



**FACULTAD DE DERECHO**

**Los Negocios Fiduciarios en Latinoamérica con Aspiración a la  
Homologación de las Leyes**

**Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos  
establecidos para optar por el Título de Abogada de los Tribunales y  
Juzgados de la República**

**Profesor Guía: Dr. Iván Fabricio Escandón Montenegro**

**Mery Estefanía Venegas Valencia**

**2011**

## **DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA**

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el/la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

---

**Iván Fabricio Escandón Montenegro**  
**Doctor en Jurisprudencia**  
**C.I.: 170912277-2**

### **DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE**

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

---

**Mery Estefanía Venegas Valencia**  
**C.I.: 171621732-6**

## **AGRADECIMIENTO**

A todos y cada una de las personas  
que hicieron posible este trabajo de  
investigación.

**DEDICATORIA**

Para mi familia y amigos pero en especial  
para mi padre, hermano, madre y Nicolás  
porque siempre son mi inspiración y mi  
apoyo.

## RESUMEN

En el presente proyecto se pretende desarrollar los Negocios Fiduciarios en Latinoamérica, poniendo énfasis a la aspiración de la homologación de las leyes, con la elaboración en el cuarto capítulo del presente trabajo de una Convención sobre el tema.

Para ampliar este objetivo se desarrolló conceptualmente temas como los antecedentes remotos y próximos del fideicomiso, el fideicomiso en nuestro país y el fideicomiso en ocho países de Latinoamérica, destacando las semejanzas y diferencias con nuestra legislación.

En la segunda parte del proyecto se trata de elaborar una Convención sobre el tema, el mismo que busca la unificación del derecho en el campo mercantil y el estudio de todas las herramientas internacionales ratificadas sobre los fideicomisos e inversiones en el Ecuador, necesarios para comprender el uso frente a la crisis económica mundial y a la globalización, como una alternativa jurídica para el financiamiento y que esta constituya a su vez una regla de solución de conflictos para los países miembros.

## **ABSTRACT**

This project aims to develop the trust business in Latin America, with emphasis on the aspiration of the approval of laws, including development in the last chapter of this work of a Convention on the subject.

In order to have better results, I have developed conceptually as a remote history issues and coming from the trust, the trust in our country and the trust in eight Latin American countries, highlighting the similarities and differences with our legislation.

In the second part of the project, I seek to develop a Convention on the subject, the same as seeking the unification of law in the commercial field and study of all the tools on the ratified international trust and investment in Ecuador, necessary to understand the use against the global economic crisis and globalization, as a legal alternative for funding and that this in turn constitutes a conflict resolution rule for the member countries.

# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
---------------------------	----------

## CAPÍTULO I

<b>1 ANTECEDENTES REMOTOS Y PRÓXIMOS DEL FIDEICOMISO.....</b>	<b>3</b>
1.1 Derecho Romano .....	3
1.2 Derecho Inglés .....	8
1.3 El Trust Angloamericano .....	14
1.4 La Convención de la Haya sobre el Trust.....	17
1.4.1 Ámbito de aplicación.....	19
1.4.2 Ley Aplicable.....	19
1.4.3 Reconocimiento .....	20
1.4.4 Disposiciones generales .....	21
1.4.5 Cláusulas finales.....	22

## CAPÍTULO II

<b>2 LA FIDUCIA EN ECUADOR .....</b>	<b>23</b>
2.1 Concepto .....	23
2.2 Objeto lícito y causa lícita .....	28
2.3 Elementos .....	30
2.3.1 Elementos personales.....	30
2.3.2 Elementos Patrimoniales .....	32
2.3.2.1 Bienes separados del resto de activos.....	34
2.3.2.2 Excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario .....	34
2.3.2.3 Excluidos de las garantías generales de los acreedores del fiduciante .....	35

2.3.2.3.1	La regla general y la mala fe .....	35
2.3.2.3.2	Los acreedores anteriores al negocio.....	35
2.3.2.3.3	Su relación con el régimen sucesorio.....	36
2.3.2.3.4	importancia práctica .....	36
2.3.2.4	Excluidos de la garantía general de los acreedores del fideicomisario.....	37
2.3.2.5	Garantizan las obligaciones contraídas para cumplir el fin .....	37
2.3.2.6	Deben transferirse a quien corresponda o retornar al fideicomitente .....	38
2.3.2.7	Obligación de tributar a favor del fisco .....	38
2.3.2.8	Normas sobre competencia.....	39
2.3.3	Otros elementos que se encuentran en la Ley.....	40
2.4	Clases .....	42
2.4.1	Fidecomiso de Administración .....	42
2.4.2	Fidecomiso de Inversión .....	42
2.4.3	Fidecomiso Inmobiliario .....	43
2.4.4	Fideicomiso en Garantía .....	44
2.5	Derechos y Obligaciones del Fiduciario .....	45
2.6	Derechos y Obligaciones del Fiduciante .....	47
2.7	Derechos del Beneficiario.....	48
2.8	Requisitos.....	49
2.9	Invalidez .....	50
2.9.1	Nulidad Relativa .....	51
2.9.2	Nulidad Absoluta.....	51
2.9.3	Rescisión .....	52
2.9.3.1	Teoría de la Lesión.....	52
2.9.3.2	Vicios Redhibitorios u Ocultos.....	52
2.10	Causas de extinción del negocio fiduciario.....	52
2.11	Responsabilidad .....	54
2.11.1	Responsabilidad Civil.....	55
2.11.2	Responsabilidad Penal .....	57

2.11.2.1	Abuso de Confianza .....	58
2.11.2.2	Estafa .....	59
2.11.2.3	Peculado .....	60
2.11.2.4	El Tratado de Roma y la Corte Penal Internacional.....	61

## **CAPÍTULO III**

<b>3</b>	<b>BREVE ESTUDIO COMPARADO DE LOS FIDECOMISOS EN LATINOAMÉRICA.....</b>	<b>64</b>
3.1	Introducción.....	64
3.2	Argentina .....	66
3.2.1	Marco Legal .....	66
3.2.2	Características Específicas .....	68
3.2.2.1	Normativa Legal .....	68
3.2.2.2	Elemento Personal .....	69
3.2.2.3	Elemento Patrimonial .....	69
3.2.2.4	Requisitos del contrato de fideicomiso .....	70
3.2.2.5	Extinción del contrato de fideicomiso .....	71
3.2.2.6	Clases de fideicomisos.....	71
3.3	Brasil .....	72
3.3.1	Marco Legal .....	72
3.3.2	Características Específicas.....	73
3.4	Chile .....	74
3.4.1	Marco Legal .....	74
3.4.2	Características Específicas.....	75
3.4.2.1	Mandato Especial de Administración Ciega de Patrimonio (MACPA) o fideicomiso ciego.....	75
3.5	Colombia .....	77
3.5.1	Marco Legal .....	77
3.5.2	Características Específicas.....	79
3.5.2.1	Normativa legal .....	79

3.5.2.2	Limitaciones .....	79
3.5.2.3	Elementos Personales .....	80
3.5.2.4	Clases de Fiducias .....	81
3.5.2.4.1	Fiducia Pública .....	81
3.5.2.4.2	Fiducia en Garantía .....	81
3.5.2.5	Régimen Tributario .....	81
3.6	Costa Rica .....	82
3.6.1	Marco Legal .....	82
3.6.2	Características Específicas .....	82
3.6.2.1	Elementos Personales .....	82
3.6.2.2	Requisitos Legales .....	83
3.7	México .....	83
3.7.1	Normativa Legal .....	83
3.7.2	Características Específicas .....	85
3.7.2.1	Elementos Personales .....	85
3.7.2.2	Modalidades .....	86
3.8	Panamá .....	87
3.8.1	Normativa Legal .....	87
3.8.2	Características Específicas .....	87
3.8.2.1	Tributación .....	87
3.8.2.2	Modalidad .....	88
3.8.2.3	Paraísos Fiscales .....	88
3.9	Perú .....	89
3.9.1	Normativa Legal .....	89
3.9.2	Características Específicas .....	90
3.9.2.1	Elementos Personales .....	90
3.9.2.2	Modalidades .....	91
3.9.2.3	Elemento Patrimonial .....	92
3.9.2.4	Extinción del Contrato de Fideicomiso .....	92
3.10	Análisis de los Instrumentos Internacionales suscritos y ratificadas por el Ecuador en materia de Fideicomiso .....	92

## **CAPÍTULO IV**

<b>4</b>	<b>MODELO DE CONVENCION AMERICANA SOBRE FIDEICOMISO MERCANTIL.....</b>	<b>95</b>
----------	--	-----------

## **CAPÍTULO V**

<b>5</b>	<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....</b>	<b>108</b>
5.1	Conclusiones.....	108
5.2	Recomendaciones.....	109

<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>111</b>
---------------------------	------------

<b>ANEXOS .....</b>	<b>116</b>
---------------------	------------

ANEXO 1: Plan de Tesis .....	117
ANEXO 2: Síntesis de la comparación de los países analizados.....	134
ANEXO 3: Modelo de Minuta de Encargo Fiduciario .....	138
ANEXO 4: Modelo de Minuta de Contrato de Constitución de un Fideicomiso Mercantil Inmobiliario.....	157

## INTRODUCCIÓN

Con la realización de esta tesis, nos proponemos analizar al trust y al fideicomiso civil y mercantil desde sus orígenes en el Derecho Romano y Derecho Anglosajón, hasta llegar por primera vez a ser incorporado en el derecho positivo por Panamá, quien fue el primer país en legislar el fideicomiso en 1925 y México fundó la doctrina de dicho instrumento jurídico, el mismo que fue tomado como ejemplo e incorporado en varias legislaciones de Latinoamérica, incluyendo el Ecuador en el año de 2006 que vino a ser incorporado en la Ley de Mercado de Valores.

Además existen dos pilares fundamentales en torno al tema estudiado, por un lado la utilización del fideicomiso como una herramienta para la obtención de recursos económicos necesarios para el financiamiento de actividades empresariales en tiempos difíciles y bajo las directrices de la globalización, y en segundo lugar como una herramienta pedagógica del Derecho Comparado para los estudiantes y personas en general que desconocen y se interesen por el Derecho Internacional Privado y Público y la legislación interna del país sobre este tema.

El desconocimiento de la figura del fideicomiso y los negocios fiduciarios que se pueden llevar a cabo, se refleja en los índices financieros, debido a que las personas están acostumbradas a utilizar figuras jurídicas como por ejemplo la hipoteca, prenda, entre otras, es por lo cual nosotros tomamos esto como un problema de relevancia y preocupación no solo en los estudiantes de derecho sino en todas las personas de Latinoamérica; por lo que se inició el trabajo con el propósito de analizar la normativa legal interna en ocho países de Latinoamérica sobre el tema, destacando las semejanzas y diferencias con la legislación ecuatoriana y finalmente proponer una homologación de las Leyes en estos países con la utilización de una Convención como la de la Haya sobre el Trust, las conclusiones a las que se arribó son satisfactorias y me llenan de orgullo.

La importancia de esta investigación radica en el hecho de redactar una Convención que pretende definir, recopilar y armonizar la legislación referente al fideicomiso a nivel internacional, la misma que tenga el valor de Ley Uniforme para los Países Miembros y una solución a los problemas que se podrían suscitar.

Este estudio de investigación abarca cinco capítulos, el primer capítulo comprende del estudio de la fideicommissum en el Derecho Romano, la figura del trust en el Derecho Inglés, el Trust Angloamericano y la Convención de la Haya sobre el Trust; el segundo es el estudio del fideicomiso en el Ecuador, su concepto, objeto lícito y causa lícita, elementos, clases de fideicomisos, derechos y obligaciones de los intervinientes en este negocio, requisitos para el perfeccionamiento del contrato, la invalidez, causas de extinción del negocio fiduciario y la responsabilidad civil y penal; en el tercero, se analiza los diferentes sistemas jurídicos y su regulación interna sobre el fideicomiso en ocho países de Latinoamérica, que son: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú; en el cuarto capítulo se encuentra el Modelo de Convención sobre Fideicomiso Mercantil; en el quinto capítulo constan las conclusiones arribadas y se sugieren algunas recomendaciones que surgen del trabajo realizado; y, finalmente bibliografía y anexos, en los mismos que encontraremos modelos de contratos de fideicomisos mercantiles.

## CAPÍTULO I

# 1 ANTECEDENTES REMOTOS Y PRÓXIMOS DEL FIDEICOMISO

## 1.1 Derecho Romano

Debemos reconocer la influencia del Derecho Romano en el Derecho Continental Europeo y especialmente en el francés, para entender la figura del fideicomiso desde su raíz y la sustitución frecuentemente por la de *pignus*<sup>1</sup>. En la comisión designada por el emperador Napoleón I, para la elaboración del Código Civil, tuvo entre sus fuentes el Derecho Romano que fue redactado en Francia desde principios del siglo XIII hasta el final del siglo XVIII, con base en la *compilación justiniana*<sup>2</sup> y los libros<sup>3</sup> que se habían reconocido, que luego formaron parte del *Corpus Ius Civiles*. El Código fue una transacción entre el Derecho Romano y los usos locales.

---

<sup>1</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario de Derecho Romano y Latines Jurídicos. Ed. Heliasta, 2007. Prenda, garantía real. Prueba, testimonio. En el Derecho Romano, pignus era todo objeto que, aún no saliendo del patrimonio del deudor, constituía garantía de un crédito, por declaración legal, por convicción, por iniciativa del acreedor o por resolución del magistrado.

<sup>2</sup> ÁLVAREZ C., Eduardo. Curso de Derecho Romano, Ed. Pluma, Colombia, p. 109. Este autor señala que cuando Justiniano subió al trono de Oriente, adelantó con su Ministro Triboniano una reconstrucción sistemática del derecho romano.

