



# **Universidad de las Américas**

**Facultad de Ciencias Jurídicas**

**“El Fideicomiso Mercantil y su Utilidad Práctica”**

**Trabajo de titulación presentado de conformidad a los requisitos necesarios**

**Para obtener el título de “Doctor en Jurisprudencia”**

**Profesor Guía:** Doctor Juan Carlos Arízaga González

**Autor:** Ab. Pedro Agustín Mora Vintimilla

**2004**

Dr. Juan Carlos Arizaga G  
Av. Coruña E 25 - 32  
Teléfono: 245-830  
Fax: 245-827  
E mail: arizaga@attglobal.net  
Quito - Ecuador

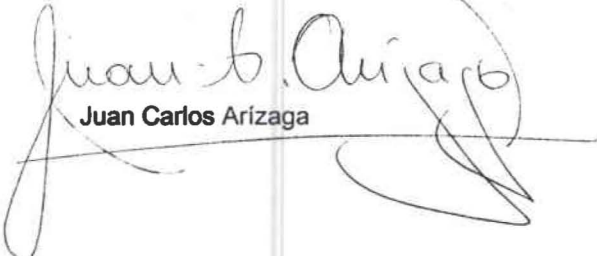
Quito; 23 de Julio de 2003

Señor Doctor  
Antonio Terán Salazar  
Decano  
Facultad de Ciencias Jurídicas  
UDLA  
Ciudad

De mi consideración:

En mi calidad de Profesor Guía, manifiesto que el presente Trabajo de grado doctoral denominado "El Fideicomiso Mercantil y su Utilidad Práctica", fue elaborado por el Abogado Pedro Agustín Mora Vintimilla bajo mi respectiva orientación y guía.

Cordialmente,



Juan Carlos Arizaga

**AGRADECIMIENTOS**



## AGRADECIMIENTOS

De manera especial, expreso mi más sincero y afectuoso agradecimiento, al Doctor Juan Carlos Arízaga González, quien a más de dirigir la elaboración del presente Trabajo de Titulación, fue durante los últimos años, un amigo incondicional, un buen consejero, y un gran maestro, quien además por medio de sus valiosos consejos y lecciones de vida, me impulsó a aprender cada vez más, a seguir adelante, y luchar por mis anhelos personales.

Muchas gracias....

**DEDICATORIA**

A mis padres Laura y Enrique, a Cristina y a Carolina, a los primeros por su inmensurable sacrificio, amor, esfuerzo y dedicación para ayudarme a conseguir mis metas, y a las segundas, por el inmenso amor que me han brindado.

## RESUMEN

La finalidad del presente estudio, consiste en dar a conocer y discernir la institución del fideicomiso mercantil, desde sus orígenes, hasta identificarnos con su legislación aplicable, buscando resaltar su utilidad práctica, de manera que esta institución jurídica se difunda dentro de sus potenciales usuarios.

Buscando la finalidad planteada en este estudio, intentamos crear una herramienta de consulta, que permita al lector identificarse con esta institución de derecho la cual es de sencilla estructura, y de amplios objetivos.

Puesto que el fideicomiso mercantil, a diferencia del fideicomiso civil, es en nuestra legislación una institución de reciente creación, debemos efectuar cuanto aporte sea necesario, para darle la trascendencia que por sus características especiales merece, de manera que por sus diversos usos, se lo identifique como una herramienta de negocios, o como mecanismos seguros de inversión, de garantía, de desarrollo de proyectos, u otros.

Por último, buscamos lograr las finalidades de este estudio, sobre la base de un profundo estudio doctrinal, legal y su correspondiente análisis, así como sobre la elaboración de ejemplos prácticos que reflejen las nuevas tendencias de uso del fideicomiso mercantil, aplicadas a las situaciones cotidianas del mundo actual, de manera que obtengamos las conclusiones deseadas, en las cuales de manera expresa podamos constatar aquellas ventajas y funcionalidad que el fideicomiso mercantil aporta a nuestra realidad nacional.

# ÍNDICE

Pág.

## 1. CAPÍTULO I DEFINICIONES ESCENCIALES

1.1. Definición Clásica de Fideicomiso .....	1
1.2. Fideicomiso Mercantil, y sus elementos básicos.....	4
1.2.1. Constituyente o Fideicomitente .....	6
1.2.2. Beneficiario .....	6
1.2.3. Finalidad .....	7
1.3. Patrimonio Autónomo .....	8
1.4. La Compañía Administradora de Fondos y Fideicomisos .....	10
1.5. Negocios Fiduciarios .....	10

## 2. CAPÍTULO II ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN DEL FIDEICOMISO MERCANTIL

2.1. Origen del Fideicomiso .....	11
2.2. Evolución de la concepción clásica hasta llegar al fideicomiso mercantil .....	14

## 3. CAPÍTULO III EL FIDEICOMISO MERCANTIL EN LA ACTUALIDAD

3.1. Características del Fideicomiso.....	21
3.1.1. Temporalidad .....	22
3.1.2. Irrevocabilidad .....	24
3.1.3. Inembargabilidad .....	26
3.1.4. Oneroso .....	27
3.1.5. Intuitu Personae .....	28
3.1.6. Bilateral.....	30
3.1.7. Flexibilidad, maleable capacidad de ajuste, o configurable a la circunstancia, o traje a la medida .....	31
3.1.8. Solemne .....	32
3.1.9. Tipicidad .....	32

<b>3.2. Usos de Fideicomiso Mercantil .....</b>	<b>33</b>
<b>3.2.1. Fideicomiso Mercantil de Administración .....</b>	<b>33</b>
<b>3.2.2. Fideicomiso Mercantil de Garantía.....</b>	<b>35</b>
<b>3.2.3. Fideicomiso Mercantil de Inversión .....</b>	<b>37</b>
<b>3.2.4. Fideicomiso Mercantil Inmobiliario.....</b>	<b>39</b>
<b>3.2.5. Fideicomiso Mercantil para Titularización .....</b>	<b>42</b>
<b>3.2.6. Fideicomiso Mercantil Testamentario .....</b>	<b>46</b>
<b>3.2.7. Fideicomiso Mercantil de Seguros .....</b>	<b>48</b>
<b>3.2.8. Combinación de opciones .....</b>	<b>49</b>
<b>3.3. Forma y requisitos mínimos del contrato de Fideicomiso mercantil .....</b>	<b>50</b>
<b>3.4. Derechos de las partes .....</b>	<b>52</b>
<b>4. CAPÍTULO IV LA ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS</b>	
<b>4.1. Origen y Evolución .....</b>	<b>60</b>
<b>4.2. Definición .....</b>	<b>62</b>
<b>4.3. Responsabilidad del Fiduciario .....</b>	<b>66</b>
<b>4.3.1. Responsabilidad del Fiduciario frente a terceros ...</b>	<b>68</b>
<b>4.3.2. Responsabilidad del Fiduciario frente al cumplimiento de sus obligaciones .....</b>	<b>69</b>
<b>4.3.3. Responsabilidad Penal del Fiduciario .....</b>	<b>74</b>
<b>4.4. Indemnizaciones .....</b>	<b>75</b>
<b>4.5. Identificación y Evasión de Negocios Fraudulentos .....</b>	<b>75</b>
<b>4.6. ¿Obligaciones de Medio o de Resultado? .....</b>	<b>79</b>
<b>4.7. Conflictos de Interés .....</b>	<b>80</b>
<b>5. CAPÍTULO V RÉGIMEN TRIBUTARIO</b>	
<b>5.1. Régimen Tributario para los negocios fiduciarios .....</b>	<b>82</b>

## **6. CAPÍTULO VI UTILIDADES PRÁCTICAS DEL FIDEICOMISO MERCANTIL**

<b>6.1. Confidencialidad.....</b>	<b>88</b>
<b>6.2. Condensación o Diversificación de activos .....</b>	<b>90</b>
<b>6.3. Instrumento de desintermediación financiera ....</b>	<b>92</b>
<b>6.4. Mecanismo de inversión .....</b>	<b>94</b>
<b>6.5. Mecanismo de alternabilidad para regímenes legales .....</b>	<b>95</b>
6.5.1 Alternabilidad para el régimen sucesorio .....	96
6.5.2 Esquemas novedosos para garantías como “prenda para participaciones”, entre otros .....	97
<b>6.6 Semejanzas con otras instituciones .....</b>	<b>98</b>
6.6.1 Semejanzas con el Joint Venture .....	98
6.6.2 Semejanzas con las sociedades mercantiles .....	101
<b>6.7 Seguridad al inversionista, constituyente y/o beneficiario .....</b>	<b>103</b>
<b>6.8 Los Derechos Fiduciarios .....</b>	<b>105</b>

## **7. CAPÍTULO VII ANÁLISIS DE UN CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL**

<b>7.1. Análisis de un contrato de Fideicomiso Mercantil.</b>	<b>108</b>
---	------------

## **8. CAPÍTULO VIII CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

<b>8.1 Hipótesis .....</b>	<b>150</b>
<b>8.2 Conclusiones y Recomendaciones .....</b>	<b>150</b>

<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>155</b>
--------------------------	------------



## INTRODUCCIÓN

El Fideicomiso nace en la antigua Roma como una institución forjada, en virtud de la cual, un Fideicomitente, efectuaba una disposición de última voluntad de sus bienes, con la finalidad de evitar los estrictos controles del imperio romano, sobre todo en lo concerniente al tema sucesorio y estatus personal.

Con el transcurso del tiempo, el fideicomiso ha sufrido ciertas variaciones, tornándose en la actualidad en una institución práctica, que debe ser reforzada y difundida entre el mercado; de manera que éste, conozca su estructura, funcionamiento y comprenda sus ventajas y propósitos.

Sin perjuicio de las normas que a partir del año 1993 rigieron el mercado de valores en distintos cuerpos legales, con la expedición de la Ley de Mercado de Valores vigente, el negocio fiduciario, vio abrir a sus ojos, una legislación adecuada, que se asienta en términos claros y detallados, un nuevo enfoque para esta institución, con nuevos elementos y posibilidades para su uso, que le permite satisfacer nuevas y crecientes necesidades.

El fideicomiso mercantil como herramienta, permite, a sus usuarios, optimizar tiempo y recursos, sobre la base de la transferencia de bienes de cualquier naturaleza, con la finalidad de crear un patrimonio autónomo e independiente para la consecución de finalidades específicas, las cuales pueden ajustarse a:

servir como garantías, administración de bienes, inversión o mantener la simple propiedad sobre bienes, y conservarlos de manera diligente, entre otras.

Con el transcurso del tiempo el fideicomiso mercantil se ha tornado en una herramienta práctica y útil para el usuario, la cual se destaca por su diversidad de usos, y la trascendencia e importancia que ha adquirido en los últimos tiempos, para transacciones de orden económico tanto públicas como privadas.

El estudio de este tema responde a la actualidad del entorno nacional, puesto que a diario se expone tanto en la prensa visual como escrita y auditiva, sobre temas relativos a fideicomisos mercantiles, y las soluciones que buscan obtenerse sobre la base de la constitución de los mismos.

El tema planteado nos permitirá aprovechar todas sus ventajas, puesto que el fideicomiso, tal y como fue concebido en la antigua Roma, se lo sigue utilizando en la actualidad con ciertas variantes bajo el sistema civil, y como un mecanismo alternativo a las vías tradicionales mercantiles para ciertos aspectos, tales como los temas sucesorios o de garantías, o buscar cierta discreción frente al dominio de muchos bienes que podría mantener una persona que busca protegerse en el anonimato.

Por último sugiero que este estudio, debe surtir un efecto de impacto frente al lector, puesto que el fideicomiso mercantil al ser un mecanismo dinámico y de



mucha diversidad de finalidades puede ser adaptado a la necesidad requerida por el usuario o beneficiario del mismo.

Sin más preámbulo, y en beneficio de quienes se sientan interesados por este estudio, procederemos con su desarrollo.

## **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.-**

El Fideicomiso Mercantil, es una institución jurídica que por su naturaleza y flexibilidad de contratación brinda a sus usuarios, la posibilidad de manejar patrimonios independientes de manera eficiente y productiva.

Diversos factores, en especial dentro del entorno nacional, han producido que el Fideicomiso Mercantil no sea un institución jurídica difundida de manera adecuada entre sus usuarios y potenciales usuarios, lo cual produce cierta desconfianza al momento de su contratación.

El Fideicomiso Mercantil, brinda amplias ventajas a sus usuarios que no son conocidas ni han sido difundidas en el medio, lo cual produce como efecto que al momento de la contratación fiduciaria, sus usuarios opten por otras alternativas de similar naturaleza, pero que no responden a las necesidades reales que motivan la contratación.

Por lo motivos expuestos, y sobre la base del desconocimiento y desconfianza que rondan en torno a la contratación fiduciaria, exponemos como problema, el desconocimiento, la falta de discernimiento y comprensión en el entorno nacional respecto de la contratación fiduciaria, y proponemos con la elaboración de este estudio, poner al alcance de los usuarios y nuevos usuarios de esta institución un instrumento de consulta en el que puedan conocer su historia, marco legal vigente, formas y tendencias modernas de uso, y las aplicaciones prácticas del Fideicomiso Mercantil.

## DESARROLLO DEL TEMA

### CAPÍTULO I

#### DEFINICIONES ESCENCIALES

Previo al estudio de un tema de tan significativa trascendencia, considero importante, definir de manera clara y precisa los términos más importantes sobre los cuales se sentará el presente estudio.

Sin más preámbulo, pasaré a definir los términos que servirán como fundamento para entender a cabalidad el presente estudio e introducirnos de manera precisa al mismo.

##### **1.1. Definición Clásica de Fideicomiso.-**

La Vigésimo Segunda edición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, define el término Fideicomiso, como la "Disposición por la cual el testador, deja su hacienda o parte de ella encomendada a la buena fe de alguien para que, en caso y tiempo determinados, la transmita a otra persona o la invierta del modo en que se le señala"<sup>1</sup>. Esta definición, la que en un inicio parece clara, se torna imprecisa luego de un detenido análisis, puesto que en la misma no se expresa de manera positiva, si esta disposición que se efectúa, de uno o varios bienes, entendiéndose hacienda como una masa de bienes o un peculio, implica transferencia de dominio de los

---

<sup>1</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, "Diccionario de la Lengua Española", Tomo 5 Pág., 713

mismos a favor del Fideicomisario, comprendiéndose a éste como la persona a quien se le consigna el fideicomiso. Sin embargo de ser una definición imprecisa, que deja ciertos cabos sueltos, resalta ciertos elementos clásicos del fideicomiso entre los cuales podemos mencionar, la temporalidad, y el encargo de fe o confianza que va ligado estrechamente al significado de *intuitu personae*, en el cual nos detendremos mas adelante para su estudio.

De su parte, Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, define al Fideicomiso, como una "Disposición de última voluntad, en virtud de la cual el testador deja sus bienes o parte de ellos encomendados a la buena fe de una persona para que, al morir ésta a su vez, o al cumplirse determinadas condiciones, o plazos, transmita la herencia a otro heredero o invierta el patrimonio del modo en el que se le señale".<sup>2</sup> Esta definición, contiene aspectos más precisos, y comunes entre el fideicomiso clásico y el Fideicomiso Mercantil. Cabanellas, puntual en su definición, comete un error, al limitar el alcance del fideicomiso, a una "disposición de última voluntad", puesto que el alcance de estos términos, limitan al fideicomitente a beneficiarse restrictivamente de esta disposición, únicamente como una especie de herencia o legado, sin permitir que se efectúen disposiciones temporales en vida y con finalidades específicas, que es lo que muchas veces se busca. Por otro lado, es rescatable lo relativo a la condicionalidad o plazo para el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, lo cual traducido a resultados provoca o no que el fideicomiso cumpla su finalidad.

---

<sup>2</sup> CABANELLAS, Guillermo, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", Tomo IV, Pág., 62

Por último, el Código Civil en su Artículo 767 define al Fideicomiso de la siguiente manera: "Se llama propiedad fiduciaria a la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso. Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria. La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución".

La citada definición del Código Civil, contiene varios elementos y características que han servido de base para la transición de la definición de fideicomiso hasta llegar al fideicomiso mercantil que se utiliza en la actualidad. Estos elementos, comprenden, el contar con una finalidad específica, la transferencia de dominio de uno o varios bienes, la temporalidad, la existencia de un fiduciario, un constituyente, y uno o más fideicomisarios, lo que equivalen a La Beneficiaria del Fideicomiso Mercantil.

Las definiciones trascritas, mantienen algunos elementos en común, tales como, la disposición de uno o más bienes, la temporalidad, la condicionalidad o plazo, y la confianza o buena fe. Respecto a la temporalidad, y a lo relativo a condiciones o plazo, nos referiremos más adelante en el respectivo capítulo, pero me parece adecuado, con mira a entender estas definiciones, comprender el significado de las palabras "Buena Fe".

La buena fe, con relación al tema fiduciario, consiste en la confianza que se

tiene en la persona honrada y de buen proceder, a quien se encomienda la comisión de estos encargos. Por lo tanto, la buena fe entonces se traduce en seguridad, o al menos es lo que se busca al momento de otorgar confianza al fiduciario para el desempeño de funciones de responsabilidad sobre el destino de nuestros bienes. Sin embargo de lo mencionado, la buena fe, no pasa de ser una sensible presunción, puesto que el fiduciario o fideicomisario como se lo denomina en el Código Civil, en cualquier momento, y sacando provecho de las circunstancias adecuadas, podría abusar de su situación e incumplir su encargo de confianza terminando por apropiarse de los bienes fideicomitidos, rompiendo o quebrantando las reglas y principios que rigen al negocio o actividad fiduciaria.

El problema citado en el inciso anterior, se ve reducido con las características modernas del fideicomiso mercantil contenidas en la definición que recoge la actual Ley de Mercado de Valores, en la cual se establece la creación de un patrimonio autónomo para el fideicomiso, patrimonio autónomo que es independiente de los bienes del fiduciario, del constituyente, y de La Beneficiaria del fideicomiso, estando afecto a una finalidad específica.

## **1.2. Fideicomiso Mercantil, y sus elementos básicos.-**

Una vez definido y comprendido el alcance del término fideicomiso dentro de su concepción clásica, y como se lo contempla en el Código Civil Ecuatoriano, procuraré elaborar una definición del Fideicomiso Mercantil moderno, para posteriormente, proceder a citar la definición instituida en la vigente Ley de



Mercado de Valores, promulgada en el Registro Oficial Número Trescientos Sesenta y Siete del veintitrés de julio del año mil novecientos noventa y ocho.

*“El Fideicomiso Mercantil, es un contrato oneroso en virtud del cual, una o más personas llamadas Constituyentes o Fideicomitentes transfieren de manera temporal e irrevocablemente, el dominio o propiedad de uno o varios de sus derechos, o bienes de cualquier naturaleza, que existen o se espera que existan, al dominio de una entidad fiduciaria o al de un patrimonio autónomo con personería jurídica, para lograr el cumplimiento de una o varias finalidades, establecidas por el propio Constituyente, a favor de él mismo, o de uno o varios terceros designados como Beneficiarios. Los bienes fideicomitados gozarán de una característica de inembargabilidad y serán legalmente representado por una administradora de fideicomisos, que goce de la confianza del Fideicomitente”.*

De su parte el Legislador, en la Ley de Mercado de Valores vigente, define en términos precisos al fideicomiso mercantil con el siguiente texto: “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 anónima administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien a favor del propio

constituyente o de un tercero llamado beneficiario".<sup>3</sup>

De estas definiciones se desprenden ciertos elementos que forman parte integral del contrato de fideicomiso mercantil, los cuales a continuación procedemos a exponer:

**1.2.1. Constituyente o Fideicomitente:** Es la o las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, publicas, privadas, mixtas o semipúblicas, o entidades dotadas de personalidad jurídica, quienes transfieren la propiedad de uno o más bienes, o derechos que se encontraban bajo su dominio o propiedad, a un fideicomiso mercantil.

**1.2.2. El Beneficiario.-** Es la o las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, publicas, privadas, mixtas o semipúblicas, o entidades dotadas de personalidad jurídica, a quienes el Constituyente o Fideicomitente ha designado como beneficiados o favorecidos con el cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato de fideicomiso mercantil. El Constituyente o Fideicomitente, puede designar a su o sus Beneficiarios en el mismo instrumento a la Constitución del Fideicomiso, o mediante designación posterior si se ha reservado este derecho. Así mismo, en caso de que se omita designar en el mismo contrato al Beneficiario, se reputará como tal al propio constituyente.

El contrato de fideicomiso mercantil puede constituirse designando como be-

---

<sup>3</sup> LEY DE MERCADO DE VALORES, Art. 109, R.O. 367: 23 jul. 1998



beneficiario al propio constituyente, o puede optarse por la designación de uno o más beneficiarios del fideicomiso distintos del constituyente, los cuales inclusive podrían tener distintas calidades. Citaré para efectos prácticos dos ejemplos sobre las distintas calidades que podrían tener distintos beneficiarios: En el primer caso, un fideicomiso mercantil puede tener dos Beneficiarios de la misma calidad: Un Constituyente, designa como Beneficiario a sus hijos o Beneficiarios A, y B, y los designa como beneficiarios de la totalidad del patrimonio autónomo del fideicomiso, cuya finalidad es que cuando el Constituyente cumpla cincuenta años, el patrimonio autónomo se les entregue en partes iguales a La Beneficiaria. Por el contrario en el segundo caso, el constituyente puede designar distintas calidades de beneficiarios, según sus prioridades de la siguiente manera: Un Constituyente designa como beneficiarios de la totalidad del patrimonio autónomo de un fideicomiso mercantil a las personas A y B, y designa como beneficiario principal al beneficiario A, pero impone una condición suspensiva en la que en caso de que el beneficiario A se case antes de cumplir treinta años, el beneficiario de la totalidad del patrimonio autónomo será el beneficiario secundario o beneficiario B.

**1.2.3. Finalidad.-** Desde mi punto de vista, la finalidad que se busca cumplir es el elemento clave del fideicomiso mercantil, por lo tanto podríamos manifestar de manera inequívoca, que es su columna vertebral. Si bien el Constituyente, es quien motiva la finalidad, esta es el objetivo mismo de su constitución o su esencia, y la razón por la cual el constituyente dispone de bienes de su patrimonio, para beneficiarse a sí mismo o a uno o varios terceros. Por

otro lado, la finalidad, abarca la intención del constituyente, la cual para que el contrato sea viable desde el punto de vista jurídico, debe alinearse con la licitud de objeto y causa, de manera que el negocio fiduciario efectuado no sea fraudulento, nulo o fantasioso.

Respecto a la inembargabilidad, temporalidad, irrevocabilidad y demás características del fideicomiso mercantil nos referiremos en el tercer capítulo del presente estudio, razón por la cual no nos adelantamos en este capítulo a la definición de los mismos.

**1.3. Patrimonio Autónomo.-** Tal y como lo concibe la Ley de Mercado de Valores, y en mi propio criterio, considero que el patrimonio autónomo es la consecuencia directa que se obtiene como producto de la constitución de un fideicomiso mercantil. Este patrimonio autónomo, se compone de un conjunto de derechos y obligaciones sujetas al cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato por el propio constituyente.

El patrimonio autónomo tal y como se lo concibe, no sólo que comprende un conjunto de activos, sino que se comprende también de obligaciones y derechos de distinta índole, no solo de carácter jurídico sino también de carácter económico.

Es difícil determinar de forma cierta, cual es el momento mismo del principio u origen de un patrimonio autónomo, puesto que un Fideicomitente al momento

de la constitución de un fideicomiso mercantil puede transferir determinados bienes a éste patrimonio autónomo, pero cuya transferencia puede tomar un tiempo determinado en perfeccionarse. Para ejemplificar esta idea, supongamos que un constituyente aporta un bien inmueble a un fideicomiso mercantil cuyo contrato de constitución fuera suscrito el quince de noviembre de un determinado año e inscrito en el respectivo registro quince días después; Nos hacemos dos preguntas entonces ¿Cuál es el día de constitución del fideicomiso mercantil? y ¿Cuál es el día de la creación, principio u origen del patrimonio autónomo?. La respuesta a estas interrogantes nos crea un vacío, el cual a continuación procedo a exponer: En teoría al ser un contrato consensual debería en un mismo acto constituirse el fideicomiso mercantil y como efecto conformarse su patrimonio autónomo, pero en la práctica con el ejemplo citado, observamos que tendríamos un fideicomiso mercantil el cual de manera formal estaría constituido al momento de la suscripción de su contrato, pero sin patrimonio hasta que se perfeccione la transferencia del bien o bienes aportados. Peor aún, sería el caso en el cual, no se llegare a perfeccionar la transferencia de dominio de los bienes aportados, caso en el cual el fideicomiso mercantil pasaría a ser una ficción cuyo patrimonio sería nulo y estaría imposibilitado para cumplir su objeto y no sería viable.

Finalmente, nos encontramos con estas últimas interrogantes: ¿Puede existir un fideicomiso mercantil que no esté conformado por un patrimonio autónomo? ¿Puede conformarse un patrimonio autónomo sin transferencia efectiva de bienes?. A mi modo de ver, en el primer caso la respuesta es negativa, no

puede existir un fideicomiso mercantil sin patrimonio autónomo, ya que pasaría a ser un contrato al cual le faltaría uno de sus elementos básicos, razón por la cual no estaría completo y no podría llegar a cumplir su finalidad, en cuyo caso podría configurarse un causal de liquidación. En el segundo caso existe ciertamente un vacío entre la creación del patrimonio autónomo y el perfeccionamiento de la transferencia de dominio de los bienes aportados al mismo, vacío en el cual se produce un abismo que jurídicamente deja desamparado al contrato de fideicomiso mercantil mientras se perfecciona la mencionada transferencia de dominio de bienes.

**1.4. La Compañía Administradora de Fideicomisos.-** Es la persona jurídica, que tiene a su cargo la administración y representación legal, judicial y extrajudicial del fideicomiso mercantil. Considero por el momento suficiente la presente definición, puesto que en el Capítulo cuarto de este trabajo nos ocuparemos de estudiar detenidamente a esta figura.

**1.5. Negocios Fiduciarios.-** La Codificación vigente del Reglamento Sobre Negocios Fiduciarios, manifiesta que los negocios fiduciarios son, el Fideicomiso Mercantil y el Encargo Fiduciario, los cuales se caracterizan por ser actos de confianza y disposición, por medio de los cuales, una o más personas entregan uno o más bienes determinados, transfiriendo o no la propiedad, de los mismos para que un Fiduciario, cumpla con los bienes entregados, una determinada finalidad, en beneficio de sí mismo o de terceros denominados beneficiarios.

Esta enunciación, se esgrime más como una cita necesaria para el entendimiento de este estudio, que una narración completa respecto de la definición de fideicomiso mercantil o encargo fiduciario, y nos permite identificar a este tipo de negocios, de entre otros negocios mercantiles.

