomiso mercantil de garantía, no podrán dar por terminado el contrato o revocarlo arbitrariamente, salvo que la autoridad competente así lo determine.

Traslato de dominio. Es decir que, los bienes se trasladan al patrimonio autónomo a título de fideicomiso mercantil para garantizar que la obligación

principal se cumpla, es decir, se trasladan los derechos y obligaciones inherentes a este, a otra persona.

Se determina un plazo de vencimiento. Este plazo está ligado al tiempo en el que, el fideicomitente o deudor se compromete a cumplir la obligación, por lo general se establece el tiempo que ha de emplear en el contrato de fideicomiso mercantil, es decir, no podrá subsistir sino hasta el cumplimiento de la finalidad prevista en el contrato, sin embargo, el Código Orgánico Monetario y Financiero Libro II de la Ley Mercado Valores en el artículo en su artículo 110 tercer inciso señala que no podrá ser superior a ochenta años.

Es solemne. Cuando se aporten bienes inmuebles u otros tipos de bienes y cuando la ley exija que tiene que cumplir las solemnidades, se deberá elevar a escritura pública, el Código Orgánico Monetario y Financiero Libro II de la Ley Mercado Valores en el artículo 110 señala que, el fideicomiso mercantil de garantía deberá constituirse por instrumento público.

Tiene un régimen tributario diferenciado. Los bienes muebles o inmuebles que se transfieren al patrimonio autónomo a título de fideicomiso mercantil de garantía, están exentos del pago de impuestos como:

- Alcabalas
- Utilidad y plusvalía
- Impuesto al valor agregado

Cuando la obligación se haya cumplido y los bienes tenga que ser transferidos al constituyente por parte de la fiduciaria, las transferencias de los bienes también están exentos del pago de impuestos, siempre y cuando sea a modo de restitución en las mismas condiciones, es decir que el bien no haya sufrido ninguna alteración o modificación.

2.3. El fideicomiso mercantil de garantía frente a otras formas de garantía

En los párrafos a continuación, se desarrolla un breve análisis que determinan las diferencias entre el fideicomiso mercantil de garantía y otras formas tradicionales de garantía, como son la fianza, la prenda y la hipoteca.

En cuanto a las diferencias, podemos destacar:

- a) En la fianza se pueden atacar los bienes del fiador por ser bienes generales, mientras que en el fideicomiso mercantil de garantía se ataca a los bienes del fideicomiso por ser bienes específicos.
- b) En el contrato de fianza, el fiador puede ser solidario o subsidiario, mientras que en el contrato de fideicomiso mercantil de garantía el bien en garantía se ejecuta para cumplir la obligación del deudor en caso de no pago.
- c) En la prenda e hipoteca los intervinientes son dos personas, el acreedor o deudor prendario e hipotecario, mientras que en el fideicomiso mercantil de garantía intervienen el constituyente, la fiduciaria y el beneficiario.
- d) La prenda recae sobre bienes muebles y la hipoteca sobre bienes inmuebles, mientras que el fideicomiso mercantil de garantía se constituye sobre bienes muebles e inmuebles.

Por otra parte, las ventajas son muchas y muy variadas. Así tenemos:

- a) En el contrato de fideicomiso mercantil de garantía existe un tercero imparcial, con capacidad legal y autorizado para velar que se cumpla lo estipulado en el contrato por las partes y en caso de incumplimiento del deudor, será quien inicie el proceso convencional de enajenación, mientras que la fianza, prenda y la hipoteca, no cuentan con esta tercera persona quien haga prevalecer los derechos y obligaciones de las partes, deberán acudir ante un juez para que sea el quien decida su situación.

- b) Cuando el deudor no cumpla con sus obligaciones o faltare a lo establecido en el contrato, se ejecuta la garantía de forma eficiente sin necesidad de llegar a un litigio.
- c) El fideicomiso mercantil de garantía se puede establecer sobre cualquier bien mueble o inmueble incluso sobre derechos crediticios, no tiene limitaciones frente a las otras formas tradicionales de garantía, incluso sobre bienes que aún no existen o que se espera de que existan.
- d) El bien transferido al fideicomiso mercantil de garantía, pasa a pertenecer a un patrimonio autónomo y no podrá ser susceptible de embargo o proceso coactivo.
- e) El bien transferido a título de fideicomiso mercantil, está exento de pago de impuestos de alcabala, registro e inscripción, impuesto al valor agregado, así como de otros impuestos indirectos, siempre y cuando exista a modo de restitución del bien al constituyente, así lo determina el Código Orgánico Monetario y Financiero Libro II de la Ley Mercado Valores en el artículo 13.

Finalmente, en este tipo de fideicomiso podemos destacar las siguientes desventajas:

- a) El fideicomiso mercantil de garantía no es muy conocido en el ámbito de los negocios jurídicos en el Ecuador, por lo que, para asegurar el cumplimiento de la obligación del deudor, en su mayoría, acuden a otras formas tradicionales de garantía (fianza, prenda e hipoteca).
- b) Cuando las partes decidan modificar el contrato de fideicomiso mercantil de garantía, deberán realizarlo por escritura pública y posterior a ello, inscribirán en el registro respectivo dependiendo la naturaleza de los bienes, mientras que las otras formas tradicionales de garantía como es la fianza, las partes pueden acordar formas de pago distintas mediante un documento privado.
- c) La responsabilidad que le representa a la fiduciaria por la gestión y administración de los bienes que se encuentran en garantía para el

cumplimiento de la obligación del deudor, genera honorarios que generalmente son cubiertos por el constituyente, mientras que, en las otras formas jurídicas tradicionales, no genera ningún honorario por no haber un tercero.

- d) Los bienes transferidos a la fiduciaria, deberá mantenerlos en su estado natural y con el valor determinado en su momento para cubrir la obligación del deudor en caso de no pago. El descuido, falta de cuidado, negligencia o impericia por parte de la fiduciaria, implicaría tener que responder directamente ante el acreedor y el deudor por los daños ocasionados, mientras en las otras formas tradicionales son los acreedores o deudores quienes responden por esos daños, al poseer el bien.

Para finalizar este capítulo, es importante destacar las reformas legales que han afectado a los fideicomisos mercantiles de garantía. En el año 2014 existieron algunas reformas que limitaron algunas operaciones crediticias como en los sectores inmobiliario y automotriz.

Así las cosas, mediante publicación realizada en el Registro Oficial Suplemento 249 de 20 de mayo de 2014, se publicó la Ley Orgánica para el fortalecimiento y optimización del Sector Societario y Bursátil, mediante la cual se modificaron algunos artículos de la Ley de Mercado de Valores en el Título XV, “Del Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario”, a continuación del artículo 120, como artículo sin numeración se señala:

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

- 1. Créditos de vivienda;*
- 2. Para el desarrollo de proyectos inmobiliarios;*
- 3. Para el financiamiento de infraestructura, circunscritos a la formación bruta de capital fijo;*
- 4. De inversión pública;*

5. *Créditos sindicados conjuntamente con banca pública o instituciones financieras multilaterales;*

6. *Con respaldo de los Fondos de Garantía Crediticia; y,*

7. *Créditos productivos específicos que se puedan garantizar con fideicomisos mercantiles sobre inventarios de materia prima, de productos en proceso u otros bienes que determine la Junta Bancaria.*

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

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

En ningún caso personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, incluyendo naturalmente a las instituciones del sistema financiero, podrán constituir fideicomisos mercantiles en garantía sobre vehículos. Cualquier estipulación contractual cuyo objeto o efecto sea eludir o burlar el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se entenderá no escrita.”