WALES, Jimmy, Derecho Romano, [http://es.wikibooks.org/wiki/Derecho\\_romano/La\\_compilaci%C3%B3n\\_justiniana](http://es.wikibooks.org/wiki/Derecho_romano/La_compilaci%C3%B3n_justiniana), 2009, 23 de abril del 2010. Época Justiniana, Bizantina o compilatoria que va desde el 476 al 565, fecha está en la que muere el Emperador Justiniano autor del Corpus Iuris Civilis que estuvo en vigor y fue directamente aplicado en Alemania hasta el año 1.900 fecha de publicación del Código Civil Alemán. El Corpus Iuris Civilis es una compilación en que se recoge todo el saber jurídico romano.

PROGRAMA CHULETA, La Compilación Justiniana, <http://www.xuletas.es/ficha/derecho-7/>, 12 de noviembre del 2006, 23 de abril del 2010. Medio siglo después de haber desaparecido formalmente el Imperio de Occidente (476), subió al trono del de Oriente el emperador Justiniano (527-565), que durante su largo reinado realizó en gran parte su ideal de restaurar el Imperio Romano. El conjunto de la compilación justiniana (Instituciones, Digesto, Código y Novelas) se conoce desde el siglo XVI con la designación genérica de CORPUS IURIS CIVILIS.

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ A., Sergio, Negocios fiduciarios, Ed. LEXIS, Colombia, 2005, p. 1. El autor manifiesta que por esa vía, había conocido el Viejo o Antiguo Código, las Cincuenta Decisiones, el Digesto, las Institutas, el Nuevo Código y las Nuevas Constituciones, que hicieron parte del que se conoce como el Corpus Iuris Civilis.

En la historia de Roma se reconoce cuatro periodos, que son: a) Desde sus orígenes (753 a.C.) hasta la publicación de las XII Tablas (450 a.C.), en esta época existió una monarquía absoluta y la fuente del derecho era la costumbre; b) Desde 450 a.C. hasta la fundación del Imperio con Augusto, este periodo comprende casi en su integridad la República, a partir de la creación del consulado; c) Desde entonces hasta el advenimiento de Constantino en 306 a.C., periodo conocido como Clásico desde el punto de vista del derecho y como Alto Imperio, históricamente hablando; y, d) El Bajo Imperio Romano, dividido en Oriente y Occidente, hasta la muerte de Justiniano.

Podríamos afirmar que las primeras manifestaciones de la fiducia surgieron en el periodo inicial y fueron reconocidas y empleadas durante el periodo de la República; en un inicio suponían la transmisión de la propiedad de una persona a otra por medio de la *mancipatio*<sup>4</sup> o la *in iure cesio*<sup>5</sup> con el compromiso de restituir la cosa, cuando se haya cumplido la finalidad. Las fórmulas de uso eran: *ab aliquo petere, aliquem rogare, fidei alicuius committere*, etc. Teniendo las características de ser un contrato bilateral, voluntario, típico, clásico y de tracto sucesivo. Sus principales modalidades estuvieron constituidas por el *pactum fiducie*<sup>6</sup>, que revistió de dos formas

---

<sup>4</sup> VÁZQUEZ, Humberto. Diccionario de Derecho Romano. Ed. Zavalía. 1998. MANCIPACION; antigua forma solemne de transmisión de una “res Mancipi” con la presencia de cinco testigos, ciudadanos romanos púberes, que se denomina “per aes et libram”, por el cobre y la balanza, y un tenedor de la balanza, “el libripens”. Medio de adquisición de la propiedad en la época del Derecho Quirritario.

<sup>5</sup> ARES N., Alicia, La Acción Publiciana, XVI Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano Córdoba, 2003. La *in iure cesio* se trata de un modo de transmitir la propiedad de cosas Mancipi o nec Mancipi, que finge un proceso reivindicatorio y se lleva a cabo frente a un magistrado. Al estar de acuerdo las partes, el acto concluía en la etapa *in iure* con la conformidad del enajenante que no contestaba la afirmación del adquirente y en vista de ello, el magistrado adjudicaba la cosa.

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ A., Sergio, Negocios fiduciarios, Ed. LEXIS, Colombia, 2005, p. 7. El autor al analizar las figuras del *fideicommissum* y del *pactum fiducie*, manifiesta respecto a la última, que es un acuerdo con la obligación para el adquirente de retransmitir los bienes en determinadas circunstancias.

RODRÍGUEZ R., Bruno, Op. Cit., p. 16. “En ambas clases de fiducia la *mancipatio* se produce *fidei fiducie* causa, y de la *mancipatio* nace la obligación de retransmitir al fiduciante, quien podrá exigirla mediante la *actio fiducie*. Esa obligación de retransmitir, al decir de D’Ors, surge en todo caso de la expresión *fidei fiducie* causa incluida en la fórmula de la *mancipatio*.”

El pacto adjunto, llamado *pactum fiducie* o *pactum conventum*, es el que determina las condiciones en que debe realizarse la devolución por parte del fiduciario al fiduciante, y, por tanto, el que aclara si nos encontramos en presencia de una fiducia *cum amico* o *cum creditore*. En el caso de la fiducia *cum amico*, tal obligación de retransmitir la cosa por parte del fiduciario no depende de ningún evento, de forma que el fiduciante tiene expedida la vía para ejercitar la *actio fiducie* y reintegrar a su patrimonio el bien fiduciado”.

principales fiducia *cum creditore*<sup>7</sup> y la *fiducie cum amico*<sup>8</sup>. Adicionalmente y dentro del Derecho Sucesorio se desarrolló el *fideicommissum*<sup>9</sup>, como la disposición de última voluntad, librada a una buena fe del que recibía el encargo, a título particular o universal, ruego dirigido a alguien que por ley o por testamento recoge bienes hereditarios, no podría ejercer una acción judicial en contra del beneficiario y sus principales aplicaciones, según Eduardo Volterra, fueron:

1. Con un fin de garantía de una obligación preexistente; el deudor transfería una cosa en propiedad al acreedor y éste se comprometía a volver a transferir la cosa en propiedad al deudor, en cuanto éste hubiera satisfecho su deuda. (*fiducia cum creditore*).
2. Con un fin de depósito o de comodato, alguien transfería a otro la propiedad de una cosa para que la usara de un modo convenido o para que la custodiara; el que recibía se comprometía de nuevo a transferirla en

---

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ A., Sergio, *Negocios fiduciarios*, Ed. LEXIS, Colombia, 2005, pp. 7-10. El autor manifiesta que la fiducia cum creditore es un negocio a título o con causa onerosa, presentó una forma de garantía real clásica, ante de la aparición de la prenda e hipoteca. La transferencia del bien que realizaba el deudor era por mancipatio o in jure cessio, con la obligación de restituirla cuando se haya cumplido la obligación principal.

Su soporte era la buena fe, es decir que el acreedor gozaba del bien en caso de incumplimiento por parte del deudor, por lo que fueron apareciendo nuevas figuras jurídicas, con el fin de proteger la posición de las partes y en particular del fiduciante. Las figuras que aparecieron fueron: la acción fiduciae y la acción que tenía el deudor para lograr la restitución del valor del bien recibo y el de la deuda (extra), luego de satisfecha la obligación principal.

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ A., Sergio, *Negocios fiduciarios*, Ed. LEXIS, Colombia, 2005, pp. 10-11. El autor dice al respecto, que la fiducia cum amico es un negocio a título gratuito, en interés del fiduciante y buscaba la transferencia de los bienes para que el fiduciante disponga de ellos, con ánimo de señor y dueño. Se utilizaba cuando una persona tenía entera confianza en otra.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ A., Sergio, *Negocios fiduciarios*, Ed. LEXIS, Colombia, 2005, Op. Cit., pp. 11-13. El autor manifiesta que originalmente se utilizaba el fideicommissum en las incapacidades de heredar y en la necesidad de llevar la ejecución de las disposiciones del difunto (asignaciones), para hacer efectiva su última voluntad. Al heredero, quien era el encargado de la administración de los bienes se lo denominaba "fiduciario", y aquel o aquellos a quienes debían transmitir los bienes, se les conocía como "fideicomisario o heredero fideicomisario".

Constituía esta figura jurídica en la trasmisión a una persona distinta del beneficiario, heredero o legatario de uno o varios bienes por vía testamentaria, para que esta persona figure externamente como propietario, los emplee en beneficio del beneficiario, heredero o legatario y de ser posible los transfiera a estos. Aquí hablamos de un negocio fiduciario puro, donde la lealtad, buena fe y confianza son absolutas y se puede producir el abuso del fiduciario.

propiedad a quien la había dado, transcurrido un determinado plazo, o bien a solicitud del antiguo propietario (*fiducia cum amico*).

3. Con un fin de emancipación de un *filiusfamilias* o de una *coemptio* de una mujer; aquel a quien se hacía la *mancipatio* de la persona *alieni iuris* se comprometía con la fiducia a manumitirla.
4. Con el fin de asegurar una manumisión; el *dominus* de un esclavo transfería a éste en propiedad a una persona de su confianza que se comprometía a manumitir al *servus* después de un tiempo, o si se verificaban determinadas circunstancias.
5. Con un fin de donación, por acto entre vivos o por acto *mortis causa*, en la cual se transmitía en propiedad una cosa a otro, el cual se comprometía con la fiducia a darla a un tercero. Se llevaba a efecto una *donatio mortis causa*, con la obligación de restitución, cuando el donatario moría antes que el donante.
6. Existe dudas si la fiducia constituyó la base de la *mancipatio familiae* (...).<sup>10</sup>

Las manifestaciones contractuales de la *mancipatio* y la *injure cesio*, usadas en la época Clásica, cayeron en desuso en el Imperio y fueron reemplazadas por

---

Fueron creándose controles tendientes sobre el cumplimiento del encargo, con lo que resto pureza al encargo fiduciario. Se conoce de la figura del pretor, el mismo que llevaba a cabo el encargo. Fueron dictadas numerosas senado-consultos en relación con la regulación de las hipótesis que se podrían presentar, de las que se destacan la de Treveliano y Pegasiano.

En el Derecho Romano se conoció distintas formas de fideicommissum, que son: puras y simples, condicional, particular, universal y gradual. Esta última, gradual, consistía en la transferencia con cargo al beneficiario o fideicomisario de transferir a un tercero, quien a la vez se obligaba hacer el mismo acto más adelante. En la época de Justiniano se limitó el derecho a testar, para imponer la obligación hasta el cuarto grado de consanguinidad.

Esta última forma fue antecedente directo de las "sustituciones fideicomisarias", en las que se conserva los bienes de una sola familia y se concentraba la riqueza, por lo que quedó en desuso en la Revolución Francesa.

<sup>10</sup> Cfr. VOLTERRA, Eduardo. Instituciones de Derecho Privado Romano. Ed. Civitas S.A. Madrid, 1986. Op. Cit., p. 489.

la *traditio*<sup>11</sup>, fundada en la transferencia de la cosa a una persona determinada. Con Justiniano quedaron vigentes las normas sobre la herencia testamentaria y los fideicomisos, los mismos podían estar en testamentos dirigidos algunos de los herederos o legatarios, o en un acto especial, podían ser principales al testamento o como accesoria a dicha figura, lo cual se denomina de *codicilli*, fundaban el *fideicommissum*.

Las modalidades testamentarias o llamadas sustituciones fiduciarias, representaban la entrega de la totalidad o una parte de una propiedad de la herencia al beneficiario, conservándolos *in integrum* para entregarlo a un tercero o nuevo beneficiario y así sucesivamente, fueron modelo en la Edad Media para la figura jurídica de los *mayorazgos*<sup>12</sup>. De esta forma se garantiza la tenencia inalterada del bien inmueble, basado en el poder efectivo del feudal, pero por circunstancias inadmisibles para los juristas revolucionarios, que pretendían plasmar un nuevo orden en base a la igualdad, no a los privilegios o una riqueza que no pueda ser alcanzada por todos los ciudadanos, no era aceptable.

Penetrada la institución jurídica en la sociedad, se consideró insuficiente la obligación moral que pesaba sobre el encargado de la ejecución y a partir de Augusto:

*... se admitió que, cuando la falta de la confianza del disponente fuese particularmente reprobable, el fideicomisario pudiese dirigirse extra ordinem al magistrado para obtener una coacción a los efectos de la ejecución. Posteriormente, el emperador Claudio concedió la cognitio extra ordinem en toda hipótesis de fideicomiso, y la predilección que los romanos manifestaron por las*

---

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ – ROSERO, Bruno, Op. Cit., p. 21. “El formalismo que la mancipatio exigía para la transmisión de res Mancipi resultaba exagerado en una sociedad desarrollada como lo iba siendo la romana. La traditio fue dotada por el pretor de fuertes medidas de defensa para operar la transmisión no sólo de res nec Mancipi, sino también de res Mancipi. La propiedad pretoria que adquiría en tal caso el accipiens fue revestida, a través de la actio. Publiciana (del 67 d.C.), de tanta firmeza como la propiedad de derecho civil que transmitía la mancipatio.

<sup>12</sup> Los bienes pasaban al hijo mayor de generación en generación.