## CAPITULO II

### ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN DEL FIDEICOMISO MERCANTIL

#### 2.1. Origen del Fideicomiso.-

Retrayéndonos a la antigua Roma, la idea del fideicomiso, aparece como una respuesta al rígido Derecho Romano, el cual con la evolución de las relaciones comerciales y sociales, empezó a quedar carente de instituciones que respondan a las necesidades reales de la gente. Tal como lo manifiesta Ernesto Rengifo García, "la fiducia consistió en la enajenación de una res (cosa), mediante *mancipatio* o *in iure cesio* a título fiduciario. A la enajenación se le introducía un *pactum fiduciaie en virtud del cual el adquirente*(Fiduciario) se comprometía en relación con el enajenante (fiduciante), o a retransmitirle el objeto adquirido, o a disponer de él según sus específicas instrucciones"<sup>4</sup>. De lo transcrito se desprende que esta institución se creó con las siguientes finali-

---

<sup>4</sup> RENGIFO G., Ernesto, "La Fiducia Mercantil y Pública en Colombia", Pág. 56



dades:

**a) Como garantía o *Fiducia Cum Creditore*:** Consiste en que los bienes transferidos se mantengan en garantía en propiedad del fiduciario o adquirente hasta que se cumpla una condición o plazo definidos;

**b) Como encargo de confianza para transferir el dominio o *Fiducia cum amico*:** En este caso, se solicita al fiduciario, en virtud de la confianza depositada en sí por un amigo, que realice ciertos actos de disposición o administración de bienes según las instrucciones que le hubieran impartido;

**c) Como alternativa sucesoria o *sustituciones fiduciarias*:** Otra forma de utilización del fideicomiso mercantil en la antigua Roma, fue para franquear el rígido sistema jurídico sucesorio, en el cual un *pater familias*, no podía nombrar como heredero de sus bienes a un incapaz, o un peregrino extranjero no podía suceder sus bienes; entonces estos fiduciantes en virtud del *fideicomisum mortis causa*, o también llamadas sustituciones fiduciarias, transferían determinados bienes a favor una persona de su confianza o fiduciario, para que se los entregue al incapaz o al heredero que por el rígido régimen sucesorio no los hubiera podido recibir. La única desventaja de este sistema, mientras no tuvo una legislación aceptada de manera obligatoria, es que muchas veces el fiduciante podía faltar a su acuerdo de fe, y de manera fraudulenta, conservar los bienes que por finalidad debían corresponder a un tercero. Las sustituciones fiduciarias, en la época clásica fueron permitidas hasta por una generación y en la época justiniana hasta por cuatro generaciones.

El Derecho Romano, siempre fue caracterizado por su estricta formalidad, de tal suerte, que en el margen de las relaciones jurídicas y comerciales de aquellas épocas, la falta de alguno de los requisitos solemnes de una relación contractual, producía la nulidad de lo actuado.

A partir de sus inicios, y hasta la época del Emperador Augusto, el fideicomiso, no constituía una relación de derecho, sino que se lo utilizaba como un mecanismo básicamente sentado en la costumbre de su uso y la confianza depositada en el fiduciario o adquirente para ejecutar las finalidades a él encomendadas. Como mencioné al inicio de este párrafo, la época del Emperador Augusto, marca un hito importante en la institución de la fiducia, puesto que al habersele encomendado a él un Fideicomiso, optó por otorgarle su obligatoriedad legal, lo cual en adelante lo volvió en una institución práctica y de mayor confianza respaldada por un orden jurídico.

A pesar de haber sido instituida legalmente en varias legislaciones la figura del fideicomiso, hubo ciertos países y gobiernos que prohibieron su utilización, al pensar que era tan solo un mecanismo para franquear la Ley y eludir a las normas jurídicas ya establecidas, tal como sucedió a partir de la revolución francesa, que con la expedición del Código Napoleónico, se abolió al fideicomiso al creer que sus alcances no respondían a la ideología revolucionaria, que buscaba una relativa igualdad y evitar la posibilidad de concentrar patrimonios en cabezas familiares.

Para terminar esta breve reseña histórica, debo manifestar que a mi modo de pensar, el fideicomiso responde al impulso de evolución que caracteriza al ser humano y le estimula a continuar cada día mas adelante, y no mantenerse estático en el ámbito de sus relaciones personales, comerciales y sociales.

## **2.2. Evolución de la concepción clásica hasta llegar al fideicomiso mercantil**

A pesar de su versatilidad, y vasta trascendencia en la antigua Roma, el fideicomiso es una institución que con el transcurso del tiempo ha perdido su utilidad y uso, siendo prácticamente desconocido e inutilizado en la actualidad.

Han habido factores determinantes en el tiempo y evolución de las sociedades, que han incidido en el desvanecimiento del uso del fideicomiso tal como fue concebido en sus orígenes, y bajo cuya normativa se asienta en el derecho civil actual. A mi criterio algunos de estos factores determinantes son:

- a) El deterioro de las relaciones interpersonales dentro de las sociedades y la consecuente falta o pérdida de confianza en los sujetos (fideicomisario o fiduciario) adecuados.
- b) La evolución de la normativa jurídica con instituciones más eficientes.
- c) La falta de voluntad política del legislador en ciertos países, que evita implantar este tipo de instituciones, puesto que se las concibe como elusión legal.



Continuando con la referida evolución de esta institución, pasamos de la forma como se la utilizó en la antigua Roma, hasta llegar a la Edad Media, en la que los Señores Feudales, utilizaron un concepto inspirado en el Fideicomiso denominado "*Mayorazgo*". El Mayorazgo consistía, en que al Señor Feudal, heredaba la universalidad de sus bienes, sólo su hijo primogénito, con la condición y finalidad de que este a su vez heredara la universalidad de sus bienes únicamente de igual manera a su hijo primogénito, logrando de esta manera una vinculación de una masa de bienes a una familia, con una finalidad específica, pero con la contrariedad de que esto se convertía en un círculo vicioso de tiempo indefinido, que a lo largo de la historia dio paso a grandes pugnas por los bienes, atados a dinastías familiares y problemas derivados de tal situación.

De su parte, Octavio A. Hernández, en su obra "*Derecho Bancario Mexicano*", Tomo II, pág. 919, manifiesta que el fideicomiso en España fue utilizado como el antedicho Mayorazgo a lo cual se refiere en los siguientes términos: "En España, nació bajo el derecho consuetudinario, y se instituyó por primera vez en el testamento de Enrique II de Castilla en el año de 1379, y fue elevado a su categoría jurídica por las Leyes de Toro en 1505". Esto demuestra entonces que debido a su utilidad práctica esta acepción del fideicomiso fue elevada a norma jurídica de utilidad obligatoria. De manera irónica observamos que con el transcurso del tiempo hasta el presente, pese a no denominarse mayorazgo, las monarquías siguen utilizando este esquema de transferencia de bienes en la actualidad.

El Mayorazgo de esta manera según Mario Bauche Gancíadiego, en su estudio denominado "El Fideicomiso" compilado en la obra "La Fiducia", publicado por la Superintendencia de Compañías del Ecuador en el año 1996, manifiesta que fue adquiriendo ciertas modalidades de entre las cuales destaca las siguientes:

*"Mayorazgo de agnación artificial, artificiosa o fingida, es aquel en que llamando el fundador a la sucesión varones de varones, establece que si no tiene agnación propia, o si se rompe en el trascurso del tiempo, entre a poseer un cognado (pariente por consanguinidad) o una hembra o un extraño, y de allí en adelante se suceda de varón en varón, con exclusión de las hembras y de sus líneas como si se tratara de agnación rigurosa.*

*Mayorazgo de agnación rigurosa o verdadera, llamado también de masculinidad pura, es aquel en que suceden sólo los consanguíneos varones parientes del fundador, lo mismo agnados que cognados, ya procedan de varones o de hembras.*

*Mayorazgo alternativo es aquel en que sucede el hijo primogénito, después el segundo, y así sucesivamente, alternando un hijo de la línea del primero con otro de la del segundo, o a defecto de éste, de la del tercero, sea, cuando se llaman a la sucesión alternando las líneas.*

*Mayorazgo electivo es aquel en que el último poseedor tiene facultad para señalar la persona que, entre los parientes del fundador, haya de sucederle.*

*Mayorazgo de masculinidad es aquel que solo admite a los varones, ya sea descendientes de varón o de hembra.*

*Mayorazgo regular que fue el típico de Castilla y es en el que se suceden*

prefiriendo el varón a la hembra y el mayor al menor en cada línea”.

Con el transcurso del tiempo, y el auge de las ideas liberales fruto de la Revolución Francesa, se produjo un movimiento que aplacó las disposiciones fiduciarias relativas a las vinculaciones familiares, lo cual quedó sentado en un Decreto Especial de la Asamblea Legislativa Francesa, que en 1772, prohibió los fideicomisos graduales o sustituciones fideicomisarias que tengan por finalidad la vinculación de inmuebles. Este decreto y la pronta difusión de las ideas liberales hacia los países con impulso independentista, produjeron que este tipo de fideicomiso que había respondido a las necesidades del momento pierda por completo su utilidad. No puedo concluir la reseña de este capítulo de la historia del fideicomiso y su evolución sin resaltar el principio que dejó sentado el mayorazgo, que consiste en **obtener una vinculación familiar de bienes muebles o inmuebles, con el objeto de obtener una conservación de los mismos, evitar ciertas disposiciones arbitrarias de bienes que efectuaban las personas en detrimento de sus legitimarios, y los esquemas de disposición y sucesiones preestablecidos.**

De esta manera, desapareció la institución del mayorazgo, produciéndose la liberación de los bienes que se encontraban bajo este régimen y dando paso a nuevas instituciones como el Trust, y conservándose el Fideicomiso, en las cuales se podía disponer de los bienes de un Constituyente o Fideicomitente, dejando la vinculación familiar de los bienes tan solo como una opción de uso de estas herramientas.

Una vez que citado en este texto, el término Trust, considero de real importancia, remontarnos a su origen y definir su significado:

El Trust, nace en Inglaterra bajo el uso de las siguientes Figuras: The Use (El Uso), y The Equity (La Equidad).

Estas instituciones aparecieron, en Inglaterra, como una respuesta a la persecución de la que fueran objeto, las corporaciones, entidades, o fundaciones religiosas, en la época del auge de las Leyes de Manos Muertas, en las que se prohibió que estas instituciones poseyeran bienes o gozaran de ciertos privilegios con los que contaban. De esta manera, estas instituciones procedieron a transferir sus bienes a ciertas personas de su confianza, con el encargo de que estas los administren y realicen los actos necesarios de gestión para su conservación, y mantenimiento en busca de que sus réditos y beneficios obtenidos en estas administraciones se orienten en su provecho o en beneficio de sus obras.

Mediante el Use "..... una persona, *settlor*, propietario de una tierra traspasaba a otra *feoffle to use*, el dominio de ella, con el entendimiento entre las partes de que aun cuando el cesionario fuera el dueño legítimo de la cosa, una tercera persona, *cestui que use*, tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas de verdadero propietario respecto del bien"<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> GÓMEZ DE LA TORRE, Diego, "El Fideicomiso Mercantil" Pág. 6



Esta figura, tenía como característica principal que el cesionario o *feoffle to use*, únicamente conserve la nuda propiedad sobre el bien o bienes transferidos a su favor, puesto que la tenencia del bien se la entregaba en una especie de comodato al *cestui que use*, que en la mayoría de casos era el mismo *settlor*, quien gozaba de la tenencia y frutos que el o los bienes podían generar.

De su parte, el *Equity*, se va instaurando como una evolución de la institución del Use, de la siguiente manera: El Use, pese a su utilidad y constante uso carecía de regulación dentro de lo que se conoce como el *Common Law* (sistema Jurídico Anglosajón), por lo cual las constantes pugnas que existían ente el *settlor*, el *cestui que use* y el *feoffle*, eran prácticamente imposibles de resolver. De esta manera, el perjudicado por esta pugna, debía recurrir a una instancia especial, la cual era resuelta por el *Canciller del Rey*. Esta instancia, se iniciaba como un ruego, e imploración a Dios, debiendo además probarse por el perjudicado, que el caso había sido conocido por los tribunales comunes, quienes no habían resuelto la causa de manera justa. Así entonces, se dio paso con estos casos continuos, a la aparición de la *Equity* "en el Derecho Anglosajón, como un ordenamiento jurídico que en un principio suplió al *Common Law*, y que actualmente lo complementa, y por otra, la incorporación del use en el seno de la **Equity**, para dejar de ser tal y transformarse en el **TRUST**, con los lineamientos que actualmente se le conocen"<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> *Ibídcm*, Pág. 7.

Por su Parte Guillermo Cabanellas define al Trust, como "La confianza o fe personal. Crédito. Fideicomiso. En específicas acepciones jurídicas, fideicomiso familiar, genuino de pueblos anglosajones, sobre el cual se amplía la voz patrimonio familiar".<sup>7</sup>

Por lo expuesto en estos últimos incisos, manifiesto que el Fideicomiso Mercantil y el Trust, comparten los mismos elementos y finalidad, lo que los convierte en sinónimos, pero originados, utilizados, y legislados por sistemas jurídicos distintos, un Romanista y otro Anglosajón.

Para terminar con esta parte del estudio, y una vez presentado el proceso evolutivo del fideicomiso, desde su origen hasta llegar al fideicomiso mercantil como se lo concibe en la actualidad, debo manifestar que percibo, que este contrato ha pasado a ser mas que una limitación al dominio sobre los bienes de una persona, tornándose en una institución práctica, sobre la cual, se permite la libre disposición de bienes, con una o varias finalidades específicas, la cual debe ser explotada por el Constituyente quien bajo la correcta asesoría del Fiduciario y su creatividad, puede lograr desarrollar las más amplias actividades que persigan un objeto lícito.

De esta manera, llegamos al actual fideicomiso mercantil, el cual en nuestra legislación se inició con algunos artículos incorporados al contenido del Código de Comercio, hasta llegar a tener su propia legislación dentro de la cual

---

<sup>7</sup> CABANELLAS, Guillermo, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", Tomo VIII, Pág. 229

cuenta ya con sus propias características y elementos, que lo diferencian de otros contratos similares.

### **CAPÍTULO III**

#### **EL FIDEICOMISO MERCANTIL EN LA ACTUALIDAD.-**

En busca de difundir las ventajas y utilidad práctica del fideicomiso mercantil entre sus usuarios, debemos resaltar la trascendencia e importancia que tiene este contrato en la actualidad, para lo cual empezaremos por exponer y definir sus características.

##### **3.1. Características del Fideicomiso.-**

Buscando identificarnos cada vez más con el objeto de este estudio, considero importante resaltar y comprender de manera clara las características que tiene el fideicomiso mercantil, esto es, cada una de las cualidades que lo diferencian e identifican frente a otros contratos.

La Real Academia Española, define la palabra característica, como "Dicho de una cualidad: Que da carácter o sirve para distinguir a alguien o a algo e sus semejantes"<sup>8</sup>, lo cual para efectos de nuestro estudio, representa identificar al fideicomiso mercantil y distinguirlo.

---

<sup>8</sup> CABANELLAS, Guillermo, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", Tomo IV, Pág., 62

Expuesta esta definición, procedo a exponer las características del fideicomiso mercantil.

### **3.1.1. Temporalidad.-**

La temporalidad es la primera característica del fideicomiso mercantil que procedo a exponer.

La temporalidad, se refiere a la transferencia transitoria o provisional de uno o varios bienes que existen o se espera que existan, al patrimonio autónomo de un fideicomiso mercantil; transferencia de bienes, que de manera exclusiva esta orientada al cumplimiento de la finalidad establecida por el propio Constituyente o Fideicomitente al momento de la celebración del contrato de fideicomiso mercantil.

La temporalidad, a más de estar en estrecha relación con la finalidad del contrato, es una imposición legal, puesto que en nuestra legislación y de conformidad con lo establecido en el Artículo 110 de la Ley de Mercado de Valores, el tiempo máximo de duración de un contrato de Fideicomiso Mercantil es de ochenta años, salvo los casos estipulados en las siguientes excepciones:

- a) Si la condición resolutoria del Contrato de Fideicomiso Mercantil es la disolución de una persona jurídica.
- b) Si los fideicomisos mercantiles son constituidos con finalidades cultu-



rales, de investigación, altruistas, o filantrópicas, casos en los cuales estos contratos podrán subsistir hasta que se cumpla la finalidad por la cual fueron constituidos.

En el caso del literal b), estos contratos pueden tener como finalidad mejorar la condición o estado de los interdictos, incapaces, minusválidos, huérfanos, ancianos ente otros.

A mi criterio el tiempo de duración establecido en la legislación ecuatoriana, es excesivo, puesto que ochenta años, me parece algo dilatado, para el cumplimiento de finalidades específicas y sobre todo temporales o transitorias como estamos exponiendo, salvo el caso de las excepciones citadas en los literales a) o b), los cuales en la práctica fiduciaria habitual se producen de manera extraordinaria.

De lo expuesto, se desprende que el fideicomiso mercantil, persigue una finalidad específica instruida por el Constituyente, la cual debe cumplirse dentro de un tiempo determinado, el cual constará estipulado dentro del respectivo contrato. Pero el planteamiento de la Ley de Mercado de Valores, respecto del cual se establece un plazo máximo de ochenta años para el cumplimiento de estas finalidades, suena excesivo, sobre todo tomando en cuenta los aspectos de, finalidades específicas, temporalidad, y afán de establecer un Beneficiario a favor de un tercero, o del mismo Constituyente, puesto que en ochenta años, estas partes podrían eventualmente dejar de existir, podría de-

saparecer el Fiduciario, o podría suceder cualquier tipo de desastre natural o factor externo que impida el cumplimiento del objeto del contrato.

Como conclusión a lo expuesto, esta característica de temporalidad, y el carácter de transitoria, o provisional, están ligadas al cumplimiento de la finalidad especificada en el contrato dentro de un plazo establecido.

### **3.1.2. Irrevocabilidad.-**

Cuando mencionamos el término irrevocabilidad, nos referimos a aquellos actos que, sin embargo de la redundancia, son irrevocables, o sea, que no se pueden deshacer o modificar.

Dentro del ámbito fiduciario, esta característica, se refiere, a que el Constituyente, no puede por su simple voluntad revocar, deshacer, o modificar las condiciones establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil para la transferencia de los bienes aportados, de manera que en virtud de esta irrevocabilidad se verifique y en lo posible se avale el cumplimiento de la finalidad del contrato.

Si bien el contrato no se puede revocar por voluntad unilateral del Constituyente, afirmamos que puede ser revocado por resolución de autoridad competente. Tal afirmación se desprende del Artículo 134 de la Ley de Mercado de Valores, relativo a la terminación del fideicomiso mercantil, en cual en su

literal f) establece como causal de terminación del mismo, "La sentencia ejecutoriada dictada por autoridad judicial competente o el laudo arbitral, de conformidad con la Ley"<sup>9</sup>. Por otra parte, el Artículo 123 del citado cuerpo legal, manifiesta que "El contrato de fideicomiso mercantil otorgado en fraude de terceros por el constituyente, o en acuerdo fraudulento de éste con el fiduciario, podrá ser impugnado judicialmente por los interesados, mediante las correspondientes acciones de nulidad, simulación o cualquiera otra prevista en la Ley, según el caso; sin perjuicio de la acción y responsabilidad penal a la que hubiere lugar"<sup>10</sup>. Por lo expuesto, manifiesto, que el contrato de fideicomiso mercantil por principio es irrevocable, salvo que mediante resolución de autoridad competente, se manifieste que el contrato de fideicomiso mercantil, causa daños o perjuicios a uno o varios terceros, y en especial, cuando se cause daño a acreedores del constituyente anteriores a la celebración del contrato.

De la misma manera, de conformidad con el artículo 1588 del Código Civil, norma de aplicación supletoria en materia mercantil, el cual manifiesta que "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"<sup>11</sup>, obtenemos como resultado que el contrato de fideicomiso mercantil, puede ser invalidado, y dejado sin efecto alguno, para las partes, siempre y cuando ellos de mutuo acuerdo lo manifiesten de manera expresa, siempre y cuando no se cause perjuicios a terceros de buena fe.

---

<sup>9</sup> LEY DE MERCADO DE VALORES, Art. 134, R.O. 367: 23 jul. 1998

<sup>10</sup> IBÍDEM, Art. 123.

<sup>11</sup> CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Codificación s/n, R.O. Suplemento 104: 20 nov. 1970

De lo expuesto, se desprende que el efecto de la irrevocabilidad, es evitar que el Constituyente pretenda dejar sin efecto la transferencia de dominio de los bienes fideicomitidos, en su propio provecho, y que así no se llegue a cumplir la finalidad por la cual se Constituyó el fideicomiso mercantil.

### **3.1.3. Inembargabilidad.-**

Inembargable se refiere, a aquellos bienes que no son aptos o sujetos de embargo, debido a su naturaleza y lo que representa su conservación para la subsistencia de un deudor y su manutención personal o respecto de su actividad laboral.

El Artículo 121 de la Ley de Mercado de Valores vigente, manifiesta que "Los bienes del fideicomiso mercantil no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario, salvo pacto en contrario previsto en el contrato. En ningún caso dichos bienes podrán ser embargados ni objeto de medidas precautelatorias o preventivas por los acreedores del fiduciario. Los acreedores del beneficiario, podrán perseguir los derechos y beneficios que a éste le correspondan en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso mercantil"<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> LEY DE MERCADO DE VALORES, Art. 121, R.O. 367: 23 jul. 1998

Esta característica del fideicomiso mercantil, otorga un marco de seguridad para este tipo de contratos, buscando cumplir la o las finalidades del contrato, y que en última instancia que se logre plasmar a favor del beneficiario los resultados que produzca el contrato.

La autoridad competente, podrá determinar oportunamente, la nulidad de un contrato de fideicomiso mercantil en caso de que este haya sido constituido en perjuicio de los acreedores del Constituyente, caso en el cual al declararse la nulidad del contrato, se podría afectar a los bienes fideicomitados, pero no en tal calidad sino como bienes de propiedad del Constituyente.

#### **3.1.4. Oneroso.-**

Previo un análisis doctrinal, necesario para impartir cualquier comentario o juicio, manifiesto que contratos onerosos son aquellos en los cuales, se logra cumplimiento de su objeto, en virtud de las obligaciones que cada una de las partes se obliga a hacer tal como en el caso de un contrato bilateral; Y manifiesto esto, respecto del análisis doctrinal, puesto que en un inicio, consideraba erróneamente que oneroso se refería, únicamente a aquello que era remunerado, considerando importante de mi parte esta aclaración para efectos de este estudio.

Es esta característica, se refiere a la serie de cargas, obligaciones y gravámenes que las partes adquieren entre sí, para que se de paso al cumplimiento al objeto de la contratación.



Dentro del Negocio Fiduciario, estas obligaciones o prestaciones, se refieren a aquellas que adquiere el Fiduciario frente al patrimonio autónomo que administrará, de conformidad con cada una de las instrucciones establecidas por el Constituyente. De su parte, tanto el Constituyente como el Beneficiario de un Fideicomiso mercantil adquieren sus propios derechos y obligaciones, tales como el pago de los honorarios del Fiduciario, la transferencia de los bienes fideicomitidos, entrega de información, recibir los resultados que genere el negocio fiduciario, entre otras.

Una de las obligaciones principales del Constituyente, que debe constar cómo un requisito mínimo del contrato de fideicomiso mercantil, es la establecida en el literal e) del primer numeral del Artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores, el cual se refiere a las remuneraciones a que tiene derecho el fiduciario en cumplimiento de su gestión.

En síntesis, esta característica, se refiere a la naturaleza conmutativa de este contrato o en otras palabras a las prestaciones recíprocas que las partes fijan en el contrato.

### **3.1.5. Intuitu Personae.-**

Refiriéndonos a este latinismo como una característica esencial del fideicomiso mercantil, considero de real importancia definir esta expresión, puesto que



no son palabras comunes ni se encuentran expresadas en el idioma español.

Guillermo Cabanellas, define la expresión *Intuitu Personae* como aquello efectuado "Por razón de la persona o en consideración a ella".<sup>13</sup>

En sí, el negocio fiduciario, como se define en el Reglamento Sobre Negocios Fiduciarios vigente, es un negocio de confianza, sobre todo respecto de la persona a quien se le encarga determinados bienes, y el cumplimiento de ciertas gestiones, y respecto de a quien se favorece con el cumplimiento de estas gestiones, entonces esta relación *Intuitu Personae*, a mi criterio, puede plantearse desde dos puntos de vista:

**a) Respecto de la designación del Fiduciario.-** En este, aspecto, debemos tomar en cuenta que el constituyente, para elegir el Fiduciario adecuado con el cual constituir un Fideicomiso Mercantil, debe ejecutar un minucioso examen para encontrar a la administradora de Fideicomisos, que le de la confianza necesaria para conferirle la gestión y destino de uno o mas bienes de su dominio. Este fiduciario, debe reunir requisitos de honorabilidad, prestigio, experiencia, y seguridad, entre otros. El constituyente, en consideración a este análisis, habrá de designar un Fiduciario, quien deberá encontrarse constituido y registrado en el Registro de Mercado de Valores, de conformidad a las disposiciones de la Ley, y estar al día en el cumplimiento de cada uno de los requerimientos legales establecidos para este tipo de personas jurídicas. En

---

<sup>13</sup> CABANELLAS, Guillermo, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", Tomo IV, Pág., 488

consecuencia obtenemos que producto de este minucioso análisis el constituyente elegirá un Fiduciario en consideración a sus cualidades y seguridad que brinda o representa.

**b) Respecto del Beneficiario Designado.-** La finalidad de un fideicomiso mercantil o de un negocio fiduciario, va orientada, en beneficio del propio constituyente, o de un tercero designado como beneficiario. Cuando un constituyente designa a un tercero, como beneficiario, lo hace en virtud de la consideración a esta persona, o por una razón vinculante para motivar esta designación; Tal es el caso de los fideicomisos en garantía, dentro de los cuales existe una razón específica para designar o elegir a un beneficiario de tal garantía, razón tal como el otorgamiento de un crédito o una garantía a favor del Constituyente, lo cual lo motiva a nominar al beneficiario como tal. Por lo general la consideración a elegir a uno o varios beneficiarios, es un acto voluntario e incluso deliberado del constituyente; En todo caso, la designación de un beneficiario que no sea el propio constituyente, va ligada en razón de una persona determinada y por consideraciones especiales.

### **3.1.6. Bilateral.-**

Bilateral, es aquel contrato, en virtud del cual las partes adquieren obligaciones mutuas de manera recíproca.

La bilateralidad de esta manera representa el pacto unánime y consensual,

por medio del cual las partes, se convierten en prestatarios y deudores de obligaciones entre sí; Así, el Fiduciario, adquiere las obligaciones de gestión y administración instruidas por el constituyente a su cargo, y el constituyente y beneficiario, se obligan a pagar sus honorarios y a colaborar con todos los aspectos establecidos dentro del contrato de fideicomiso mercantil necesarios para el cumplimiento de su finalidad.

### **3.1.7. Flexibilidad.-**

Esta característica del fideicomiso mercantil, le permite destacar de manera especial sus ventajas frente a contratos similares.

Los tipos de fideicomiso mercantil, le permiten ajustarse a las más amplias necesidades del constituyente, fideicomitente u originador.

Por lo expuesto, este contrato es de carácter flexible, y tiene capacidad de ajuste a las necesidades del constituyente, es configurable a las circunstancias que lo motivan, e inclusive permite dar paso a la creatividad de los actores (constituyente o fiduciario), para elaborar lo que se podría denominar un traje a la medida según sus necesidades.

Por su diversidad de usos, el fideicomiso mercantil, puede ajustarse a la necesidad que el Constituyente busca, ya que su versatilidad e innumerables finalidades le permiten satisfacer y cumplir las mas singulares necesidades.

El fideicomiso mercantil es entonces un contrato que va ligado de manera estrecha a las circunstancias que lo generaron.