Como podemos observar, existe limitaciones a las instituciones del sistema financiero para actuar como beneficiario en algunas operaciones crediticias, así como también están prohibidas de constituir fideicomisos mercantiles sobre vehículos, esta última prohibición tiene alcance sobre cualquier persona de cualquier índole.

Finalmente, la reforma a la LMV señala que, las personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, nacionales o extranjeras y las instituciones del sistema financiero, en ningún caso podrán constituir fideicomisos mercantiles de garantía sobre vehículos.

En ese contexto, me permito deducir que, las restricciones al fideicomiso mercantil de garantía comienzan a partir de su reforma, por lo que, se asume que antes de su reforma si era posible aplicar cualquiera de estas operaciones crediticias al no existir disposición en contrario.

Posteriormente, el 12 de septiembre de 2014 se realiza una segunda reforma, introduciendo la Ley de Mercado de Valores en el libro II del Código Orgánico Monetario y financiero, convirtiéndola en un solo cuerpo normativo, ya no independiente.

Vista de manera breve las últimas reformas que se dieron a la Ley de Mercado de Valores, es importante señalar que, las reformas comprenden cambios en algunas operaciones crediticias financieras, especialmente en el sector inmobiliario y automotriz, no obstante, la responsabilidad de las fiduciarias frente a los fideicomisos mercantiles de garantía no se ha establecido ninguna modificación, como respecta el artículo 125 de la norma ibídem, por lo que es pertinente abordar en el siguiente capítulo, la responsabilidad del fiduciario en la gestión y administración de los bienes fideicomisos.

3. TERCER CAPITULO. - Régimen de responsabilidad fiduciaria en los fideicomisos mercantiles de garantía.

3.1. La responsabilidad y obligaciones fiduciarias

La Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguro, en su Título XIII, Capítulo I, Sección I, del artículo 5, señala cuáles son las responsabilidades de la fiduciaria:

“...Responsabilidad de la fiduciaria. - La administradora de fondos y fideicomisos responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, para lo cual deberá actuar en forma diligente y profesional,

procurando cumplir prioritariamente con el objeto y la finalidad, instituidos en el contrato.

Además de lo establecido en el contrato, es responsabilidad de la fiduciaria constatar la existencia física y el perfeccionamiento de la transferencia de dominio de los bienes aportados por el constituyente al fideicomiso mercantil, en virtud del contrato constitutivo. En el caso de bienes muebles, verificará su incorporación al patrimonio autónomo y, en el caso de bienes inmuebles, la inscripción de los contratos en el Registro de la Propiedad. La fiduciaria debe constatar, en el caso de transferencia de bienes inmuebles, que sobre los mismos no pese gravamen alguno o limitaciones al dominio, salvo que en dicho contrato se prevea expresamente este particular.

En todo caso, deberán señalarse en la escritura pública las limitaciones que pesan sobre el dominio de los bienes que se incorporan al fideicomiso mercantil, debiendo constar como documento habilitante de la misma los certificados de dichos gravámenes.

La administradora de fondos y fideicomisos deberá aplicar políticas internas tendientes a conocer a su cliente; a fin de minimizar las contingencias derivadas de mecanismos de lavado de dinero, narcotráfico y otros hechos delictivos que pudieran efectuarse a través del negocio fiduciario. También deberá verificar que los bienes que han sido transferidos al patrimonio autónomo, tengan relación con la finalidad que se pretende alcanzar con el negocio.”

En concordancia con el artículo 29, de la norma ibídem, señala una limitación a la responsabilidad de las administradoras de fondos y fideicomisos.

“Responsabilidad fiduciaria. - Las obligaciones del Administrador Fiduciario son de medio y no de resultado y en tal virtud responderá por cualquier

pérdida que fuere ocasionada por su culpa, o dolo en el manejo y atención del patrimonio de los fideicomisos.

La responsabilidad del Administrador Fiduciario está limitada a la atención y ejecución de las disposiciones del Código Orgánico Monetario y Financiero, y de la presente resolución.”

Así mismo, el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores Libro II del Código Orgánico Monetario y financiero, señala su actuación, alcance de responsabilidad y forma de responder como indica a continuación:

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

El fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, que es de medio y no de resultado; esto es, que su responsabilidad es actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan.”

Al respecto, José Sebastián Cáceres Rodríguez señala que, el alcance de la responsabilidad fiduciaria dependerá de la naturaleza misma de las obligaciones que fueron encomendadas y si, para la ejecución del encargo necesariamente deberá intervenir un tercero experto en la rama, elegido por la fiduciaria, su responsabilidad será *in eligendo*, e *in vigilando*, (Cáceres, 2014, p. 30), es decir, si para el cumplimiento de la ejecución encomendada por el constituyente, la fiduciaria tiene la necesidad de elegir a las personas idóneas que lleven a cabo la finalidad constituida en el contrato, su responsabilidad será vigilar diligentemente la labor encomendada.

Por lo expuesto, es importante destacar que, la normativa al señalar que la fiduciaria tiene la obligación de proveer todos los servicios administrativos necesarios para una buena administración, su actuar tiene que ser diligente y profesional en cumplimiento de su gestión, pero al indicar que la fiduciaria no garantiza que los resultados o finalidades establecidas en el contrato se cumplan, por ser una gestión de medio y no de resultado y que, sobre cualquier eventualidad, se limita a responder hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión.

En mi criterio, existe una responsabilidad medianamente diligente de las fiduciarias hacia los operadores económicos, ya que, al actuar negligentemente o por falta de cuidado, en el cumplimiento de su encargo, pueden justificar que su gestión es de medio y no de resultado, alegando que responderán hasta por culpa leve, por lo que, es importante realizar una revisión a la responsabilidad de las fiduciarias en el incumplimiento de la gestión y administración de los bienes en garantía bajo su custodia y resguardo.

- **Tipo de responsabilidad atribuible a la fiduciaria**

Para establecer el tipo de responsabilidad de las Administradoras de Fondos y Fideicomisos, dependerá mucho de las actuaciones o circunstancias que se presenten en el ejercicio de su gestión o administración, en el caso que no ocupa, al existir un contrato de por medio entre la fiduciaria y el constituyente y que por el incumplimiento del mismo se generare daños y perjuicios, esta frente a una responsabilidad de carácter civil.