*disposiciones en cuestiones se puso de manifiesto con la creación de magistrados especiales, praetores fideicommissarii.*<sup>13</sup>

## 1.2 Derecho Inglés

Según la historia del Derecho Inglés, se identifican tres periodos principales: a) Periodo Anglosajón del siglo I d.C al XI d.C., b) De Guillermo el Conquistador hasta el advenimiento de la dinastía de los Tudor, y c) El *equity* (equidad) del siglo XV hasta la época actual.<sup>14</sup> En el periodo Anglosajón los romanos dominaron a Inglaterra por cuatro siglos, y se caracteriza por la falta de huellas de su cultura y desarrollo jurídico desde que abandonaron la isla en el siglo V; después de los romanos la isla fue invadida por los *anglos, sajones y jutos*, los mismos que trajeron sus tradiciones e instituciones. Posteriormente, en el siglo VIII, los vikingos trataron de ocupar la isla, la misma que fue frustrada por Alfredo el Grande, quien dividió el reino en condados o *shires* y cada uno de ellos con cortes que tenían toda clase de funciones gubernamentales; también se instauraron los tribunales de condado (*country court*) integrados por los hombres libres del condado. Se impartía el derecho consuetudinario y los juicios de Dios u ordalías. Tenía el poder asistido por un consejo llamado Witam. El rey y el consejo ejercían todas las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales.

A inicios del periodo De Guillermo el Conquistador hasta el advenimiento de la dinastía de los Tudor, se caracteriza por: a) su gobierno asistido por un cuerpo colegiado "*Curis Regis*" o Corte del Rey; b) Implantó el sistema Feudal como estructura política, social y económica; c) Los Feudos fueron repartidos a "Señores" y no tenían autoridad financiera; d) El Rey y su Corte Real conocían de conflictos entre los Señores y nobles; e) Las Cortes de los Condados "*Country Court*" sobrevivieron en la forma de Cortes Señoriales, por lo que

---

<sup>13</sup> PUCHAICELLA ORDÓÑEZ, Olivio, Derecho Romano II, Universidad Técnica Particular de Loja, Ciencias Jurídicas, p. 189, 1999.

<sup>14</sup> Cfr. ALVAREZ, Jorge R, Op. Cit., Derecho I, septiembre 2008, p. 4.

cada Señor Feudal tenía una; f) Se firma la “Carta Magna”, en la misma que se establecían los derechos de los Señores Feudales, libertades de la iglesia, deberes y funciones del Rey, elimina litigios ambulantes y se compromete con el segundo estatuto de Westminster, en donde se prohíbe la expansión de la jurisdicción de las cortes reales y la creación de nuevos *Writs*; g) Inicio el “Parlamento” con los Barones, el clero, cuatro caballeros por cada condado y dos burgueses por cada ciudad; h) Se creó los Anuarios que contenían todos los procesos del año con sus sentencias; i) Anexo el país de Gales a sus dominios; y, j) En 1295 el Parlamento se convierte en el órgano de comunicación entre los Reyes y las personas que conformaban el pueblo.

Actualmente en el derecho inglés, se encuentran reunidos los países de habla inglesa, que a la vez forman parte del *Commonwealth*, como en el *common law* forman parte el derecho continental europeo o los países conocidos como el *civil law*. En los dos sistemas antes mencionados, existen profundas diferencias, casi irreconciliables y en los países claramente influenciados con el derecho francés, los juristas han tenido que realizar grandes esfuerzos para su comprensión y entendimiento. El propósito dejó de ser académico, ya que se torno imperativo para los países del *civil law* en vista de las realidades políticas que ha generado el proceso de globalización y la cultura anglosajona en los negocios, ciencia y tecnología.

El acercamiento se ha producido por el sistema del *common law*, en el caso concreto de Gran Bretaña el factor más influyente fue la creación de la Unión Europea, en el que se refleja un trabajo de integración y estudio recíproco de las instituciones, antes distintas, que tiene por finalidad un claro esfuerzo de sintetizar y armonizar la legislación de los países miembros. Cabe recalcar que para los ingleses era inaceptable considerar el derecho consuetudinario.

Las diferencias más significativas entre estos sistemas fueron: a) las fuentes del derecho, en donde tuvo origen la costumbre en los pensamientos jurídicos, frente a la necesidad de resolver conflictos, sobre la base de los precedentes jurídicos similares en casos resueltos; b) la noción de obligaciones; c) la

propiedad. Acerca del *common law*, los historiadores destacan como a partir de la conquista normada, a inicios del siglo XI, frente a las dispersas regulaciones y el poder de los señores, la Corona convino en la aplicación de un derecho general, el mismo que no era un sistema universal, a todos los casos que estuviera presente el interés real.

El procedimiento que establecía la Corona para la resolución de asuntos sociales era complejo y formal, inquisitorial y carente de jurado, ya que se requería la aceptación de competencia de los Tribunales Reales por la Corte Real, como requisito de procedibilidad e inspirado en el derecho canónico y romano. Por ello, quienes no podían acceder a sus pronunciamientos, acudían al Rey y el canciller, para que estos en consejo, resolvieran los conflictos, de esto se origino la regla de equidad, más conocidas en inglés como *equity*, que surgió como un cuerpo de normas distinto del *common law* para corregir los rigores de éste, cuya administración fue encomendada al *Canciller*<sup>15</sup>. Ellas no desconocen o dejan sin validez al *common law*, por el contrario el *common law*

---

<sup>15</sup> RENGIFO, Ramiro. La Fiducia, Legislación nacional y derecho comparado. Ed. Colección Pequeño foro. Bogotá. 1984, pp. 40 y ss. “La ley Común (Common Law) y la Equidad (Equity). En el derecho inglés se llama common law (ley común o derecho estricto) aquella aplicada por los jueces basada en el precedente, esto es, en un caso similar previamente resuelto por otro juez o magistrado”... “Ubicados en el reinado de Eduardo I se tiene lo siguiente: existen tres cortes y además está el Consejo (Council) del Rey. El Chancelor sigue siendo el secretario dela realeza. Las tres cortes aplican un derecho y un procedimiento que han ido tecnificando. Por supuesto, en un principio son cortes de amplia flexibilidad en donde hay campo para fallos en equidad, pero poco a poco se van haciendo más rígidas e inflexibles y cualquier reclamación que no esté soportada en su procedimiento y en sus reglas substantivas, no es atendida. Esta situación que daba lugar a serias injusticias hizo que la gente agraviada requiera la intervención del rey a través de su Consejo; éste a su vez, enviaba los casos al Chancelor, quien examinaba las quejas y concedía, según fuera el caso, acciones inalcanzables ante las cortes del derecho común. Dichas acciones se otorgaban con base en consideraciones equitativas y de carácter moral; no pretendían ajustarse a ningún procedimiento ni a ninguna regla común. Por eso se iría a conformar posteriormente una jurisdicción equitativa, separada substantiva y procedimentalmente de las cortes comunes. El procedimiento y fallos en equidad se administraban por el Chancelor quien no era, al principio, un organismo separado y distinto del consejo del rey.

DAVID, René, BLANC-JOUVAN, Xavier, Op. Cit., pp. 8-12. “A partir de la conquista de los normados en Inglaterra las jurisdicciones locales fueron remplazadas por nuevas cortes reales que conocían normalmente de los asuntos en los que tenía interés la Corona a través de un derecho público que se aplicaba en todo el reino, por loque se la llamo common law. El acceso a las cortes no era fácil. Era preciso hacerles aceptar primero su competencia antes de someterle un asunto para su decisión. Remedies precede rights. En su intervención excepcional no había espacio para el derecho romano, era preciso sujetarse a los procedimientos formalistas existentes. En últimas, el derecho, más que reglas de fondo, contenían técnicas procesales gracias a las cuales era posible llegar a poner fin a los litigios. Además, debía esperarse el veredicto de un jurado, con frecuencia imprevisible. Quienes no podían acceder a la Corte o no obtenían justicia, acudían al Rey, quien en nombre de la conciencia y la equidad, podía prohibir a una persona abusar de la posición en que se encontraba de acuerdo con el derecho estricto. Así surgieron las “reglas de equidad” que fueron administradas por el Canciller. A diferencia de lla common law los procedimientos eran inquisitorios, escritos y sin jurado, siguiendo el modelo canónico”.

en su significado lato es el nombre que se da al derecho en su totalidad y comprende a ambos, pero permitían adaptar soluciones basadas en decisiones anteriores, con base en principios morales y de buen juicio, en síntesis se separaron de las rígidas concepciones que se manejaban y no requerían la intervención de un jurado.

A fines del reinado de Enrique V (1413 -1422) fue conocido el Tribunal de Cancillería (*Equity Jurisdiction*) y bajo el reinado de Enrique VIII, logró su máximo desarrollo. Se separaron las acciones legales (*Action in Law*) y procedimientos de equidad (*Proceeding in Equity*), según se apoyaron el interés de *common law* o de *equity*, para fusionarse en 1873, aunque la parte sustantiva continuó formada por principios autónomos, inspirados cada uno en sus fuentes.

Las principales aportaciones del siglo XV hasta la época actual son: a) La Petición de Derechos "*The Petition of Rights*" (1628)<sup>16</sup>: b) Habeas Corpus (1679)<sup>17</sup>: c) La Carta de Derechos (1689), nuevas limitaciones al poder Real<sup>18</sup>: y, d) El Sistema Judicial Británico (1873)<sup>19</sup>.

El propósito del estudio del derecho inglés antes redactado tiene por objetivo conocer y establecer los antecedentes del *trust*, los mismos que se deben

<sup>16</sup> Cfr. ÁLVAREZ, Jorge R, Op. Cit., Derecho I, septiembre 2008, p. 14. "Reafirma la Carta Magna, nadie será obligado a prestar dinero al Rey, nadie podrá ser arrestado, sino de acuerdo con la ley, y nadie pagara impuestos sino los definidos por la Ley del Parlamento."

<sup>17</sup> Cfr. ÁLVAREZ, Jorge R, Op. Cit., Derecho I, septiembre 2008, p. 15. "Los Jueces tendrán derecho de llamar a comparecer a cualquier persona detenida y nadie no acusado o convicto podrá ser privado de su libertad. Esto significa una garantía fundamental de la libertad individual".

<sup>18</sup> Cfr. ÁLVAREZ, Jorge R, Op. Cit., Derecho I, septiembre 2008, p. 16. "El rey no podrá suspender ninguna ley sin la aprobación del Parlamento, no se cobrarán impuestos a nombre del Rey sin la aprobación del Parlamento, no se podrá reclutar o mantener un ejército dentro de las fronteras del país, en tiempos de paz, sin la aprobación del Parlamento, el Parlamento deberá reunirse con frecuencia, las elecciones de los miembros del Parlamento deberán ser libres y las libertades de expresión, discusión y actuación en el Parlamento solo podrán ser juzgadas por el propio Parlamento. Los impuestos deberán ser votados una vez al año por el Parlamento, por lo que el gobierno del Rey no podrá existir sin el Parlamento".

<sup>19</sup> Cfr. ÁLVAREZ, Jorge R, Op. Cit., Derecho I, septiembre 2008, p. 17. "Nace el sistema Jurídico que se mantiene hasta nuestros días, se crearon las leyes de la Judicatura (*Judicature Acts*) y las leyes de la Judicatura suprimieron la distinción entre los Tribunales del *Common Law* y los del *Equity*".

buscar en los “uses”. Los “uses” consistían en los compromisos morales que adquirirían un tercero de recibir la transmisión por parte del constituyente o *feoffor to use* o *settlor* de un bien con la obligación de conciencia a favor del transmisor u otro beneficiario.

Las manifestaciones que tuvo esta figura de los “uses”, aparece ligada a: a) las numerosas cargas sobre la tierra que poseía el soberano y cuyas controversias se resolvían por el *common law*; b) la prohibición de los monjes para adquirir o poseer bienes muebles destinados al beneficio de la comunidad; c) para proteger a la esposa e hijos de un caballero que partía para las cruzadas; y, d) para llevar a cabo transmisiones testamentarias.

Con respecto al origen existen distintas teorías, mismas que a continuación las estudiaremos levemente y son: a) la influencia del derecho romano por la presencia de romana en la Gran Bretaña, la figura del *fideicommissum* y el procedimiento utilizado por el Canciller tomado del Derecho Canónico; b) en el Derecho Germánico existe coincidencia con las figuras del *treuhand* o *salman*, las mismas que se utilizaban para que un bien fuese transferido por quien lo adquiriría a un tercero, de acuerdo con las instrucciones de cada una; y, c) algunos autores sostienen que su origen resulta del *waqf*, figura del Derecho Islámico, que fue conocido por los monjes franciscanos durante las cruzadas e importado a la Gran Bretaña. Todos los sistemas en mención se destacan por la necesidad de buscar una figura que resuelva sus necesidades para la obtención de soluciones en un momento dado, la estructuración de relaciones fiduciarias se destaca por la confianza y las facultades superiores a aquellas que se requerían para alcanzar la finalidad económica buscada por los intervinientes.

Existen cuatro etapas en la vida del trust, siguiendo las señaladas por Batiza<sup>20</sup>:

1. De la aparición de los *uses* hasta principios del siglo XV. En esta época no existía protección legal, pero había regulaciones para evitar las transmisiones en fraude de los acreedores (1376) y para la transmisión llevada por el despojante (1377).
2. De principios del Siglo XV a la promulgación de la Ley de Uses. Los uses se convierten en derecho indiscutible, el mismo que ostenta la protección de la Cancillería por los principios de la *equity*, aunque el *common law* no reconocía derecho alguno al *cestui que use*, y el derecho de equidad transmisible por cesión o causa de muerte.

La “ley de uses” (*statute of use*) de 1535 aspiraba a eliminarlos, debido a la utilización de la figura para eludir el pago sobre las cargas en la tierra, por lo que se reconocía al beneficiario o *cestui que trust* como verdadero propietario sin excepciones, en la acepción anglosajona.