### **3.1.8 Solemne.-**

La característica de solemnidad se refiere, a ciertos requisitos particulares de carácter formal y legal, que debe reunir un contrato para que pueda surtir sus efectos legales y de prueba plena.

El contrato de fideicomiso mercantil, es un contrato solemne, en cuanto su perfeccionamiento y validez, requieren de la formalidad de constitución mediante instrumento público.

Una vez que el contrato de fideicomiso mercantil, sea constituido mediante el cumplimiento de la solemnidad de instrumento público, el contrato, será válido, eficaz, y rendirá efecto de prueba plena.

### **3.1.9. Tipificación.-**

El contrato de fideicomiso mercantil es un contrato nominado o tipificado en la Ley.

Es que en este caso particular, la Ley, busca distinguir y diferenciar al fideicomiso mercantil de otros contratos de similares características, pero con distinta finalidad, dotándolo de una normativa actualizada que le permita convertirse en un mecanismo dinámico en beneficio del mercado bajo un marco de seguridad.

### **3.2. Usos del Fideicomiso Mercantil.-**

Debido a la característica de flexibilidad y a la apertura que brinda el marco legal que asiste al fideicomiso mercantil como contrato, existe una amplia gama de posibilidades para su uso, las cuales a continuación procedo a describir:

#### **3.2.1. Fideicomiso Mercantil de Administración.-**

Es aquel fideicomiso mercantil en virtud del cual el constituyente, transfiere dinero, valores, u otros o derechos bienes que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, con el propósito de que el fiduciario lo represente legalmente de conformidad con las instrucciones de administración y gestión impartidas por el constituyente, de manera que los réditos generados en esos encargos se destinen al cumplimiento de una finalidad a su propio favor o en beneficio de un tercero así designado en esta última calidad.



De manera general, el constituyente, tiene motivos específicos para transferir bienes de su dominio a la administración fiduciaria, tales motivos, pueden resumirse en los siguientes:

**Experiencia.-** El fiduciario, puede tener mayor experiencia o práctica que el constituyente, en la administración de un bien o negocio determinado, razón por la cual se le confiaría esta administración.

**Edad.-** Pueden existir constituyentes, los cuales por su edad o condición, no puedan estar dispuestos a la administración de determinados bienes o negocios, motivo por el cual constituyen un fideicomiso mercantil con la finalidad de que el fiduciario administre un bien o negocio, de conformidad con las instrucciones impartidas.

**Know How.-** Este motivo representa, aquellos conocimientos, procedimientos y experiencia, que hacen al fiduciario, merecedor de conferirle la administración de uno o varios negocios que un constituyente posea y desee transferir, a un fideicomiso mercantil, tal sería el caso del fideicomiso mercantil inmobiliario que veremos a continuación dentro del presente estudio.

**Fenómenos Migratorios.-** Este es un motivo que se genera en virtud de lo que se ha vuelto una práctica común, en la cual, familias completas o personas determinadas, salen del país en busca del sueño americano o europeo, dejando atrás bienes de su propiedad en sus lugares de su origen. De esta manera, estos bienes pasan a quedar desprotegidos o sin alguien que los administre, entonces podrían fideicomitirse, con la finalidad de que estos sean arrendados, entregados en comodato, o para cumplir con cualquier otra instrucción impartida por el constituyente en el contrato.

**Distribución de activos.-** Por último expongo este motivo práctico, en el cual el constituyente, busca distribuir ordenadamente sus activos, con la finalidad de obtener una mejor conservación o inversión de los mismos.

### **3.2.2. Fideicomiso Mercantil de Garantía.-**

Es aquel contrato, en virtud del cual, se conforma un patrimonio autónomo sobre la base de la transferencia a título de fideicomiso mercantil uno o varios bienes de cualquier naturaleza, para garantizar y respaldar con ellos o con su producto, determinadas obligaciones, a favor de un acreedor establecido por el constituyente dentro del mismo contrato, o posteriormente se ha previsto tal posibilidad.

De manera general, el fideicomiso mercantil de garantía, opera de la siguiente manera: Una vez que se verifica el incumplimiento de una o varias de las obligaciones garantizadas por el patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil, de acuerdo a lo estipulado en el contrato de fiducia, el Fiduciario, procederá a vender o rematar los bienes fideicomitados, para que con el producto de esta venta o remate, se efectúe el pago de las obligaciones no honradas. Así mismo se puede estipular en el contrato de fideicomiso mercantil, que no se desarrolle un proceso de venta o remate de bienes, sino que se proceda de manera inmediata a entregar a título de dación en pago los bienes fideicomitados, y de esta manera producir la extinción de las obligaciones garantizadas.

Una vez constituido un contrato de fideicomiso mercantil en garantía, el fiduciario, debe efectuar cuanta gestión se encuentre a su alcance, para mantener los bienes fideicomitados al menos en el mismo estado en el que le fueron entregados, y de esta manera reflejar en todo momento una garantía adecuada frente a la obligación adeudada. De lo expresado, se desprende, que el fiduciario, deberá actuar como un buen padre de familia respecto del cuidado de esos bienes fideicomitados, según su naturaleza, y en el caso de que se mantenga dentro de un patrimonio autónomo diversos tipos de bienes, tales como documentos de obligación u otros similares, el fiduciario deberá efectuar las acciones de cobro necesarias de tales documentos, de manera que, los mismos no se encuentren vencidos o sean incobrables, obteniendo de esta manera, una mala calificación de la garantía y un perjuicio al acreedor de la misma.

Si los bienes fideicomitados se deterioraren por culpa o negligencia del fiduciario respecto del cuidado o gestión respecto de estos bienes, y disminuyan la garantía que representan, el fiduciario deberá responder del daño que se cause al acreedor o a los demás beneficiarios. En todo caso y pese a lo señalado, la autoridad competente será quien determine si el Fiduciario ha actuado o no de manera negligente, caso en el cual, el fiduciario deberá responder hasta con sus propios bienes, por el daño causado.

Me parece importante, resaltar el hecho, de que el Fiduciario en ningún momento, por la constitución de un fideicomiso mercantil en garantía, se con-

vierte en deudor del acreedor de las obligaciones adeudadas, o en garante solidario de las mismas.

El FIDUCIARIO no será responsable del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones garantizadas, mientras no se ejecute la garantía fiduciaria, ya que éstas obligaciones se derivan exclusivamente de la relación jurídica establecida entre el deudor y el acreedor. Por lo mencionado, el Fiduciario y el Fideicomiso pasan a ser partes accesorias de la obligación adquirida entre el acreedor y deudor.

En última instancia el Fiduciario únicamente, se limitará al cumplimiento diligente y a mi criterio profesional de las obligaciones establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil.

### **3.2.3. Fideicomiso Mercantil de Inversión.-**

Es aquel en virtud del cual, el constituyente, o El Constituyente adherentes al contrato en caso de existir esta calidad, transfieren dinero o valores susceptibles de ser líquidos a corto plazo, a un patrimonio autónomo, con la finalidad de que el Fiduciario, los invierta en distintos productos financieros, de conformidad con las instrucciones impartidas por el constituyente o el organismo que este determine, para que los resultados generados sean destinados en su beneficio o en beneficio de uno o varios terceros designados para el efecto.

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

Mi sugerencia para este tipo de contratos, es que las políticas de inversión de los recursos aportados, sean establecidas por organismos especializados que deberán constar en el contrato de constitución de estos fideicomisos, tales como una Junta o Asamblea del Fideicomiso, que sea una especie de ente colegiado y con la experiencia suficiente en el campo financiero, de manera que los recursos destinados a inversión, sean invertidos en productos seguros y de la mejor rentabilidad posible.

Así mismo, se puede establecer en el contrato de constitución de un fideicomiso mercantil, la creación de un reglamento de inversión, el cual servirá como fundamento y base para todas las inversiones que el fiduciario efectúe a futuro en cumplimiento de las instrucciones impartidas. Mientras más detalladas sean las instrucciones impartidas para la inversión y administración de los recursos de propiedad de este tipo de fideicomiso mercantil, menor será la responsabilidad y problemas que pueda tener el fiduciario respecto de las inversiones y obtención de resultados.



En todo caso, las inversiones a las que pueda acceder este tipo de fideicomisos, no tienen una absoluta libertad, puesto que la Ley de Mercado de Valores, establece ciertos límites de inversión, tales y como por ejemplo: no invertir mas del 20% del patrimonio del fideicomiso en valores emitidos, aceptados, o garantizados por un mismo emisor, y en el caso de inversión en instrumentos o valores emitidos, aceptados o garantizados por una empresa vinculada, no podrá exceder del 30% del valor del patrimonio del fideicomiso; así mismo, el Fideicomiso no podrá poseer o adquirir mas del 15% del valor de las acciones emitidas por una misma sociedad anónima inscrita en el registro de mercado de valores.

Por lo expuesto, este uso del fideicomiso mercantil, busca en todo momento, generar réditos o beneficios a favor de sus beneficiarios designados en el propio contrato, o aquellos a los cuales determine el constituyente posteriormente, si en el contrato se ha previsto esa posibilidad.

En este tipo de contrato de fideicomiso mercantil así como en sus demás usos, el fiduciario responderá hasta por la culpa leve en el desempeño de las instrucciones impartidas en el contrato constitutivo.

#### **3.2.4. Fideicomiso Mercantil Inmobiliario.-**

Previo a definir a este uso del fideicomiso mercantil, me parece importante resaltar que este tipo de contrato, ha adquirido una gran trascendencia en los últimos años, sobre todo por la seguridad que brinda a las partes intervinien-

tes en el desarrollo de proyectos inmobiliarios sometidos a propiedad y administración fiduciaria.

En virtud del contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario, uno o varios constituyentes, aportan un conyunto de bienes, a un patrimonio autónomo, con la finalidad de que el fiduciario, coordine, administre y ejecute la construcción de un proyecto inmobiliario sobre la base de los bienes fideicomitidos y los demás aportes de El Constituyente u otras fuentes de financiamiento. Los tipos de proyectos que se acostumbra a desarrollar con más frecuencia son: Vivienda Popular, Edificios, Hospitales, Condominios, entre otros, pero en los cuales prepondera, el sometimiento de un bien inmueble a la propiedad horizontal, y una considerable magnitud de los proyectos, que justifique los gastos que se efectúan en su estructuración y desarrollo.

Dentro de los bienes que se aportan al fideicomiso inmobiliario para el desarrollo de este tipo de contratos, se suele aportar un bien inmueble sobre el cual se ejecutará el proyecto inmobiliario, proyecto que también deberá ser aportado al patrimonio autónomo del fideicomiso. En todo caso, podrán existir contratos de fideicomiso mercantil inmobiliario, a los cuales no se aporte inicialmente el inmueble y su respectivo proyecto inmobiliario, sino que su adquisición sea una instrucción impartida por el constituyente, adquisición que se efectuará sobre la base de los aportes realizados por El Constituyente al patrimonio autónomo, o por otras fuentes de financiamiento.

Para que el fiduciario pueda iniciar el desarrollo de un proyecto inmobiliario, será determinante que se cumpla con un punto de equilibrio del proyecto, el cual consistirá en la conjunción de una serie de condiciones y situaciones que permitan establecer, si el proyecto inmobiliario que se desarrolla, es viable desde los puntos de vista: técnico, financiero, comercial y legal, para poder proceder con su ejecución.

Cuando hablamos sobre la viabilidad técnica, comercial, financiera, o legal, necesarias para la ejecución de un proyecto inmobiliario nos referimos en concreto a:

**Viabilidad Técnica.-** Consiste al menos en la obtención del anteproyecto aprobado por los órganos competentes y de ser el caso contar con los permisos necesarios para el inicio de la construcción, así como las autorizaciones que exigen las respectivas autoridades municipales, para el desarrollo del proyecto inmobiliario. Además para obtener la viabilidad técnica será necesario contar con el cuadro de costos del proyecto, un cronograma valorado, o el presupuesto de obra, los mismos que deberán ser aprobados por el Fiduciario por sí mismo o por un sistema de fiscalización escogido para el efecto.

**Viabilidad Comercial-Financiera.-** Para obtener la viabilidad comercial financiera dentro de un proyecto inmobiliario, es necesario contar con el flujo de recursos necesarios para cubrir los costos directos de construcción del proyecto o de una etapa del mismo, conforme el presupuesto de obra y el programa de venta y comercialización elaborado por el promotor y aprobado por

el fiduciario por sí mismo o a través de su mecanismo de fiscalización. Tal flujo de recursos, provendrá básicamente de los aportes de El Constituyente, y de los ingresos del fideicomiso por concepto de las preventas de las alícuotas del proyecto, por canjes, compromisos de aportación, líneas de crédito, etcétera.

**Viabilidad Legal.-** La viabilidad legal resulta de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transferencia de los bienes inmuebles que se aportan al patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil, así como de la verificación de que sobre los bienes que se aporten al patrimonio autónomo y sobre aquellos bienes sobre los cuales vaya a desarrollarse el proyecto inmobiliario no existan limitaciones de dominio o gravamen alguno, originado por obligaciones del Constituyente con anterioridad o durante la vigencia de un fideicomiso.

Como consecuencia de lo expuesto, este esquema inmobiliario, sometido a la propiedad fiduciaria, ofrece mayores seguridades a los inversionistas de este tipo de proyectos, a los constructores, y al comprador o beneficiario final de las unidades construidas. En última instancia, el Fiduciario, debe contar con un Fiscalizador, quien deberá confirmar el buen uso de los recursos y materiales utilizados en el proyecto.

### **3.2.5. Fideicomiso Mercantil para Titulación.-**

Según la Ley de Mercado de Valores vigente, Titularización "Es el proceso mediante el cual se emiten valores susceptibles de ser colocados y negociados libremente en el mercado bursátil, emitidos con cargo a un patrimonio



autónomo".<sup>14</sup>

Definido que fuera el término *titularización*, según nuestra Ley de Mercado de Valores, considero importante resaltar los aspectos más importantes respecto de este tipo de contrato y sus ventajas e importancia en el mundo financiero:

- a) Este contrato consiste en la transferencia de activos tales como bienes o derechos que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, con la finalidad de que estos activos obtengan una valoración presente, y se transformen en títulos, de conformidad con la definición de *valor* contenida en el artículo 2 de la Ley de Mercado de Valores.
- b) Estos activos consistentes en derechos o acciones que existen o se espera que existan, deben ser susceptibles de apreciación en dinero, de tornarse líquidos, y de generar flujos para cumplir con las obligaciones generadas a favor de los inversionistas.
- c) Este tipo de fideicomiso mercantil, permite a un Constituyente u Originador, buscar métodos alternativos de financiamiento, a los establecidos por las instituciones financieras que se encuentran bajo el control de la Superintendencia de Bancos, produciendo lo que se denomina desintermediación financiera, la cual consiste en la oportunidad que se brinda al inversionista, para invertir en productos novedosos fuera del mercado de productos financieros comunes. Esta desintermediación, de manera ordinaria, permite al Constituyente u Originador, beneficiarse del pago de una tasa de

---

<sup>14</sup> LEY DE MERCADO DE VALORES, Art. 138, R.O. 367: 23 jul. 1998



interés superior a la que le ofrece la banca común, y al Inversionista, beneficiarse de una tasa de interés superior a la que le ofrece la banca en sus inversiones.

- d) El Contrato de Fideicomiso Mercantil para titulación, permite al Originador, o Constituyente, obtener recursos del mercado, sin necesidad de endeudarse, sino en virtud de una transferencia temporal de sus bienes, para respaldar su captación de recursos.
- e) La titularización, brinda un valor agregado a uno o varios activos que dentro de la empresa previo a este proceso no lo tenían.
- f) La transferencia de bienes, bajo la figura de un fondo colectivo o de un fideicomiso mercantil genera un aislamiento del riesgo del Originador.
- g) La Titularización, no afecta el nivel de endeudamiento del Originador.
- h) La Titularización, da libertad de fijación de tasas, lo cual convierte al negocio atractivo frente al mercado.
- i) En última instancia la finalidad de este tipo de contrato, es la distribución de los resultados, a favor de los inversionistas, y la obtención de un rédito y de financiamiento a favor del Constituyente u Originador.

Las partes y elementos que intervienen en este tipo de fideicomiso mercantil son las siguientes:

**Originador.-** Consiste(n) en la(s) persona(s) natural(es) o jurídica(s) o grupo promotor, propietario de los activos a ser titularizados. Su definición se identifica con la de Constituyente de un fideicomiso mercantil ya mencionada en el

presente estudio.

**Agente de Manejo.-** Quien bajo nuestra legislación deberá ser una Sociedad Anónima Administradora de Fondos y Fideicomisos, y tendrá atribuciones como: recibir y administrar los bienes aportados, emitir los títulos valores respaldados en el patrimonio, colocar mediante oferta pública estos valores, entre otras. El agente de manejo deberá obtener las autorizaciones necesarias emitidas por los órganos de control pertinentes para obtener la respectiva autorización de funcionamiento e intervención en procesos de titularización.

**Patrimonio de Propósito Exclusivo.-** Consistirá en la universalidad de bienes que cualquier naturaleza que el originador transfiera al patrimonio autónomo al momento de su constitución o como aportación futura. Este patrimonio autónomo generado, será el emisor de los títulos valores emitidos que se colocarán en el mercado bursátil, y respaldará la emisión efectuada de tales títulos. Nuestra legislación establece que este patrimonio de propósito exclusivo, debe crearse como un fondo colectivo de inversión o de un fideicomiso mercantil administrado por un Sociedad Anónima Administradora de Fondos y Fideicomisos.

**Inversionistas.-** Son aquellas personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, que invierten sus recursos en los valores emitidos con cargo al patrimonio autónomo titularizado.

**Comité de Vigilancia.-** Consiste en un organismo compuesto por representantes de los inversionistas, el mismo que tiene como funciones representar a los inversionistas, y supervisar el cumplimiento del contrato por medio del cual se instrumenta la titularización.

**Colocadora o Empresa de Underwriting.-** Sin que conste de manera expresa en la Ley de Mercado de Valores, a este tipo de contrato, puede adicionarse la intervención de una empresa que se encargue de la colocación de los valores emitidos, o de una empresa de underwriting, la cual se encargará de igual manera de asumir el compromiso con o sin responsabilidad de colocar esta emisión en el mercado.

**Activos.-** Podrá aportarse al patrimonio de propósito exclusivo, activos libres de gravámenes consistentes en bienes o derechos de cualquier naturaleza, que existen o se espera que existan, siempre y cuando estos sean susceptibles de generar flujos futuros definibles, cuantificables o determinables. Los literales a), b) y c) del artículo 143 de la Ley de Mercado de Valores, establecen que constituyen activos susceptibles de titularización los siguientes: "a) Valores representativos de deuda pública; b) Valores inscritos en el Registro del Mercado de Valores; c) Cartera de crédito; d) Activos y proyectos inmobiliarios; y, e) Activos o proyectos susceptibles de generar flujos futuros determinables con base en estadísticas de los últimos tres años o en proyecciones de por lo menos tres años consecutivos, según corresponda".<sup>15</sup>

### **3.2.6. Fideicomiso Testamentario o Sucesorio.-**

Este tipo de negocio fiduciario, deriva de la esencia misma del fideicomiso, tal y como fue concebido en el Derecho Romano. Consiste precisamente en una disposición de bienes efectuada por un constituyente, a manera de última vo-

---

<sup>15</sup> LEY DE MERCADO DE VALORES, Art. 141, R.O. 367: 23 jul. 1998

luntad, en la que se instruye de manera expresa al Fiduciario, efectuar de conformidad con las reglas de la sucesión testamentaria, las asignaciones que por ley deberían perpetrarse a favor de los legitimarios de un testador.

De esta manera, adquieren la calidad de Beneficiarios del Fideicomiso Mercantil, tanto los legitimarios del Constituyente, como sus legatarios que se encontraren especificados de manera específica en el contrato de Constitución.

El Fideicomiso testamentario, no se encuentra regulado como tal dentro de la legislación ecuatoriana, ni se encuentra tipificado dentro de los usos del fideicomiso mercantil establecidas en la Codificación vigente del Reglamento Sobre Negocios Fiduciarios, lo cual no permite que este negocio adquiriera la importancia que deriva de su utilidad práctica.

Por otro lado, me parece de gran acierto, y para dar viabilidad práctica a este uso del fideicomiso mercantil, utilizar como mecanismo al fideicomiso de administración de la siguiente manera: El constituyente deberá efectuar la transferencia de sus bienes a favor del fideicomiso, pero a la vez deberá nombrar a sus beneficiarios dentro del mismo contrato, de manera que no se deba adoptar el régimen sucesorio bajo una condición suspensiva, sino que los bienes se encuentren dispuestos en vida de conformidad con las instrucciones del constituyente. A su vez, el constituyente podrá incluir dentro del contrato de fideicomiso mercantil, un usufructo perpetuo de los bienes fideicomitados a

su favor, o podrá instruir a Fiduciario a que se los entregue en un Comodato hasta su muerte; De esta manera, el constituyente, habría dispuesto de sus bienes en vida, transfiriéndolos a título de fideicomiso mercantil designando a los beneficiarios dentro del mismo contrato, y conservando a su favor, tantos los bienes fideicomitados así como los réditos que estos bienes pudieran producir hasta que se verifique la condición de su muerte y los bienes sean transferidos a favor de La Beneficiaria designados en el contrato.

### **3.2.7. Fideicomiso de Seguros.-**

Resulta complicado definir a este uso del fideicomiso mercantil, tanto por su complejidad, así como por la inexistente regulación al respecto.

A pesar de lo expuesto, intentaré no definir a este uso fiduciario, sino más bien explicar su forma de funcionamiento así como su utilidad de conformidad con los siguientes términos: Ciertas personas, tienen la sana costumbre de contratar pólizas de seguros, a favor de sus hijos, cónyuges, ascendientes, descendientes, u otros terceros, para que cuando estos primeros mueran, los últimos se beneficien del producto generado de las mismas, y así se aseguren un futuro sustentable a corto o largo plazo. El problema generado a partir de este beneficio, es que el contratante de la póliza, no puede asegurar que en el futuro, el beneficiario de la misma haga un uso debido de los recursos generados en virtud de la misma, y de esta manera se asegure un buen futuro. De esta manera, se plantea la siguiente solución: El contratante de la póliza de



seguros, debe de manera paralela, a la adquisición de la póliza, constituir un fideicomiso mercantil, mismo que será el beneficiario de la póliza de seguros contratada. Dentro del fideicomiso mercantil constituido, deberá designar como beneficiario del mismo, a quien fuera el beneficiario de la póliza de seguros en primera instancia, impartiendo de manera expresa al fiduciario las instrucciones que deberá efectuar con los recursos entregados al fideicomiso, obteniendo de esta forma lograr como resultado que los recursos producidos por la póliza de seguros, sean destinados de manera exacta a las finalidades que quería el constituyente del fideicomiso y contratante de la póliza.

### **3.2.8. Combinación de opciones de los usos del Fideicomiso Mercantil.-**

Como mencionamos en la séptima característica del fideicomiso mercantil establecida en el presente capítulo, este tipo de contrato, posee la característica de una extrema flexibilidad que lo torna susceptible de aceptar varias finalidades, las cuales admiten incluso diversas composiciones, combinaciones, o mezclas de sus usos.

Por ejemplo:

- Administración y garantía
- Administración e inmobiliario
- Inmobiliario y en Garantía
- Inmobiliario y de administración
- Inversión y administración

A pesar de lo expuesto, debo manifestar, que existen fideicomisos mercantiles de objeto único, como es el caso del fideicomiso mercantil de para procesos de titularización, cuyo patrimonio autónomo tiene un objeto único y excluyente de cualquier otra actividad adicional que la establecida en el contrato.

### **3.3. Forma y requisitos mínimos del contrato de Fideicomiso Mercantil.-**

Pese a la libertad contractual de las partes, la Ley de Mercado de Valores, establece ciertos requisitos de formales, que deberá contener todo contrato de fideicomiso mercantil.

Estos requisitos se resumen en los siguientes:

- a) Instrumentarse por medio de Instrumento público, y con una sociedad administradora de fondos y fideicomisos autorizada para el efecto.
- b) Una estipulación en la que se establezca la identificación clara del constituyente y del beneficiario.
- c) Una estipulación en la que conste una declaración juramentada del Constituyente respecto de: **1)** Ratificar la procedencia legítima de los bienes fideicomitados; **2)** Que declare que el contrato de fideicomiso no adolece de causa u objeto ilícito; **3)** Que manifieste que la constitución del fideicomiso no irroga perjuicios a acreedores del constituyente o a terceros; y, **4)** Que los bienes no provienen de actividades relacionadas con el cultivo, producción, almacenamiento o comercialización de sustancias estupefacientes.

- d) Una estipulación en la que conste de manera expresa la transferencia de los bienes a título de fideicomiso mercantil;
- e) Determinar con claridad el objetivo o finalidad que persigue el contrato a su cumplimiento.
- f) Una estipulación en la que conste las remuneraciones del fiduciario, y la responsabilidad de los gastos a efectuarse para la constitución, desarrollo y terminación del contrato;
- g) Una estipulación respecto a la denominación del patrimonio autónomo, puesto que cada fideicomiso debe identificarse y diferenciarse de los demás fideicomisos mercantil existentes;
- h) Estipular respecto de las causales y forma de terminación y liquidación del fideicomiso mercantil;
- i) Estipular respecto de las causales de sustitución del fiduciario y su respectivo procedimiento de sustitución, de manera que el Fiduciario que tome a su cargo la administración del fideicomiso, y adquiera toda la información necesaria para el cumplimiento de su gestión;
- j) Estipular respecto de las condiciones de administración, gestión, y entrega

de bienes del fideicomiso y las condiciones bajo las cuales se efectuarán las liquidaciones de, rendimientos del fideicomiso mercantil.

k) Una estipulación en que consten los derechos y obligaciones de las partes;

l) Estipular respecto de la naturaleza y tipo de contrato.

m) Adicionalmente, sin que sea obligatorio para los contratos de fideicomiso mercantil, se pueden agregar todo tipo de cláusulas adicionales, tales como y sin ser restrictivos las siguientes: **1)** Relativas al establecimiento de órganos rectores como Juntas o Asambleas de Fideicomiso o Comités Técnicos; **2)** Cláusulas de exclusión de responsabilidad, salvo que se trate de un requerimiento legal o reglamentario, casos en los cuales serán requisitos de carácter obligatorio. **3)** Rendición de Cuentas; **4)** Glosarios de Términos, entre otras.

n) Por otra parte, se deben prohibir dentro del contrato de fideicomiso mercantil, estipulaciones tales como aquellas en las que se impongan condiciones inequitativas, ilícitas, o ilegales para las partes contratantes.

### **3.4 . Derechos de las partes.-**

Los derechos y obligaciones que asisten y competen a las partes respecto de este tipo de contratos, les permite, determinar a que atenerse a partir de la contratación, al ser tanto un constituyente, como un beneficiario, o un fiducia-

rio

Las partes intervinientes en la constitución de un fideicomiso mercantil, gozan de ciertos derechos, que constan establecidos en la tan citada y referida en este estudio, Ley de Mercado de Valores, aunque no es de este texto únicamente, de donde se pueden generar estos derechos y obligaciones, ya que en el mismo contrato, pueden estipularse todos y cada uno de los que fueran necesarios para cumplir con la finalidad del contrato; pasando el citado texto legal, únicamente a ser una referencia de los derechos y obligaciones mínimas que deben constar en el contrato.