Andrea Minchala señala que, la responsabilidad civil en la legislación ecuatoriana es considerada una tesis dualista, ya que, regula la responsabilidad civil en Responsabilidad contractual y Responsabilidad extracontractual (Minchala, 2015, p. 17), es decir, es contractual porque deriva del incumplimiento de un contrato, y es extracontractual porque no tenido una relación directa, sus efectos han producido un daño o perjuicio económico a un tercero.

a) Responsabilidad contractual. – Es contractual en cuanto las partes hayan celebrado un contrato y siendo ley para los contratantes, la fiduciaria ha incumplido alguna de las cláusulas establecidas en el contrato o haya inobservado lo establecido en la norma, el artículo 1561 del Código Civil señala, “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”; en consecuencia, cuando a causa del incumplimiento del contrato se haya producido un perjuicio o daño al constituyente y el beneficiario, la fiduciaria estará en la obligación de responder por dichos daños y perjuicios, como lo establece el artículo 1572 de la norma *ibídem*, al señalar que, “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”

b) Responsabilidad extracontractual. - Es extracontractual cuando un tercero que no era partícipe en la celebración del contrato, es perjudicado por los efectos de la celebración o incumplimiento del mismo (Fabara, 2016, p. 115), es decir, no es parte interviniente del contrato, pero por la simple celebración entre constituyente y la fiduciaria, acarrea alguna obligación o perjuicio para esta tercera persona o a su vez si la fiduciaria incumpliere el contrato, los efectos podrían ser también negativos para esta persona.

Como se estableció anteriormente en párrafos anteriores, para la guarda, custodia y conservación de los bienes entregados a título de fideicomiso mercantil de garantía, la fiduciaria se vería en la necesidad de solicitar la intervención de un tercero que cumpla con esta conservación, este último, al no cumplir con lo encomendado, la fiduciaria podría excusarse indicando que su gestión es de medio y no de resultado, ya que el incumplimiento contractual no deviene de la fiduciaria, si no de la tercera persona que incumplió sus

obligaciones, quedando el deudor frente al beneficiario como una persona que ha incumplido.

- **La culpa contractual en los fideicomisos mercantiles de garantía.**

El Código Civil Ecuatoriano no trae consigo una definición clara de la culpa como tal, solamente establece tres tipos de culpa, sin embargo, podemos encontrar una noción básica de culpa en el artículo 2184 de la norma ibídem, en su parte pertinente que señala “(...) Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito.”, en ese contexto podemos inferir que, la culpa está constituido como un cuasidelito, por lo que es pertinente referirnos al artículo 2214 del mismo cuerpo normativo para señalar que, “El que ha cometido un delito, cuasidelito, o a inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

Francisco Cevallos establece a la culpa como: “la violación dañosa del derecho ajeno, cometida con libertad, pero sin malicia, por alguna causa que puede y debe evitarse.” (Cevallos, s.f.), es decir, se caracteriza por tener una actitud contraria a la ley, se origina por la impericia, negligencia o imprudencia de la persona que la comete, con la diferencia de que, su actuar no es con la intención de causar daño.

Establecida una noción de la culpa, podemos inferir que la persona que incurra en un hecho culpable estará en la obligación de resarcir los daños y perjuicios causados, es importante hacer un análisis a cada uno de los grados de culpa, para determinar cuál se le atribuye actualmente y que grado de culpa debería atribuírsela a la fiduciaria para una mayor responsabilidad en la gestión y administración de los bienes.

El Código Civil Ecuatoriano en el artículo 29 distingue tres tipos de culpa o descuido:

- a) Culpa grave, negligencia grave, culpa lata**

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

La culpa grave es el comportamiento de una persona extremadamente descuidada que no emplea el debido cuidado que, para cualquier persona sería evidente e inteligible hacerlo, a tal extremo que su actuar hace pensar que lo realiza con la intención de causar daño (Banfi del Rio, 2000. p. 302), es decir, una persona que para evitar un daño no ha empleado el cuidado necesario que, aun las personas más negligentes o descuidadas lo harían y que pudiendo evitarlo no lo hace, porque tiene la intención positiva de causar un daño, este tipo de culpa el Código civil lo denomina como dolo.

Al respecto, considero que este grado de culpa no puede ser atribuible a la fiduciaria, por cuanto, como establece la norma y el autor, su conducta es de una persona que tiene la intención de causar daño, que en materia civil equivale al dolo y como tal en su en el literal d) del artículo 126 de la Ley de Mercado de Valores, Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, si reconoce como un derecho del constituyente, sin embargo, lo que se pretende en este trabajo investigativo, es obligar a las Administradoras de fondos y fideicomisos un mayor compromiso en la gestión y administración de los bienes en garantía.

b) Culpa leve, descuido leve, descuido ligero

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

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

Para el Jurista Boliviano José Gerardo Bustamante la “*culpa levis*”, es aquella en el cual el deudor no emplea el termino conocido como “*diligens pater familias*” que se espera de un hombre medianamente acucioso en el cumplimiento de sus labores (Bustamante, 2014, p. 198), es decir, es la persona que administra un negocio como un buen padre de familia que, en la ejecución de sus labores, su actuar es medianamente exigible.

En mi criterio, debo manifestar que lo señalado se correlaciona con la diligencia y profesionalismo que debe emplear la fiduciaria para responder por el incumplimiento de sus obligaciones, esto quiere decir que su actuar es de una manera medianamente diligente y que, si bien está obligado a responder por los daños y perjuicios ocasionados en el ejercicio de sus labores, no está obligado a responder con una esmerada diligencia, ni aplicar una minuciosidad en la gestión encomendada, por cuanto hablar de profesionalismos, es referiros a algo subjetivo, ya que solamente dependerá de su ética.

c) Culpa o Descuido Levísimo

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

Esta especie de culpa es la más gravosa de todas, es la que incurren las personas sumamente diligentes, este tipo de comportamiento advierte que una persona deberá actuar con suma diligencia en el cumplimiento de sus labores, impone al deudor hasta el máximo de la responsabilidad, para responder hasta del descuido levísimo (Bermúdez, 2020), es decir, es la persona que debe emplear un cuidado minucioso en sus obligaciones, tiene la responsabilidad de actuar con debida diligencia en el cumplimiento de sus labores, esta especie de culpa impone al deudor el máximo de exigencia en las actividades

encomendadas, por lo que deberá manejarlas como si fueran sus negocios propios.

En mi criterio, esta especie de culpa debería atribuirse a la fiduciaria, si bien el Código Orgánico Monetario y Financiero, libro II de la Ley de Mercado de Valores en los artículos 126 literal d) y 127 literal d) faculta a los perjudicados a ejercer las acciones legales civiles o penales pertinentes que hubiere lugar en contra del fiduciario, ya sea por incurrir en culpa leve o dolo en el desempeño de su gestión y administración, esta disposición no cumple con la voluntad del constituyente, ya que, el objetivo es comprometer a la fiduciaria a manejar los negocios encomendados como si fueran sus negocios más importantes, pero como se señaló en párrafos anteriores, la finalidad de la constitución del fideicomiso mercantil es que se cumpla la voluntad del constituyente y no tener una contienda legal con la fiduciaria.

Por lo expuesto, similar criterio tiene Carlos Julio Giraldo Bustamante al establecer que,

“...con el juzgamiento de la responsabilidad del Fiduciario son unánimes los tribunales de arbitramento en recurrir a un patrón de conducta que les ayude a discernir si la sociedad fiduciaria fue diligente en el cumplimiento de la gestión encomendada. Por ejemplo, el Tribunal de Arbitramento que resolvió las controversias entre Inurbe y Fiduagraria, a este respecto dijo: *"Siendo el objeto de la obligación, asumida por el profesional, un comportamiento determinado, es necesario que el juez utilice un modelo de conducta o un punto de referencia contra el cual confrontar la actuación del deudor"* Se abandona como patrón de conducta el del buen padre de familia establecido en el código civil y se asume como nuevo patrón el del buen hombre de negocios, el del profesional medio puesto en las mismas circunstancias, que es mucho más exigente que el primero en razón a las calidades del profesional.” (Giraldo, 2005 p. 91).