3. De la Ley de Usos (siglo XVI) a fines del Siglo XVIII. Con el transcurso del tiempo se hicieron distinciones que se sustrajeron parte de los *uses* al control de la ley, reconociéndoles de esta forma los Tribunales de Cancillería y recibiendo el nombre de *trust*. Para lograr este avance, comprendieron que no todos los *use* estaban proscritos y la situación de *feoffor* cuando era un mero intermediario o testafarro, ya que podría poseer un papel activo o pasivo, dependiendo del labor que tenía.
4. De fines del Siglo XVIII a la época contemporánea. La institución logró un desarrollo significativo. En cuanto al conflicto de normas, la Ley sobre

---

<sup>20</sup> BATIZA, Rodolfo y BERNATE, Alejandro. El Fideicomiso, teoría y práctica. Ed. Pornuá, México, 1980. Op. Cit., pp. 30 y 57 respectivamente coinciden en todas, salvo en la tercera que el segundo concluye a fines del Siglo XVII y el primero prolonga hasta fines del Siglo XVIII. RABASA, Oscar. El derecho angloamericano. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1994, p. 270 distingue las siguientes: a) antes de la ley de usos, b) la ley de usos, c) los efectos de la ley, y d) El trust.

Organización Judicial de 1873 establece que prevalecen las de la equidad sobre el derecho común y los problemas de *trust* son conocidos por una sala especial de la Corte de Justicia.

Se debe destacar *The trust Act* de 1893, ya que contiene compilación de la jurisprudencia sobre la materia y es fuente de consulta.

### 1.3 El Trust Angloamericano

Luego de la reseña historia sobre el trust en Inglaterra, podemos afirmar que esta figura de gran importancia tienen su origen en el fideicomiso romano y derecho anglosajón. Surge en el siglo XX en México, por los contratos existentes entre este país y los Estados Unidos y de allí los latinoamericanos se interesaron por esta figura.

El *trust* y la fiducia tienen similitudes entre sí, como que se encuentran inspirados en el contrato de fiducia, por lo que toman el nombre de negocios fiduciarios y en la transmisión del derecho de propiedad de los bienes fideicomitidos al fiduciario. Las diferencias que se pueden anotar entre estas figuras son: a) el *trust* proviene de una institución vigorosa, profundamente anclada en la cultura anglosajona, cuya influencia salta a la vista en las legislaciones de Latinoamérica, por la simbiosis atrayente para acomodar la figura a sus estructuras de derecho privado y ha sido el aporte más formidable a la cultura jurídica universal; b) la influencia del derecho romano, y debido a que no existe el elemento esencial del trust, que es la doble propiedad, que consiste en la existencia del llamado legal estate o legal *ownership* (propiedad legal), pero también el beneficiario *ownership* o *equitable* estate, que viene a ser algo así como el derecho de uso y disfrute, no se pudo implantar en la legislación latinoamericana, por lo que en nuestros países la propiedad la ostenta una sola persona; c) las severas condenas al *trustees* por el incumplimientos de sus deberes, aunque el fideicomiso impuso serias restricciones de utilización, formación y seguridad frente a embargos o

acreedores; d) en el fideicomiso el propietario absoluto del bien, es el fiduciario con la salvedad de que ejerza el derecho de propiedad de manera temporal y obligación personal frente a los beneficiarios; e) en Latinoamérica interpreta a los negocios fiduciarios como un contrato de compra venta y de garantía; f) el trust tiene numerosos campos de aplicación en el mundo de los negocios, como por ejemplo: el régimen sucesorio, manejo para fines de beneficio o estímulo en la ciencia y en las artes y apoya decisiones de las cortes; y por último, f) para los juristas latinoamericanos la aceptación de relaciones fiduciarias es estrecha y restringida frente a lo comprendido en el derecho anglosajón, ya que esta supone la aplicación de los principios de equidad e implica en la gestión la imparcialidad, justicia, dedicación, fidelidad, franqueza, lealtad y buena fe que se espera en el comportamiento de las personas de bien y de los gestores profesionales en los que se deposita la confianza y, se entiende en una variedad de acepciones regladas entre personas (*intuitu personae*), las mismas que escapan al concepto restringido o propio de la figura.

Por consiguiente, al *trust* se lo define como:

El *Restatement of the law of trust*, de acuerdo con la cual:

*... es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes por la cual la persona que los posee (trustee) está obligado en derecho de equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (cestui que trust). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el trust (settlor).<sup>21</sup>*

Otra sostiene que:

*... la idea fundamental que sustenta el concepto de trust descansa sobre la base esencialmente simple, que consiste en la escisión de un derecho de propiedad por lo que hace a su administración y a su provecho económico; de acuerdo con*

---

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ, citado por SERRANO, p. 24.

*ella, una o varias personas tienen la propiedad de ciertos bienes, los mismos que administran en beneficio de otras o para un fin determinado.*<sup>22</sup>

Mientras al fideicomiso lo definen como:

*“Un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los trasmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario”.*<sup>23</sup>

*Fideicomiso es aquel por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se les transfiere a título de confianza, para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido.*<sup>24</sup>

*Es el acto jurídico por el que se transfiere uno o más bienes a un patrimonio autónomo, mismo que será administrado por una persona jurídica, de acuerdo a las reglas estipuladas en el contrato; y que luego de cumplirse la condición o finalidad establecida por el constituyente (s), se transferirá dicho patrimonio, más lo que haya producido, al beneficiario (s) designado en el acto.*<sup>25</sup>

Panamá fue el primer país en legislar el fideicomiso en 1925 con características propias y su *“fundador de la doctrina latinoamericana del fideicomiso”*<sup>26</sup> fue Ricardo Alfaro, quien definió al fideicomiso como un mandato irrevocable, en virtud del cual se transmite al fiduciario determinados bienes para que disponga

---

<sup>22</sup> POWELL, citado por BATIZA, Op. Cit., p. 45 COPETE, Op. Cit., a su turno, “el tratadista y abogado Arthur Curti dice que “un trust es la obligación de equidad que contrae una persona (trustee) de administrar un bien que le es entregado (trust) por cuenta de un tercero (beneficiario) que tiene el derecho de exigir el cumplimiento de esta obligación”. Para el profesor Jenks, “un trust es una obligación de conciencia voluntariamente aceptada, pero que una vez contraída es exigible ante los tribunales, de conservar y administrar en conciencia bienes ajenos en beneficio de otra u otras personas”.

<sup>23</sup> ALFARO Ricardo José, El fideicomiso, s.e., Imprenta Nacional de Panamá, Panamá, 1920, p. 48.

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ RUIZ Raúl, El fideicomiso y la Organización Contable, Ediciones Contables y Administrativas, s.e., México, 1970, p. 49.

<sup>25</sup> GÓMEZ DE LA TORRE REYES Diego, El Fideicomiso Mercantil, Quito - Ecuador, 1998, Diagramación e Impresión ALBAZUL OFFSET, p. 14.

<sup>26</sup> KIPER, Claudio y LISOPRAWSKI, Silvio. Tratado de fideicomiso. Ed. de Palma, segunda edición 2004, p. 148.

de ellos y de sus productos según la voluntad de quienes los daba, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero, llamado fideicomisario.

#### **1.4 La Convención de la Haya sobre el Trust**

Debido a la importancia y desconocimiento de la Convención de la Haya sobre el trust, considero necesario desarrollar el tema en este trabajo. Resultó un paso lógico la Convención, teniendo en cuenta que convenciones vigentes reconocían, bajo distintas hipótesis, la existencia del domicilio especial para el trust, por ende la inclusión del tema en la agenda de la Conferencia de la Haya de 1984.

La Convención en 1985 fue firmada por los Estados Unidos, Francia y Luxemburgo, pero hasta la actualidad no han ratificado. Suscrita en 1985 y entro en vigor el primer día del tercer mes del calendario, después del depósito del tercer instrumento de ratificación de aceptación o de aprobación prevista en el artículo 30, comienza a regir a partir del primero de enero de 1992, siendo ratificada por Australia, Italia y el Reino Unido. A finales del 2004, adicionalmente ratificaron Canadá, Países Bajos y Malta.

Como fruto de una evolución de varios siglos, han definido perfiles en numerosos temas los países del *common law* (derecho común) y el *civil law* (derecho civil), un buen ejemplo es el *trust*, debido al desarrollo del derecho anglosajón y de los conflictos que en su seno surgieron entre la aplicación del derecho común, por parte de los tribunales ordinarios, y de los principios de equidad, como estudiamos anteriormente en el Derecho Ingles.

Esta gestación condujo al reconocimiento, de dos propiedades respecto de un bien, y la circunstancia, al otro lado, los países del *civil law*, consideran que la propiedad es inequívoca, consolidada y absoluta, por lo que han llegado hacer particularmente difícil el entendimiento de la noción del *trust* y de sus alcances entre los juristas de los países de derecho civil.

Se debe destacar que la Convención no pretende ni tiene por objeto introducir la categoría del *trust* en el derecho interno de los estados que no tienen esta figura, por el contrario los *trust* que hacen en un país que conoce la institución, “*tenga el valor de ... ley uniforme de derecho internacional privado*”<sup>27</sup> y que para aquellos países que no la tienen, constituya una regla de solución de conflictos de las que carece su legislación interna, para que les permita reconocer al *trust* sin poder argumentar lo contrario. Además, reconoce figuras análogas que no tienen el régimen integral del *common law*, como el *Treuhand* alemán, el *bewind* de los Países Bajos, el fideicomiso mexicano o la fiducia mercantil.<sup>28</sup>

En conclusión el Convenio nos permite tender, gracias a la globalización, un puente entre los sistemas del *common law* y el *civil law* en torno al *trust*, reconoce sus perfiles propios, constituye un modelo para aquellos países que quieren adoptar esta figura o su equivalente, y la importancia cardinal de este instrumento, cuya ejecución es aplicable en otros países como ha sido por mucho tiempo, en el derecho anglosajón.

La Convención de la Haya sobre el *trust*, a pesar de su brevedad, se encuentra dividida de la siguiente forma:

---

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ Sergio, Op. Cit., p. 98.

<sup>28</sup> Cfr. KLEIN, Frédéric – Edouaerd. A propos de la Convention de la Haya du 1er juillet 1985 relative á la loi applicable au trust et á sa reconnaissance. Mélanges Piolet, Université de Laussane, Faculté de Droit. Editions Staempfli, Berna, 1990. “En Alemania la fiducia ha resultado como una creación de la doctrina y la jurisprudencia que hoy en día se considera suficientemente consolidada. Fundamentalmente se distingue la fiducia gestión (*verwaltungstreuhandschaften*) y la fiducia de seguridad (*sicherungstrehandschaften*)... La primera, esto es, la fiducia de gestión permite la administración: a) de patrimonio privados, b) de sumas resultantes de una colecta hecha para una finalidad determinada, c) del patrimonio de asociaciones o de fundaciones sin personalidad moral, d) de empresas comerciales o industriales, e) de partes sociales de tales empresas, f) de acciones de personal de ciertas sociedades, g) de derechos de propiedad artística, literaria o industrial y de sumas entregadas en remuneración por la explotación de esos derechos, h) de créditos a otorgar según ciertos criterios, i) de operaciones de factoring, j) de oficinas de miembros de profesiones liberales, k) de fondos de inversión inmobiliaria, etc. ... Es lo mismo en el caso de la fiducia de garantía. Ella versa frecuentemente sea sobre muebles corporales, sea sobre créditos actuales o futuros, sea también sobre títulos hipotecarios”. (p. 478).

- a. Capítulo I – Ámbito de Aplicación
- b. Capítulo II – Ley Aplicable
- c. Capítulo III – Reconocimiento
- d. Capítulo IV – Disposiciones Generales
- e. Capítulo V – Cláusulas Finales

Adicionalmente y bajo la influencia de la Convención de la Haya, se celebró la Convención sobre los efectos internacionales de los trust y de su reconocimiento en julio de 1985, misma que entró en vigor el primero de enero del 1992.

#### **1.4.1 Ámbito de aplicación**

La Convención, expresa que el término “*trust*” se refiere a las relaciones jurídicas creadas – por acto inter vivos o mortis causa- por una persona, el constituyente, mediante la colocación de los bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado; y, especifica las características del *trust*, que es el patrimonio independiente, el *trustee* es el titular de los bienes frente a terceros y el *trustee* tiene facultades administrativas y dispositivas, de cuya utilización debe dar cuentas. En síntesis, es el *trust* propiamente dicho, con las instituciones que, tomadas de sus fuentes, se han incorporado en otros entornos jurídicos y aquellas similares que han desarrollado otros países, siempre que se reconozcan los tres elementos mencionados.

#### **1.4.2 Ley Aplicable**

Se determina que el trust se regirá por la ley elegida por el constituyente, y la elección podrá darse expresa o que resulte de las disposiciones del instrumento por las que se crea, prueba su existencia, interpreta, cuando sea necesario, a la luz de las circunstancias del caso. Y prevé que cuando no se conozca la institución del *trust* o la categoría del *trust* que se trate y no se haya elegido la ley aplicable, el *trust* se regirá por la ley con la que esté más

estrechamente vinculado. Para eso, se tendrá en cuenta, en particular: a) el lugar de administración del *trust* designado por el constituyente; b) el lugar donde se encuentren situados los bienes del *trust*; c) el lugar donde resida o ejerza sus actividades el *trustee*; y, d) los objetos del *trust* y los lugares donde deban cumplirse.

El artículo 8 manifiesta que en los artículos 6 ó 7 se regirá la validez, interpretación, efectos y administración del *trust*. Además, establece los derechos, obligaciones, restricciones, facultades del *trustee* y las relaciones entre el *trustee* y los beneficiarios.