De esta manera, procederé a exponer aquellas que considero las más importantes obligaciones y derechos que asisten a cada una de las partes contratantes:

#### **Derechos:**

##### **Derechos del Constituyente:**

- a) Supervisar al Fiduciario respecto del cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato y exigir su cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil;
- b) Solicitar y recibir del Fiduciario, la información necesaria por concepto de rendición de cuentas respecto de su gestión, y respecto del cumplimiento de la finalidad del contrato



- c) Recibir cualquier tipo de información que imposibilite o distorsione el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso.
- d) Cuando lo considere necesario, el Constituyente podrá iniciar las acciones de responsabilidad civil o penal en contra del Fiduciario en los casos que considere necesario. Estas acciones, deberán probar la culpa leve del Fiduciario en el ejercicio de su gestión.
- e) Un derecho del cual se beneficia indirectamente el Constituyente de un fideicomiso mercantil, es que los bienes fideicomitados, no pueden ser sujeto de embargo, por deudas u obligaciones del constituyente, posteriores al momento del contrato, puesto que el fideicomiso mercantil es un patrimonio autónomo distinto del patrimonio del Constituyente, y constituido con una finalidad determinada.

De la misma forma que el Constituyente adquiere derechos, en virtud de la celebración de un contrato de fideicomiso mercantil, pueden generarse estos mismos derechos a favor de El Constituyente adherentes o inversionistas que mantengan esta calidad.

#### **Derechos del Beneficiario:**

- a) En primera instancia es derecho esencial del Beneficiario, recibir el producto generado por el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, la cual está a cargo del Fiduciario. Por lo expuesto, en ejercicio de este derecho, el Beneficiario podrá en cualquier momento requerir al Fiduciario, el cumplimiento de la finalidad del contrato, ciñéndose a sus condiciones e instrucciones específi-

cas.

b) Otro derecho fundamental del Beneficiario, es acceder a la información que genere el Fiduciario en el cumplimiento de su gestión, razón por la cual, el Fiduciario, deberá emitir un informe detallado de su gestión, a favor del Beneficiario, con la periodicidad que el contrato determine.

c) Al Igual que el Constituyente, cuando lo considere necesario, el Beneficiario podrá iniciar las acciones de responsabilidad civil o penal en contra del Fiduciario en los casos que considere necesario. Estas acciones, deberán probar como mínimo la culpa leve del Fiduciario en el ejercicio de su gestión.

d) Por la naturaleza de este tipo de contratos, y por la finalidad que en última instancia buscan conseguir, el Beneficiario, podrá impugnar los actos del Fiduciario, que lesionen sus intereses, tales como los actos de disposición arbitraria de bienes, u omisión de instrucciones contractuales.

e) Recibir los resultados generados por el Fideicomiso.

### **Derechos del Fiduciario**

Los principales derechos de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos mercantiles son:

a) Primera y esencialmente, recibir de manera oportuna los honorarios y comisiones pactados a su favor por su gestión. Estos honorarios, podrán originarse por distintos conceptos: Estructuración del Negocio, elaboración de contratos, administración por períodos, entres otras.

b) Exigir del CONSTITUYENTE y del BENEFICIARIO el cumplimiento de todas las obligaciones que contraen por el presente instrumento.

c) Exigir de las partes contratantes, la colaboración y facilidades necesarias para cumplir con las finalidades establecidas dentro del contrato de fideicomiso mercantil celebrado.

d) Ejercer las acciones de responsabilidad penal o civil a las que se considere asistido, cuando las partes contratantes, efectúen cualquier acto doloso que afecte al fiduciario o su representante legal.

e) Por último, el Fiduciario podrá ejercer el derecho de renunciar que se encuentra expresado en el artículo 131 de la Ley de Mercado de Valores. La renuncia del Fiduciario, deberá ser fundamentada, y principalmente se fundará en: a) Que el Beneficiario se negare a recibir los resultados que le correspondieren contenidos en el contrato de fideicomiso mercantil, y, b), Que no se le devengue el pago de las comisiones adeudadas a su favor.

En caso de que las partes contratantes no aprueben la renuncia del Fiduciario, este último podrá efectuar un procedimiento adicional de solicitud ante la Superintendencia de Compañías con la finalidad de que se perfeccione el procedimiento de renuncia, sin que se perjudique al Constituyente o Beneficiarios establecidos en el contrato de fideicomiso mercantil.

Una vez expuestos los derechos que le asisten a cada parte contratante, manifiesto que en el contrato de fideicomiso mercantil podrán estipularse, los derechos que asistirán a cada parte adicional que intervenga en el contrato tales como constituyentes adherentes, o a favor de sus organismos de control o gobierno.

**Obligaciones:**

Cuando mencionamos al tema obligaciones dentro de la esfera de características y elementos que rodean al contrato de fideicomiso mercantil, y su proceso de contratación, nos referimos, a los compromisos, responsabilidades y deberes que las partes adquieren en virtud del contrato, y lo que lo hace de carácter bilateral y oneroso.

A continuación procederé a detallar las principales obligaciones adquiridas por las partes dentro de la contratación fiduciaria.

**Obligaciones del Constituyente:**

- a) La primera y más importante obligación adquirida por el Constituyente de un fideicomiso mercantil, es la transferencia de los bienes fideicomitidos libres de todo gravamen, y de cualquier otra limitación al dominio, a favor del patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil constituido.
- b) Segunda e igual de importante obligación del Constituyente, es la de pagar oportunamente los honorarios de Fiduciario, y demás gastos del fideicomiso y tributos que se generen establecidos a su cargo en el contrato de fideicomiso mercantil. .
- c) Importante obligación del Constituyente, es la de proveer al Fiduciario de todas las facilidades necesarias para el cumplimiento de la finalidad e instrucciones impartidas en el respectivo contrato de fideicomiso mercantil.

c) Cumplir con cada uno de los términos y obligaciones establecidos en cada contrato de fideicomiso mercantil, así como cumplir con cada uno de los requisitos y obligaciones establecidas en la Ley.

d) Responder ante el Fideicomiso mercantil por el saneamiento por evicción y vicios redhibitorios, a que hubiere lugar, respecto de los bienes objeto de la transferencia de dominio a favor del Fideicomiso constituido

### **Obligaciones del Beneficiario:**

Tal como en el caso del Constituyente, el Beneficiario, debe cumplir al menos con las siguientes obligaciones derivadas de un contrato de fideicomiso mercantil:

a) Proveer de todas las facilidades al Fiduciario para el cumplimiento de las instrucciones impartidas en el respectivo contrato de fideicomiso mercantil.

b) Pagar al fiduciario puntualmente los honorarios del Fiduciario, que estipulados a su cargo en el respectivo contrato.

c) Entregar la información necesaria solicitada por el Fiduciario y necesaria para el cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato a su favor.

### **Obligaciones del Fiduciario:**

Al Fiduciario en tal calidad, y como representante legal de cada fideicomiso mercantil por el administrado, le corresponden todas las obligaciones estipu-



ladas en el contrato y vinculadas con el cumplimiento de la finalidad prevista en el contrato. Entre las principales obligaciones resalto las siguientes:

- a) Ejercer la representación legal del Fideicomiso, para procurar la mejor protección y defensa de los bienes y derechos que lo integran.
- b) Procurar dar a los bienes que conforman el patrimonio autónomo de un fideicomiso mercantil, la destinación específica para el cumplimiento de las finalidades e instrucciones impartidas por el o El Constituyente.
- c) Mantener el patrimonio autónomo de cada fideicomiso mercantil administrado, separado de su propio patrimonio, y de cada uno de los otros negocios fiduciarios que administra.
- d) Es obligación intransferible del Fiduciario, llevar una contabilidad independiente, de cada fideicomiso mercantil administrado.
- e) Cumplir de manera estricta, cada una de las instrucciones estipuladas dentro de cada contrato de fideicomiso mercantil,
- f) Presentar sus informes de gestión de conformidad con los requisitos establecidos en la Ley, y con la periodicidad establecida en el respectivo contrato.
- g) Una vez cumplida la finalidad, plazo o condición de cada contrato de fideicomiso mercantil, el fiduciario, deberá proceder con la respectiva liquidación del mismo, para lo cual deberá actuar como liquidador, y transferir a favor de La Beneficiaria o sus cesionarios los resultados generados por el patrimonio autónomo.

## CAPÍTULO IV

### LA ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS

#### 4.1. Origen y Evolución.-

La historia y evolución de la administradora de fondos y fideicomisos mercantiles, bajo la figura que deban constituirse según las diversas legislaciones, se deriva de la evolución del fideicomiso detallada en el Capítulo II del presente estudio.

El Fiduciario, nace como tal, en la antigua Roma, a partir del uso consuetudinario y no legalmente regulado de la institución del fideicomiso, o encargo de fe. En ese entonces, se transfería el dominio de uno o varios bienes de propiedad del constituyente, a favor de una persona a quien se pasó a denominar Fiduciario, quien sobre la base de un encargo, en primera instancia irrevocable, debía efectuar con los bienes dispuestos, las instrucciones impartidas por el constituyente.

Por lo expuesto en el inciso anterior, y de conformidad con el Capítulo II del presente estudio, el Fiduciario en ese entonces respondía a dos hechos generadores de tal calidad: a) Dentro de la *Fiducia Cum Amico*, el Fideicomitente, escogía a la persona capaz que consideraba idónea, para confiarle el destino de sus bienes; y, b), Dentro de la *Fiducia Cum Creditore*, el Fideicomitente no tenía esa libertad de escoger al fiduciario, puesto que la transferencia a título

de fideicomiso del bien, no se la efectuaba a alguien de su preferencia, pero en todos los casos se la efectuaba directamente, a su acreedor, en quien debía tener la confianza suficiente para el efecto.

De todos los casos citados, se desprende, la delegación del Fiduciario, responde a un impulso de confianza, seguridad, y a mi modo de ver solvencia.

Más adelante, las disposiciones fiduciarias pasaron a ser mecanismos más seguros, donde el Fiduciario, obtuvo ciertos derechos y atribuciones, debido que la institución del fideicomiso, a partir de la época del Emperador Augusto, fue regulada, brindando las formalidades y solemnidades que el Derecho Romano exigía y por las cuales se caracterizaba.

De esta manera, la institución fiduciaria definió a sus partes de manera expresa, donde el fiduciario, asume la responsabilidad sobre la representación y el manejo del patrimonio fideicomitido.

Dentro del proceso evolutivo, observamos varias definiciones manifestadas para referirse al Fiduciario, tales como: Fiduciario en la época del Derecho Romano; dentro del Mayorazgo, no se lo define con claridad, pero al parecer, era uno de sus hijos quien adquiriría esta calidad; dentro de la Figura del Use y de la Equity, a pesar de no ser Fideicomisos propiamente dichos, se lo denominaba feoffle to use, y dentro de los Trust anglosajones se lo denomina Trustee.

En cierto modo resulta poco práctico extenderse en una evolución del Fiduciario como tal, puesto que desde su origen, su finalidad es la misma, por lo que de manera final agrego que prácticamente lo que ha variado con el transcurso del tiempo es su denominación de conformidad con las variaciones creadas a partir de la institución del fideicomiso, más no de sus funciones o de lo que se esperaba de él.

#### **4.2. Definición.-**

Previo definir al fiduciario, quien de conformidad con lo observado en este estudio, es parte esencial de la contratación fiduciaria, me parece importante manifestar que su particularidad se sienta en la confianza brindada a su favor, para la administración de bienes y recursos de un tercero.

Guillermo Cabanellas de las Torres, define al fiduciario como "Genéricamente, persona de confianza a cuya buena fe y conciencia, encomienda el testador algún encargo reservado a alguna manda para entregarla a otra persona".<sup>16</sup>

De su parte, La Vigésimo Segunda edición del Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, define el término Fiduciario, como aquello, "Que depende del crédito y confianza que merezca".

---

<sup>16</sup> CABANELLAS DE LAS TORRES, Guillermo, "Diccionario Jurídico Elemental, Pág., 169

Complicado resulta ligar de manera precisa a estas definiciones, con el fideicomiso mercantil como se lo concibe en la actualidad, puesto que Cabanellas, concluye en limitar el alcance de las atribuciones del Fiduciario a ejecutar un encargo o instrucciones de un testador, y de su parte la Real Academia Española, precisa en lo relativo a confianza, no lo es en lo relativo a créditos.

Como conclusión a las definiciones citadas, debemos rescatar ciertos aspectos o características importantes y agregar algunas mas, que sirven como base para definir al Fiduciario: **a) Confianza; b) buena fe; c) Experiencia; Seguridad; Confidencialidad.**

Con los antecedentes mencionados y sobre la base de nuestra legislación, la cual a través de la Ley de Mercado de Valores establece los conceptos de fideicomiso mercantil, de patrimonio autónomo, y demás términos creados en relación al tema podemos definir al Fiduciario, como la persona jurídica que goza de características de confianza, experiencia, seguridad y confidencialidad, quien toma su cargo, la representación legal, judicial y extrajudicial de los fideicomisos mercantiles encomendados a su cargo. Es importante resaltar, que los fideicomisos mercantiles se diferencian de los fideicomisos civiles, en que como efecto de su constitución, se crea un ente con personería jurídica independiente, mismo que es representado legalmente por la Fiduciaria.



Las funciones específicas de un Fiduciario se resumen en las siguientes:

**Administración Prudente y Diligente de los Bienes Fideicomitidos:** Consiste en la gestión de administración de los bienes fideicomitidos, dentro de la que el Fiduciario, deberá efectuar cuanto acto o contrato sea necesario para obtener el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso.

**Representación del Fideicomiso:** El Fiduciario, ejercerá la representación legal, judicial, o extrajudicial del fideicomiso, en defensa de sus intereses. Deberá ejercer las acciones y excepciones legales necesarias, de manera que siempre se encuentre orientado a cumplir con las finalidades del fideicomiso y proteger sus bienes frente a actos u omisiones de terceros.

**Rendición de Cuentas de la Gestión Fiduciaria:** En busca de verificar la confianza depositada en el Fiduciario, y para comprobar su gestión diligente, es función primordial e indelegable del Fiduciario, rendir las cuentas relativas a su gestión, la cual debe ser efectuada con la periodicidad establecida por el constituyente en el contrato de constitución del fideicomiso.

**Cumplir con la finalidad del contrato, y transferir los bienes a favor del Beneficiario:** Otra de las funciones específicas del fiduciario, es efectuar cuanto acto se encuentre a su alcance, tendiente a obtener el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, siempre que no se contravenga a la Ley o las instrucciones contractuales. Una vez cumplida la finalidad del contrato, el fiduciario deberá efectuar y verificar la transferencia de los bienes y resultados generados por el fideicomiso a favor del Beneficiario.

**Inscripción del Contrato:** Es función y obligación del fiduciario, verificar la

inscripción del contrato de fideicomiso en el registro pertinente, cuando la transferencia de bienes al fideicomiso, recaiga sobre bienes que requieran la solemnidad y formalidad de registro, como en el caso de los inmuebles.

**Confidencialidad:** La confidencialidad más que ser una función, debe considerarse como un principio de actuación del fiduciario, de manera que, toda aquella información que haya sido puesta en conocimiento del fiduciario, en referencia a un fideicomiso se mantenga con carácter de reservada y no se afecte la imagen del constituyente o se revelen sus secretos, sean comerciales, o de cualquier otra índole.

**Cumplir con las Obligaciones Tributarias y las adquiridas frente a Terceros:** Es obligación del Fiduciario, verificar el cumplimiento de las obligaciones pendientes de cualquier naturaleza que mantenga el fideicomiso. El fiduciario deberá efectuar todas las actividades y requerimientos de recursos tendientes a obtener al cumplimiento de las obligaciones que mantenga el fideicomiso, de manera de que en caso de que no sea posible el cumplimiento de las mismas, pueda probar de manera objetiva las gestiones efectuadas para conseguir ese objeto.

**Indelegabilidad de atribuciones propias de su calidad:** En virtud del cumplimiento de sus obligaciones, el Fiduciario, no puede delegar el cumplimiento de las funciones propias de su naturaleza, tales como la representación legal del Fideicomiso, la rendición de cuentas relativas a su gestión, llevar la contabilidad del Fideicomiso, entre otras, debido a que el Fiduciario debe responder frente al constituyente, beneficiarios u otros terceros que podrían perjudicarse, por el cumplimiento de estas gestiones de manera diligente, ya

que en última instancia, el Fiduciario, será quien a pesar de delegar estas atribuciones, no podrá delegar su responsabilidad.

#### **4.3. Responsabilidad del Fiduciario.-**

Previo al desarrollo del presente tema, debemos manifestar que la esencia del concepto de responsabilidad consiste en la obligación que tiene la persona que cometió un acto en perjuicio de alguien, de reparar el daño causado a favor del agraviado, quien a su vez se encuentra en la potestad de ejercer cuanta acción esté a su alcance para obtener tal reparación, de conformidad con la naturaleza a la que esta reparación responda.

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

La diligencia que empleará el fiduciario, en la administración de los bienes fideicomitidos, se refiere a la diligencia que debe emplear el buen padre de familia en sus negocios; Esto quiere decir, adoptar las precauciones necesarias para evitar daños, perjuicios o deterioros sobre los bienes, y no actuar de manera negligente, entendiéndose negligencia como la falta de cuidado en el manejo de los negocios o en el trato de los bienes.

Confiada que le fuera al fiduciario la administración de uno o varios bienes, deberá procurar una administración diligente de manera que no deba asumir responsabilidad de reparar daños o perjuicios en virtud de su negligencia.

El fiduciario no debe limitar sus obligaciones a la administración prudente y diligente de los bienes fideicomitidos, sino que debe en lo posible ir más allá de la misma, y efectuar gestiones tales como:

- Verificar la existencia de los bienes a ser fideicomitidos
- Verificar la transferencia de los bienes a favor del fideicomiso.
- Verificar el estado de los bienes fideicomitidos.
- Efectuar los actos necesarios para perfeccionar la transferencia de los bienes fideicomitidos
- Ejercer las acciones civiles o penales necesarias en defensa de los bienes fideicomitidos.
- Efectuar y celebrar cuanto acto o contrato sea necesario para obtener una mejor conservación o administración de los bienes fideicomitidos.

Por último, me refiero al principio, en el que se establece que, las personas en razón de su cargo, pueden delegar atribuciones, pero no serán delegables las responsabilidades de las atribuciones delegadas, de tal manera, que el Fiduciario deberá observar con mucha precaución la manera en que encarga, encomienda, o transfiera el ejercicio de ciertas atribuciones que según el contrato de fideicomiso mercantil se le faculte a delegar.



#### **4.3.1. Responsabilidad del Fiduciario frente a terceros.-**

De manera regular, los fideicomisos mercantiles deben cumplir una serie de instrucciones impartidas por El Constituyente, para el cumplimiento de su finalidad, siendo el conjunto de estas instrucciones, lo que permiten al Fiduciario encaminar su gestión de administración y representación, procurando obtener la menor cantidad de responsabilidades basadas en la discrecionalidad de sus decisiones.

Dentro de estas instrucciones, y dependiendo del uso o tipo del fideicomiso mercantil que se trate, se estipula que el fiduciario, en representación del fideicomiso contrate a una serie de prestadores de servicios, que el fiduciario no los podría efectuar de manera directa, ya que requieren de cierto grado de especialización, para lo cual ponemos los siguientes ejemplos:

- a) En el caso de los fideicomisos de tipo inmobiliario, se encarga al fiduciario la contratación del fiscalizador, de un constructor, de un proyectista, de un vendedor o corredor de bienes, entre otros.
- b) En el caso de los fideicomisos de inversión, seguramente requeriremos la contratación de un corredor de bolsa o un asesor de inversiones.
- c) En el caso de los fideicomisos de administración, podremos contratar una serie de prestadores de servicios según la finalidad específica del contrato, pudiendo efectuarse contrataciones como de: evaluadores, asesores de inversión, corredores de bienes, asesores, entre otros.



Respecto a lo señalado en el presente numeral de este estudio, debemos mencionar, que el fiduciario, no deberá responder ante los terceros contratistas con sus propios recursos, sino únicamente con aquellos recursos o bienes de propiedad del Fideicomiso, puesto que el fiduciario, bajo la legislación ecuatoriana no contrata a título personal a estos terceros, sino que lo hace en su calidad de representante legal de los fideicomisos que administra.

Por lo expuesto, el Fiduciario, deberá responder frente a terceros, a título personal, solamente cuando se exceda de las instrucciones impartidas por el Constituyente para el cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso, de esta manera pasando a ser responsable de manera directa por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas frente a estos, debiendo asumir las consecuencias de carácter civil o penal derivadas de tales actos.

#### **4.3.2. Responsabilidad del Fiduciario frente al cumplimiento de sus obligaciones.-**

Partiré con el desarrollo del presente tema, citando a dos autores argentinos, y su obra Obligaciones y Responsabilidades del Fiduciario, en la que manifiestan lo siguiente: “.....se puede establecer que si el fiduciario, en el ejercicio de su función de administrar un patrimonio o cosas determinadas, que son propias pero que debe hacerlo en interés ajeno, ocasiona un daño por su culpa o dolo, está obligado a repararlo”.<sup>17</sup> De este comentario, de-

---

<sup>17</sup> KIPER Claudio, y LISOPRAWSKI Silvio, “Obligaciones y Responsabilidades del Fiduciario”, Pág. 87

bemos rescatar su fondo, puesto que el mismo por su forma no se adapta a la realidad ecuatoriana, ya que en nuestra legislación el Fiduciario no se convierte en propietario de los bienes fideicomitidos, pero si debe administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos a un patrimonio autónomo para su administración.

Como lo mencionamos en el presente estudio, en el Ecuador a diferencia de otros países, el Fideicomiso Mercantil, se crea y concibe como una persona jurídica, susceptible de ejercer derechos y contraer obligaciones, a título propio, lo que no sucede en otras legislaciones ni en el fideicomiso civil, donde los bienes fideicomitidos, no se transfieren a un régimen de patrimonio autónomo, sino que pasan a ser de propiedad del Fiduciario para el cumplimiento de determinadas finalidades.

Por lo expuesto, deducimos entonces, que tanto en la legislación ecuatoriana, como en las legislaciones citadas, el fiduciario es responsable por la correcta administración de los bienes fideicomitidos, en el primer caso como representante legal del patrimonio autónomo, y en el segundo caso como titular de los bienes fideicomitidos de manera directa; Pero en ambos casos, debiendo hacerlo a favor de intereses de terceros.

KIPER y LISOPRAWSKI, en su obra manifiestan lo siguiente: "La regla consiste en que el fiduciario es responsable de todo daño causado al Fiduciante, al Fideicomisario, o al Beneficiario, derivado de la no ejecución total o parcial de las obligaciones emergentes del fideicomiso, salvo que se deba al caso

fortuito o fuerza mayor”.<sup>18</sup> Esta transcripción, en resumen manifiesta, que el fiduciario debe responder civil y penalmente, por el daño causado a las partes contratantes o terceros, por el incumplimiento deliberado o cumplimiento extemporáneo o inoportuno de las instrucciones contractuales, debiendo de manera obligatoria reparar aquellos daños causados, de manera inmediata y asumiendo un compromiso moral y en respuesta a la confianza en el depositada.

La responsabilidad del fiduciario, dentro de su accionar en cumplimiento de la finalidad e instrucciones de cada contrato de fideicomiso mercantil que administre, estará limitada a la debida, oportuna y diligente ejecución de sus órdenes e instrucciones, siempre y cuando el Constituyente de su parte, efectúe la transferencia de los aportes de los bienes fideicomitidos, de manera que el fiduciario pueda efectuar el cumplimiento de sus labores concluyendo con la consecución de la finalidad correspondiente a cada contrato.

Así mismo, el fiduciario no deberá ser responsable de hechos, actos u omisiones del Constituyente, del Beneficiario o de terceras personas que impidan el cumplimiento del objeto de los contratos de fideicomiso que administre, debiendo cada una de estas personas asumir la responsabilidad del caso y reparar el daño causado a quien se sintiera perjudicado por tales hechos, actos u omisiones. Por otra parte, es digno descargar al fiduciario de responsabilidad, cuando éste obre en cumplimiento de las instrucciones y órdenes impartidas por el

---

<sup>18</sup> KIPER Claudio, y LISOPRAWSKI Silvio, “Obligaciones y Responsabilidades del Fiduciario”, Pág. 89

Constituyente, las autoridades de control, tribunales especiales, o cortes de justicia ordinarias.

Dos aspectos importantes, sobre la base de los cuales se debe liberar de responsabilidades al fiduciario, ocurre cuando: **a)** El Constituyente de manera premeditada y dolosa, contrata un fideicomiso, sabiendo de antemano, que lo efectúa en perjuicio de uno o varios terceros, buscando así un ilícito provecho para sí, y; **b)** Si los bienes fideicomitados se encuentran viciados o bajo gravamen o carga, y pese a la verificación diligente del fiduciario respecto de su estado, pero por actitud dolosa del Constituyente no se logra determinar tal estado. En estos dos casos, debe asumir total responsabilidad el Constituyente, frente a los terceros perjudicados y frente al fiduciario, tanto por el perjuicio causado, cuanto por la actitud dolosa perpetrada.

Considero conveniente mencionar, que el fiduciario tiene a su cargo únicamente las obligaciones que expresamente el Constituyente ha estipulado expresamente dentro del contrato de fideicomiso, sin perjuicio de las obligaciones las establecidas en las Ley, y solo responderá por negligencia en el cumplimiento de esas obligaciones y aquellas determinadas por Ley.

Pese a lo mencionado en el inciso anterior, considero de gran importancia, que el fiduciario por su seguridad y la de La Beneficiaria o terceros que pudieran perjudicarse por un negocio de esta naturaleza, se extienda un poco más en su gestión, y que a pesar del estricto cumplimiento únicamente de las ins-

trucciones contractuales, efectúe, ciertas verificaciones tales y como por ejemplo respecto de:

- a) Idoneidad de El Constituyente y beneficiarios
- b) Idoneidad de los bienes a aportarse al fideicomiso
- c) Estado de los bienes a aportarse al fideicomiso
- d) Verificación de la transferencia de los bienes
- e) Exactitud del valor de aporte de los bienes fideicomitados
- f) Verificar dentro de lo posible que no se trate de un negocio fraudulento
- g) Verificación de factibilidad legal del negocio, entre otros
- h) Verificación de estados financieros del Constituyente, que afiancen las posibilidades del mismo para obtener los resultados del encargo

Por último, debo manifestar, que el estándar de medición de la responsabilidad del Fiduciario al momento responde, al de la gestión del buen padre de familia respecto de sus bienes, aunque en los últimos tiempos se ha criticado este estándar de medición considerado como una gestión limitada y débil, a razón de que el fiduciario debe velar por intereses de terceros, motivo por el cual se ha planteado doctrinariamente aumentar el grado de responsabilidad y considerar que el estándar de medición debe responder, a aquel que el buen hombre de negocios, emplea en el ejercicio de sus actividades, esto quiere decir precautelar por sus intereses y siempre buscar conseguir el cumplimiento del objetivo de sus negocios de manera eficiente.