3.2. Análisis a la culpa levísima y la debida diligencia en los fideicomisos mercantiles de garantía

Los Administradores de Fondos y Fideicomisos y muchas empresas dedicadas a distintas líneas de negocios, buscan llegar a sus usuarios o clientes con una imagen corporativa de éxito, responsabilidad y profesionalismo, basadas en cada una de sus visiones o misiones, dándose a conocer en el mercado como empresas responsables, capacitadas y con una gran trayectoria profesional, sin embargo, a la hora de responder por las obligaciones en caso de incumplimiento, las fiduciarias, han procurado establecer un límite en sus responsabilidades en la legislación ecuatoriana.

No obstante, la suma diligencia exige tomar todas las medidas necesarias para evitar y mitigar todos los posibles daños, riesgos e impactos negativos perjudiciales para las empresas (Ibáñez y Ordoñez, 2014 p. 222), en resumidas cuentas, la debida diligencia exige un mayor conocimiento de sus clientes y una mayor responsabilidad en los negocios que toman a su cargo, con el fin de mitigar toda clase de riesgos que puedan comprometer el patrimonio de los constituyentes y las posibles pérdidas a sus acreedores.

Los legisladores fueron tan cautelosos al establecer que las fiduciarias tengan que responder por culpa leve en su gestión, lo cual se relaciona con actuar de manera “diligente y profesional”. Sergio Rodríguez Azuero señala que, actuar de forma diligente es la “prontitud, agilidad y prisa” que la fiduciaria debe emplear en la gestión de sus labores (Rodríguez, 1997, p. 265), y que, actuar de manera profesional implica que, la fiduciaria utilice su conocimiento y experiencia para aplicarlo en el ejercicio de su actividad, y así cumplir las instrucciones impartidas por el constituyente. (Padrón, 2011, p. 29), es decir, estimaron pertinente adecuar su conducta de una forma medianamente exigente “como un buen padre de familia”, lo que a mi parecer es perjudicial para las personas que desean tomar esta figura como un medio efectivo para garantizar el cumplimiento del deudor.

Acogiendo dos criterios de Jaime Alberto Arrubla Paucar, que fueron citados por Eduardo Arce Caicedo, en la página web sección revista informativa, respecto a exigir una mayor responsabilidad al fiduciario, el autor califica como “inmadurez del derecho colombiano la remisión a la responsabilidad por culpa y por tanto considera que con base en el principio de buena fe es posible reclamar una especial diligencia al fiduciario”, en el mismo sentido afirma que,

“Es necesario separarse de la clasificación tripartita de la culpa, y con base en el principio general de buena fe replantear la responsabilidad contractual con un deber especial y profesional de diligencia el cual, necesariamente, obliga una mayor diligencia” (Arce, 2020, p. 6).

Al respecto es pertinente hacer referencia a la RESOLUCIÓN NO. SC-IRQ-DRMV-2014- de Sanción Administrativa impuesta por la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros a la compañía FIDUCIA S.A. sobre el “FIDEICOMISO MERCANTIL ZAFIRO” mediante Informe de Control No. SC.IRQ.DRMV.SC.2014.302 de 23 de abril de 2014, el cual señala el punto 1 de la observación No. 3, el hallazgo encontrado en la cuenta contable No. 3104030201 denominada “Aporte Adicional en efectivo”, donde registra un valor de 989930,00 USD mientras que el total de los aportes según los convenios de adhesión suscritos con el fideicomiso que constan de 10 personas naturales y 2 personas jurídicas, suman el valor de 1’020000,00, USD presentando una diferencia de 30070,00, USD donde la fiduciaria ha logrado justificar razonablemente los 70 USD, mientras que por otro lado señala que uno de los constituyentes adherentes, se comprometió a entregar al Fideicomiso de Administración ZAFIRO la cantidad de 60000,00 USD, en dos cuota, la primer cuota (30000,00) entregada el 29 de junio de 2012 y que hasta le fecha del control del informe No. SC.IRQ.DRMV.SC.2014.302 de 23 de abril del 2014 no ha sido cancelado la última cuota, quedando así, una diferencia de 30000,00 USD, y que según el análisis técnico realizado por la Superintendencia de Compañías Valores y seguros, la Fiduciaria no ha podido justificar documentadamente que realizo todas las acciones necesarias para que el

constituyente adherente haya cancelado su aporte con anticipación, inobservando lo estipulado en la Ley de Mercado de Valores Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero en sus artículos:

“Art. 103. - De las obligaciones de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos como fiduciario. - Sin perjuicio de los deberes y obligaciones que como administradora de fondos tiene esta sociedad, le corresponden en su calidad de fiduciario, además de las disposiciones contenidas en el contrato de fideicomiso mercantil, las siguientes: letra a) Administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos en fideicomiso mercantil, y los bienes administrados a través del encargo fiduciario, pudiendo celebrar todos los actos y contratos necesarios para la consecución de las finalidades instituidas por el constituyente, y, el segundo inciso del

Art. 125. – (...) El fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, que es de medio y no de resultado; esto es, que su responsabilidad es actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan.”.

Así mismo, hace referencia al contrato de reforma al Fideicomiso de Administración Zafiro, celebrado el primero de junio de 2011 en su cláusula reformativa No. 11.1.3 que la fiduciaria está facultada para exigir el cabal cumplimiento de los constituyentes iniciales, adherentes y beneficiarios, para que el negocio fiduciario cumpla su finalidad, sin embargo, la fiduciaria al no exigir el pago al constituyente adherente y no haber justificado documentadamente ha sido sujeto de sanción administrativa por la Súper Intendencia de Compañías Valores y seguros .

Este caso que hemos señalado, es un claro ejemplo de la falta de la debida diligencia que se le debería exigir a las fiduciarias para el cabal cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades, ya que el incumplimiento de su gestión,

en mi criterio puso en riesgo el cumplimiento del objetivo del Fideicomiso de Administración de Zafiro, pudiendo verse afectados los demás constituyentes.

Si bien es cierto, este caso no se refiere al fideicomiso mercantil de garantía *per se*, no es menos cierto que las mismas obligaciones las tiene en el fideicomiso mercantil objeto de este estudio, ya que, la falta de gestión o falta de comunicación oportuna, afectaría en la toma de decisión del constituyente y beneficiario, como lo establece el artículo 103 literales a) y c) de la Ley de Mercado de Valores, Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero.

3.3. Análisis a la gestión de medio y no de resultado en las operaciones fiduciarias

Para iniciar este nuevo subtema es necesario recordar que la obligación es un vínculo jurídico entre dos o más personas naturales o jurídicas, donde el acreedor y el deudor, se encuentran en la necesidad jurídica de dar, hacer o no hacer alguna cosa específica mediante un contrato, cuando las partes se obligan mutuamente como lo señala el artículo 1454 del Código Civil. Cuando hablamos de las obligaciones de medio y de resultado, estamos haciendo una distinción en el compromiso o la prestación que se adquiere, es decir, la conducta que debe observar el deudor al momento de garantizar un resultado implica una obligación de dar, mientras que la obligación de medio implica una obligación de hacer.