### **1.4.3 Reconocimiento**

El capítulo III se refiere al reconocimiento y los efectos. Será reconocido como *trust* cuando de conformidad con la ley a lo que se refiere el capítulo precedente, e implica como mínimo la separación patrimonial, la titularidad del *trustee* y su capacidad procesal ante notario o cualquier persona que ejerza una función pública. Los efectos citados, han tenido, el cuidado de no caer en el error de reproducir el esquema de propiedad legal y propiedad de equidad del derecho anglosajón, y se debe enfatizar en que el *trust* no es una persona jurídica.

El *trustee* podrá solicitar el registro de un bien mueble o inmueble, o un título relativo al mismo, en la que ponga de manifiesto la existencia del *trust* y su calidad de *trustee*, siempre que ello no lo prohíba la ley del Estado en que haya de tener lugar la inscripción o sea incompatible con dicha ley. Ningún Estado estará obligado a reconocer un *trust* cuyos elementos significativos (el lugar de ubicación del *trust*, la residencia del constituyente o del beneficiario, su nacionalidad), excepto la elección de la ley aplicable, el lugar de administración y la residencia habitual del *trustee*, estén vinculados más estrechamente con Estados que desconozcan la institución del *trust* o la clase de *trust* de que se trate. Y, no implica favoritismo entre leyes.

#### 1.4.4 Disposiciones generales

Dice la Convención, que una manifestación de voluntad puede derogar disposiciones que tengan que aplicarse según las reglas del conflicto del foro, especialmente sobre los siguientes temas: a) la protección de los menores e incapaces; b) los efectos personales y patrimoniales del matrimonio; c) los derechos de sucesión testada e intestada y, en particular, las porciones de bienes de que el testador no pueda disponer; d) la transmisión del dominio y de las garantías reales; e) la protección de los acreedores en caso de insolvencia; f) la protección, a otros respecto, de terceros de buena fe. Advirtiéndose, que cuando las disposiciones son obstáculo para reconocer el *trust*, el juez se esforzará por darle efectos a sus objetivos a través de otros medios jurídicos, para que este tenga la finalidad y no se frustre.

La Convención tiene la obligación de no atentar contra las disposiciones de la ley de foro cuando su aplicación fuere manifiestamente incompatible con el orden público, la competencia en materia fiscal de los Estados y los instrumentos internacionales que sean parte o lleguen a ser parte del Estado contratante; deberán, ampliar las disposiciones al *trust* creado por decisión judicial.

Podrá hacerse tres reservas, a saber: a) cuando se declara por una reserva que no se aplicará el segundo párrafo del artículo 16, según el cual, a título excepcional podría darse efectos a reglas de la misma naturaleza de otro Estado que presente, con el objeto del litigio, un lazo suficientemente estrecho; b) cualquier Estado, a su turno, podrá reservarse el derecho de no aplicar las disposiciones del capítulo tercero sobre reconocimiento sino aquellos *trust* cuya validez esté regida por la ley de un Estado contratante (Art. 21); y, c) cualquier estado podrá reservarse el derecho de no aplicar la Convención a un *trust* creado antes de la fecha de entrada en vigor de la Convención para este Estado (Art. 22).

#### **1.4.5 Cláusulas finales**

Establece que en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, o en el de una declaración hecha en virtud del artículo 29, cualquier Estado podrá formular las reservas expresamente previstas en los artículos 16, 21 y 22. Cuando un Estado se retira, la reserva dejará de surtir efecto el día uno del tercer mes siguiente a la notificación del retiro.

## CAPÍTULO II

### 2 LA FIDUCIA EN ECUADOR

#### 2.1 Concepto

Etimológicamente el término fideicomiso proviene de dos raíces Latinas, a saber:

1. *Fides*, equivalente a fidelidad, fe, lealtad, palabras sinónimas que significa según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: "... confianza. Crédito que se presta a las cosas por razón de la autoridad de quien las dice. Promesa solemne. Seguridad de que algo es cierto. Exactitud en la ejecución de una cosa. Ser leal, legal, que guarda la debida fidelidad, incapaz de traicionar."; y,
2. *Comissus*, que traducido al español, significa comisión o encargo, y según el Diccionario equivale a: "orden y facultad que una persona da por escrito a otra para que realice un asunto". "Encomendar, cuidar, tomar responsabilidad de algo". "Encomendar, poner una cosa al cuidado de uno".

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

Para intentar definir lo que es el contrato de fideicomiso mercantil y los negocios fiduciarios, primero debemos ubicarnos en el marco legal.

El artículo 1454 del Código Civil, define al contrato vinculándolo con la obligación, de la siguiente manera:

*“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”.*<sup>29</sup>

En el mismo cuerpo citado, se determina:

*Artículo 748.- Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición.*

*La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso.*

*Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria.*<sup>30</sup>

La Codificación de la Ley de Mercado de Valores en su artículo 109 define al fideicomiso, de la siguiente manera:

*Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.*<sup>31</sup>

Además, el mismo artículo en mención, define al patrimonio autónomo y sus características, al señalar:

*El patrimonio autónomo, esto es el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, también se denomina fideicomiso mercantil; así, cada fideicomiso mercantil tendrá una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato a*

---

<sup>29</sup> Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005.

<sup>30</sup> Ídem.

<sup>31</sup> Registro Oficial Suplementario 215, 22 de febrero del 2006.

*efectos de distinguirlo de otros que mantenga el fiduciario con ocasión de su actividad.*

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

*El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato.<sup>32</sup>*

Es importante mencionar bajo este subtítulo, la definición de negocio fiduciario que da la Ley de Mercado de Valores y dice:

*Artículo 112.- Negocios fiduciarios son aquéllos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos para que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del constituyente o de un tercero. Si hay transferencia de la propiedad de los bienes el fideicomiso se denominará mercantil, particular que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los que sólo existe la mera entrega de los bienes.<sup>33</sup>*

La Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores 8, Título V Negocios Fiduciarios, Capítulo I Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario, señala en su artículo primero la diferencia en la conformación del negocio fiduciario, al decir:

- “1. Fideicomiso mercantil.- El contrato de fideicomiso mercantil se otorga mediante la suscripción de escritura pública.
2. Encargo fiduciario.- Los contratos de encargo fiduciario podrán otorgarse por instrumento público o privado.”<sup>34</sup>

Los encargos fiduciarios se encuentran claramente definidos por la Ley y dice:

---

<sup>32</sup> Ídem.

<sup>33</sup> Ídem.

<sup>34</sup> Registro Oficial Suplemento 1, 08 de marzo del 2007.

*Art.- 114.- Encargo fiduciario.- Llámase encargo fiduciario al contrato escrito y expreso por el cual una persona llamada constituyente instruye a otra llamada fiduciario, para que de manera irrevocable, con carácter temporal y por cuenta de aquél, cumpla diversas finalidades, tales como de gestión, inversión, tenencia o guarda, enajenación, disposición en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.*

*En este contrato se presentan los elementos subjetivos del contrato de fideicomiso mercantil, pero a diferencia de éste no existe transferencia de bienes de parte del constituyente que conserva la propiedad de los mismos y únicamente los destina al cumplimiento de finalidades instituidas de manera irrevocable. Consecuentemente, en los encargos fiduciarios, no se configura persona jurídica alguna.*

*Cuando por un encargo fiduciario se hayan entregado bienes al fiduciario, éste se obliga a mantenerlos separados de sus bienes propios así como de los fideicomisos mercantiles o de los encargos fiduciarios que mantenga por su actividad, aplicando los criterios relativos a la tenencia y administración diligente de bienes de terceros.*

*Son aplicables a los encargos fiduciarios el artículo 1464 del Código Civil y los artículos 2035, 2045, 2046, 2047, 2048, 2050, 2052, 2054, 2064, 2066, 2067, numerales 1, 2, 5, 6 y 7, 2072, 2073, 2074 del Título XXVII del Código Civil referentes al mandato y las normas de la Comisión Mercantil previstas en el Código de Comercio y, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en la presente Ley.*

*Quedan prohibidos los encargos fiduciarios y fideicomisos mercantiles secretos, esto es aquellos que no tengan prueba escrita y expresa respecto de la finalidad pretendida por el constituyente en virtud del contrato, sin perjuicio de la obligación de reserva del fiduciario en atención a características puntuales de determinadas finalidades así como a los negocios finales de estos contratos.<sup>35</sup>*

En este punto, hay que hacer una distinción entre los negocios puros e impuros, como algunos juristas los clasifican, con el propósito de que no existan abusos por parte del fiduciario y que por la inoponibilidad a terceros los bienes se puedan perder, por las acciones que propongan los acreedores. Los negocios impuros son aquellos en los que existe una regulación que permite a las parte, fideicomitente si los conserva y a los beneficiarios, ejercer acciones concretas para tutelar sus derechos y poder defenderse en torno a su

---

<sup>35</sup> Registro Oficial Suplementario 215, 22 de febrero del 2006.

celebración.<sup>36</sup> En tanto, que nos referimos y con el antecedente de la fiducia romana, a los negocios puros cuyo cumplimiento depende tan solo de la obligación personal del fiduciario, surge de la autonomía de la voluntad privada y se encuentra basada en la exclusiva confianza entre las partes.<sup>37</sup>

Retomando el tema de los fideicomisos, luego de citar las leyes que regulan al fideicomiso y como vimos en el primer capítulo las definiciones de ilustres autores, y a manera de ensayo nosotros daremos nuestra definición: El fideicomiso o la fiducia mercantil es el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren irrevocablemente uno o más bienes a un patrimonio autónomo para que una persona, llamada fiduciario, con el encargo de que los administre o enajene por un tiempo determinado o mediante el cumplimiento de una condición y que, con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero. A su vez, el fiduciario debe ser remunerado y puede renunciar a su encargo por disposiciones contractuales y legales.

Cabe indicar que la naturaleza del contrato, señala que el contrato en mención es bilateral, conmutativo, principal, real, solemne, nominado, típico y de tracto sucesivo.

---

<sup>36</sup> Cfr. GALGANO, Francesco. El negocio Jurídico. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1992. "Entre los dos fenómenos no existe un nexo de necesaria causalidad: la propiedad fiduciaria, en los escasos supuestos en los que resulta admisible en nuestro sistema, no nace necesariamente de un contrato fiduciario; de otra parte, el contrato fiduciario no produce, por lo general, el efecto constitutivo de una propiedad fiduciaria. En sentido técnico sólo se puede hablar de propiedad fiduciaria cuando la carga de destinar el bien al servicio de un interés ajeno presenta el carácter de carga real, como en el caso del trust en el common law; el bien se encontrara sustraído de la acción ejecutiva de los acreedores personales del propietario fiduciario, y la carga será oponible a los terceros que traigan causa del propietario fiduciario, etc. De este modo la propiedad fiduciaria da la vida a una dualidad de relaciones de propiedad sobre un mismo bien; la propiedad de derecho común coexiste con una propiedad distinta de contenido mucho más reducido. En sentido técnico no se puede hablar, en cambio, de propiedad fiduciaria cuando la carga de destino del bien al servicio de un interés ajeno sea objeto de una relación puramente obligatoria entre el titular del interés y el propietario del bien como tal inoponibilidad a los terceros acreedores del propietario y a sus causahabientes". (p. 442).

<sup>37</sup> Cfr. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. El Negocio fiduciario en la legislación bancaria. pp. 39 y ss. NAVARRO, Mariano, Op. Cit., pp. 121 y ss. KIPER, Cludio M y LISOPRAWSKI Silvio V. Tratato de fideicomiso. Ed. Lexis Nexis De Palma. Buenos Aires. 2003. "Bien dice Guastavino cuando afirma que la situación de peligro es el nervio del negocio fiduciario. Sobre todo en aquellos países donde no está legislado". (p. 16).

## 2.2 Objeto lícito y causa lícita

Según el artículo 1461 del Código Civil, Libro IV De Las Obligaciones en General y De Los Contratos, Título II De Los Actos y Declaración De Voluntad, al referirse al acto jurídico o declaración de voluntad dice que es necesario para que una persona se obligue para con otra:

1. Que sea legalmente capaz: La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de la otra.
2. Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio: Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo.
3. Que recaiga sobre un objeto lícito: en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano, es decir, contrarias a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia o perjudiquen a terceros; y,
4. Que tenga una causa lícita: hay causa ilícita cuando es prohibida por la Ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Al referirnos al objeto lícito y causa lícita, entramos en los elementos de la esencia del acto jurídico. Tomando como antecedente lo impartido en clases de Derecho Civil, debo indicar que el objeto lícito constituye el conjunto de derechos que se crean, modifican o extinguen en virtud del acto jurídico. Debemos evidenciar tres condiciones importantes en cuanto requisito esencial: a) debe existir; b) debe ser posible; y, c) debe ser determinado o determinable, es decir susceptible de cuantificar o de medir.

En la práctica significa, que se puede transferir bienes corporales e incorporales, tanto muebles como inmuebles, siempre que estos sean singulares, es decir, está prohibida la transferencia de universalidades.

El contrato está en íntima relación con la causa, que es la captación del hecho económico, para otorgarle forma jurídica y enmarcarlo dentro de la teología social, regulando así el acceso a los bienes y servicios para satisfacer necesidades de consumo o insumo social. En otras palabras y para mejor comprensión, es la realidad social susceptible de ser atrapada por el negocio jurídico patrimonial.