### 4.3.3. Responsabilidad Penal del Fiduciario

Por principio general, en el derecho civil, "todo aquel que irroque un daño, está obligado a repararlo y que, en particular la ley mercantil establece que responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión".<sup>19</sup> Pero dentro del derecho penal, el tema de la responsabilidad, va más allá de la reparación del daño causado, ya que el sujeto pasivo de ese delito(a quien se le lesiona un bien jurídico), busca consumir las acciones de carácter personal, en contra del fiduciario en las personas de sus representantes, en caso de verificarse el acometimiento de un delito que se encuentre tipificado en la Ley.

En estricto sentido, el Fiduciario como persona jurídica, no puede realizar un acto delictivo como tal, ya que el acto delictivo requiere un contenido de voluntad, razón por la cual se establece que los delitos únicamente pueden ser cometidos por personas naturales, pero en las sociedades modernas y en el desarrollo de las actividades diarias, se produce el efecto de que a través de compañías, sus representantes legales, dependencias, facilidades y documentos, se cometa delitos, por lo que en consecuencia los representantes del Fiduciario son quienes deben sufrir las penalidades correspondiente por tales actos.

Por lo expuesto, en caso de que se verifique y sentencie, el cometimiento de un delito tipificado en la Ley, los representantes legales del fiduciario o sus

---

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ – AZUERO, Sergio, "La Responsabilidad del Fiduciario", Pág. 34

funcionarios, serán sobre quienes caerán los apremios personales derivados de tales actos.

Adicionalmente manifiesto que no existe normas específicas de delitos fiduciarios, sino únicamente los delitos tipificados en otros cuerpos legales aplicables como normas de carácter general.

#### **4.4. Indemnizaciones.-**

El Fiduciario, por efecto de reparar los daños causados a terceros por negligencia en el cumplimiento de su gestión, se encuentra obligado a indemnizar a quien corresponda, siempre y cuando aquella indemnización se encuentre contenida dentro de una sentencia o laudo, emitidos por la jurisdicción competente.

Por lo expuesto manifiesto, que para que el fiduciario deba pagar cualquier tipo de indemnización sea cual fuere su cuantía, esta deberá haber sido solicitada de manera adecuada, y a la autoridad competente, tratándose de la justicia ordinaria o convencional.

#### **4.5. Identificación y evasión de Negocios Fraudulentos**

Todo ejercicio de una actividad económica, conlleva un eventual riesgo, el mismo que según el caso, puede llegar a ser mayor o menor, en ciertos casos

se encuentra latente y en otros casos se manifiesta de manera inmediata, pero de manera general existe, ya sea por factores internos del negocio o por la negociación, o por factores externos, así por ejemplo, el riesgo país, los riesgos de tipo político u otros.

A partir de la responsabilidad derivada de su actividad, y por la diversidad de negocios que se pueden manifestar a partir de la institución del fideicomiso mercantil, El fiduciario debe tener la capacidad de identificar de manera inmediata, aquellos negocios, que tras su presentación, oculten la ejecución y estructuración de un negocio ilícito, doloso, o fraudulento, que pretenda el ejercicio de actividades ilícitas, o que pretenda perjudicar a terceros.

Como mencioné anteriormente dentro del tema relativo a responsabilidad del fiduciario, es preponderante que este último verifique la idoneidad de las partes contratantes, la legalidad del objeto del negocio, y la procedencia y legitimidad de los bienes a fideicomitirse, de manera que no deba responder con posterioridad a la suscripción de contrato por esta falta de verificación o calificaciones de complicidad por colaborar con este tipo de negocios dolosos, o fraudulentos, que atenten contra la fe pública.

Como manifiesta el Código Civil en los numerales 3º y 4º de su artículo 1488, para que una persona adquiera obligaciones frente a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: "Que recaiga sobre un objeto lícito; y, Que

tenga una causa lícita”<sup>20</sup>.

En lo referente al Objeto Lícito, el Código Civil ecuatoriano, manifiesta que los contratos o acuerdos provenientes de las declaraciones de voluntad, deben “tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer”<sup>21</sup>, concluyendo por nuestra parte en que estos objetos, deben ser lícitos, desde su procedencia u origen, hasta que sean prestadas, entregadas, o hechas, y; En cuanto a lo referente a la Causa, esta se refiere al motivo que ha inducido, a las partes a efectuar la declaración de voluntad, es lo que impulsa a la consecución de una determinada finalidad, la cual debe enmarcarse dentro de las normas legales vigentes, para el tipo de actividad que vaya a efectuarse, de manera que no se contravenga a la Ley, y se obtenga el resultado deseado de tal actividad.

Por lo expuesto, el fiduciario debe estar preparado para identificar los **actos ilícitos** que impliquen un “engaño que se realiza con el fin de violar las leyes o perjudicar a un tercero”<sup>22</sup> puesto que estos contratos, no tienen objeto ni causa lícita, además de que encierran a un vicio del consentimiento el cual se denomina dolo, lo cual representa, la actitud manifiesta de causar daños o perjuicios a uno o varios terceros.

De su parte, la Ley de Mercado de Valores vigente, dentro de la protección que pretende brindar al mercado fiduciario, y buscando obtener un sustentable

---

<sup>20</sup> CÓDIGO CIVIL, Art. 1488, Libro Cuarto, Codificación s/n, R. O. Suplemento 104, 20/NOV/1970

<sup>21</sup> CÓDIGO CIVIL, Art. 1503, Libro Cuarto, Codificación s/n, R. O. Suplemento 104, 20/NOV/1970

<sup>22</sup> MOSSET I. JORGE, “Negocios Simulados, Fraudulentos y Fiduciarios”, Pág. 43

desarrollo del mismo, dispone dentro del literal b) de su artículo 120 respectivo al contenido básico del contrato de Fideicomiso, que se efectúe "una declaración juramentada del constituyente de que los dineros o bienes transferidos tienen procedencia legítima; que el contrato no adolece de causa u objeto ilícito y, que no irroga perjuicios a acreedores del constituyente o a terceros"<sup>23</sup>; Así mismo, dentro del mismo cuerpo legal y en su artículo 123 correspondiente a las Acciones por contratos fraudulentos, manifiesta que: " El contrato de fideicomiso mercantil otorgado en fraude de terceros por el constituyente, o en acuerdo fraudulento de éste con el fiduciario, podrá ser impugnado judicialmente por los interesados, mediante las correspondientes acciones de nulidad, simulación o cualquiera otra prevista en la Ley, según el caso; sin perjuicio de la acción y responsabilidad penal a la que hubiere lugar"<sup>24</sup>.

Del texto citado se desprende, que cualquier tercero que se sienta perjudicado por la contratación Fiduciaria, podrá impugnar judicialmente tal acto, de conformidad con las acciones que le asisten.

Como conclusión, debo manifestar, que el fiduciario moderno, debe contar un control eficiente de calificación de negocios fiduciarios, de manera que soportado en la Ley, pueda ejecutar su actividad sin que se vea involucrado en pleitos y disputas de responsabilidad que no le deberían competir en primera instancia.

---

<sup>23</sup> LEY DE MERCADO DE VALORES, Art. 120, R.O. 367: 23 jul. 1998

<sup>24</sup> IDEM, Art. 123



#### 4.6. ¿Obligaciones de Medio o de Resultado?

La Ley de manera expresa, establece, que las obligaciones del Fiduciario, son de medio, mas no de resultado, pero una vez identificado lo antedicho, me pregunto lo siguiente: ¿Si la actividad del fiduciario, responde a un actuar prudente, diligente, y hasta eficiente en cierto grado, podría exigirse en momentos determinados, y sobre todo sobre el grado de especialización del Fiduciario en determinadas materias, que este asegure resultados? La pregunta plantea nuevas dudas: ¿Por qué confiar la gestión de mis negocios a alguien que no me asegura un resultado positivo?

Respondo estas dudas mediante los siguientes pronunciamientos: A mi modo de pensar, a la administración fiduciaria, debe incorporarse, el concepto de eficiencia, de manera que el fiduciario, tenga obligatoriamente que buscar un grado mínimo de especialización con relación a las actividades que desarrolla y que se le encomiendan, de manera que a más de su gestión prudente y diligente, persiga la obtención de un resultado.

Sería adecuado que por su naturaleza, que todo fideicomiso mercantil consiga cumplir la finalidad instruida por el Constituyente, más puede existir el caso de que ciertos factores que no permitan tal acontecimiento, caso en el cual se libera al fiduciario de responsabilidad por no obtener el resultado deseado, a pesar de haber efectuado cuanto acto estuvo a su alcance para obtenerlo.

A pesar de lo mencionado, concuerdo con el contenido de la Ley de Mercado de Valores, en la que de manera expresa se sienta que el fiduciario no puede ni debe asegurar resultados en el cumplimiento de su gestión, aunque si considero que su responsabilidad debe ir mas allá que la de la culpa leve.

#### **4.7. Conflicto de intereses**

La administración fiduciaria, conlleva un muy alto grado de responsabilidad y compromiso del fiduciario frente a las personas que confiaron en el, parte de sus patrimonios para el desarrollo de determinadas actividades, razón por la cual, el legislador y los organismos de control respectivos, con mucha prudencia han considerado importante introducir ciertas reformas al marco legal que buscan evitar cualquier situación que ponga al fiduciario en una situación de conflicto de interés en relación de sus negocios administrados.

La Codificación vigente del Reglamento Sobre Negocios Fiduciario manifiesta que, "son situaciones de conflicto de interés aquellas que menoscaben la autonomía, la independencia y la transparencia de la fiduciaria en la administración encomendada"<sup>25</sup>

Adicionalmente a lo mencionado en el párrafo anterior, debo agregar que el citado reglamento, establece ciertas normas para evitar los conflictos de interés a los que pueda estar atado el fiduciario, tales como aquellas que limitan

---

<sup>25</sup> REGLAMENTO SOBRE NEGOCIOS FIDUCIARIOS, CODIFICACIÓN, Resolución del Consejo Nacional de Valores 4, RO 321, 08/MAY/2001

al Fiduciario a que no pueda estipular como beneficiarios de fideicomisos por el administrados, a sí mismo, o a personas tales como sus administradores, representantes legales, compañías o corporaciones o sus empresas vinculadas en general.

Para efectos de la Ley de Mercado de Valores, empresas vinculadas son aquellas empresas que aunque se encuentren jurídicamente separadas de la Fiduciaria, y sean independientes entre sí, presenten frente al Fiduciario, vínculos tales como propiedad, administración, responsabilidad crediticia o resultados, los mismos que hagan presumir que en su actuación estas empresas están guiadas por intereses comunes, o que mantienen o pueden tener riesgos financieros comunes.

Por lo expuesto, el marco legal vigente, busca conceder al mercado fiduciario, un espíritu de seguridad adicional, al que por su naturaleza brinda, evitando que el Fiduciario, sus administradores, representantes legales, o personas vinculadas, se beneficien de manera directa o indirecta por sus calidades citadas de la fiduciaria a la cual se encuentren vinculada por propiedad, o administración, lo cual como resultado genera una mayor transparencia en el manejo de los patrimonios fideicomitidos.

## CAPITULO V

### RÉGIMEN TRIBUTARIO

#### 5.1 Régimen Tributario para los negocios fiduciarios.-

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

En la legislación ecuatoriana, a diferencia de las de otros países con sistemas jurídicos similares al nuestro, los fideicomisos mercantiles, se constituyen como patrimonios autónomos, y por lo tanto completamente independientes, de los patrimonios del fiduciario, del constituyente, y del beneficiario, razón por la cual, los fideicomisos mercantiles adquieren una personería jurídica independiente, que los convierte en contribuyentes o sujetos pasivos de impuestos, lo cual concuerda con lo establecido en la Ley de Régimen Tributario Interno, que manifiesta que para efectos tributarios el fideicomiso mercantil será considerado como una compañía o sociedad .

La personería jurídica y la noción de patrimonio autónomo, traen el consecuente efecto jurídico de que cada fideicomiso mercantil, pase a ser, sujeto de derechos y obligaciones, las mismas que deben ser honradas hasta con los recursos del patrimonio, o con aquellos recursos provistos subsidiariamente por el Constituyente o La Beneficiaria. Al mencionar que los fideicomisos mercantiles son ficciones jurídicas capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones, concluimos que la materia tributaria no es la excepción, por lo cual el fideicomiso mercantil es un sujeto activo de tales obligaciones

De lo expuesto se desprende, que los fideicomisos mercantiles gozan de personería jurídica, y que al igual que otras personas jurídicas o entidades creadas por la Ley, se encuentran representados legalmente por su representante legal, quien para efectos fiduciarios es la Administradora de Fondos y Fideicomisos legalmente constituida, y el responsable de verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias de cada fideicomiso.

Por su parte, La Ley de Mercado de Valores, de manera expresa y en su Artículo 135 referente a responsabilidad tributaria, establece que: "El fideicomiso mercantil tendrá la calidad de agente de recepción o de percepción respecto de los impuestos que al fideicomiso le corresponde retener y percibir en los términos de la legislación tributaria vigente"<sup>26</sup>. Lo citado, se complementa, con las normas establecidas en la Ley de Régimen Tributario Interno, en

---

<sup>26</sup> LEY DE MERCADO DE VALORES, Art. 120, R.O. 367: 23 jul. 1998



las que se establece que para efectos tributarios, el fideicomiso mercantil será considerado como una persona jurídica independiente, por lo tanto sujeto activo de los impuestos que gravan su actividad, y agente de recepción o percepción de los mismos, sin perjuicio de que el fideicomiso mercantil pueda transferir la obligatoriedad de pago de ciertos tributos a sus Beneficiarios.

Los fideicomisos mercantiles, son por lo tanto sujetos pasivos: de los siguientes impuestos:

- **Impuesto a la renta:** Los fideicomisos mercantiles, agentes de percepción, agentes de retención, y sujetos pasivos del Impuesto a la Renta, con una tarifa única del veinticinco por ciento sobre su base imponible, la cual será considerada de manera general, como la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios gravados con el impuesto correspondiente, menos las devoluciones, descuentos, costos, gastos y deducciones, imputables a tales ingresos, los cuales se encuentran determinados en la Ley de Régimen Tributario Interno. El Artículo número cincuenta y cinco del Reglamento de aplicación de la Ley de Régimen Tributario interno, establece, que los fideicomisos mercantiles, podrán transferir la obligatoriedad de pago del impuesto a la Renta, a favor del Beneficiario del fideicomiso, para lo cual el fiduciario, deberá efectuar al Servicio de Rentas internas, únicamente una declaración informativa respecto del Impuesto a la Renta, debiendo el Beneficiario del fideicomiso, efectuar la declaración y pago del impuesto, de con-

formidad con la transferencia efectuada, la cual deberá encontrarse estipulada de manera expresa dentro del contrato de fideicomiso.

- **Impuesto al Valor Agregado:** Los fideicomisos son agentes de percepción del Impuesto al Valor Agregado, impuesto que “grava al valor de la transferencia de dominio o a la importación de bienes muebles de naturaleza corporal, en todas sus etapas de comercialización, y al valor de los servicios prestados, en la forma y en las condiciones que prevé<sup>27</sup> la Ley de Régimen Tributario Interno. El fideicomiso mercantil, por lo tanto será un agente de percepción del Impuesto al Valor Agregado, en el caso de que efectúe transferencia de dominio de bienes muebles de naturaleza corporal, importación de los mismos, o cuando el Fideicomiso preste un servicio, siempre y cuando no se refiera a una comercialización de bienes o prestación de servicios exentas por Ley de tal tributo.
- **Impuestos de carácter seccional:** En los últimos tiempos, se ha establecido una carga tributaria adicional, a los fideicomisos mercantiles, la cual se refiere, al pago de la Patente Municipal de Funcionamiento, y al pago del impuesto del Uno punto Cinco por mil sobre el total de los activos fideicomitidos a un determinado patrimonio autónomo. La Patente Municipal, es un impuesto que tiene por finalidad facultar a que una persona pueda efectuar actividades económicas dentro del marco territorial de determinado cantón o distrito, y tiene como hecho generador,

---

<sup>27</sup> LEY DE REGIMEN TRIBUTARIO INTERNO, R. O. 341, 22/DIC/1989

el ***ejercicio habitual*** de una actividad económica, razón por la cual, el fideicomiso mercantil será sujeto pasivo de este impuesto, únicamente cuando se verifique la existencia de ***actividad económica habitual***, lo cual en ciertos fideicomisos, como en el de garantía no acontece.

Por otro lado, de manera expresa La Ley, establece exoneraciones especiales a favor del Fideicomiso Mercantil, tal es el caso de la exoneración de la transferencia de dominio de bienes a título de fideicomiso mercantil, transferencia que por expreso mandato legal, no constituye hecho generador de obligaciones tributarias. Por lo tanto, la transferencia de dominio de bienes inmueble a título de fideicomiso mercantil, se encuentra exenta del pago de los impuestos de alcabalas, registro, inscripción, utilidades o plusvalía o cualquier otro que grava a las transferencias gratuitas u onerosas de este tipo de bienes. Así mismo, expreso, que la transferencia de dominio de bienes muebles efectuada a título de fideicomiso mercantil se encuentra exenta del pago del impuesto al valor agregado, así como de otros impuestos indirectos, que gravan a la transferencia de bienes muebles. Iguales exenciones se aplicarán en el caso de transferencia a título de restitución fiduciaria de bienes mueble o inmuebles, efectuadas a favor del constituyente de cada fideicomiso mercantil de conformidad con lo establecido en este inciso.

Cabe manifestar, que la exoneración referida en el inciso anterior, se encuentra establecida únicamente en la transferencia a título de fideicomiso mercantil a favor del correspondiente fideicomiso, así como en la restitución que opera

de los bienes fideicomitidos a favor del propio constituyente cuando estos bienes no hubieran transformado su sustancia, pero la exoneración no opera para las transferencias a título gratuito u oneroso que efectúe el fiduciario en cumplimiento de la finalidad e instrucciones del Fideicomiso, en favor de La Beneficiaria del mismo.

Por último, expreso, que las exenciones tributarias que la Ley concede al fideicomiso mercantil, para su constitución y terminación, son una de sus ventajas más sobresalientes, y que se identifica con sus características básicas, toda vez que al hablar de fideicomiso mercantil nos referimos a una transferencia de carácter temporal y para el cumplimiento de una determinada finalidad.

## **CAPITULO VI**

### **UTILIDADES PRÁCTICAS DEL FIDEICOMISO MERCANTIL**

Dentro del presente estudio, hemos efectuado un recorrido por aquellos aspectos históricos, sustanciales y formales de la institución del fideicomiso mercantil, dentro de los cuales, entre otros temas, hemos expuesto sus orígenes, historia, evolución, características, contenido, formas de uso, y marco legal, llegando finalmente a buscar y encontrar su utilidad práctica, así como sus aspectos de mayor trascendencia y ventajas que esta institución de derecho ofrece a sus usuarios.



De igual manera, espero que las ideas expuestas en este capítulo, sirvan para resaltar las ventajas con las que aporta el fideicomiso mercantil, y fomentar su uso en las actividades económicas y ordinarias de personas tanto naturales como jurídicas, de manera que se convierta en un vehículo práctico que brinde seguridad a las partes, que buscan obtener la consecución de determinada gestión, encargo o negocio.

De manera inmediata, manifiesto a favor del lector de este estudio, aquello que considero como aspectos resaltantes de la práctica fiduciaria moderna, y el porque de su importancia en la actualidad.

### **6.1. Confidencialidad.-**

Como se desprende de la definición de fideicomiso mercantil, la constitución de un fideicomiso mercantil, implica una transferencia de dominio de determinados bienes de cualquier naturaleza, obteniendo como efecto, la creación de un patrimonio autónomo afecto al cumplimiento de una finalidad determinada en el respectivo contrato.

Esta transferencia de dominio se la efectúa a título de fideicomiso mercantil, y a su favor, el mismo que tendrá una denominación específica, y personería jurídica independiente, de la del constituyente, de la del fiduciario, y de la de La Beneficiaria.



La constitución de un fideicomiso mercantil, produce como efecto, que los bienes fideicomitidos, salgan del patrimonio del Constituyente, y pasen a formar parte del patrimonio de un fideicomiso, y por tanto se registren a nombre y en la contabilidad de este último.

Este registro posterior, en virtud del cual los bienes fideicomitidos, pasan a formar parte del patrimonio autónomo de un fideicomiso mercantil, permite que una persona la cual en su actividad y vida, haya acumulado una cantidad significativa de bienes, pueda reservarse la facultad de mantener un perfil moderado, dentro del cual no refleje en su activo y a su nombre, una cantidad considerable de bienes, lo cual podría hacerlo objeto de ardores, o ataques públicos, o privados que lo perjudiquen en su imagen. De esta manera, podemos obtener, que una persona mantenga un perfil discreto sin perder el control de sus bienes.

Así mismo, y desde otra óptica que permite resaltar las ventajas y función de la noción de "confidencialidad", observamos que en la actualidad, la "industria del secuestro"(delincuencia), para proceder con sus fechorías, busca identificar a determinadas personas, que mantienen en su patrimonio bienes por lo general de cuantías considerables, identificación que la consiguen mediante la verificación de registros y posterior cuantificación de su patrimonio. Una vez identificadas estas personas, esta "industria" procede de manera inmediata con sus perversas intenciones. La constitución de un fideicomiso mercantil, permite obtener como resultado, que estos bienes de determinadas personas,

que se encuentran en "*listas negras*" salgan de su patrimonio, y consten registradas a nombre de un fideicomiso mercantil, el cual puede tener las más variadas denominaciones, que permitan mantener esta confidencialidad, y resaltando que todo esto ocurre sin perder el control, uso y goce de los bienes fideicomitados por parte del constituyente.

Para concluir, observamos que la confidencialidad implica importantes ventajas, permitiendo que aquellas personas que han logrado adquirir cuantiosos bienes a lo largo de su existencia, no mantengan abultados patrimonios, sino que más bien, logren mantener un perfil discreto frente terceros particulares o a la sociedad, y a la opinión de los demás.

## **6.2. Condensación o Diversificación de activos en uno o varios instrumentos.-**

Contradictoriamente, podemos enfocar, dos ventajas, que a primera vista son palabras antónimas, pero que representan aquella diversidad de utilidades que puede abarcar el fideicomiso mercantil.

A mi criterio, en este medio existen, personas, que no son exactamente ordenadas en el manejo y administración sus bienes o negocios, y que a pesar de que efectúan nuestras actividades con la diligencia debida, no consiguen obtener los resultados anhelados respecto de la administración de éstos bienes, o actividades, y de las obligaciones derivadas de su existencia.

Por lo expuesto, en momentos determinados, estas personas podrían acumular distintos tipos de bienes, y mantenerlos no de manera ordenada, dentro de distintas clases instituciones creadas para el efecto, sea en compañías, en su propio patrimonio, o al cuidado de terceros. Mi sugerencia, en estas circunstancias, es proceder con la constitución de un fideicomiso mercantil, al cual se transfiera la universalidad de sus activos, condensándolos en un solo instrumento, pero con la ventaja de que estos bienes, se van a encontrar bajo la gestión y administración de una persona jurídica diligente (el Fiduciario), quien esta constreñida, a velar de manera prudente y diligente por los bienes fideicomitidos, de conformidad con las instrucciones a él impartidas en el contrato de fideicomiso, debiendo responder hasta por la culpa leve en el ejercicio de su gestión.

Por otro lado, y bajo el mismo argumento de la acumulación de bienes, en determinadas circunstancias, las personas pueden optar por, una diversificación de su patrimonio, sobre todo en busca de una especialización en la gestión y administración del mismo de acuerdo a la naturaleza de los bienes que lo componen.

Sería importante explicar el tema de la diversificación de activos, con la exposición del siguiente ejemplo: El señor XXX, mantiene en su patrimonio, los siguientes bienes: Un lote de terreno sobre el cual va a iniciar la ejecución de un proyecto inmobiliario; una quinta florícola; acciones; cartera. Por su diver-

sidad de actividades, el señor XXX, no tiene tiempo para ocuparse de todas ellas, no tiene el grado de especialización necesaria para ejecutar todas aquellas actividades, ni quiere mantener activos de tal magnitud en su patrimonio y convertirse en un sujeto susceptible de plagios o delitos similares. Con este antecedente, el señor XXX, podría ser muy productivo y obtener eficiencia, en todas aquellas actividades, transfiriendo sus bienes según su naturaleza a diversos fideicomisos mercantiles especializados, dentro de los cuales podría efectuar actividades de tipo inmobiliario, de administración, o de gestión, de manera que siempre obtenga el resultado que busca. Esta constitución de varios fideicomisos, tiene como objeto diversificar un patrimonio inicial, en varios instrumentos, sobre la base de un grado de especialización que permitirá al beneficiario con seguridad obtener el resultado o rédito deseado.

### **6.3. Instrumento de desintermediación financiera.-**

El fideicomiso mercantil, es una herramienta que sobre la base de sus usos, permite, que cualquier persona pueda prescindir del sistema financiero ordinario, y obtener ventajas de financiamiento de otros sectores alternos, crear mecanismos de financiamiento, o crear novedosos mecanismos de garantía.

El fideicomiso mercantil sobre el cual se va a desarrollar un proceso de titularización, permite al Originador, que sobre la base de los bienes fideicomitados, los cuales de manera general consisten en derechos o flujos susceptibles de valoración presente en dinero, un fideicomiso mercantil pueda emitir títulos de



conformidad con la definición de *valor* contenida en el artículo 2 de la Ley de Mercado de Valores. Estos títulos permitirán al Originador, crear un mecanismo de financiamiento, cuya fuente de pago, serán los bienes fideicomitidos o los flujos que estos generen, con la ventaja de que el Originador, se endeuda frente al mercado, a una tasa de interés superior a la que el sistema financiero común le podría ofrecer, teniendo como resultado, que a su vez la tasa a la que el Originador se endeuda frente al mercado, es inferior a la que debería pagar en una institución financiera común.

Considero importante, mencionar, que el proceso de titularización, para que sea rentable, debe efectuarse para financiamiento de montos de cuantía considerable, ya que el costo de la titularización es elevado, comparado con el financiamiento en un banco, y el trámite de su registro implica actividades de varios actores adicionales al fiduciario, tales como calificadores de riesgos, auditores, registros en instituciones públicas, entre otros.

Otra ventaja de desintermediación financiera, sucede cuando una persona desea contraer obligaciones, frente a personas ajenas al sistema financiero, caso en el cual estas personas ajenas al sistema financiero, en busca de protegerse del incumplimiento del deudor, y obtener garantías adecuadas de rápida materialización, proceden a beneficiarse del fideicomiso mercantil en garantía; Figura bajo la cual, el deudor, procede a transferir a título de fideicomiso mercantil determinados bienes de su propiedad, para que sirvan de garantía y primera o segunda fuente frente al acreedor, instruyendo el deudor al fi-



duciario, para que en caso de que incumpla con las obligaciones adquiridas frente al Acreedor, el fiduciario proceda con la venta de los bienes fideicomitidos, y que con el producto de la venta de tales bienes, se paguen las obligaciones del acreedor y su saldo se lo restituya a favor del deudor o constituyente de ese fideicomiso.

#### **6.4 Mecanismo de inversión**

El Fideicomiso mercantil, a su vez, puede ser utilizado como un importante mecanismo de inversión, dentro del cual una o varias personas aportan recursos de su propiedad a un patrimonio autónomo determinado, al momento de su constitución o posteriormente bajo la figura de Constituyentes Adherentes, creando así un fondo de recursos que se convierten en productivos, y que pasan a ser invertidos en cualquier clase de títulos valores, tales como obligaciones, bonos, acciones, títulos de titularización, entre otros.