En nuestra legislación no existe una definición muy amplia o una clasificación de las obligaciones de medio o de resultado que nos ayude a tener clara una visión de este tipo de obligación, sin embargo, es necesario abordar el concepto de José Vicente Hurtado, al señalar que, las obligaciones de medio son aquellas en las cuales se le exige medianamente al deudor la diligencia, cuidado, y pericia para asumir aquellas conductas que son orientadas a brindar un resultado, sin que implique asegurarlo (Hurtado, 2016), es decir, el deudor tiene la responsabilidad de emplear un cuidado y una diligencia poco exigente para alcanzar el fin determinado, pero la aplicación de esta conducta no implica que

el deudor pueda prometer el resultado esperado por el constituyente, esta es una obligación de dar.

Por el contrario, Daniel Peñailillo Arévalo señala que, las obligación de resultado es "...cuando el deudor está obligado, salvo fuerza mayor, a procurar al acreedor la satisfacción prometida" (Peñailillo, 2007, p. 242), es decir que, el deudor se compromete de forma directa e inmediata a complacer los intereses del acreedor descritos en el contrato de fideicomiso, cuando la obligación es de brindar un resultado, estamos imponiendo al que se obligó una debida diligencia, actuar con el mayor cuidado y esmero en aras de conseguir el resultado deseado, esta es una obligación de hacer.

En conclusión, podemos señalar que tanto las obligaciones de medio como de resultado están íntimamente correlacionadas con la responsabilidad de culpa leve y culpa levísima respectivamente, ya que, las fiduciarias al responder por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, implica responder por una gestión de medio y si pudiera responder por culpa levísima, implicaría responder por una gestión de resultado, como lo veremos a continuación.

Ahora bien, es importante referirnos algunas obligaciones de las fiduciarias sobre los bienes en garantía que se encuentran bajo su gestión y administración, que tratamiento le dan en base a sus obligaciones, para luego destacar por que las fiduciarias realizan en muchos casos una gestión también de resultado, para ello es necesario referirnos al artículo 103 de la Ley de Mercado de Valores, Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, el cual señala las obligaciones que tiene en calidad de fiduciario, la gestión que debe darle a los fideicomisos mercantiles de garantía incluso las que se establezcan en el contrato.

"De las obligaciones de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos como fiduciario. - Sin perjuicio de los deberes y obligaciones que como administradora de fondos tiene esta sociedad, le

corresponden en su calidad de fiduciario, además de las disposiciones contenidas en el contrato de fideicomiso mercantil, las siguientes:

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

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

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

c) *Rendir cuentas de su gestión, al constituyente o al beneficiario, conforme a lo que prevea el contrato y con la periodicidad establecida en el mismo y, a falta de estipulación la rendición de cuentas se la realizará en forma trimestral. (...);”*

Respecto al literal a), la fiduciaria a más de administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos a título de fideicomiso mercantil, también tiene la facultad de celebrar todo tipo de actos y contratos que sean necesarios para ejecutar y cumplir con las disposiciones establecidas en el contrato, de no encontrarse establecido en alguna de las cláusulas del contrato, el fiduciario podrá hacerlo porque la ley le faculta para la consecución de las finalidades instruidas por el constituyente y deberá hacerlo con el mayor esmero para obtener los resultados esperados por el constituyente.

Ahora bien, si la fiduciaria transfiriera los bienes en garantía a un nuevo fideicomiso o entidad financiera para obtener una rentabilidad mediante una nueva celebración contractual y dentro de las disposiciones contractuales se estableciere que los frutos de la inversión serán destinados al pago de la obligación adquirida por el deudor, resulta de este ejemplo que la fiduciaria

deberá buscar mayor rendimiento de inversión para el pago de la deuda en el menor tiempo posible, lo que al final de cuentas implica que, la fiduciaria termina rindiendo cuentas al constituyente de los resultados obtenidos en la gestión de inversión realizada, este es un claro ejemplo de cómo la fiduciaria tiene una obligación de rendir cuentas de resultado de la gestión realizada y no solamente una gestión de medio.

Respecto al literal b), mantener el patrimonio separado y llevar una contabilidad individual por cada uno, implica brindar resultados positivos o negativos al constituyente, beneficiarios o terceros de la gestión o administración de los bienes en garantía, debido a que la contabilidad generalmente refleja resultados que pueden ayudar al constituyente a tomar decisiones para aumentar o disminuir sus obligaciones. En el segundo inciso del literal b) señala que, la contabilidad deberá reflejar la finalidad pretendida por el constituyente, por lo tanto, ello autoriza a concluir que la actividad de la fiduciaria es de resultado y no de medio, como ya se mencionó.

Al respecto, la doctrina se ha pronunciado con respecto a la labor que desempeña el contador o las personas que tienen a su cargo llevar la contabilidad de las empresas de negocios, señala que el contador no solamente es un simple escribano o digitador de datos contables, sino que también, maneja documentación e información altamente sensible, por lo que, tendrá que realizar una revisión tan minuciosa, verificar y constatar que la información entregada e ingresada en sus registros, tengan una veracidad comprobable, para lo cual deberá emplear un nivel de minuciosidad más exigente (Martínez, s/f, p. 26), lo que me lleva a la concluir de que, la gestión de llevar una contabilidad con información sensible es una gestión de resultado.

Respecto al literal c), la rendición de cuentas de la gestión y administración que el fiduciario tiene que dar tanto al constituyente como al beneficiario, puede estar o no establecida en el contrato, sin embargo, la fiduciaria tiene la obligación de rendirlas, y como ya se ha mencionado al inicio de este capítulo, la rendición de

cuentas debe ser con la finalidad pretendida por el constituyente, es decir que, la fiduciaria deberá demostrar que actuó con toda la debida diligencia y profesionalismo en el cumplimiento de sus labores, demostrando que su gestión lo realizó como si fuese su propio negocio.

Así mismo, es importante también señalar que, la fiduciaria al tener la titularidad, la custodia y resguardo a través de terceros, de los bienes que fueron transferidos al patrimonio autónomo, para el cumplimiento de las obligaciones del deudor, ejerce la representación legal del fideicomiso mercantil de garantía, como consta en el primer inciso del artículo 119 de la Ley de Mercado de Valores, Libro II, del Código Orgánico Monetario y Financiero, al señalar:

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

Al respecto, la fiduciaria al tener la representación legal y la obligación de intervenir en todos los procesos judiciales y extrajudiciales que se sigan en contra de los bienes que se encuentran en garantía, bajo custodia y resguardo, deberá intervenir de manera obligatoria y acreditarse como titular de los bienes que, pueden ser objeto de embargo por acreedores del deudor en caso de que no encuentren inscritos en los correspondientes registros, por lo que, la fiduciaria al mantener todos los registros correspondientes tendrá como resultado la protección de los bienes frente a terceros acreedores que pretenden perseguir los bienes.

La fiduciaria tendrá que intervenir por los derechos que representa según le permita la ley para la defensa de los bienes en litigio, para ello deberá comparecer en calidad de representante legal y tendrá que desestimar cualquier acción judicial que pretendan los acreedores del deudor sobre los bienes que fueron transferidos al patrimonio autónomo para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato.