Lorenz diferencia entre el objeto inmediato y el objeto mediato, los mismos que facilitan la comprensión del tema:

“El objeto inmediato es aquello sobre lo que accede o se somete al consentimiento (la disponibilidad contractual) y en cambio, el objeto mediato es el contenido de aquel objeto”.<sup>38</sup>

Al referirse al objeto del contrato de fideicomiso, Carlos Alberto Chersi dice literalmente:

*... el objeto inmediato es la entrega de la propiedad de un bien para ser administrado a título de propietario y allí debe hacerse mérito adecuado de la licitud del objeto contractual; en tanto el objeto mediato pueden ser toda clase de bienes o derechos.*<sup>39</sup>

Con relación a la causa lícita, esta es de difícil conceptualización y de hecho los doctrinarios no tienen una definición unitaria y clásica respecto de este elemento esencial de los actos jurídicos. Sin embargo, se lo debe entender como el motivo finalista que persigue el acto jurídico.

Al respecto, Carlos Alberto Chersi, entiende la causa como motivo determinante, sosteniendo que está radicada en la búsqueda de una gestión de confianza plena respecto de un bien determinado, procurando un beneficio al

---

<sup>38</sup> CHERSI. Carlos Alberto. Contrato civil y comerciales. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Tomo 1. pp. 30 y ss.

<sup>39</sup> CHERSI. Carlos Alberto. Contrato civil y comerciales. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Tomo 2. pp. 216 y ss.

constituyente o para un tercero. Este interés puede ser variable, según se pretende asegurar el cumplimiento de una obligación, desentenderse de una administración, obtener una renta derivada de la explotación de aquel patrimonio, o cualquier otro que impulse al fideicomitente a transmitir la propiedad en la confianza de un encargo.<sup>40</sup>

## 2.3 Elementos

Con todo lo expuesto anteriormente, nos limitaremos al estudio de su estructura y funcionamiento de los negocios fiduciarios, en los que existen elementos personales y patrimoniales. En los elementos personales de la figura tenemos al constituyente o fideicomitente, fiduciario y el fideicomisario o beneficiario; y, en los patrimoniales encontramos que está formado por un conjunto de bienes independientes (patrimonio autónomo) y se afectan a un fin determinado de conformidad con el contrato fiduciario.

### 2.3.1 Elementos personales

El **fideicomitente o constituyente** es la persona que forma un fideicomiso, por una manifestación expresa de su voluntad. Toda persona capaz de disponer de sus bienes puede ser fideicomitente y los incapaces podrán actuar a través de sus representantes legales, al igual que las personas jurídicas. Es quien transfiere los bienes al fiduciario y se pueden constituir en beneficiarios a su vez del fideicomiso. El fideicomitente puede ser uno o varias personas. Se encuentra también definido en el artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores, el mismo que afirma:

*Pueden actuar como constituyentes de fideicomisos mercantiles las personas naturales o jurídicas, privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, quienes transferirán el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil.*

---

<sup>40</sup> Cfr. CHERSI. Carlos Alberto. Op. Cit. Contrato civil y comerciales. Tomo 2. p. 221.

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

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

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

*Cuando un tercero distinto del constituyente se adhiere y acepta las disposiciones previstas en un contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios se lo denominará constituyente adherente. Cabe la adhesión en los contratos en los que se haya establecido esa posibilidad.<sup>41</sup>*

El **fiduciario** es la sociedad fiduciaria o el establecimiento de crédito facultado por la Superintendencia de Bancos y Seguros, para desarrollar negocios fiduciarios, que reciba en propiedad los bienes transferidos para administrarlos o manejarlos de acuerdo con el cargo fiduciario y las normas que obligan a este tipo de entidades. Al respecto, manifiesta el artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores que:

*De las entidades autorizadas.- Las entidades del sector público podrán actuar como fiduciarios de conformidad con lo previsto en sus propias leyes.*

*En sujeción a las disposiciones legales, contenidas en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, para que la administradora de fondos y fideicomisos sea considerada como parte de un grupo financiero, empresarial o empresas vinculadas, cualquier persona natural o jurídica perteneciente a los grupos o empresas antes citados, deberá poseer, directa o indirectamente al menos el quince por ciento de las acciones con derecho a voto. Sin embargo, el grupo financiero o empresarial, las empresas vinculadas y sus integrantes podrán participar de otras administradoras de fondos y fideicomisos, siempre y cuando su participación sea inferior al diez por ciento en conjunto.<sup>42</sup>*

Y por último, el **fideicomisario o fideicomisario o beneficiario** es la persona en cuyo beneficio se realiza el negocio, y en caso de haberse establecido así en acto constitutivo, éste puede ser el propio constituyente, quien recibirá los

---

<sup>41</sup> Registro Oficial Suplementario 215, del 22 de febrero del 2006.

<sup>42</sup> Registro Oficial Suplementario 215, del 22 de febrero del 2006.

bienes al término del fideicomiso. El artículo 116 de la Ley de Mercado de Valores, manifiesta sobre los beneficiarios:

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

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

*Queda expresamente prohibido la constitución de un fideicomiso mercantil en el que se designe como beneficiario principal o sustituto al propio fiduciario, sus administradores, representantes legales, o sus empresas vinculadas.<sup>43</sup>*

### **2.3.2 Elementos Patrimoniales**

Vimos anteriormente en este mismo capítulo lo que dice la Ley de Mercado de Valores al referirse del patrimonio autónomo, sin embargo por la importancia de este tema vamos a extender la información, en virtud de constituirse en elemento esencial.

En términos generales, se entiende por patrimonio el “conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas pertenecientes a una persona que tenga una utilidad económica y sean susceptibles de estimación pecuniaria”.<sup>44</sup>

Sobre el patrimonio existen dos teorías, la primera denominada teoría subjetiva clásica que ve al patrimonio como el reflejo directo de la personalidad y permite comprender como noción abstracta los derechos y las obligaciones en un

---

<sup>43</sup> Ídem.

<sup>44</sup> RUGGIERO, citado por el “Diccionario de Derecho Privado”. Ed. Labor, Barcelona, 1967.

sujeto existente en un momento dado, como la aptitud de adquirir por los primeros o contraer por los segundos. Se tiene una universalidad jurídica directamente emanada de la personalidad cuyo contenido es potencial. En síntesis, toda persona tiene un patrimonio que es inseparable, *inembargable*<sup>45</sup> e inalienable.

La segunda, llamada la teoría objetiva o económica la misma que considera como una individualidad jurídica propia y como una afectación de una cierta cantidad de riqueza a un fin determinado, que conoce la sociedad y jurídicamente se encuentra protegida por el Estado. De este modo se explican los patrimonios especiales en cabeza de una persona y que coexiste con el patrimonio general, por lo que constituye excepción de la afirmación según la cual la persona no puede tener más de un patrimonio y de los denominados autónomos o separados que tienen relevancia jurídica en sí mismos considerados, sin requerir del elemento personal de la teoría subjetiva.

Del concepto de patrimonio se incluyen todos los derechos de contenido pecuniarios en su clasificación tradicional más extensa, en la misma que no se encuentran integrados, por su naturaleza, los derechos personalísimos, familiares o políticos.

La Ley de Mercado de Valores, inspirada en la teoría de la afectación, considera los bienes recibidos en fideicomiso como un patrimonio autónomo destinado esencialmente a la búsqueda de una finalidad, en términos que no pueda confundirse con los bienes propios del fiduciario ni con los otros patrimonios autónomos que administre el fiduciario. Lo visto anteriormente, se traduce en varias notas características:

---

<sup>45</sup> Concordancia con el artículo 121 y 118 de la Ley de Mercado de Valores, que en conclusión los bienes constituidos en patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil no pueden ser objeto de la implementación de medidas precautelares o de ejecución por parte de los intervinientes en dicha figura, puesto que el patrimonio tiene las condiciones de autónomo, individualizado e independiente.

### **2.3.2.1 Bienes separados del resto de activos**

La separación es jurídica, pero debe ante todo reflejarse en el registro contable, que los bienes no formen parte de los activos o pasivos de la sociedad fiduciaria ni de aquellas correspondientes a otro fideicomiso en cabeza de la entidad, por lo que en cualquier momento se los identifica de manera inequívoca. Esta característica se extiende a los meros encargos fiduciarios.<sup>46</sup>

### **2.3.2.2 Excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario**

El principio general aceptado, determina que el patrimonio de un deudor constituyente prenda general a favor de sus acreedores. Como consecuencia y como antecedente histórico, uno de los riesgos que se encontraba tanto en Roma como en la Gran Bretaña, estuvo ligado a la posibilidad de que el dueño, por causa de la transmisión fiduciaria, dispusiera absolutamente del bien, fuese perseguido por sus acreedores y que contuviese defensa eficaz alguna en este último evento, por parte de los demandados. Actualmente, la característica derivada del reconocimiento de la independencia de los bienes, determina que se aplicara tanto a los bienes recibidos al momento de la constitución del fideicomiso como cuando se ingrese nuevos bienes, que ellos no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciario, a pesar de que aparezca como titular de los mismos. En conclusión, no hay riesgo ni para el fiduciante ni para los beneficiarios, pues las vicisitudes económicas que pueda sufrir la entidad fiduciaria no comprometerán la suerte de los bienes recibidos en fideicomiso.

---

<sup>46</sup> Cfr. Ley de Mercado de Valores. Art. 136.

### 2.3.2.3 Excluidos de las garantías generales de los acreedores del fiduciante

#### 2.3.2.3.1 La regla general y la mala fe

La regla general determina que la transferencia de los bienes realizada por el constituyente, al colocarlos en un patrimonio autónomo, impide a sus acreedores perseguirlos, con excepción, si en cierta manera desmejora o morigerara el alcance del principio, se explica para evitar el fraude, abuso de confianza, estafa, peculado (en caso de bienes públicos) o acuerdo malicioso.<sup>47</sup>

La mala fe no puede fundar derecho alguno, es lógico que los negocios realizados con el propósito de burlar los derechos del acreedor puedan ser atacables, tanto por vía civil como por vía penal, dependiendo de la tipificación que tenga cada conducta. Por lo tanto es importante presentar la nulidad del contrato de fideicomiso, o demandar vía judicial antes de la prescripción de dicha acción; y, adicionalmente debería existir un tiempo razonable para la oposición de la constitución del fideicomiso.

#### 2.3.2.3.2 Los acreedores anteriores al negocio

Los acreedores del fiduciante anteriores a la constitución del fideicomiso podrán plantear o interponer la *acción paulatina*<sup>48</sup>, es decir, un acreedor anterior, dotado de un título ejecutivo, podía perseguir los bienes en un proceso

---

<sup>47</sup> Cfr. CAICEDO, T. Danilo, Cosa Juzgada, Departamento de Investigaciones Jurídicas, Ediciones Legales, [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rgUS5c46J-EJ:www.derechoecuador.com/index.php%3Foption%3Dcom\\_content%26task%3Dview%26id%3D4457%26Itemid%3D426+delito+colusorio&cd=2&hl=es&ct=clnk](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rgUS5c46J-EJ:www.derechoecuador.com/index.php%3Foption%3Dcom_content%26task%3Dview%26id%3D4457%26Itemid%3D426+delito+colusorio&cd=2&hl=es&ct=clnk), 29 de abril de 2010. El delito colusorio es el acuerdo doloso o convenio fraudulento entre dos o más personas, que produce a un tercero una afectación verificable y real que además de patrimonial puede consistir también en afectación de cualesquier derecho civil.

<sup>48</sup> DICCIONARIO JURÍDICO, <http://www.lexjuridica.com/diccionario.php>, 29 de abril de 2010. Lo que se concede al acreedor para impugnar los actos que el deudor haya podido realizar en fraude de su derecho.

de esa naturaleza, con lo que el negocio quedaría completamente expuesto y por lo tanto siendo una causal de terminación del mismo.

En lo que establece el Laudo Leasing Mundial vs. Fiduciaria FES, árbitros Jorge Suescún Melo, Antonio Aljure Salame, Jorge Cubides Camacho, del 26 de agosto de 1997<sup>49</sup>, el contrato por su naturaleza es ley para las partes, *pacta sunt servanda*, hace ver como el potencial ataque de un acreedor anterior debe enderezarse contra el fideicomitente y el fideicomiso, y no contra los bienes que forma parte el patrimonio autónomo, estableciendo el daño sufrido, sin que se requiera prueba del acuerdo fraudulento alguno a la fiduciaria, con lo que surge una diferencia abismal con la acción paulatina.

#### **2.3.2.3.3 Su relación con el régimen sucesorio**

Los fideicomisos por su gran amplitud, pueden constituirse para que responda a los acreedores de la herencia, *fideicomiso testamentario*<sup>50</sup>, bajo el entendimiento implícito que pueden verse afectadas las legítimas.<sup>51</sup> Esto sucede cuando existe un régimen de herederos forzosos que no pueden ser desmejorados en la parte que les corresponde legalmente.

#### **2.3.2.3.4 importancia práctica**

Para entender e ilustrar con un ejemplo, nos pondremos en el caso de un acomodado hombre de negocios que trabaja en una actividad de alto riesgo lícita, quien para evitar comprometer los bienes en el futuro, transfiere una

---

<sup>49</sup> RODRÍGUEZ, Sergio. Citado por el Laudo Leasing Mundial vs. Fiduciaria FES, que se aparta de esta posición. Arbitros Jorge Suescún Melo, Antonio Aljure, Jorge Cubides Camacho. 26 de agosto de 1997. Op. Cit., p. 203.

<sup>50</sup> MORA VINTIMILLA, Pedro Agustín. El fideicomiso mercantil y su utilidad práctica. p. 47. "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 adquiera la importancia que deriva de su utilidad práctica".

<sup>51</sup> Cfr. Artículo 1204 del Código Civil: Legítima es la cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a los legitimarios.

Los legitimarios son, por consiguiente, herederos.

parte a la entidad fiduciaria, con el fin de constituir una reserva y así reservarse derechos en el negocio. Recibir los bienes o lo que queden de ellos al finalizar el negocio, y obtener un mecanismo de limitación del riesgo.