Este mecanismo de inversión, permite, que las personas puedan invertir sus recursos que no estuvieran en una situación productiva, o fueran subutilizados y de esta manera, obtener réditos sin que tengan que estar estas personas directamente buscando donde colocar estos recursos, sino confiando en la diligente gestión del fiduciario de conformidad con el plan de inversión propuesto por El Constituyente Originales, para tal negocio.

Expuesta la utilidad y ventaja del fideicomiso mercantil de inversión, considero valedero, citar el siguiente texto, con relación a su finalidad: "El Constituyente busca maximizar los rendimientos de sus recursos valiéndose de una sociedad fiduciaria que, además de su seriedad y conocimiento del mercado cuidará sus haberes como un buen padre de familia"<sup>28</sup>. Lo expuesto evidencia aún más la importancia de este tipo de fideicomiso, en virtud del cual, El Constituyente, buscan mediante el aporte de sus recursos maximizar su utilidad.

### **6.5 Mecanismo de alternabilidad para regímenes legales:**

Como expuse anteriormente, la naturaleza y características del fideicomiso mercantil permiten que este sea una herramienta multifuncional, que brinda a las partes contratantes, la posibilidad de efectuar ciertas actividades, que en primera instancia no serían permitidas, o se encuentran limitadas por determinadas Leyes.

Con la presentación de este tema, no pretendo insinuar que el fideicomiso mercantil, sea un mecanismo, para evadir leyes y obtener la consecución de determinados negocios simulados o fraudulentos, pero de otro lado, si manifiesto que el fideicomiso mercantil permite eludir ciertas normas legales establecidas para efectuar estos negocios, de manera que los usuarios del fideicomiso, puedan encontrar en este instrumento, una salida dentro del marco legal para alcanzar sus finalidades. Al referirme al término elusión, quiero de-

---

<sup>28</sup> RENGIFO G., Ernesto, "La Fiducia Mercantil y Pública en Colombia", Pág. 121

cir, buscar la manera legal de efectuar algo, que se encuentra específicamente determinado ha hacerlo de otra manera, pero sin quebrantar el marco legal. De esta manera, pongo a su consideración algunos ejemplos:

**6.5.1. Alternabilidad para el régimen sucesorio.-** El Fideicomiso mercantil testamentario, al cual nos referimos en el tercer capítulo de este estudio, permite dar alternabilidad al estricto régimen sucesorio ecuatoriano, dentro del cual, el causante, de manera obligatoria según las disposiciones del Código Civil, debe efectuar sus asignaciones testamentarias, a favor de sus legitimarios de acuerdo a las porciones establecidas en el mencionado código. Mediante el fideicomiso mercantil de tipo testamentario, una persona determinada, puede transferir la universalidad de sus bienes a un patrimonio autónomo de finalidad exclusiva, para que una vez que se cumpla una condición, que sería su fallecimiento, estos bienes fideicomitados, sean transferidos a favor de La Beneficiaria establecidos en el respectivo contrato de fideicomiso. Recapitulando lo expuesto, El constituyente deberá efectuar la transferencia de sus bienes a favor de un fideicomiso, y a la vez nombrar a sus beneficiarios dentro del mismo contrato, de manera que se evite asignar esos bienes a través del régimen sucesorio ordinario, pero debiendo sujetarse la transferencia de dichos bienes a favor de La Beneficiaria, al cumplimiento de una condición suspensiva, que sería la muerte del causante; De esta manera, se obtiene que los bienes del causante, se encuentren dispuestos en vida de conformidad con las

instrucciones del constituyente plasmadas dentro del contrato.

Una ventaja adicional de este esquema, es que permite, la libre disposición de los bienes a favor de las personas que el causante considere, sin que se limite la transferencia de estos bienes únicamente a favor de sus legitimarios.

**6.5.2 Esquemas novedosos para garantías como “prenda para participaciones”.** - Por su naturaleza, las participaciones de una compañía limitada, no son sujetas de ser prendadas, puesto que su transferencia a favor de terceros por parte su titular, esta sujeta a determinadas formalidades, como la autorización unánime de todos los socios para tal transferencia. De esta manera, propongo como esquema alternativo, que una persona que mantiene dentro su activo participaciones de una compañía limitada, y que se vea en la necesidad de tener que garantizar con éstas determinada operación de crédito, transfiera de las participaciones de su propiedad, a favor de un fideicomiso mercantil de garantía, con la condición de que en caso de que el Constituyente incumpla sus obligaciones frente al Acreedor, el Fiduciario transfiera en virtud de la finalidad del fideicomiso, las participaciones a favor de del Acreedor. Complementariamente, en caso de que la compañía cuente con varios socios, se podría suscribir un contrato de encargo fiduciario otorgado por los socios, dentro del cual, se autorice al fiduciario a celebrar a nombre de los socios, una Junta General de Socios, para autorizar la transferencia de las participaciones de la compañía a favor del

Acreedor Beneficiario, siendo en última instancia la voluntad de los demás socios, los que permita dar viabilidad a esta alternativa propuesta para garantizar operaciones de crédito con participaciones de compañías limitadas.

## **6.6. Semejanzas con otras instituciones**

Por sus características y usos, el fideicomiso mercantil, mantiene similitudes con varias instituciones jurídicas, creadas para finalidades específicas. Lo antedicho resalta la ventaja y funcionalidad del fideicomiso mercantil, puesto que al ser esta una sola institución, tiene la característica de asimilarse a distintas instituciones, sobre la base de una sola estructura, lo que permite a sus usuarios prescindir de estas otras instituciones, para lograr el cumplimiento de la finalidad deseada.

Por lo expuesto, procedo exponer algunas de tales similitudes:

### **6.6.1. Semejanzas con el Joint Venture.-**

El Joint Venture, o también conocido como contrato de riesgo y gestión compartida, es un contrato atípico, o en otras palabras, que no se encuentra tipificado en la Ley con tal denominación, mismo que tiene por finalidad, que distintas partes, aporten y unan, sus capitales, industria, o know how en determinadas áreas en la cuales mantienen cierto grado de especialización, con la



finalidad de llevar determinado negocio común en adelante.

Se semeja con el fideicomiso mercantil, en el punto en que varios constituyentes, pueden aportar entre sí varios bienes a un fideicomiso mercantil destinado al desarrollo y cumplimiento de una finalidad determinada, de tal manera que se cree un patrimonio autónomo de objeto exclusivo o no, que será administrado por la fiduciaria quien cumplirá las instrucciones contenidas en el mismo.

Para clarificar lo expuesto, procedo a exponer el siguiente ejemplo:

Existen dos partes interesadas en desarrollar un proyecto de carácter inmobiliario: La una parte tiene un terreno y la otra parte tiene los recursos y el know how necesario para tal efecto, entonces para el cumplimiento de su objetivo y sobre la base de las instituciones de la referencia, estas partes podrían hacer uso de las siguientes posibilidades: **a)** Consistiría en celebrar un contrato de Joint Venture, dentro del cual la una parte entregue su capital y bienes intangibles tales como el know how, y la otra su terreno dispuesto para el efecto, con la finalidad de que estas partes, desarrollen el proyecto inmobiliario, y con posterioridad comercializarlo y repartirse las utilidades generadas, y; **b)** La segunda posibilidad sería, constituir un fideicomiso mercantil de tipo inmobiliario, al cual las partes respectivamente aporten los bienes citados en el literal anterior, con la finalidad de desarrollar tal proyecto, con la ventaja adicional de que mediante este instrumento, se crea un patrimonio autónomo destinado al

cumplimiento de una finalidad exclusiva, bajo el control de un fiscalizador, y la administración prudente y diligente del fiduciario, de manera que se brinde seguridad a aquellas personas interesadas en invertir sus recursos y adquirir sus viviendas o alícuotas en ese proyecto. En este caso, es también finalidad del contrato, repartir entre los aportantes o constituyentes que tuvieren la calidad de beneficiarios, los réditos generados por el negocio fiduciario desarrollado.

Concluyo esta parte del estudio resumiendo las semejanzas encontradas con el contrato de Joint Venture y evidenciando además sus claras diferencias:

#### **Semejanzas:**

- Aporte de capitales o industria u otros bienes, por distintas personas.
- Aprovechar especialización.
- Obtener como resultado la consecución de una finalidad de interés común entre las partes contratantes.
- Obtención de una utilidad o réditos.
- Distribución de utilidades.
- Esquema tributario obligatorio.
- 

#### **Diferencias:**

- El fideicomiso mercantil es un contrato tipificado en la Ley, el Joint Venture no.
- El fideicomiso mercantil, tiene por efecto la creación de un patrimonio

autónomo afecto al cumplimiento de una finalidad, de su parte el Joint Venture, no necesariamente implica la creación de un patrimonio autónomo.

- El fideicomiso mercantil se encuentra administrado por una entidad con cierto grado de especialización, y constituida de conformidad con estrictas normas legales, el Joint Venture, puede ser administrado por las partes contratantes, lo cual no brinda confianza ni seguridad.

#### **6.6.2. Semejanzas con las sociedades mercantiles.-**

Por disposición contenida en el Artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, "El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato".<sup>29</sup>

Contradictoriamente al texto citado, se desprende, que tanto el fideicomiso mercantil como las sociedades civiles o mercantiles, son ficciones jurídicas, sujetas de ejercer derechos y contraer obligaciones, por medio de sus representantes legales, en el caso del primero el fiduciario, y en el caso de las segundas, por su representante legal, bajo la figura que se adopte para el efecto.

---

<sup>29</sup> LEY DE MERCADO DE VALORES, Art. 109, R.O. 367: 23 jul. 1998

Así mismo, debo resaltar, que tanto las sociedades civiles o mercantiles, y el fideicomiso mercantil, se crean con finalidades específicas, según el negocio que se pretenda desarrollar.

Otra semejanza que considero importante es que de su parte, las leyes pertinentes en materia tributaria, dan al fideicomiso mercantil un trato similar en esta materia, al aplicable para el caso de las sociedades, llegando al punto tal que la Ley de Régimen Tributario Interno, en su Artículo 94, manifiesta de manera expresa que "para efectos de esta Ley el término sociedad comprende la persona jurídica; la sociedad de hecho; el fideicomiso mercantil y los patrimonios independientes o autónomos dotados o no de personería jurídica....."<sup>30</sup>

De lo expuesto, resumo las semejanzas encontradas con las sociedades y resalto además sus diferencias:

Semejanzas:

- Ambos son creaciones o ficciones jurídicas.
- Ambos tienen personería jurídica, y por lo tanto son sujetos de contraer obligaciones o ejercer derechos.
- Tanto el fideicomiso mercantil como referidas sociedades civiles o mercantiles, deben ser representadas por su representante legal, debidamente registrado para el efecto.

---

<sup>30</sup> LEY DE REGIMEN TRIBUTARIO INTERNO, Art. 94, R. O. 341, 22/DIC/1989

- En el caso de la sociedad civil como tal, y las sociedades mercantiles establecidas en la Codificación Vigente de la Ley de Compañías, existe la similitud de que al igual que el fideicomiso mercantil, todos son contratos tipificados en la ley.
- Tanto el fideicomiso mercantil como las referidas sociedades, son contratos que persiguen un objeto o finalidad específica.
- Son contratos de naturaleza mercantil.
- La Ley de Régimen Tributario Interno, las asemeja y da el mismo trato para efectos tributarios.

Diferencias:

- El fideicomiso mercantil debe obligatoriamente ser representado por un administrador fiduciario debidamente registrado para el efecto, mientras las sociedades pueden ser representadas por cualquier persona capaz.
- El fideicomiso mercantil no es una sociedad constituida como tal.
- Tanto el fideicomiso mercantil como las sociedades tiene su propia legislación independiente y no son consideradas como similares.

#### **6.7. Seguridad al inversionista, constituyente y/o beneficiario.-**

A mi criterio, una de las ventajas más importantes del contrato de fideicomiso mercantil, es que la transferencia de dominio a este título, tiene como efecto la creación de un patrimonio autónomo afecto a cumplir con una o varias finalidades específicas, pero que han sido determinadas por el propio constituyente



en el respectivo contrato.

Como consecuencia de esto, el fiduciario tiene como principal obligación, procurar que se cumpla con la finalidad e instrucciones contenidas en el contrato, para lo cual deberá efectuar cuanto acto, dentro de lo que sus posibilidades le permitan, necesario para cumplir con tal obligación.

De esta manera, el inversionista, que es constituyente del un fideicomiso mercantil, o que con posterioridad a su suscripción se adhiera a tal contrato, aceptándolo en todas sus partes por medio de un convenio de adhesión, conoce de antemano y previa la transferencia de sus bienes o recursos, el contenido del contrato, y la destinación que se propone dar a estos bienes, que conoce con antelación, en que terreno esta pisando y cuales son las reglas específicas del negocio optadas para el efecto.

Pese a lo expuesto, debo dejar clara y expresa constancia, de que el negocio fiduciario de inversión así como sus otros usos, es un negocio de riesgo, dentro del cual se efectúa una administración prudente y diligente, pero que no permite por ningún motivo, asegurar a las partes o sus beneficiarios, la obtención de una utilidad o resultado a favor.

La legislación, establece a favor de los inversionistas y para hacer atractivo este esquema de inversión, varios mecanismos adicionales de seguridad tales como la obligatoriedad del fiduciario, a mantener un **comité permanen-**

**te de inversión**, el cual como requisito tiene un grado exigente de especialización, necesario para tal responsabilidad; Así mismo la Ley de Mercado de Valores, establece limitaciones para las inversiones a las que puedan acceder los fideicomisos de inversión, las cuales fueron expuestas en la descripción de este tipo de fideicomiso, en el capítulo tercero de este estudio.

Por último debo manifestar, que a pesar de que la inversión de recursos a través de un fideicomiso mercantil, es un negocio de riesgo del aportante, sí existe detrás de esta inversión, una ventaja, que consiste en la administración del fiduciario, la cual por su experiencia acumulada, demuestra un cierto estándar de buen conocimiento del mercado financiero, que no le permite asegurar un resultado, pero se dejar constancia de que la administración efectuada respondió a la mejor gestión posible de efectuar.

#### **6.8.- Los Derechos Fiduciarios.-**

Los derechos fiduciarios tanto de constituyente como de beneficiario, tienen una importante connotación de carácter económico, puesto que estos derechos, representan la titularidad o dominio respecto de un patrimonio que contiene dentro, bienes o derechos de una valoración específica y que le serán transferidos al Constituyente o al Beneficiario en determinado momento, sea que se cumpla, con un plazo, o condición estipulados con anterioridad en el propio contrato constitutivo del Fideicomiso.

El Reglamento Sobre Negocios Fiduciarios, en su tercer artículo establece que: “Los beneficiarios determinados en el contrato de constitución del negocio fiduciario, pueden ceder sus derechos, siempre que no esté prohibido por la ley o por el instrumento del negocio fiduciario”; Así mismo, establece que “La cesión de derechos deberá instrumentarse con las mismas solemnidades utilizadas para la constitución del negocio fiduciario”.

De los textos citados, se desprende que los derechos de beneficiario de un fideicomiso mercantil pueden ser cedidos bajo cualquier título y en cualquier momento por su titular siempre que no exista prohibición alguna al respecto en el contrato constitutivo o en la Ley, esto implica que un tercero que en primera instancia no estuvo involucrado en la estructuración de determinado negocio fiduciario, con posterioridad, pueda gozar de los bienes que representan su patrimonio.

Así mismo, en los textos de los cuerpos legales citados no queda claro, si los derechos fiduciarios de constituyente pueden ser o no cedidos por su titular. En primera instancia, no encontramos prohibición expresa sobre la disposición de estos derechos, lo cual nos lleva a pensar que si nos allanamos a lo establecido en el artículo 232 de la Ley de Mercado de Valores, y aplicamos de manera supletoria a las normas del Código Civil, los derechos fiduciarios de un constituyente podrían ser cedidos ajustándonos a las normas de la cesión de derechos de crédito constantes en el código referido.

Este criterio a modo de pensar de muchos no sería legítimo, puesto que consideran al contrato de fideicomiso, como un acto de disposición unilateral del Constituyente para el cumplimiento de una finalidad determinada, y que el Constituyente no puede deslindarse de su en ningún tiempo del fideicomiso puesto que su motivación contractual no puede desprenderse de la finalidad pretendida.

En todo caso sin ánimo de considerar a los derechos fiduciarios como valores o títulos valores, consideramos que las cesiones de estos derechos ajustándose a lo establecido en las leyes pertinentes, constituyen uno de los pilares fundamentales que permitan el sustento y desarrollo del mercado fiduciario, ya que esto representa la posibilidad de ampliar aquellas limitaciones contenidas en el contrato de fideicomiso mercantil bajo una finalidad y a favor de una persona específica, y mantener bienes en estos regímenes ya constituidos con anterioridad, pero a favor de terceras personas que pueden mover cuantiosos capitales, en virtud de estas cesiones de derechos que en última instancia representan bienes de distintas naturalezas.

Por último mediante lo mencionado, no se pretende por ningún concepto, insinuar o decir que el mercado de derechos fiduciarios, represente un mercado de valores, sino únicamente que estos derechos, pueden ser cedidos en cualquier momento, salvo disposición contractual en contrario.



## CAPÍTULO VII

### 7.1. Análisis de un contrato de Fideicomiso y efectos particulares de sus cláusulas.-

Puesto que mi objetivo consiste en que el presente estudio, sea una herramienta importante de consulta, y de utilidad práctica para el lector, consideramos importante poner a su consideración, la redacción de un contrato de fideicomiso mercantil, con su correspondiente análisis respecto de cada cláusula contractual a continuación de las mismas, dentro de lo cual verifiquemos si contenido formal y finalidad se encuentran comprendidos dentro de lo establecido en la Ley. Así mismo en las cláusulas pertinentes, se manifestará de manera concreta el efecto que tiene en el contrato y la consecuencia específica de su falta o mala redacción, para lo cual ponemos a su consideración el siguiente contrato de fideicomiso mercantil de administración:

#### CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN

*INDICE: Con mira a obtener un contrato claro, considero importante agregar un índice, el cual facilite al lector la ubicación de cada uno de los temas de interés que afectan a un contrato de esta magnitud, puesto que los contratos de fideicomiso mercantil de manera general, tienen un contenido extenso, debido a que en su redacción se busca cubrir todos aquellos vacíos que pudieran darse con posterioridad a su suscripción.*



**INDICE****CLÁUSULA PRIMERA: COMPARECIENTES****CLÁUSULA SEGUNDA: GLOSARIO DE TÉRMINOS****Dos.uno.- FIDEICOMISO MERCANTIL****Dos.dos.- FIDEICOMISO****Dos.tres.- PATRIMONIO AUTÓNOMO****Dos.cuatro.- CONSTITUYENTES****Dos.cinco.- FIDUCIARIO****Dos.seis.- BENEFICIARIO(S)****CLÁUSULA TERCERA: ANTECEDENTES****Uno.- Antecedentes de la Constitución y actividad del Fiduciario****Dos.- Antecedentes de Dominio****Tres.- Antecedentes de Transferencia****CLÁUSULA CUARTA: TRANSFERENCIA DE DOMINIO A TÍTULO DE FIDEICOMISO MERCANTIL; CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO, Y; DECLARACIÓN JURADA****CLÁUSULA QUINTA: FINALIDAD E INSTRUCCIONES DEL CONTRATO****CLÁUSULA SEXTA: DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA****A. OBLIGACIONES****B. DERECHOS****CLÁUSULA SÉPTIMA: DERECHOS Y OBLIGACIONES DE EL CONSTITUYENTE****A. DERECHOS**

**B. OBLIGACIONES**

**CLÁUSULA OCTAVA: DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA BENEFECIARIA**

**A. DERECHOS**

**B. OBLIGACIONES**

**CLÁUSULA NOVENA: COSTOS Y GASTOS**

**CLÁUSULA DÉCIMA: HONORARIOS DEL FIDUCIARIO**

**CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA.- RESPONSABILIDAD DE LA FIDUCIARIA**

**CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA.- BENEFICIARIOS**

**CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA.- CESIÓN DE DERECHOS**

**CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA: NATURALEZA**

**CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA.- RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA**

**CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA: ACEPTACION Y RATIFICACION**

**CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA: DURACIÓN DEL FIDEICOMISO**

**CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA: RENUNCIA DEL FIDUCIARIO**

**CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA: SUSTITUCIÓN DEL FIDUCIARIO**

**CLÁUSULA VIGÉSIMA: TERMINACIÓN DEL CONTRATO**

**CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA: PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DEL FIDEICOMISO**

**CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA: RENDICIÓN DE CUENTAS**

**CLÁUSULA VIGÉSIMA TERCERA: JURISDICCIÓN Y CONTROVERSIAS**

**UNO:**

**COMPARECIENTES:** *En esta cláusula, comparecen El Constituyente del fideicomiso mercantil, el Fiduciario a través de su representante legal, y de ser el caso, el Beneficiario, quien como manifesté en la parte pertinente de este estudio, puede ser designado con posterioridad a la suscripción del contrato, de conformidad con lo determinado en el artículo 116 de la Ley de Mercado de Valores.*

*No será causal de terminación o de nulidad del fideicomiso mercantil, el caso de que en el contrato constitutivo se haya omitido designar a su beneficiario, o que éste hubiera renunciado con posterioridad a su designación por parte del Constituyente, ya que se la Ley de Mercado de Valores, establece de manera expresa que se tendrá como beneficiario de ese fideicomiso al mismo constituyente o a sus sucesores.*

*De otro lado, en caso de renuncia o de extinción de la persona jurídica del fiduciario, la citada Ley prevé el procedimiento específico para su reemplazo, lo cual da una protección específica al patrimonio autónomo de manera que este en ningún momento quede desamparado y adquiera oportuna y ágilmente a su nuevo administrador.*

*(Ref.: Art. 109, 115, 116, 120 Lit. a), LMV)*

**CLÁUSULA PRIMERA: COMPARECIENTES.-**

Comparecen a al celebración del presente contrato:

**Uno.-** Por una parte comparece, el señor XXXXX, por sus propios y personales derechos, parte a la cual en lo posterior y para efectos del presente contrato se le denominará como El Constituyente;

**Uno.- FIDEICOMISO MERCANTIL:** Es un contrato por el cual una o más personas llamadas **CONSTITUYENTES** transfieren temporal e irrevocablemente, 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 una entidad fiduciaria lo administre y cumpla con las finalidades específicas instruidas en el contrato de constitución, bien sea a favor de los propios Constituyentes o de un tercero llamado Beneficiario.

**Dos.- FIDEICOMISO:** Cuando para efectos del presente contrato se refiera al término "Fideicomiso", se entenderá que se trata del Fideicomiso Mercantil que se constituye por medio de este instrumento, al cual se ha denominado "Fideicomiso Tesis".

**Tres.- PATRIMONIO AUTONOMO:** Es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones dotado de personalidad jurídica; cuya naturaleza es distinta de los patrimonios del Constituyente, del Fiduciario y Beneficiaria, así como de los Fideicomisos Mercantiles que mantenga bajo su administración el fiduciario, cuya constitución es el principal efecto jurídico del contrato de Fideicomiso Mercantil.

**Cuatro.- CONSTITUYENTE:** Es la persona natural, que transfiere la propiedad de sus bienes a título de fideicomiso mercantil para que los administre un fiduciario. En este caso el Constituyente es el señor XXXXX.

**Cinco.- FIDUCIARIO:** Será la compañía ZZZZZ SOCIEDAD ANONIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS, persona jurídica autorizada para administrar fideicomisos mercantiles conforme lo establece el artículo noventa y siete de la Ley de Mercado de Valores.

**Seis.- BENEFICIARIA:** Es la persona designadas por el Constituyente, a favor de quien se desarrolla el presente contrato, que para el presente caso será la señora YYYYYY.

### TRES.

**ANTECEDENTES:** *Sin ser una cláusula exigida por la Ley de Mercado de Valores, si es una cláusula necesaria dentro de la contratación fiduciaria, puesto que permite a las partes, identificar y conocer hechos relevantes relativos al contrato a celebrar, tales como, la historia de dominio de los bienes a aportarse, la motivación contractual de las partes, limitaciones al dominio, entre otras.*

**Efecto de la cláusula.-** *El efecto de no especificar de manera clara, concreta y detallada los antecedentes que indujeron a la contratación y de sus bienes, conlleva a que en determinadas condiciones, un contrato de fideicomiso mercantil no pueda perfeccionar la transferencia de dominio de bienes o transferencia de derechos a su favor, ya que la información que se consigne debe ser fidedigna y responder a la realidad de la contratación.*



*Esta cláusula permite a las partes, comprender y conocer las circunstancias previas a la contratación, y valorarlas en cuanto pudieran afectar al contrato.*

### **CLÁUSULA TERCERA: ANTECEDENTES.-**

**Uno.-** ZZZZZ Sociedad Anónima Administradora de Fondos y Fideicomisos, es una compañía autorizada para administrar fideicomisos mercantiles de conformidad con lo establecido en el Artículo Noventa y Siete de la Ley de Mercado de Valores.

**Dos.-** El Constituyente es propietario de un lote de terreno, signado con el número ....., de la Calle ....., de la Urbanización ....., ubicado en la Parroquia ..... del cantón ....., el cual tiene las siguientes superficies y linderos generales: **POR EL NORTE.-** .....; **POR EL SUR.-** .....; **POR EL ESTE.-** .....; y; **POR EL OESTE.-** ..... El bien inmueble citado en este numeral, fue adquirido por El Constituyente, a título de compraventa, otorgada por el señor ....., a su favor, según consta mediante Escritura Pública celebrada ante el Notario ..... del Cantón ....., Doctor ....., el día ..... de ..... del año ....., e inscrita en el Registro de la Propiedad de ....., el día .... de ..... del año .....

**Tres.-** El Constituyente se encuentra interesado en transferir el dominio que mantiene sobre el bien citado en la presente cláusula, a título de fideicomiso mercantil bajo la figura de fideicomiso mercantil de administración, de manera que el fiduciario administre prudente y diligentemente el bien citado.