Finalmente, la importante actividad que ejerce la fiduciaria a través de sus abogados para ejercer la representación legal de los bienes fideicomitidos por el constituyente en caso de litigio, la doctrina ha puesto en manifiesto que es justificable la labor de algunos profesionales como son los abogados y médicos al responder por una gestión de medio y no de resultado, ya que para llegar al resultado deseado de sus clientes o pacientes dependerá mucho de factores externos a su voluntad.

Alberto Joaquín Martínez Simón señala que, con respecto a la función y gestión de los abogados, la doctrina y la jurisprudencia han dado por bien sentado que las obligaciones de los abogados frente a sus clientes sean de medio y no de resultado, han señalado que la prestación del abogado es totalmente entendible, en razón de que, la forma en la que concluye el juicio, el rechazo o la admisión de la demanda, depende mucho del criterio que puedan tener los jueces al juzgar un caso. Por otra parte, señala también que, los médicos no pueden garantizar un resultado positivo al paciente, ya que, la salud o la mejora del paciente depende mucho de factores externos a la voluntad del profesional de la salud como, por ejemplo, el estado de salud físico o mental que se encuentre el paciente para su pronta recuperación, o que tan responsable es el paciente para seguir al pie de la letra las instrucciones del médico para su mejora. (Martínez, 2012, pp. 17,21).

Lo señalado por autor, debo manifestar que estoy parcialmente de acuerdo en la labor que desempeñan los abogados, ya que en la representación legal de las

fiduciarias, muchas veces dependen de la capacidad, experticia y profesionalismo, y de los trámites formales y legales previos a obtener la titularidad de los bienes en garantía, por lo que deberá tener todo en regla, para ejercer la presentación legal de los bienes fideicomitidos por el constituyente que se encuentran en litigio, en mi criterio personal su gestión previo al juicio, puede ser de tanto de medio como de resultado, por lo que me permito explicar las razones de mi postura.

Sin bien la gestión del abogado muchas veces depende de la postura del juez en que pueda admitir o inadmitir la demanda, no obstante, los trámites previos para acreditar que dichos bienes se encuentran con todas las formalidades, lineamientos y requisitos exigidos por la ley para demostrar que los bienes encuentran fuera del patrimonio del deudor, no podrán ser perseguidos por terceros acreedores, de tal manera que, se puede garantizar un resultado estimando que tuvieron los correspondientes registros de titularidad.

Es importante destacar que el legislador ha relacionado la culpa leve y la gestión de medio de manera correcta, se refieren a responder de forma diligente y profesional en el cumplimiento de sus labores, administrar los bienes como un buen padre de familia, además la norma es enfática en establecer las prohibiciones de las administradoras de fondos y fideicomisos, como lo señala la LMV en su artículo 105, literal d) “Garantizar un resultado, rendimiento o tasa de retorno;”, por lo tanto, hay norma expresa en la responsabilidad de su gestión y administración, sin embargo, el Código de Comercio establece en su artículo 218 lo siguiente: “Es obligación de resultado aquella que implica, para una de las partes, un deber de alcanzar el objetivo específico previamente establecido en el contrato. (...)”.

En mi criterio, estas disposiciones deben ser modificadas, por cuanto, como hemos visto en los párrafos anteriores y como se ha planteado la responsabilidad de su gestión y administración en términos económicos, no puede estar limitada a responder por culpa leve, ya que el giro de su negocio está encaminado a

brindar resultados óptimos, empleando todo su profesionalismo, experticia, eficiencia y eficacia para conseguir las pretensiones del constituyente.

Con el fin de establecer una mayor responsabilidad a las administradoras de fondos y fideicomisos en el cumplimiento de sus labores, me permito señalar un antecedente que servirá como referencia de lo que una administradora de fondos y fideicomisos puede incurrir si no se estableciere que respondan hasta por cual levísima, para presionar a las administradoras de fondos y fideicomisos, que manejen los negocios como si fuesen propios.

La Resolución No. SCVS.IRQ-DRMV.2017-1214 de 16 de junio de 2017 emitida por la Súper Intendencia de Compañías Valores y seguros en contra de *Enlace Negocios Fiduciarios S.A. Administradora de Fondos y Fideicomisos*, en una de sus observaciones encontradas, se establece una sanción administrativa “LEVE” con amonestación escrita y una multa de “12 salarios básicos unificados de 4500,00 USD”, por haber incurrido en inobservancia del literal c), artículo 103, y 128 de la Ley de Mercado de Valores del Código Orgánico Monetario y Financiero, en concordancia con los artículos 14 y 15 de la Sección IV del Título V, de la Codificación de Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores, por no haber dado cumplimiento al numeral 3 de la cláusula quinta del contrato de Encargo Fiduciario Bienes Minga, celebrado entre Enlace Negocios Fiduciarios S.A. y la Compañía Mingacorp S.A. donde se estableció que la fiduciaria debió comparecer a la actualización del contrato de servicios de “Custodio Definitivo” con la Transportadora Ecuatoriana de Valores TEVCOL Cía. Ltda., y que al tiempo transcurrido se le pidió reportes de su gestión con compañía que custodiaba los bienes, la fiduciaria alegó que no ve la necesidad de pedir reportes para cruzar información con TEVCOL Cía. Ltda., ya que el contrato de custodia temporal se había celebrado previo a la creación del Fideicomiso, por lo que, se evidencio que la fiduciaria hizo caso omiso a su obligación de mantener un registro de los bienes en custodia, siendo de su total competencia mantener una sincronización con la compañía de custodia definitiva y que al momento de subsanar dicho inconveniente, (siendo muy tarde), al

momento de cruzar la información y comparar los registros la fiduciaria mantenía valores distintos con la empresa que tenía el deber de custodiar los valores, de tal manera que se ocasiono un perjuicio al constituyente por no tener los registros correspondientes y actualizados, demostrando así, la falta de diligencia y el profesionalismo que debió emplear en el cumplimiento de sus funciones.

Si bien es cierto este caso trata sobre un encargo fiduciario, no es menos cierto que la función es la misma en los contratos de fideicomisos mercantiles de garantía, pues la diferencia en este caso es que no hubo la transferencia del bien hacia la fiduciaria, si no, únicamente existe la mera tenencia para cumplir con el objetivo establecidos en el contrato.

Finalmente, este hecho es también un claro ejemplo de lo que se ha tratado en el desarrollo de este trabajo, si bien la norma establece límites para el actuar de las administradoras de fondos y fideicomisos, su responsabilidad no puede estar limitada a realizar una actividad solamente diligente, ya que sus actuaciones van más allá de una simple gestión de medio, o responder hasta por culpa leve, por lo que, al existir en la norma un grado de culpa más exigente, planteamos una revisión en la norma para exigir a las Sociedades Administradoras de Fondos y Fideicomisos, responder con una suma y debida diligencia en el manejo de bienes que están bajo su custodia, y a su vez, obligar a las fiduciarias a dar un tratamiento más especializado sobre los bienes para cumplir la voluntad del constituyentes.