#### **2.3.2.4 Excluidos de la garantía general de los acreedores del fideicomisario**

Si el fideicomisario que no es propietario y posee una expectativa sobre la transmisión de los bienes y/o recibe sus frutos en forma periódica, debido a que tiene un derecho, los acreedores podrán solicitar el embargo de los frutos producidos por ellos a los que estén destinados. En este supuesto, por tratarse de derechos patrimoniales en cabeza del fideicomisario, este responde por las acreencias a favor de terceros.

#### **2.3.2.5 Garantizan las obligaciones contraídas para cumplir el fin**

Es posible contraer obligaciones para la obtención de la finalidad establecida en el acto constitutivo, ya que el fideicomiso goza de todas las facultades legales necesarias para llevar a bien el encargo fiduciario, siempre que no se haya reservado el fiduciario la facultad o que contravengan a la ley. Pero en el caso que hubiera la fiducia adquirido obligaciones con terceros, legalmente estarán respaldadas por los bienes fideicomitados, sin perjuicio de la responsabilidad que los interesados pudieren deducirle más tarde al fiduciario, en caso de extralimitación en sus funciones o de la adopción de conductas censurables, a las cuales pudiera imputarse el incumplimiento de las obligaciones y las consecuencias negativas sobre los bienes.<sup>52</sup>

Un problema práctico es la falta de comunicación del patrimonio a las terceras personas, debido que el registro público no se conoce verazmente sobre el estado patrimonial del fideicomiso. Por lo que constituye en doble riesgo, por

---

<sup>52</sup> Cfr. Código de Comercio. Art. 1245.

un lado que el contratista ignore que el fiduciario actúa como tal, esto es, en nombre e interés del fideicomiso; y por otro lado, que no conozca la realidad patrimonial del fideicomiso, por lo que se llama a engaños, existencia de conflictos, demandan la responsabilidad del fiduciario al calificar de negligente su silencio o de insuficiente la información recibida sobre el particular.

### **2.3.2.6 Deben transferirse a quien corresponda o retornar al fideicomitente**

Al término del fideicomiso los bienes deben retornar al fideicomitente o a sus herederos, si otra cosa no se ha establecido en el contrato, por regla general, en ningún momento podrá ser dueño el fiduciario. Cabe recalcar, que el tiempo de duración del fideicomiso es de 80 años o cuando se haya cumplido la finalidad buscada.<sup>53</sup>

### **2.3.2.7 Obligación de tributar a favor del fisco**

El Impuesto a la Renta, normalmente se calcula como un porcentaje variable de los ingresos de las personas físicas o jurídicas sujetas al impuesto, en otras palabras, es una utilidad de las personas, empresas, sucesiones indivisas u otras entidades legales.

La tarifa del Impuesto a la Renta de personas naturales o sucesiones indivisas, al tratarse de los beneficios obtenidos por los fideicomisos mercantiles distribuidas a favor de personas naturales residentes en el país, forman parte de su renta global, teniendo derecho a utilizarla como crédito tributario, el mismo impuesto pagado por las sociedades no podrá ser del 25% o 15% a la tarifa impositiva, este último en caso de reinversión, sobre la base imponible.<sup>54</sup>

Sobre los beneficios obtenidos del fideicomiso mercantil, que constituyan renta gravada, se realizara la retención del 2% en la fuente, según la Resolución del

---

<sup>53</sup> Cfr. Ley de Mercado de Valores. Art. 134.

<sup>54</sup> Cfr. Artículo 36 numeral e de la Ley de Régimen Tributario Interno.

SRI No. NAC-DGER2008-0512, publicada en el Registro Oficial Suplementario No. 325 de fecha 28 de abril del 2008, en la cual se reformó los porcentajes de retención en la fuente del Impuesto a la Renta.

Desde la publicación en el Registro Oficial Suplemento 463, del 17 de noviembre de 2004, de la Ley de Régimen Tributario Interno, codificación, están exentos del pago del Impuesto a la Renta las ganancias de capital, utilidades, beneficios o rendimientos distribuidos por los fideicomisos mercantiles a sus beneficiarios, siempre que estos hubieren cumplido con sus obligaciones como sujetos pasivos satisfaciendo el Impuesto a la Renta correspondiente.<sup>55</sup>

### **2.3.2.8 Normas sobre competencia**

Las fiduciarias ya no tienen únicamente el derecho a competir, sino la obligación de hacerlo. El Derecho a la Competencia leal tiene por objeto eliminar las prácticas consideradas como “desleales”, buscando promover una forma leal de competencia en los mercados, y así evitar los efectos negativos que puede producir una rivalidad excesiva entre las distintas fiduciarias. En consecuencia, la finalidad del Derecho a la Competencia está enfocada en los objetivos a alcanzar por parte del Estado, por lo cual la protección de las normas *antitrust* es la protección de la competencia misma; y, por otra parte, la función del Estado es el de encaminar la economía.

El Derecho a la Competencia se desemboca en dos ramas fundamentales, que son: a) el Derecho contra la limitación de la competencia o “derecho *antitrust*”, el mismo que garantiza la existencia y libertad de competir; y, b) el Derecho contra la competencia desleal, mientras que este preserva la calidad de competencia.

---

<sup>55</sup> Cfr. Artículo 9 numeral 15 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

### 2.3.3 Otros elementos que se encuentran en la Ley

Adicionalmente, la Codificación de las Resoluciones del Consejo Nacional de Valores 8, en el Título V Negocios Fiduciarios, Capítulo I Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario, establece otros elementos:

*Art.4.- Elementos fundamentales de los contratos de negocios fiduciarios.- Tanto los contratos de fideicomiso mercantil como los de encargos fiduciarios, cuando corresponda, deberán estipular, además de los requisitos señalados en la Ley de Mercado de Valores, lo siguiente:*

*1. Objeto y finalidad del negocio fiduciario: se debe determinar expresamente en todos los negocios fiduciarios, la finalidad que persigue con el contrato que se celebra.*

*Además, deberá señalarse expresamente si éste es de administración, de garantía, de inmobiliario, de inversión u otro.*

*2. Instrucciones: comprenderá las gestiones o actividades específicas que debe realizar la fiduciaria, conducentes a cumplir con la finalidad del negocio fiduciario, haciendo una enunciación clara y completa de las mismas y la forma cómo se llevarán a cabo dichas instrucciones, según el tipo de negocio fiduciario a celebrarse.*

*3. Información de los intervinientes: el contrato de negocio fiduciario debe contener la identificación, la nacionalidad, el estado civil, domicilio y la condición en que comparecen las partes.*

*4. Bienes: deben detallarse las características y las condiciones de cada uno de los bienes que el constituyente transfiere o se compromete a transferir, para el caso de fideicomiso; o a entregar, tratándose de encargo fiduciario.*

*5. Obligaciones y derechos de las partes contratantes: se determinarán las obligaciones y derechos de la fiduciaria, fideicomitente y beneficiario, así como de cualquier otra parte que pueda comparecer en la celebración del contrato. En todo caso, las limitaciones o restricciones a tales derechos y obligaciones, deberán convenirse con arreglo a lo establecido en la Ley de Mercado de Valores y en este capítulo.*

*6. Remuneración: se expresará claramente los valores o la forma de calcular la remuneración que percibirá la fiduciaria por su gestión, así como la forma, fuente de pago y oportunidad en que la misma será liquidada y cobrada.*

*7. Transferencia de activos a la terminación del contrato de fideicomiso: deberá señalarse la forma como se transferirán los activos del fideicomiso que existan al momento en que ocurra cualquiera de las causales de la terminación del contrato, previstas en el mismo o en la Ley, indicando las circunstancias que resulten pertinentes para el efecto, así como, la forma como se atenderán las obligaciones generadas en el negocio, cuando a ello haya lugar.*

*En el contrato podrá establecerse que, cuando en la liquidación del mismo no haya sido factible la entrega de los bienes al beneficiario, éstos serán consignados judicialmente, conjuntamente con la rendición final de cuentas.*

*8. Organos del negocio fiduciario: en caso de que, para la toma de decisiones, se contemplen juntas, comités u otros cuerpos colegiados deberán señalarse sus atribuciones y forma de integración. La designación de las personas que los conforman, deberá hacerse con base a lo que contemple el contrato.*

*Las resoluciones adoptadas por los órganos de decisión no podrán alterar, ni en todo ni en parte, el objeto o la finalidad del contrato.*

*Corresponde a la fiduciaria mantener el archivo de los documentos en el que consten las resoluciones adoptadas por dichos órganos.*

*9. Emisión de valores en procesos de titularización: el contrato de fideicomiso mercantil puede establecer la forma por la cual el fideicomiso mercantil emitirá valores en procesos de titularización, de conformidad con lo establecido en el Título XVI de la Ley de Mercado de Valores y esta codificación.*

*10. Gastos: deberán señalarse expresamente los gastos que estarán a cargo del negocio fiduciario, particularmente aquellos que no correspondan a la operación normal del mismo, así como aquellos que serán asumidos por una o más de las partes que intervienen en el negocio fiduciario.*

*11. Rendición de cuentas: en el contrato deben establecerse los parámetros, forma y periodicidad a los cuales debe sujetarse la rendición, siendo entendido que esta obligación comporta el deber de informar, de manera detallada y pormenorizada, al constituyente, al constituyente adherente y al beneficiario, de la gestión encomendada durante el respectivo período, justificando y demostrando con medios idóneos el cumplimiento de dicha labor, para lo cual debe indicar los sustentos que documentan la información presentada.*

*En el contrato debe establecerse la periodicidad de la rendición de cuentas al constituyente y al beneficiario.*

*12. Reformas al contrato: en los contratos de negocios fiduciarios debe señalarse el procedimiento para reformar el contrato señalando quiénes deben intervenir para su reforma.*

*13. Exclusión de responsabilidad de la Superintendencia de Compañías: en todo contrato de negocio fiduciario deberá constar la mención expresa de que este acto no implica, por parte de la Superintendencia de Compañías ni de los miembros del Consejo Nacional de Valores, responsabilidad alguna ni garantía sobre el cumplimiento del objetivo y finalidad del contrato.<sup>56</sup>*

---

<sup>56</sup> Registro Oficial Suplemento 1 del 8 de marzo de 2007.

## **2.4 Clases**

### **2.4.1 Fideicomiso de Administración**

En virtud de la naturaleza del fideicomiso, permite un rango de actividades desde la administración y gestión simple, hasta una compleja estructura, que recaen sobre los bienes inmuebles. La administración y gestión simple, conlleva a la realización de actividades tales como, mantener la propiedad de bienes y derechos; y, la administración y gestión más compleja, permite la realización de diversas actividades productivas.

En la Codificación de la Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, Título V, define al fideicomiso de administración como:

“Se entiende por fideicomiso de administración, al contrato en virtud del cual se transfiere bienes muebles o inmuebles al patrimonio autónomo, para que la fiduciaria los administre y cumpla las instituidas en el mismo”.<sup>57</sup>

### **2.4.2 Fideicomiso de Inversión**

Se entiende por Fideicomiso de Inversión aquella actividad en la cual las entidades reciben sumas de dinero o títulos valor de sus clientes y las destinan a la adquisición títulos determinados de inversión, de acuerdo con el encargo fiduciario.

El Fideicomiso de Inversión es usado por las personas que no tienen criterio para invertir, por lo que contratan a un tercero para que este realice las operaciones que considere necesarias. Cabe recalcar, que si de la operación se genera negocios esta debe pagar una patente. La patente es el impuesto que grava a toda persona que ejerza una actividad comercial y opere dentro de un territorio determinado.

---

<sup>57</sup> Consejo Nacional de Valores, Codificación de la Resoluciones, Título V.

Un claro ejemplo de Fideicomiso de Inversión es el Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano, mismo que se encuentra en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, codificado, y que es controlado por la Superintendencia de Bancos y Seguros y administrado por el Banco Central del Ecuador. Su función es la de conceder a las Instituciones Financieras privadas sujetas a encaje y desenvolviéndose como fiduciario la Corporación Financiera Nacional administrada por el Banco Central, los siguiente objetivos: a) cubrir el déficit en la Cámaras de Compensación del Sistema Nacional de pagos entregando crédito a un año dentro de la línea de fabrica; y b) la creación de un fideicomiso de garantía con aportaciones de las Instituciones del Sistema Financiero, para solucionar necesidades extraordinarias que no podrán ser mayor a 120 días.

### **2.4.3 Fidecomiso Inmobiliario**

El Fideicomiso Inmobiliario es el contrato por el cual se transfiere un inmueble y recursos financieros al fiduciario para que este los administre con la finalidad de desarrollar un proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones establecidas en el acto constitutivo y al finalizar el mismo, transfiriera los bienes construidos a quienes sean designados como beneficiarios.

La característica común a todos los Fideicomisos Inmobiliarios, es la existencia de tres personas distintas, que son: la que posee el terreno donde se va a realizar la obra, la que aporta con los estudios e ideas y la persona que goza de los recursos económicos para financiar el proyecto, el mismo que podrá tener un uso comercial, oficinas, viviendas o infraestructuras en general.

En el Reglamento de Proyectos Inmobiliarios del Banco Ecuatoriano de la Vivienda,<sup>58</sup> por citar un ejemplo, se establece tres fases para la aprobación del fideicomiso y la entrega del bien inmueble por parte del Banco, las mismas que

---

<sup>58</sup> Reglamento de Proyectos Inmobiliarios del BEV, Resolución del BEV No. 133, publicado en el Registro Oficial No. 240 del 27/07/2010.

son; a) análisis del perfil del proyecto, en la que se establece la intención de formar parte del fideicomiso, que es comunicada al Gerente General y se convoca a sesión del Comité de Negocios Fiduciarios y, adicionalmente comprenden las etapas de planificación, construcción, comercialización y venta; b) fase de evaluación y aprobación del Directorio; y, c) fase de constitución del fideicomiso y construcción del proyecto inmobiliario, consiste en la entrega del bien inmueble por parte de la Subgerencia Bancaria de Negocios, la misma que tiene la función de realizar el seguimiento del proyecto en las condiciones y tiempos establecidos en el contrato constitutivo.