**CUATRO.****TRANSFERENCIA DE DOMINIO A TÍTULO DE FIDEICOMISO MERCANTIL;  
CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO, Y; DECLARACIÓN JU-**

**RADA.-** *Buscando obtener un contrato práctico, que permita reducir las extensas y formales redacciones comunes que abarquen todas los requisitos determinados en la Ley y sus reglamentos, considero importante, la elaboración de cláusulas compuestas, en las que se logre consolidar requisitos legales del contrato de fideicomiso mercantil, y a la vez obtener, el texto que necesitamos para la celebración de un contrato que abarque los aspectos formales y solemnes necesarios. Esta cláusula, esta compuesta de tres partes: Una primera partes en la que se efectúa la transferencia de Dominio de los bienes fideicomitidos, a Título de Fideicomiso Mercantil; Una segunda parte, en la que se constituye el patrimonio autónomo, al cual se le dota de una denominación específica que lo diferencie de los demás patrimonios autónomos administrados por el fiduciario, o que existan, y; Una tercera parte, en la que se estipule una declaración juramentada efectuada por el, o El Constituyente de un Fideicomiso, la que básicamente se refiere a la procedencia lícita de los bienes fideicomitidos, y una declaración en el sentido de que no se irroga perjuicios a terceros con la celebración del contrato de fideicomiso. (Ref. Art. 109 LMV )*

**Efecto de las partes de esta cláusula.-** *Puesto que la transferencia de dominio de bienes al patrimonio autónomo de un fideicomiso mercantil, es la esencia del mismo, no podría concebirse un contrato de esta naturaleza sin esta cláusula, en la que quedará sentado, de manera específica los bienes que se*

*le transfieren en su acto constitutivo. Así mismo, el efecto directo de la transferencia de dominio producto de la contratación fiduciaria, es la creación de un patrimonio autónomo independiente, dotado de personería jurídica y una denominación específica. La omisión de la formalidad de determinación del patrimonio autónomo, podría producir la nulidad del contrato de fideicomiso, al omitir una de sus formalidades específicas. Por otra parte, la declaración juramentada que efectúa el constituyente al momento de la transferencia de dominio a favor de un fideicomiso mercantil, guarda estrecha relación con la característica de seguridad que el fideicomiso mercantil busca resaltar, ya que este bajo juramento declara el origen y procedencia lícita de los bienes fideicomitados así como la constancia de que con la transferencia de dominio efectuada no irriga perjuicios a terceros, en especial a sus deudores. Esta declaración juramentada es una formalidad esencial del contrato, y su falta produciría nulidad contractual.*

**CLÁUSULA CUARTA: TRANSFERENCIA DE DOMINIO A TÍTULO DE FIDEICOMISO MERCANTIL, CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO Y DECLARACIÓN JURADA.-**

Con los antecedentes expuestos, El Constituyente transfiere al FIDEICOMISO MERCANTIL que por este instrumento se constituye el dominio y posesión que mantiene sobre el bien detallado en el numeral dos de la Cláusula Tercera de Antecedentes del presente contrato. **La transferencia que se realiza en virtud del presente contrato se la efectúa a título de fideicomiso mercantil, siendo una transferencia necesaria para el cumplimiento de las instrucciones emanadas por El Constituyente y en consecuencia está exenta del**

cobro de todo tipo de impuestos directos o indirectos, tasas y/o contribuciones previstos en las leyes que gravan las transferencias de dominio conforme lo señala el artículo ciento trece de la Ley de Mercado de Valores.

Los bienes transferidos **integrarán un patrimonio autónomo** e independiente, dotado de personalidad jurídica, **denominado Fideicomiso Tesis**, el cual contará con su propio balance, distinto de los patrimonios individuales de El Constituyente, de La Beneficiaria y del Fiduciario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga en su administración el Fiduciario.

Con relación a la transferencia de dominio descrita en ésta cláusula, **El Constituyente bajo juramento declara lo siguiente:** **a)** Que no está inmerso en ninguna de las prohibiciones determinadas en la Ley de Mercado de Valores y demás normas aplicables, y que todos los bienes que por éste contrato transfiera al patrimonio autónomo administrado por la fiduciaria tienen un origen lícito, y en especial, que no provienen de ninguna actividad relacionada con el cultivo, fabricación, almacenamiento, transporte o tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas; **b)** Que los bienes que transfiera al patrimonio autónomo, son de su exclusiva propiedad, que han sido habidos legítimamente y que con la transferencia de dominio que se efectúa por éste instrumento no se irroga daño o perjuicio a terceros y en especial a sus acreedores. No obstante, El Constituyente se obliga a amparar al fideicomiso en el dominio y posesión pacífica del bien inmueble fideicomitado y a responder de los defectos o vicios ocultos de éste.



**CINCO.**

**FINALIDAD E INSTRUCCIONES.-** *Una vez más nos encontramos con una cláusula compuesta, la cual es el motivo fundamental de la contratación fiduciaria, misma que comprende, una parte objetiva, que se refiere a la esencia del contrato, la identificación del mismo, y su objeto específico, sea que se trate de un fideicomiso de administración, de garantía, inmobiliario, o de inversión; y una parte descriptiva que contiene cada una de las instrucciones específicas impartidas por el constituyente, a las que el fiduciario deberá ajustarse en el cumplimiento de la finalidad del contrato. Debemos recordar que la finalidad e instrucciones del contrato, deben ajustarse a derecho, debiendo evitar cualquier estipulación que pudiera perjudicar a terceros, a los acreedores del constituyente, o al fiduciario. El constituyente al momento de la contratación fiduciaria deberá ser lo mas específico posible respecto de las instrucciones específicas que delega al fiduciario, de manera que este último, cumpla en su totalidad con aquellas tareas que se el constituyente pretende se cumplan (Ref: Art. 109 LMV, Lit b) Art. 6 RSNF).*

**CLÁUSULA QUINTA: FINALIDAD DEL CONTRATO.-**

El presente fideicomiso mercantil de administración se constituye con la finalidad de que los bienes que lo conforman estén bajo el dominio del Fideicomiso y administración del Fiduciario de conformidad con las instrucciones emanadas por El Constituyente y las demás cláusulas estipuladas en el presente contrato

La consecución de la finalidad establecida en este contrato, se cumplirá bajo las siguientes instrucciones:



**Uno.-** Recibir sin limitación alguna, el dominio del bien aportado al fideicomiso, al momento de su constitución, el cual se encuentra descrito en el numeral dos de la cláusula tercera de antecedentes, así como efectuar los actos tendientes a perfeccionar la transferencia del mismo al patrimonio autónomo.

**Dos.-** Obtener el Registro Único de Contribuyentes (RUC) del fideicomiso mercantil, e iniciar y llevar la contabilidad del mismo.

**Tres.-** Registrar en el balance del presente fideicomiso mercantil, la propiedad del bien inmueble transferido al momento de su constitución, al valor determinado de avalúo comercial constante en la última carta de pago del impuesto predial de dicho bien.

**Cuatro.-** Administrar prudente y diligentemente el bien aportado al fideicomiso al momento de su constitución, y cumplir con las instrucciones y gestiones de administración sobre los mismos, de acuerdo a las instrucciones que impartiere por escrito El Constituyente.

**Cinco.-** Realizar o celebrar sobre el bien inmueble fideicomitado, previa instrucción expresa y escrita de El Constituyente, todos los actos y contratos de administración y disposición que considere necesarios, tales como y sin ser restrictivos, suscribir contratos de arrendamiento, usufructo, comodato, comodato precario, permuta, compraventa, hipoteca, y cualquier otro contrato gratuito u oneroso que le permita aprovechar de la mejor forma, dentro de las instrucciones impartidas en el presente instrumento, el bien es fideicomitado.

**Seis.-** De conformidad con el numeral seis de estas instrucciones, El Fiduciario podrá, a solicitud formal escrita de El Constituyente, entregar a favor de éste, o de quien determine, los bienes que conformen el patrimonio autónomo

en **comodato precario**, para lo cual el Fiduciario suscribirá un Documento Privado con el comodatario en el que conste las condiciones y características del mismo y las obligaciones a cargo de los comodatarios.

**Siete.-** Rendir anualmente cuenta a El Constituyente y Beneficiaria, mediante la presentación de un informe de gestión, el cual deberá contener al menos los requisitos establecidos en el Reglamento Sobre Negocios Fiduciarios para este tipo de contrato.

**Ocho.-** El Fiduciario deberá transferir a favor de la Beneficiaria todos los frutos generados a favor del fideicomiso por la administración fiduciaria, en el momento que la Beneficiaria se lo solicite por escrito.

**Nueve.-** Informar a El Constituyente y subsidiariamente a La Beneficiaria sobre los montos adeudados al Fiduciario por concepto de honorarios, comisiones impuestos y demás gastos.

**Diez.-** El Constituyente, podrá instruir al Fiduciario de manera formal escrita, sobre todo aquello que no se encontrare **expresamente** estipulado en el presente contrato, y que sea necesario para el cumplimiento de su finalidad. Todas estas actividades adicionales, serán cotizadas de manera independiente por el Fiduciario de acuerdo a su complejidad y tiempo de ejecución.

**Once.-** El Constituyente otorga a favor del Fiduciario de manera expresa e irrevocable, el derecho de vetar, cualquiera de las instrucciones que este imparta en virtud del presente contrato, siempre que estas instrucciones, atenten contra el cumplimiento de la finalidad del presente contrato, a la Ley, o que puedan irrogar un perjuicio al Fiduciario, sus representantes, funcionarios, o a terceros.

**Doce.-** Presentar la información requerida por la Superintendencia de Compañías, y demás órganos de control, de conformidad con la periodicidad requerida por estos.

**Trece.-** Cumplir con el pago de los impuestos y demás gravámenes en que se incurra con ocasión del desarrollo y ejecución del presente contrato con cargo al patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil. En caso que en el patrimonio autónomo del fideicomiso no existieren fondos disponibles para realizar los pagos mencionados, estos correrán por cuenta de El Constituyente y subsidiariamente de la Beneficiaria. En caso de que El Constituyente o Beneficiaria no entregaren al Fiduciario los recursos necesarios para realizar los pagos, la Fiduciaria no tendrá obligación alguna de realizarlos con sus propios recursos.

**Catorce.-** El Fiduciario podrá efectuar liquidaciones parciales de bienes o resultados del patrimonio autónomo, por simple instrucción de El Constituyente, a favor de la Beneficiaria, para lo cual bastará una comunicación escrita en tal sentido suscrita por El Constituyente.

**Quince.-** El Fiduciario previa liquidación del presente fideicomiso mercantil, deberá proceder a transferir y entregar a La Beneficiaria del mismo los bienes y resultados que le correspondan en virtud de su calidad.

**Dieciséis.-** La condición para la entrega definitiva de los bienes a favor de la Beneficiaria, será que esta cumpla los treinta y cinco años de edad, fecha en la cual, bastará con que esta remita una comunicación por escrito en tal sentido al fiduciario, caso en el cual, este último deberá proceder con la transferencia de los bienes fideicomitidos a favor de la Beneficiaria.

**Diecisiete.-** El Fiduciario deberá efectuar todos los actos y suscribir todos los

documentos y contratos que considere necesarios para cumplir con el objeto del FIDEICOMISO, de tal manera que no sea la falta de instrucciones expresas, las que impidan su cumplimiento integral.

**Dieciocho.-** Las demás establecidas en la ley y el presente contrato.

**SEIS.**

**DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA:** *Con su sola enunciación ésta cláusula podría definirse por si sola, aunque de manera adicional requiere de una precisión puntual que permita determinar el alcance de la responsabilidad del fiduciario, además de que permite detallar aquellos derechos y obligaciones, a los cuales hicimos referencia en el capítulo tercero de este estudio e inherentes al Fiduciario como tal. (Ref: Art. 120 Lit d) LMV, Art. 6 Lit d) RSNF)*

**Efecto de ésta cláusula.-** *A más de ser uno de los requisitos formales del contrato de fideicomiso mercantil, esta cláusula es de manera paralela una forma de medir el alcance de la responsabilidad fiduciaria, permitiendo a las demás partes contractuales (constituyente, beneficiario), identificar con facilidad el cumplimiento o incumplimiento del fiduciario respecto de sus obligaciones esenciales asumidas.*

## **CLÁUSULA SEXTA: DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA**

### **A. OBLIGACIONES**

Para la correcta ejecución de la finalidad del presente contrato, corresponden a la Fiduciaria las siguientes obligaciones:



**Uno.-** Recibir de El Constituyente el bien fideicomitado, lo cual se verificará mediante la inscripción del presente instrumento en el correspondiente Registro de la Propiedad;

**Dos.-** Administrar eficiente, prudente, diligente y profesionalmente el bien fideicomitado;

**Tres.-** Dar al bien que conforma el patrimonio autónomo, el destino específico, para el cumplimiento de la finalidad establecida por El Constituyente, por lo tanto, deberá realizar todos aquellos actos, contratos, negocios o gestiones vinculados al cumplimiento de la finalidad convenida en el presente contrato y sus reglamentos complementarios.

**Cuatro.-** Representar legal, judicial o extrajudicialmente al Fideicomiso Mercantil.

**Cinco.-** Mantener los bienes que conformen el patrimonio autónomo separados de los demás bienes del Fiduciario y de los otros fideicomisos que administre, llevando contabilidad separada.

**Seis.-** Emitir anualmente, a El Constituyente y Beneficiaria, informes de gestión relacionados con la administración del presente fideicomiso.

**Siete.-** No excederse en el ejercicio de las facultades que se le confieren en virtud del presente contrato.

**Ocho.-** Las demás obligaciones establecidas en la ley o en el presente contrato.

## **B. DERECHOS**

**Uno.-** Recibir del Constituyente, y subsidiariamente de la Beneficiaria en caso de que El constituyente no entregue los recursos al Fiduciario, los honorarios



que le corresponden por su gestión en la forma señalada por el presente Contrato.

**Dos.-** Exigir de El Constituyente y de La Beneficiaria el cumplimiento de todas las obligaciones que contraen por el presente instrumento.

**Tres.-** Recibir de El Constituyente los recursos monetarios necesarios para cubrir los gastos de constitución del Fideicomiso.

**Cuatro.-** Ejercer su derecho de renunciar a la administración de Fideicomiso de acuerdo a lo previsto en la Ley y este Contrato, siempre y cuando existiere un fiduciario que lo sustituya en sus funciones.

**Cinco.-** Recibir de El Constituyente en este mismo instrumento la correspondiente declaración juramentada que ratifique el origen lícito de los aportes que se realicen al Fideicomiso.

**Seis.-** El Fiduciario se reserva el derecho de ejercer las acciones necesarias de responsabilidad civil o penal de la cuales se considere asistido en contra de El Constituyente, La Beneficiaria, o terceros, en caso de que estos, realicen actos dolosos efecto de este contrato, en contra de la Fiduciaria, sus funcionarios o sus representantes legales.

**Siete.-** Las demás reconocidas por las Leyes aplicables o por este Contrato.

## **SIETE.**

***DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONSTITUYENTE.-*** A pesar de que en el tercer capítulo del presente estudio, hacemos referencia de manera extensa al alcance de esta cláusula, para efectos del presente análisis, debemos recalcar la importancia de la misma, en la que se detallan a mas de los dere-

*chos del constituyente, sus obligaciones mas importantes, sobre todo aquellas respectivas a los bienes que se transfieren al patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil que se constituye. Al ser un requerimiento formal del contrato, su falta produciría la nulidad del contrato. (Ref: Art. 120 Lit d), 126 LMV, Art. 6 Lit d) RSNF)*

#### **CLÁUSULA SÉPTIMA: DERECHOS Y OBLIGACIONES DE EL CONSTITUYENTE.-**

Por medio del presente instrumento El Constituyente adquiere las siguientes obligaciones y derechos:

##### **A. DERECHOS:**

**Uno.-** Exigir que el Fiduciario cumpla con los términos del presente contrato.

**Dos.-** Exigir anualmente la rendición de cuentas por parte del Fiduciario.

**Tres.-** Ejercer la acción de responsabilidad contra el Fiduciario cuando compruebe que este ha realizado su gestión de una manera negligente.

**Cuatro.-** Las demás establecidas en la ley y el presente contrato.

##### **B. OBLIGACIONES:**

**Uno.-** Transferir y entregar al Fiduciario el aporte fideicomitado por el presente contrato a la suscripción del mismo.

**Dos.-** Cancelar en la forma y plazos establecidos en el presente contrato los honorarios del Fiduciario.

**Tres.-** Colaborar con el Fiduciario en el desarrollo del Contrato, entregando toda la información, documentación y autorizaciones que se requieran para su celebración y ejecución de su finalidad.

**Cuatro.-** Entregar al Fiduciario los recursos necesarios para cubrir los costos y

gastos que genere el desarrollo del presente Contrato, así como cualquier otro gasto necesario para la ejecución de la finalidad establecida por el mismo Constituyente.

**Cinco.-** Notificar por escrito al Fiduciario cualquier cambio en la información proporcionada a la firma del presente Contrato, así como cualquier información relevante o hecho material que afecte directa o indirectamente al Fideicomiso o las obligaciones asumidas por El Constituyente a favor de La Beneficiaria.

**Seis.-** Mantener indemne al Fiduciario de todo reclamo, glosa, coactiva o juicio ocasionado por la falta de recursos del Fideicomiso, que hayan sido debidamente demandadas a El Constituyente y/o a la Beneficiaria cuando el caso así lo amerite, y proveer los fondos necesarios para el pago de impuestos, tasas o contribuciones, fiscales, municipales u otros que graven el patrimonio del Fideicomiso, que deberán ser requeridos a El Constituyente mediante notificación escrita por el Fiduciario con por lo menos cinco días de anticipación.

**Siete.-** Las demás establecidas en las Leyes aplicables y el presente Contrato.

***DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA BENEFICIARIA.-*** Reiterando lo manifestado, y respecto de las cláusulas anteriores, considero que esta cláusula define con claridad el motivo de su necesidad, dejando constancia de que en el capítulo tercero de este estudio, se determinan aquellos derechos y obligaciones inherentes a La Beneficiaria de un fideicomiso mercantil. Como mencionamos en la cláusula anterior, su falta produciría la nulidad del contra-

to, por se un elemento formal del mismo. (Ref: Art. 120 Lit d), 127 LMV, Art. 6 Lit d) RSNF)

## **OCHO.**

### **CLÁUSULA OCTAVA: DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA BENEFICIA- RIA.-**

Serán derechos y obligaciones de La Beneficiaria:

#### **A. DERECHOS:**

**Uno.-** Exigir que el fiduciario cumpla con los términos del presente contrato.

**Dos.-** Exigir al fiduciario la rendición de cuentas con periodicidad anual.

**Tres.-** Solicitar la remoción y sustitución del fiduciario, de conformidad con lo estipulado en el presente instrumento.

**Cuatro.-** Ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario cuando compruebe que éste ha realizado su gestión de una manera negligente.

**Cinco.-** Impugnar los actos de disposición de bienes del fideicomiso mercantil realizados por el fiduciario en contra de las instrucciones y finalidades del fideicomiso mercantil, dentro de los términos establecidos en la Ley; y,

**Seis.-** Las demás establecidas en la ley, demás normas vigentes y el presente contrato.

#### **B. OBLIGACIONES:**

**Uno.-** Prestar las facilidades necesarias para el cumplimiento del presente contrato.

**Dos.-** Al sólo requerimiento del Fiduciario y en caso de que El Constituyente no lo hiciere, La Beneficiaria deberá cubrir todos lo costos, gastos y tributos



que demanden la constitución y perfeccionamiento de la transferencia de dominio de los bienes aportados y desarrollo del presente contrato, hasta dentro de los cinco días posteriores a la fecha en que el Fiduciario se lo requiera por escrito.

**Tres.-** Cancelar en la forma y plazos establecidos en el presente contrato los honorarios del Fiduciario, siempre y cuando no existieren recursos suficientes en el patrimonio autónomo, o el Constituyente no los proveyere.

**Cuatro.-** Notificar por escrito al Fiduciario cualquier cambio en la información proporcionada a la firma del presente Contrato, así como cualquier información relevante o hecho material que afecte directa o indirectamente al Fideicomiso o las obligaciones asumidas por El Constituyente a favor de La Beneficiaria.

**Cinco.-** Las demás establecidas en las Leyes aplicables y el presente Contrato.

## **NUEVE.**

***COSTOS Y GASTOS.-*** Esta cláusula permite al Fiduciario identificar, de cargo de quien serán todos los costos derivados de la contratación fiduciaria, tales como los generados, por la transferencia de dominio de los bienes fideicomitidos, los relativos a honorarios, las multas, entre otros. Sin ser un elemento formal del contrato de fideicomiso mercantil, esta cláusula permite identificar con facilidad, la persona a cargo de quien estará el pago de los honorarios objeto del contrato, así como los gastos que ocasionen por el mismo. Su falta no produce nulidad del contrato, ya que podría estar comprendida en la misma



*cláusula de honorarios, aunque su independencia permite detallar en esta misma cláusula ciertos elementos adicionales, como multas, plazo de entrega de los recursos y fuentes subsidiarias de entrega de recursos, tales como el beneficiario o el patrimonio autónomo en caso de que el constituyente nos los entregue.*

#### **CLÁUSULA NOVENA: COSTOS Y GASTOS.-**

Son de cargo de El Constituyente, los honorarios costos y gastos que se generen por la constitución, desarrollo y terminación del presente contrato, recursos que deberán ser entregados al Fiduciario, dentro de un plazo máximo de cinco días a partir de su solicitud. En caso de que El Constituyente no entregue al Fiduciario los recursos monetarios que se requiera para cubrir los costos, gastos y tributos generados en la constitución del fideicomiso mercantil y por el perfeccionamiento de la transferencia de dominio de los bienes que se aportan por este instrumento, La Beneficiaria, deberá entregar al Fiduciario los recursos suficientes, hasta dentro de los cinco días hábiles posteriores al requerimiento escrito realizado por el Fiduciario, caso contrario las partes liberan al Fiduciario de toda responsabilidad y culpa por los efectos y consecuencias que pudieran generarse por el incumplimiento o por el cumplimiento parcial de las instrucciones relacionadas con dichos gastos, costos y tributos.

#### **DIEZ.**

**HONORARIOS DEL FIDUCIARIO.-** *Puesto que por disposición legal el contrato de fideicomiso mercantil es un contrato remunerado, a más de ser bilateral, oneroso, y en muchos casos de tracto sucesivo, el fiduciario debe recibir*

*como contraprestación a su gestión, los honorarios correspondientes, según el volumen de actividades a efectuarse en su administración. Las partes deben ser muy cuidadosas en detallar con exactitud, los honorarios que se pacten y las gestiones que se desempeñarán con su cobertura.*

**Efecto de ésta cláusula.-** *La falta de estipulación de los honorarios del fiduciario, produciría la nulidad del contrato, ya que a mas de ser un requisito formal del mismo, su falta acarrearía una contradicción con su naturaleza, la misma que es la de un contrato remunerado. Por lo expuesto, me refiero al artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores que establece que el contrato de fideicomiso mercantil será **siempre** remunerado. (Ref: Arts. 120, 132 LMV, Art. 6 Lit a) RSNF)*

#### **CLÁUSULA DÉCIMA: HONORARIOS DEL FIDUCIARIO.-**

El Fiduciario, durante la gestión del presente negocio fiduciario percibirá por concepto de honorarios, los siguientes valores:

**a. Una comisión por elaboración del contrato de Fideicomiso, de .....** dólares de los Estados Unidos de América (USD ...,00), valor que será pagado por El Constituyente a la firma del presente instrumento. Los gastos de constitución, tales como y sin ser restrictivo, los notariales, los de registro y trámites serán de cargo de El Constituyente. El pago de esta comisión deberá efectuarse previa la presentación de la factura correspondiente por parte de la Fiduciaria.

**b. Una comisión mensual por la administración del Fideicomiso, de .....** dólares de los Estados Unidos de América(USD ..,00), comisión que será pagadera por El Constituyente a partir de la suscripción del presente contrato,

hasta la inscripción de la escritura de terminación y liquidación del mismo en el Registro de la Propiedad correspondiente. El pago de esta comisión deberá efectuarse previa la presentación de la factura correspondiente por parte de la Fiduciaria.

c. Una comisión de ..... **dólares** de los Estados Unidos de América (USD ..,00), por cada hora **empleada en actividades y gestiones no estipuladas en la presente cláusula de Honorarios o en la de finalidad e instrucciones, o por instrucciones impartidas adicionales impartidas por El Constituyente.** Esta comisión será cancelada por el Constituyente, previa la presentación de la factura correspondiente por parte de la Fiduciaria.

d. Una comisión por **liquidación y elaboración de la Escritura de Terminación del Fideicomiso** de .... **dólares** de los Estados Unidos de América (USD ...,00). Esta comisión será cancelada por El Constituyente previa la presentación de la factura correspondiente por parte de la Fiduciaria.

Las comisiones establecidas no incluyen el impuesto al valor agregado (IVA), los tributos, gastos de administración, de avalúos, de inspecciones, de seguros, ejecución, restitución, terminación y liquidación del fideicomiso mercantil, ni la defensa de los intereses del mismo, en caso de que éstos se vean afectados por las acciones de terceros, por lo que de ser necesario iniciar cualquier acción legal en defensa de los intereses del fideicomiso, El Constituyente y subsidiariamente la Beneficiaria deberán proveer los fondos necesarios al Fiduciario.

ONCE.

**RESPONSABILIDAD DE LA FIDUCIARIA.-** Según lo señalado en el capítulo pertinente del presente estudio, la responsabilidad del fiduciario, corresponde a una gestión de medio, más no de resultado, de manera que su responsabilidad, será la de actuar de manera diligente y profesional con mira a obtener el cumplimiento de la finalidad e instrucciones determinadas en el contrato. Por lo expuesto el fiduciario en ningún momento podrá asegurar resultados a las partes contratantes. Mediante esta cláusula de responsabilidad, el fiduciario podrá de manera adicional, establecer el límite de su responsabilidad respecto de otros aspectos derivados de la contratación, tales y como cuando obre actuando bajo la instrucción de un organismo de control, cambios en la legislación, requerimientos judiciales, etc. (Ref: Art. 125 LMV.)

**Efecto de ésta cláusula.-** La falta de esta cláusula en el contrato, no acarrea su nulidad, ya que la misma no se encuentra especificada dentro de los requisitos formales detallados en la Ley de Mercado de Valores, además de que este cuerpo mismo cuerpo legal, en su artículo ciento veinticinco, manifiesta de manera expresa, el alcance de la responsabilidad fiduciaria, y su limitación al cumplimiento diligente de las obligaciones contenidas en el contrato del Fideicomiso.

**CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA.- RESPONSABILIDAD DE LA FIDUCIARIA.-**

Las obligaciones del Fiduciario son de medio y no de resultado y en tal virtud responderá de cualquier pérdida que fuere ocasionada hasta por su culpa leve o negligencia en la inversión o en el manejo y atención del patrimonio autó-



nomo. La responsabilidad del fiduciario está limitada a la atención y ejecución de las órdenes o instrucciones del presente contrato siempre y cuando El Constituyente realice la transferencia de los aportes que integran el patrimonio autónomo y el fiduciario reciba los recursos necesarios para realizar los pagos de impuestos, avalúos, inspecciones y otros inherentes al negocio fiduciario. El FIDUCIARIO no será responsable de hechos, actos u omisiones de El Constituyente, de La Beneficiaria o de terceras personas que impidan el cumplimiento del objeto de este fideicomiso. El FIDUCIARIO no tiene a su cargo más obligaciones que las expresamente pactadas en este FIDEICOMISO y las establecidas en la Ley.

Cuando el FIDUCIARIO obre ajustándose a las instrucciones, o decisiones del Constituyente, de las autoridades de control o del tribunal de arbitraje, estará libre de cualquier responsabilidad.

## **DOCE.**

***BENEFICIARIOS:*** Esta cláusula permite determinar con exactitud a La Beneficiaria, sus calidades, y sus porcentajes específicos de participación, de manera que se establezca de manera clara lo que les corresponderá al momento del cumplimiento de la finalidad del contrato. (Art. 116 LMV)

### **CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA.- BENEFICIARIOS:**

Para efectos del presente contrato La Beneficiaria de la totalidad de los bienes del presente fideicomiso, será la señora YYYYYY.