Así también, brindar a los inversionistas mayor seguridad, de que sus bienes van a ser administrados por Sociedades Administradora de Fondos y Fideicomiso más comprometidas a conseguir un resultado positivo para los constituyentes y beneficiarios, que ayude al desarrollo y generación de más negocios, considerando que, esta figura que no es muy conocida en el Ecuador, pero que es muy útil y beneficiosa para asegurar el cumplimiento de los deudores.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Conclusiones

A modo de conclusión, podemos establecer que el fideicomiso nace en el derecho romano, llegando América Latina, siendo Chile y México los países pioneros en instaurar esta figura, para el año de 1963 entra al Ecuador mediante la Ley de Títulos de Crédito, posteriormente en 1998 se expide la Ley de mercado de Valores. En el año 2014 fueron reformados algunos artículos de la Ley de Mercado de Valores libro II, específicamente para los contratos de fideicomisos mercantiles de garantía, se establecieron limitaciones al sector inmobiliario, financiero y automotriz, sin embargo, no se estableció ningún tipo de reforma a la responsabilidad de las administradoras de fondos y fideicomisos, respecto de los bienes que se encuentran bajo su gestión y administración, por lo tanto, responden hasta por culpa leve.

El contrato de fideicomiso mercantil de garantía, se encuentra establecido en el artículo 17, Sección IV, Capítulo I, Título XIII, de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores y refiriéndonos a la responsabilidad que tiene la fiduciaria frente a los constituyentes, beneficiarios y terceros, la responsabilidad por gestión y administración de los bienes, se encuentra establecida en el artículo 125, del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II de la Ley de Mercado de Valores, el cual señala que, “no garantiza con su actuación que los resultados y finalidades pretendidas por el constituyente efectivamente se cumplan.”, por lo que, mediante un análisis jurídico, se ha planteado que en algunos casos su gestión es también de resultado.

He indicado en el desarrollo de este trabajo investigativo que, las Fiduciarias en el cumplimiento de sus labores, pueden incurrir en varios incumplimientos como, por ejemplo, una falta de suma diligencia, una falta gestión y administración más minuciosa y por la falta de rendición de cuentas oportunas al constituyente o beneficiario de los bienes que están bajo su custodia, no se puede contar con

información real, datos y valores exactos, que les ayuden a tomar las decisiones necesarias y oportunas, a fin de que el fideicomiso mercantil cumpla con su objetivo.

Así también, he señalado mediante un análisis de casos prácticos, que la responsabilidad de las fiduciarias va más allá de culpa leve, por cuanto, hay una responsabilidad directa de entregar registros e información veraz y verificable, que la restitución de los bienes al constituyente o beneficiario se lo realice de forma efectiva, es responsable directo de constatar la existencia física de los bienes para determinar que, el estado y condición no hayan sido alterados, así mismo, terceros que tiene el bien en custodia y resguardo sean controlados y vigilados por la fiduciaria con el fin de que sigan manteniendo su estatus de garantía adecuada para cubrir la obligación por incumplimiento del deudor.

Por lo tanto, su revisión al marco jurídico ha sido importante para evidenciar que existe un grado de responsabilidad mayor, y que es posible exigir que se emplee una gestión y administración más minuciosa, ya que es una entidad altamente capacitada, con experiencia, capacidad y habilidades profesionales para manejar negocios fiduciarios como si fuesen sus negocios más importantes, apartándonos de la concepción de administrar como un buen padre de familia.

Finalmente, el actuar de las fiduciarias en estos casos, debe ser sumamente diligente, ya que los inversionistas buscan también una seguridad, de que sus bienes, estarán en manos de personal altamente calificados, capacitados y comprometidos de llevar a cabo las voluntades establecidas por los constituyentes en el contrato, y que sus negocios tengan el más mínimo margen de error para evitar una contienda legal con la fiduciaria.

4.2 Recomendaciones

Este trabajo investigativo brinda un aporte significativo para recomendar una reforma en la normativa y establecer un mayor grado de responsabilidad a las

Sociedades Administradoras de Fondos y Fideicomisos, sobre los bienes aportados al patrimonio autónomo, que están bajo su gestión y administración, y que no han sido atendidos de manera especial, con el fin de que constituyan una garantía adecuada en el proceso convencional de enajenación, o que la garantía se ejecute velando siempre los derechos y obligaciones de las partes.

Finalmente, la fiduciaria al ser una Sociedad Administradora de Fondos y Fideicomisos, con personal profesional altamente capacitado y especializado, con una alta trayectoria en el manejo de negocios fiduciarios, se presume que posee conocimientos y habilidades que son superiores a los de un hombre que emplea un cuidado ordinario y mediano, así es dable plantear y recomendar que, por su condición especial, su actuar deba ser como un buen hombre de negocios, sin que se oponga a la suma diligencia.

Referencias

- Arce, E. (2020) Responsabilidad del fiduciario en los contratos de comercialización de participaciones fiduciarias. *Vniversitas*, 2020, vol. 69. 6. Recuperado el 28 de enero de 2020 de [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/69%20\(2020\)/82563265012/82563265012_visor_jats.pdf](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/69%20(2020)/82563265012/82563265012_visor_jats.pdf).
- Banfi del Rio, C. (2000), LA ASIMILACIÓN DE LA CULPA GRAVE AL DOLO EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN CHILE. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 27 N° 2. pp. 291-330. Recuperado el 27 de enero de 2021 de <file:///C:/Users/adminpc/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/E/0ME4OP62/000300260.pdf>.
- Bermúdez, F. (2020). *Culpa grave, leve y levísima en Derecho civil Lección 4 Temporada 7 Conceptos jurídicos*. (Archivo de video). Recuperado el 28 de enero de 2020 de <https://www.youtube.com/watch?v=VsNUfpXEDwY>.
- Bustamante, J. (2014). DAÑO CIVIL ENTRE LA CULPA Y CAUSALIDAD. ANÁLISIS HISTÓRICO DOCTRINARIO. [Versión electrónica]. Recuperado de https://app-vlex-com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/#search*/La+culpa/WW/vid/631712725.
- Cáceres, J. (2014). La responsabilidad de las entidades fiduciarias por el incumplimiento en los negocios subyacentes al objeto contractual: crítica a la “delegación” de obligaciones, *Revista de Derecho Privado No. 52*. Recuperado el 13 de marzo de 2021 de https://app-vlex-com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/#search/content_type:4/responsabilidad+fiduciaria/WW/vid/582241510
- Cevallos (s.f.). Análisis y conceptualización de la culpa aquiliana. Recuperado de https://app-vlex-com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/#search*/An%C3%A1lisis+y+conceptualizaci%C3%B3n+de+la+culpa+aquiliana/WW/vid/426808337.

- Código de Comercio (2019). Suplemento del Registro Oficial No. 497, 29 de mayo 2019. Última Reforma: (Tercer Suplemento del Registro Oficial 347, 10-XII-2020). Recuperado el 17 de enero de 2021 de [file:///C:/Users/adminpc/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/E/0ME4OP62/CODIGO%20DE%20COMERCIO%20\(10-XII-2020\).pdf](file:///C:/Users/adminpc/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/E/0ME4OP62/CODIGO%20DE%20COMERCIO%20(10-XII-2020).pdf)
- Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores. (2006). Registro Oficial Suplemento 215, Quito, 24 de enero de 2006. Última reforma: 18 de abril de 201. Recuperado de CÓDIGO ORGÁNICO MONETARIO Y FINANCIERO, LIBRO II LEY DE MERCADO DE VALORES.pdf.
- Código de Comercio (1971). Decreto ejecutivo 410. Bogotá. Recuperado el 23 de noviembre de 2021 de <http://www.lexbasecolombia.net/lexbase/codigos/codigo%20de%20comercio/Codigo%20de%20Comercio.htm>.
- Código Civil (2005). Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Última reforma: 08-jul.-2019.
- Echeverría, D. (2017). *Análisis de las reformas introducidas por la Ley Orgánica de Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil sobre el fideicomiso mercantil en garantía* (Tesis de maestría). Recuperada de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6035/1/T2527-MDFBS-Echeverria-Analisis.pdf>.
- Fabara, M. (2016), *La función del fiduciario, su responsabilidad y alcance en la figura del fideicomiso mercantil de garantía* (Tesis de maestría). Recuperada de <https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgxwKjTWdKqQNqVtLfGhJtbrjqrQV?projector=1&messagePartId=0.2>.
- Fol, R. y Pérez, J. (2018). Prontuario mercantil. México, D.F, México: Tax Editores Unidos. Recuperado el 13 de noviembre de 2020 de <https://elibro.net/es/ereader/udla/40306?page=428>.
- Giraldo, C. (2005). La fiducia en Colombia según la justicia arbitral. *Revista de Derecho Privado*, 35. Recuperado el 30 de enero de 2021 de <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033183003.pdf>.

- González, R. (2008). Aspectos Jurídicos del Fideicomiso en Latino América. Caracas. Recuperado el 16 de noviembre de 2020 de [file:///C:/Users/adminpc/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/Content.Outlook/MREX0I56/libro%203%20\(003\).pdf](file:///C:/Users/adminpc/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/Content.Outlook/MREX0I56/libro%203%20(003).pdf).
- Gómez de la Torre, D. (1998) *El Fideicomiso Mercantil* Quito-Ecuador. Edino.
- Hurtado, J. (2016). Obligaciones de medio y de resultado: importancia para responsabilidad jurídica de profesionales. **Exclusivo para actualícese.com*. Recuperado el 24 de enero de 2021 de <https://actualicese.com/obligaciones-de-medio-y-de-resultado-importancia-para-responsabilidad-juridica-de-profesionales/>.
- Ibáñez P. y Ordoñez V. (2014). Papel de las empresas y de los estados en la debida diligencia en derechos humanos. *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 24: 219-246, enero - junio de 2014*. Recuperado el 28 de enero de 2021 de https://app-vlex-com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/#search/content_type:4/la+debida+diligencia/WW/vid/645992401.
- Larrea Holguín, J. (2008). Manual elemental de Derecho Civil 3. Volumen 4: del dominio o propiedad, modos de adquirir y el fideicomiso. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. Recuperado el 11 de noviembre de 2021 de <https://elibro.net/es/ereader/udla/115047?page=433>.
- Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, Registro Oficial, Suplemento No. 249, de 20 de mayo de 2014, art. (...) agregado al art. 120 de la Ley de Mercado de Valores. Recuperado el 3 de enero de 2021 de http://www.silec.com.ec.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=BANCARIO-LEY_ORGANICA_FORTALECIMIENTO_OPTIMIZACION_SECTOR_SOCIETARIO_BURSATIL.

- Márquez, J. (2003). “*El fideicomiso de garantía y el concurso del fiduciante*”. RDPC, 2003-1; “*Notas sobre el fideicomiso con fines de garantía*”, JA, 2000- IV- 1225.
- Martínez, A. (s/f). De las Obligaciones de Medios y de Resultado. Recuperado el 30 de enero de 2021 de <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Alberto-J-Martinez-Simon-Obligaciones.pdf>.
- Mendoza, E. (2011). Fideicomiso mercantil. Concepto y breves antecedentes históricos. POR REVISTA JURÍDICA PUBLICADA DICIEMBRE 5, 2011 ACTUALIZADO OCTUBRE 22, 2018. Recuperado el 15 de noviembre de 2020 de <https://www.revistajuridicaonline.com/2011/12/fideicomiso-mercantil-concepto-y-breves-antecedentes-historicos/>.
- Minchala, A. (2015), LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL Y SU REPARACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS DENTRO DE LA LEGISLACION ECUATORIANA, (*Tesis de maestría*). Recuperada de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/22837/1/tesis.pdf>.
- Morales. F. (1991) *Fundamentos de la Actividad y Negocios Bancarios* Jurídica Radar Ediciones. Primera edición. Bogotá-Colombia.
- Nugué, F. (22 de noviembre de 2019). El negocio fiduciario es poco conocido en el país. *El Telégrafo*. Recuperado el 17 de enero de 2020 del <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/4/negocio-fiduciario-ecuador>.
- Padrón, S. (2016). *Responsabilidad del Fiduciario*. (Archivo de video). Recuperado el 26 de enero de 2021 de <https://www.youtube.com/watch?v=ubx6SqBXedc>.
- Pozo, M. (2013) “Políticas de protección ambiental en el siglo XXI: medidas tributarias, contaminación ambiental y empresa”, El Fideicomiso como Herramienta para la gestión ambiental. El ejemplo de Ecuador. Recuperado el 4 de diciembre de 2020 de https://app-vlex-com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/#search/content_type:4/fideicomiso/W/W/vid/434385698.

- Peñailillo, D. (2007). LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS EN DERECHO DE OBLIGACIONES, Y EL CODIGO CIVIL CHILENO. *Revista Chilena de Derecho Privado*. Recuperado el 24 de enero de 21 de <https://www.redalyc.org/pdf/3708/370840820006.pdf>.
- Padrón, S. (2011). ALCANCE DE LAS FACULTADES DE CONTROL Y SANCION DE LA GESTION FIDUCIARIA DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FIDEICOMISOS EN EL ECUADOR (Tesis de maestría). Recuperada de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2965/1/T1058-MDE-Padron-Alcance.pdf>.
- Resolución No. 385-2017-A Codificación De Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros. Segundo Suplemento del Registro Oficial No.22 de 26 junio de 2017. F. Emisión 22 mayo 2017. Última Reforma 24 feb 2021.
- Rodríguez, S. (1997) “La Responsabilidad del fiduciario”, Ediciones Rosaristas, Medellín-Colombia.
- Sablich Huamani, C. A. (2010). El contrato de fideicomiso: regulación y perspectivas de desarrollo en el Perú (). Recuperado el 09 de noviembre de <https://elibro.net/es/ereader/udla/85693?page=18>.
- Sanción Administrativa. Resolución No. SC-IRQ-DRMV-2014- (2014). Superintendencia de Compañías Valores y Seguros.
- Sanción Administrativa. Resolución No. SCVS-IRQ-DRMV-2017-1412 (2017). Superintendencia de Compañías Valores y Seguros.
- Yela, A. (2015), “La Facultad del Fideicomiso Mercantil Para Emitir Obligaciones” [*Tesis de grado*], Universidad San Francisco de Quito. Recuperado el 15 de noviembre de 2020 de [file:///C:/Users/adminpc/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/Content.Outlook/MREX0I56/121037%20\(002\).pdf](file:///C:/Users/adminpc/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/Content.Outlook/MREX0I56/121037%20(002).pdf).