**TRECE.**

**CESIÓN DE DERECHOS:** *Esta cláusula, brinda a las partes contratantes una forma innovadora de negociar bienes sobre la base de la titularidad de derechos inherentes a las calidades de constituyente o beneficiario de un fideicomiso mercantil, los mismos que son derechos personales, que en cualquier momento pueden ser cedidos por su titular, salvo que el constituyente de manera expresa lo prohíba dentro del contrato de fideicomiso. Estos derechos, representan de manera general, un contenido susceptible de valoración económica y en consecuencia son susceptibles de ser negociados y transferidos.*

**Efecto de ésta cláusula.-** *La estipulación de esta cláusula, pone al alcance de las partes contratantes la posibilidad de negociar estos derechos (y en última instancia los bienes objeto de los mismos), con anticipación al cumplimiento de la finalidad del contrato.(Ref: Art. 3 RSNF). Así mismo la negociación de estos derechos, se encuentra referida en el Reglamento Sobre Negocios Fiduciarios de manera expresa para los beneficiarios de un fideicomiso, mas no para sus constituyentes, aunque acogiéndonos a las disposiciones de la Ley de Mercado de Valores, y con una interpretación extensiva de la misma, aplicando las normas previstas en el Código Civil, su negociación sería legal y sin contravenir a ninguna disposición legal vigente.*

**CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA.- CESIÓN DE DERECHOS:**

Las partes acuerdan que tanto El Constituyente como La Beneficiaria, podrán ceder en cualquier momento, parcial o totalmente, los derechos y obligaciones inherentes a tales calidades, cesión de derechos que se realizará de conformidad con las normas legales y reglamentarias vigentes a la fecha de la ce-

sión. La Fiduciaria sólo reconocerá como Beneficiario a aquella persona a quien se hubiere cedido válidamente los derechos y obligaciones inherentes a tal calidad, a partir de la fecha de aceptación o notificación al Fiduciario sobre tal cesión.

La Beneficiaria y El Constituyente, de este fideicomiso mercantil, podrán ceder total o parcialmente los derechos y/o las obligaciones que les corresponden a tales calidades, bajo las siguientes reglas:

- a.- El cedente deberá haber cumplido previamente con todas las obligaciones que mantiene o mantuviere a favor del fideicomiso.
- b.- Suscribir una escritura pública de cesión de derechos, en la cual necesariamente ha de comparecer el Fiduciario.
- c.- El cesionario deberá entregar al Fiduciario, la información que solicite conforme se establece en las Políticas de Control Interno, en un plazo de hasta cinco días laborables. La falta injustificada de entrega de la información solicitada facultará al fiduciario a no registrar la correspondiente cesión de derechos y será causal de renuncia del fiduciario.
- d.- El cesionario deberá entregar al Fiduciario, la información que soliciten los Órganos de Control, dentro de los plazos que éstos lo requieran. La falta injustificada de entrega de la información solicitada facultará al fiduciario a no registrar la correspondiente cesión de derechos y será causal de renuncia del fiduciario y las sanciones pecuniarias serán a cargo de quien hubiere incumplido. La fiduciaria se reserva el derecho de ejercer las acciones legales civiles y/o penales, en contra de quien le hubiere causado perjuicios por no entregar la información.

e.- El Fiduciario registrará las cesiones de derechos que se dieren en el presente fideicomiso, en el libro que para tal efecto creará. El Fiduciario sólo reconocerá como Beneficiarios a quienes se designan por el presente contrato o a sus cesionarios debidamente registrados en el mencionado libro.

Las partes aceptan expresamente que cualquier cesión de derechos que se presentare será siempre íntegra, es decir, que el cesionario adquirirá todos los derechos y obligaciones que tiene su cedente a prorrata de la cesión realizada, exonerando al cedente de toda obligación con el fideicomiso en la misma proporción a la cesión efectuada.

#### **CATORCE.**

**NATURALEZA.-** *Esta cláusula nace como un requerimiento legal (elemento formal del contrato), y permite identificar a las partes, el tipo de contrato que están celebrando, o al cual se están adhiriendo (Ref: Art.110 LMV).*

**CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA: NATURALEZA.-** El presente contrato es uno de **fideicomiso mercantil de administración irrevocable**, regulado por la Ley de Mercado de Valores, los reglamentos dictados por el Consejo Nacional de Valores, la Superintendencia de Compañías y demás disposiciones aplicables a la materia.

#### **QUINCE.**

**RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA.-** *Esta cláusula, puede abarcar dos aspectos que a continuación procedemos a explicar: El primero, determinar la calidad del fideicomiso como agente de recepción o de percepción de im-*

*puestos a los que esta obligado según establecen las leyes respectivas, en especial la Ley de Régimen Tributario Interno, y; En segundo lugar, permite al constituyente determinar el régimen tributario aplicable al fideicomiso mercantil en cuanto a lo resultados que produzca, debiendo estipularse, sobre la posibilidad de transferencia de la obligatoriedad de pago del Impuesto a la Renta, a cargo del Beneficiario del Fideicomiso, o mantener, esta obligación de cargo del propio fideicomiso. (Art. 135 LMV, Art. 55 Reglamento Aplicación LRTI)*

#### **CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA.- RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA:**

El fideicomiso mercantil tendrá la calidad de agente de recepción o de percepción respecto de los impuestos que al fideicomiso le corresponde retener y percibir en los términos de la legislación tributaria vigente.

Los impuestos, sean estos directos o indirectos, tasas y más gravámenes que se causen como consecuencia del presente contrato, serán cancelados por este fideicomiso mercantil, por intermedio del Fiduciario, con los recursos que existan en el patrimonio autónomo; si no existieren recursos en el patrimonio autónomo, éstos deberán ser proporcionados por El Constituyente y subsidiariamente por La Beneficiaria.

*En el caso del Impuesto a la Renta de conformidad con lo establecido en el artículo cincuenta y cinco del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, en caso de existir algún beneficio gravable con el impuesto a la renta, este beneficio será distribuido directamente a La Beneficiaria a prorrata de su participación en el fideicomiso, de tal forma que la obligación de liquidar y pagar el impuesto a la renta recaerá en cada beneficiario a prorrata*



*de su participación en el fideicomiso. El fiduciario presentará la declaración informativa del Impuesto a la Renta, con la información y periodicidad establecidas en las disposiciones tributarias pertinentes y vigentes.*

## **DIECISÉIS.**

**ACEPTACIÓN Y RATIFICACIÓN.-** *A mi criterio, es importante contar con una cláusula, dentro de la cual las partes contratantes, aunque al parecer de manera reiterativa, manifiesten su acuerdo y ratifiquen el contenido de las cláusulas estipuladas en el respectivo contrato, puesto que estas cláusulas generarán derechos y obligaciones que las partes están obligados a cumplir, de manera inevitable e inexcusable en virtud de esta ratificación. La falta de esta cláusula no implica nulidad alguna del contrato, ya que la misma no es una formalidad sustancial del mismo.*

## **CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA: ACEPTACIÓN Y RATIFICACIÓN.-**

Las partes, aceptan la transferencia objeto del fideicomiso mercantil efectuada por El Constituyente mediante este contrato, en los términos y condiciones estipuladas en las cláusulas precedentes.

Adicionalmente, las partes manifiestan de manera expresa, que la administración del fiduciario respecto del bien inmueble aportado al momento de la constitución del presente fideicomiso, deberá limitarse a su tenencia cuando se celebren contratos de comodato precario a favor de quien determine El Constituyente, ya que es de responsabilidad del Comodatario, la conservación y mantenimiento de los bienes inmuebles objeto del presente contrato.



**DIECISIETE.**

**DURACIÓN DEL FIDEICOMISO.-** Nuevamente nos encontramos con una cláusula cuyo fundamento se encuentra comprendido dentro de la Ley de Mercado de Valores. Cuando hablamos del plazo o duración de un fideicomiso, nos referimos al tiempo estipulado por el constituyente y aceptado por las demás partes, para dar cumplimiento a la finalidad contenida en el respectivo contrato de fideicomiso mercantil según su us específico. (Ref: Art. 110 LMV)

**Efecto de ésta cláusula.-** La falta de estipulación de esta cláusula implicaría su nulidad, ya que es un elemento formal de mismo, especificado en el artículo 110 de la Ley de Mercado de Valores. Es muy importante determinar el tiempo exacto de duración de un contrato de fideicomiso, ya que en su defecto, el fiduciario no sabría en que momento debe cumplir con su finalidad o en que momento efectuar la transferencia de bienes y resultados objeto del mismo.

**CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA: DURACIÓN DEL FIDEICOMISO.-**

El fideicomiso mercantil que se constituye por el presente instrumento tendrá la duración necesaria para dar cumplimiento a la instrucción **Dieciséis** de la Cláusula Quinta del presente contrato.

**DIECIOCHO.**

**RENUNCIA DEL FIDUCIARIO.-** Dentro de esta cláusula, encontramos un derecho fundamental del fiduciario. Digo que es un derecho fundamental, puesto que el fiduciario, cuando considere que un contrato de fideicomiso

*afecte sus intereses, o no encuentre la colaboración necesaria de las demás partes contratantes, para cumplir con su finalidad, puede ejercer este derecho, debiendo siempre verificarse que se siga el procedimiento adecuado y que el fideicomiso no se quede sin representación legal. Es conveniente en esta cláusula determinar de manera expresa, las causales de renuncia del fiduciario, de manera que este obtenga un mecanismo de presión frente al constituyente o beneficiario para que estos cumplan con las obligaciones que adquieren en virtud de la celebración de un fideicomiso u otro negocio fiduciario. (Ref: Art. 131 LMV, Art. 11, 12 RSNF)*

**Efecto de ésta cláusula.-** *La omisión de esta cláusula, en el contrato de fideicomiso mercantil, se encuentra salvada por lo establecido en el artículo ciento treinta y uno de la Ley de Mercado de Valores que fija el procedimiento específico al que deberá ajustarse el fiduciario en caso de que renuncie a su gestión, y como deberá transferir la administración del fideicomiso a un nuevo fiduciario.*

#### **CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA: RENUNCIA DEL FIDUCIARIO.-**

Son causales de renuncia del Fiduciario:

**Uno.-** El retraso de más de ..... días en el pago de cualquiera de los Honorarios o comisiones pactados a su favor.

**Dos.-** Que El Constituyente o La Beneficiaria o uno de ellos se nieguen a cumplir cualquiera de las obligaciones que adquiere en virtud del presente contrato.

**Tres.-** Que La Beneficiaria se niegue a recibir los resultados del presente fideicomiso mercantil.

La renuncia del Fiduciario no obsta en su derecho para reclamar al Constituyente el pago inmediato de:

**Uno.-** El pago de sus comisiones pendientes en los términos pactados en el presente contrato;

**Dos.-** Los intereses de mora que se hubieran generado desde la fecha en que debió realizarse el pago de dichas comisiones;

**Tres.-** El reembolso de cualquier gasto en que hubiere incurrido en la gestión desempeñada, que previamente hayan sido autorizadas por El Constituyente, siempre que tales gastos se encontraren debidamente justificados con los documentos respectivos, tales como y sin ser restrictivos, facturas, notas de venta, recibos, tickets de venta, entre otros.

En caso de renuncia del Fiduciario, se deberá seguir el mismo procedimiento establecido en el Reglamento Sobre Negocios Fiduciarios para el efecto.

## **DIECINUEVE.**

**SUSTITUCIÓN DEL FIDUCIARIO.-** *Al contrario de lo citado en la cláusula anterior, aquí nos encontramos con un derecho de constituido a favor del constituyente y del beneficiario de un fideicomiso mercantil, sobre la base del cual, podrán solicitar la remoción o sustitución del Fiduciario, por las causales contenidas en la Ley o en el respectivo contrato. El procedimiento de sustitución del fiduciario podrá ser estipulado en el propio contrato del fideicomiso, y en su defecto, de manera supletoria podrá ser aplicado el procedimiento establecido en la Ley de Mercado de Valores. (Ref: Art. 133 LMV, Art. 13 RSNF)*

**CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA: SUSTITUCIÓN DEL FIDUCIARIO.-**

Son causales de sustitución del administrador fiduciario:

**Uno.-** Por el pronunciamiento de los Jueces Árbitros de la Cámara de Comercio de Quito, en el sentido de que el Fiduciario ha incurrido en culpa leve en el desempeño de sus funciones con respecto al fideicomiso mercantil que administra.

**Dos.-** El incumplimiento reiterado o injustificado de cualquiera de las obligaciones legales o contractuales establecidas en el presente instrumento, previo pronunciamiento de los Jueces Árbitros de la Cámara de Comercio de Quito, en tal sentido.

**Tres.-** Las demás establecidas por la ley.

El Fiduciario saliente deberá realizar una rendición de cuentas comprobadas y deberá entregar al nuevo fiduciario todos los bienes del fideicomiso mercantil, así como toda la documentación referente al fideicomiso mercantil y a la administración fiduciaria.

La sustitución del fiduciario no implica transferencia de dominio de los activos que conforman el patrimonio autónomo, sino únicamente un cambio administración fiduciaria.

**VEINTE.**

**TERMINACIÓN DEL CONTRATO.-** *Aquí nos encontramos con una de las cláusulas fundamentales que debe contener cualquier tipo de contrato, en la cual encontramos sus causales de terminación, los cuales pondrán fin a su*



*existencia y vida jurídica. Además de las causales de terminación establecidas en Ley de Mercado de Valores, las partes podrán estipular nuevas causales al momento de su constitución. (Art. 134 LMV)*

#### **CLÁUSULA VIGÉSIMA: TERMINACIÓN DEL CONTRATO.-**

El presente contrato terminará cuando se presente cualquiera de las siguientes causales:

**Uno.-** Por el cumplimiento de los efectos y situaciones jurídicas contempladas en el presente fideicomiso, y lo estipulado en la cláusula de Duración del Fideicomiso.

**Dos.-** Por imposibilidad legal de cumplir con el objeto del contrato.

**Tres.-** Por Laudo Arbitral en que se determine que el contrato de fideicomiso fue constituido en perjuicio de los acreedores anteriores al contrato fiduciario.

**Cuatro.-** Por mutuo acuerdo entre El Constituyente, Beneficiaria, y Fiduciario, siempre que tal acuerdo no afecte a los intereses de terceros.

**Cinco.-** Por las demás causales previstas por la Ley y que no se opongan a la naturaleza del Fideicomiso Mercantil.

#### **VEINTIUNO.**

**PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DEL FIDEICOMISO.-** *Puesto que la constitución de un fideicomiso mercantil, da paso a la creación de un ente jurídico capaz de contraer obligaciones y ejercer derechos, y que mantiene una personería jurídica independiente, es necesario que en caso de que se dé el evento de su terminación, se proceda con su correspondiente liquidación, en la cual se extingan la totalidad de obligaciones que mantenga el fideicomiso*



frente a terceros y La Beneficiaria, y se ejerzan los derechos que le asistan, de manera que pueda extinguirse su personería, y de la misma manera sus obligaciones, sin que mantenga de esta manera derecho alguno a su favor.

**Efecto de ésta cláusula.-** Es muy importante determinar el procedimiento específico de terminación del contrato y de la restitución de los bienes que lo conforman, de manera que el fiduciario de antemano conozca la forma en la que deberá transferir al beneficiario los bienes y resultados que le correspondan, y la forma como deberá dar por terminados los efectos específicos del contrato.

#### **CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA: PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DEL FIDEICOMISO.-**

El Fideicomiso, prevé la posibilidad de efectuar liquidaciones parciales de bienes o resultados del mismo, previa solicitud efectuada de manera formal escrita por parte de El Constituyente, y siempre que no se cause perjuicios a terceros.

La liquidación total del fideicomiso implica su terminación definitiva. En dicho caso, el fiduciario dejará de realizar las instrucciones relativas a la finalidad del fideicomiso y se limitará a realizar únicamente aquellas tendientes a la liquidación del fideicomiso mercantil. Mientras se perfecciona la terminación del fideicomiso mercantil, éste se encontrará en liquidación. En los casos de terminación del contrato por agotamiento del objeto o por cualquier otra causa legal o contractual se observarán las siguientes reglas:

- a. El Fiduciario deberá procurar el cumplimiento de las obligaciones que terceros hubieren adquirido a favor del fideicomiso mercantil.
- b. El Fiduciario deberá pagar las obligaciones que el fideicomiso mercantil mantenga a favor de terceros siempre y cuando disponga de los recursos necesarios para los pagos y manteniendo el siguiente orden de prelación:
  - b.1. En primer lugar se cancelarán las obligaciones de carácter tributario.
  - b.2. En segundo lugar, los pagos pendientes al FIDUCIARIO, entre ellos sus honorarios y comisiones pendientes de pago;
  - b.3. En tercer lugar, finalmente todas demás las obligaciones del fideicomiso mercantil frente a terceros.

Una vez saneadas la totalidad de obligaciones y derechos del fideicomiso mercantil el Fiduciario deberá elaborar un contrato de terminación del fideicomiso mercantil, el mismo que deberá estar suscrito por El Constituyente, La Beneficiaria y el Fiduciario.

#### **VEINTIDÓS.-**

**RENDICIÓN DE CUENTAS.-** *Una vez más me refiero a aquellas cláusulas formales exigidas por la Ley dentro de un contrato de Fideicomiso Mercantil. La rendición de cuentas, es una de las cláusulas más importantes y equitativa dentro del contrato, puesto que permite al Constituyente y a La Beneficiaria, conocer, de la actividad del fiduciario respecto del patrimonio administrado, y verificar, si se, están alcanzando las finalidades estipuladas en el contrato. Esta rendición de cuentas, debe sustentarse en un informe pormenorizado del*

*fiduciario respecto de su actividad, y debe contener además, cualquier evento o hecho que aconteciere en perjuicio del fideicomiso y el cumplimiento de su finalidad. La rendición de cuentas sirve además para obtener una retroalimentación de la actividad del fiduciario, y tomar los correctivos necesarios en caso de que se observen o detecten irregularidades en su administración. Por último manifiesto que al ser la actividad del fiduciario una actividad remunerada por su naturaleza y al ejercer la representación legal del fideicomiso, considero por demás justo que el fiduciario rinda cuenta justificada y sustentada de su labor, a quienes confiaron en su gestión, y a los correspondientes órganos de control de ser el caso. (Ref: Art. 129 LMV, Art. 14 RSNF). La falta de esta cláusula conllevaría a la nulidad del contrato de Fideicomiso.*

#### **CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA: RENDICIÓN DE CUENTAS.-**

Es deber indelegable del fiduciario, rendir cuenta sobre la actividad fiduciaria a El Constituyente y a La Beneficiaria; Rendición de cuentas que se verificará con periodicidad anual. La rendición de cuentas se entiende como la información comprobada, documentada, detallada y sobre la gestión realizada por el fiduciario para cumplir con el objeto del fideicomiso. La ocurrencia de cualquier hecho de carácter económico, jurídico, administrativo o contable que incida en el desarrollo normal de la labor encomendada, debe informarse inmediatamente a El Constituyente y Beneficiaria señalando las medidas correctivas adoptadas, cuando sean del caso, sin perjuicio de que, para efecto de su necesaria verificación, se acompañen los sustentos que documenten la información presentada. En caso de que la fiduciaria se niegue a rendir cuentas, El Constituyente, podrá solicitarla por intermedio de la Superintendencia

de Compañías, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar. La rendición de cuentas debe basarse en documentos que comprueben la veracidad de la actuación del Fiduciario, observando, cuando menos, los requisitos mínimos para la rendición de cuentas y los requisitos adicionales que se requieran para cada tipo de negocio fiduciario, según lo establecido en el Reglamento Sobre Negocios Fiduciarios vigente.

## **VEINTITRÉS.**

**JURISDICCIÓN Y CONTROVERSIAS.-** *Esta cláusula, permite determinar por voluntad de las partes, si las diferencias derivadas del fideicomiso entre las partes, se deberán sujetar a la jurisdicción ordinaria, o a una jurisdicción voluntaria establecida de mutuo acuerdo, tal como la de un tribunal de arbitraje o mediación.*

## **CLÁUSULA VIGÉSIMA TERCERA: JURISDICCIÓN Y CONTROVERSIAS.-**

**CONVENIO ARBITRAL:** Toda controversia o diferencia derivada de este contrato las partes las someten a la resolución de un tribunal de arbitraje de la Cámara de Comercio de ....., que se sujetará a lo dispuesto en al Ley de Arbitraje y Mediación; el reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de ..... y las siguientes normas:

**Uno.-** Los árbitros serán seleccionados conforme a lo establecido en el Ley de Arbitraje y Mediación.

**Dos.-** Las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria, se obligan a acatar el laudo que expida el Tribunal Arbitral y se comprometen a no interponer ningún



recurso contra el laudo arbitral.

**Tres.-** Para la ejecución de las medidas cautelares el Tribunal Arbitral está facultado para solicitar de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos su cumplimiento, sin que sea necesario recurrir a juez ordinario alguno.

**Cuatro.-** El tribunal arbitral estará conformado por tres árbitros, quienes resolverán en derecho.

**Cinco.-** El procedimiento arbitral será confidencial.

**Seis.-** El lugar del arbitraje será las instalaciones del Centro de Arbitraje y

Mediación de la Cámara de Comercio de .....



## **CAPÍTULO VIII**

### **HIPÓTESIS Y CONCLUSIONES.-**

#### **8.1 HIPÓTESIS.-**

Sobre la base de una profunda investigación doctrinaria y legal, y de la escasa difusión que esta institución de derecho ha tenido desde su creación hasta la actualidad, la elaboración del presente estudio y sus postulados, permitirán al lector así como al mercado en general, contar con una herramienta práctica y actualizada, que nos ayude a identificar, conocer y utilizar al fideicomiso mercantil, en sus formas actuales de uso, así como a difundir su utilidad práctica.

Así mismo, una vez expuesto el marco general sobre el cual se rige la contratación fiduciaria, el presente estudio, permite, resaltar las principales características y ventajas generadas por el fideicomiso mercantil, en especial aquellas respecto de la optimización de recursos existentes sobre la base de la transferencia de los mismos a un patrimonio autónomo, con la finalidad de lograr una mayor productividad de los mismos.

#### **8.2 Conclusiones y Recomendaciones**

Efectuado el presente estudio y como su meta principal, queremos difundir esta institución y sus ventajas, razón por la cual ponemos a disposición y conocimiento del lector así como del mercado en general, un documento que

recoja aquellos aspectos primordiales relacionados al fideicomiso mercantil, desde su origen y creación como institución de derecho, hasta llegar a manifestar sus actuales formas, de uso, resaltando aquellas tendencias modernas de uso que hemos creado innovando de manera permanente, y que lo llevan a ocupar un lugar trascendente, tanto en el mercado de productos financieros no tradicionales, así como de productos respecto a regímenes de tenencia temporal y disposición de bienes para finalidades específicas.

Una vez elaborado el presente estudio, obtenemos como resultado un documento práctico y conciso de consulta y discernimiento de la institución del fideicomiso mercantil, enseñando al lector y al mercado ávido de este tipo de productos, de manera sencilla y clara su mecanismo de funcionamiento, así como su finalidad, y sobre todo, instruyendo de manera precisa al lector, su alcance, así como su forma de utilizarlo y aquellas ventajas que ofrece, comparándolo con productos de similares objetivos pero de distinta naturaleza.

Así mismo el presente documento, tiene como uno de sus objetivos principales resaltar la importancia del fideicomiso mercantil en su entorno de aplicación, razón por la cual lo discernimos por medio del presente estudio, en el mercado y en especial a nuevos usuarios, sentando con claridad sus bases legales, así como ejemplificando, sus aplicaciones de uso en todos sus tipos.

Así mismo, concluyo manifestando que considero al fideicomiso mercantil, como una institución de derecho que no ha sido debidamente difundida y utili-

zada entre los ciudadanos en general, lo cual nos lleva a la inequívoca conclusión de que es subutilizado, como mencionamos a lo largo de este estudio, únicamente por un grupo limitado y exclusivo de usuarios, sin que haya logrado tener el alcance y trascendencia que una institución de esta naturaleza, características, y ventajas, podría llegar a tener.

El Fideicomiso mercantil, concebido, instrumentado, administrado y liquidado, de conformidad con la normativa legal vigente y respetando los principios jurídicos aplicables, es una herramienta funcional que no puede ser objetable en cuanto a su validez, y si puede, ser ajustable a la necesidad del usuario por su diversidad de finalidades, y flexibilidad.

Tal como mencionamos en el inciso anterior, por sus extensas y flexibles finalidades, destacamos la importancia que puede adquirir éste negocio jurídico, si es tratado de manera adecuada, debiendo el fiduciario observar y prevenir la generación de negocios simulados o fraudulentos; Así mismo por sus finalidades, el fideicomiso mercantil, permite a usuario, reemplazar instituciones cuya instrumentación o ejecución, son demoradas, tediosas y complejas, como en el caso del Fideicomiso Mercantil en garantía, mismo que puede reemplazar a la hipoteca o la prenda y sus largos períodos de ejecución.

El presente estudio manifiesta y resalta las ventajas y características que el fideicomiso mercantil ofrece a sus usuarios, las cuales se resumen en las siguientes: confianza, transparencia, independencia, inembargabilidad, irrevoc-

que no sean exclusivamente tangibles como las cosas, sino que puede recaer en bienes de cualquier otra naturaleza tales como los intangibles consistentes en derechos de distinta naturaleza.

Como recomendaciones básicas que derivan del presente estudio, manifestamos las siguientes:

La utilización masiva del fideicomiso mercantil, en su diversa gamas de uso, puede ser una herramienta que permita activar o reactivar muchos mercados, y ser una fuente generadora de recursos, y empleos, razón por la cual su difusión en el medio, es de preponderante importancia.

En varios de sus usos, el fideicomiso mercantil, es un instrumento apto para el desarrollo del crédito, y útil para las partes, cuidando siempre resguardar el derecho de terceros acreedores del constituyente, o del fideicomiso.

Se recomienda, que la utilización de esta institución sea efectuada de manera masiva, prudente y legítima, sobre todo para finalidades específicas encuadradas dentro del marco jurídico existente, puesto que así como sus características le permiten ser flexible y adaptarse a diversas necesidades, estos mismos principios rectores, le convierten en una herramienta muy útil y de fácil y rápida instrumentación para finalidades ilegales, tales como negocios fraudulentos que incluso lleven a repercusiones de responsabilidad civil o penal, a sus actores, entre ellos al Fiduciario.

**BIBLIOGRAFÍA.-**

1. Ley de Mercado de Valores
2. Reglamento Sobre Negocios Fiduciarios, Codificación
3. Reglamento de Administradoras de Fondos y Fideicomisos
4. Código Civil
5. Ley de Régimen Tributario Interno
6. Reglamento Para Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno
7. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Sexta Edición.
8. RENGIFO GARCÍA, Ernesto: La Fiducia mercantil y pública en Colombia, Universidad Externado de Colombia 1998
9. CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Argentina 1994
10. IUTURRASPE, Mosset: Negocios Simulados Fraudulentos y Fiducia-



- rios, Editorial Ediar, Argentina 1974
11. BATIZA, Rodolfo: El Fideicomiso Teoría y Práctica, Editorial JUS, México, 1995
  12. KIPER M., Claudio y LISOPRAWISKY V., Silvio: Teoría y Práctica del Fideicomiso, Ediciones Depalma, Buenos Aires – Argentina 1999
  13. GOMEZ DE LA TORRE R., Diego: El Fideicomiso Mercantil, Quito 1998
  14. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A.: El Fideicomiso, Editorial Porrúa, México 1997
  15. ASOCIACIÓN DE FIDUCIARIAS: Nociones Fundamentales de Fidencia, Editorial ABC Ltda., Santa Fé de Bogotá 1994
  16. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: La Responsabilidad del Fiduciario, Biblioteca Jurídica Diké. Medellín – Colombia 1997