#### **2.4.4 Fideicomiso en Garantía**

Nace con el fin de sustituir los medios convencionales de garantía, asegurar un mejor manejo del crédito y una opción rentable en el momento de ejecutar el cobro del crédito; es decir, sirve cuando el constituyente tiene o adquiere una deuda con una Institución Bancaria y en caso de incumplimiento, el banco podrá solicitar a la fiduciaria la entrega del bien que se encuentra en el patrimonio autónomo.

Este tipo de fideicomiso trae múltiples beneficios a las partes, en cuanto a la generación de mejores condiciones de negociación del crédito, permite el incremento de la capacidad de endeudamiento, facilita la entrega de los bienes fideicomitados sin necesidad de procesos judiciales, entre otros.

El Fideicomiso de Garantía se encuentra definido en el artículo 17, de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, Título V, que manifiesta:

*De garantía: entiéndase por fideicomiso de garantía, al contrato en virtud del cual el constituyente, que generalmente es el deudor, transfiere la propiedad de uno o varios bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de uno a varias obligaciones claramente determinadas en el contrato. La fiduciaria, en ningún caso se convierte en deudora, deudora solidaria o avalista de la obligación u obligaciones garantizadas; solo asegura que en caso de que el deudor no*

*cumpla tales obligaciones, actuará conforme a las disposiciones previstas en el contrato. Para la constitución del fideicomiso en garantía, la fiduciaria debe recibir por escrito la conformidad del acreedor sobre los bienes aportados al fideicomiso y sobre su valoración. En caso de no recibir por escrito esta conformidad, el fiduciario inmediatamente debe liquidar el fideicomiso. En el contrato puede establecerse que la fiduciaria practique o contrate avalúos periódicos de los bienes en garantía a fin de mantener actualizado su valor comercial. Es obligación de la fiduciaria, cada vez que el constituyente designe nuevos acreedores o incremente las deudas garantizadas, recibir la conformidad por escrito del o de los acreedores sobre el valor de los bienes fideicomitados. El contrato de fideicomiso deberá contemplar claramente la obligación del constituyente o del beneficiario de sufragar los costos de los avalúos.<sup>59</sup>*

## **2.5 Derechos y Obligaciones del Fiduciario**

La Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores 8, define en su glosario a los derechos fiduciarios como el conjunto de derechos que se derivan de la calidad de beneficiario de un fideicomiso mercantil, los cuales representan el patrimonio autónomo constituido, y otorgan el derecho a que la fiduciaria les restituya los activos o el producto de su administración, de conformidad a las instrucciones señaladas en el contrato constitutivo.<sup>60</sup>

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

1. Ejercen todos los derechos y acciones que se requieren para el cumplimiento del fideicomiso.
2. Tiene la obligatoriedad en el desempeño de su cargo.
3. Asumir la obligación de conservar sus bienes y derechos recibidos en su integridad material.

---

<sup>59</sup> Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores.

<sup>60</sup> Cfr. Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores 8, Registro Oficial Suplemento 1, del 8 de Marzo de 2007.

4. Recibir de manera oportuna los honorarios y comisiones pactadas en el contrato, por su gestión realizada.
5. Exigir del constituyente y del beneficiario el cumplimiento de todas las obligaciones que contraen en el acto constitutivo.
6. Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal que se considere asistido, cuando las partes intervinientes en el contrato, efectúen cualquier acto doloso que pudiera afectar a su representada.
7. Dar por terminado el cargo desempeñado en el contrato constitutivo, que se encuentra establecido en el artículo 131 de la Ley de Mercado de Valores, en concordancia con el artículo 16 de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores 8, Registro Oficial Suplemento 1, del 8 de Marzo de 2007.

En el Derecho Mercantil a diferencia del Derecho Civil, se destaca el aspecto objetivo de la obligación y su modalidad económica. Lo que busca el acreedor y procura obtener independientemente de la conducta del deudor, es la utilidad patrimonial de la obligación. La actividad del deudor no es un fin, es un medio para obtener esa satisfacción patrimonial.

Las obligaciones que tiene la fiduciaria, son:

1. Ejecutar los fines del fideicomiso.
2. Mantener los bienes objeto de la fiducia separado de los suyos y de los que corresponden a otros negocios fiduciarios.
3. Asumir la obligación de conservar los bienes y derechos recibidos en su integridad material.

4. Invertir los bienes fideicometidos de acuerdo por con las especificaciones dadas por el constituyente en el contrato.
5. Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario.
6. Rendir cuentas de su gestión.
7. Pagar al fideicomisario(s) los beneficios periódicos que produzca el fideicomiso, si así se ha señalado en el instrumento – contrato.
8. No hacer mal uso de los derechos transferidos y no excederse en el ejercicio de las facultades que se le confiere.
9. Guardar el secreto profesional.
10. Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o la ley, una vez concluido el negocio fiduciario.
11. No puede delegar funciones.
12. Cumplir el plazo establecido en el contrato o que esta no exceda por ley de 80 años, existen excepciones a este plazo determinados en el artículo.
13. Además de las establecidas en el artículo 13 de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores 8, Registro Oficial Suplemento 1, del 8 de Marzo de 2007.

## **2.6 Derechos y Obligaciones del Fiduciante**

Los derechos que asisten al fiduciante son:

1. Señalar fines del fideicomiso.

2. Designar a los fideicomisarios y fiduciarios.
3. Revocar la fiducia o fideicomiso, cuando se haya reservado tal facultad en el contrato.
4. Solicitar la remoción del fiduciario y nombrar al sustituto, cuando hubiere causal para tal acción.
5. Ejercer todos aquellos derechos que se hubiere reservado respecto de los bienes fideicometidos, y que hayan sido estipulados en acto constitutivo.
6. Solicitar rendición de cuentas el fideicomiso.
7. Obtener la restitución de los bienes fideicometidos al extinguirse el fideicomiso, si cosa distinta no se ha previsto en el contrato.
8. En caso de incumplimiento exigir a la contraparte el cumplimiento o la resolución del mismo, con el respectivo resarcimiento de daños y perjuicios causados.
9. Todas las demás determinadas por ley y que no sean incompatibles con la esencia de la institución.

Por otra parte, las obligaciones del fiduciante son:

1. Transferir al fiduciario los bienes y derechos materia del acto.
2. Remunerar al fiduciario.
3. Responder por el saneamiento en caso de evicción.

## **2.7 Derechos del Beneficiario**

A continuación procederé a enumerar los derechos del beneficiario:

1. Exigir el cumplimiento del fideicomiso.
2. Impugnar los actos anulables por el fiduciario, y exigir la devolución de los bienes, a quien corresponda dados en fideicomiso.
3. Oponerse a toda medida preventiva o de ejecución que afecte a los bienes dados en fideicomiso, en caso de que el fiduciario no lo hiciera.

## 2.8 Requisitos

Por otro lado, la Ley de Mercado de Valores en su artículo 120 determina el contenido básico del contrato de fideicomiso mercantil o de encargo fiduciario:

*1.- Requisitos mínimos:*

- a) La identificación del o los constituyentes y del o los beneficiarios;*
- b) 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;*
- c) La transferencia de los bienes en fideicomiso mercantil y la entrega o no cuando se trate de encargos fiduciarios;*
- d) Los derechos y obligaciones a cargo del constituyente, de los constituyentes adherentes, en caso de haberse previsto su adhesión, del fiduciario y del beneficiario;*
- e) Las remuneraciones a las que tenga derecho el fiduciario por la aceptación y desempeño de su gestión;*
- f) La denominación del patrimonio autónomo que surge como efecto propio del contrato;*
- g) Las causales y forma de terminación del fideicomiso mercantil;*
- h) Las causales de sustitución del fiduciario y el procedimiento que se adoptará para tal efecto; e,*
- i) Las condiciones generales o específicas para el manejo, entrega de los bienes, frutos, rendimientos y liquidación del fideicomiso mercantil.*

*2.- Además, el contrato podrá contener elementos adicionales, tales como:*

- a) La facultad o no y la forma por la cual el fiduciario pueda emitir certificados de participación en los derechos personales derivados del contrato de fideicomiso*

*mercantil, los mismos que constituyen títulos valores, de conformidad con las normas de titularización que dicte el C.N.V.; y,*

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

*3.-En los contratos no se podrán estipular cláusulas que signifiquen la imposición de condiciones inequitativas e ilegales, tales como:*

*a) Previsiones que disminuyan las obligaciones legales impuestas al fiduciario o acrecienten sus facultades legales en aspectos importantes para el constituyente y/o beneficiario, como aquellas que exoneren la responsabilidad de aquél o se reserve la facultad de dar por terminado el contrato anticipadamente o de apartarse de la gestión encomendada, sin que en el contrato se hayan indicado expresamente los motivos para hacerlo y se cumplan los trámites administrativos a que haya lugar;*

*b) Limitación de los derechos legales del constituyente o beneficiario, como el de resarcirse de los daños y perjuicios causados, ya sea por incumplimiento o por defectuoso cumplimiento de las obligaciones del fiduciario;*

*c) La determinación de circunstancias que no se hayan destacado con caracteres visibles en la primera página del contrato al momento de su celebración, a partir de las cuales se derive, sin ser ilegal, una consecuencia en contra del constituyente o beneficiario, o que conlleve la concesión de prerrogativas a favor del fiduciario;*

*d) Previsiones con efectos desfavorables para el constituyente o beneficiario que aparezcan en forma ambigua, confusa o no evidente, y, como consecuencia, se le presenten a éste discrepancias entre los efectos esperados o previsibles del negocio y los que verdaderamente resulten del contenido del contrato;*

*e) La posibilidad de que quien debe cumplir la gestión encomendada sea otra persona diferente al fiduciario, sustituyéndose así como obligado, salvo que por la naturaleza del contrato se imponga la necesidad de hacerlo en personas especializadas en determinadas materias; y,*

*f) Las que conceden facultades al fiduciario para alterar unilateralmente el contenido de una o algunas cláusulas, como aquellas que permitan reajustar unilateralmente las prestaciones que correspondan a las partes contratantes.<sup>61</sup>*

## **2.9 Invalidez**

La invalidez parte de la premisa de reconocer un acto o contrato que nace a la vida jurídica, pero que se encuentra afectado, de tal forma no impide la existencia del acto pero lo vicia y podría encontrarse condenado a desaparecer

---

<sup>61</sup> Registro Oficial Suplementario 215, del 22 de febrero del 2006.

o hacer declarado nulo por una decisión judicial; las principales formas de invalidez son:

### 2.9.1 Nulidad Relativa

La nulidad relativa se encuentra vinculada al interés que tiene la persona sobre el acto o negocio específico, es por ello que es un medio de protección en circunstancias de indefensión y solo puede ser invocada por la parte a cuyo favor se ha consagrado dicho derecho. Además, puede ser saneada por las partes y se sana por el transcurso del tiempo.

La nulidad relativa surge de: a) en relación de los sujetos, cuando uno de ellos adolece de incapacidad relativa; y, b) cuando el consentimiento se encuentra viciado por *error*<sup>62</sup>, *fuerza*<sup>63</sup> o *dolo*<sup>64</sup>.

### 2.9.2 Nulidad Absoluta

A diferencia de la nulidad relativa, esta descansa en el interés público, por lo que puede solicitar cualquier persona, ya sea que está tenga interés, un tercero, o por el Ministerio Público, en defensa del interés general y debe ser declarada de oficio por el juez, de encontrarla acreditada en el respectivo proceso.

La nulidad absoluta se produce por una o algunas circunstancias que detallo a continuación: a) desde el punto de vista de los sujetos intervinientes, por ostentar en alguno de ellos la *incapacidad*<sup>65</sup> para obligarse a dar, hacer o no hacer una conducta determinada; b) cuando el objeto o la causa son ilícitas o inmorales; c) cuando no se hayan cumplido las solemnidades previstas en la ley; d) cuando exista una incongruencia del contrato a los principios generales

---

<sup>62</sup> Artículo 1469 del Código Civil.

<sup>63</sup> Artículo 1472 del Código Civil.

<sup>64</sup> Artículo 1474 del Código Civil.

<sup>65</sup> Artículo 1463 del Código Civil.

de orden público y buena costumbre; e) cuando exista error esencial; y, f) cuando la voluntad se encuentre viciada.

Con respecto a las nulidades, las absolutas, pueden sanearse por ratificación o prescripción, con excepción de las originadas por objeto o causa ilícita, las mismas que no son ratificables por su naturaleza.

### **2.9.3 Rescisión**

Respecto de la rescisión, existen dos teorías que veremos someramente y son:

#### **2.9.3.1 Teoría de la Lesión**

Es una forma particular de la ineficiencia contractual, para expresar la invalidez proveniente de un vicio del objeto, la misma que produce una lesión a cualquiera de las partes intervinientes.

#### **2.9.3.2 Vicios Redhibitorios u Ocultos**

Son aquellos vicios que le hacen al bien no funcional, es decir, que si se hubiera declarado a la parte de tal acontecimiento, esta se habría abstenido de contratar con esta última.

Existe discusión sobre la invalidez del Fideicomiso en Garantía, que son: a) Supuesta violación al derecho de defensa; b) Violación al debido proceso; y, c) Pacto pignoraticio.

### **2.10 Causas de extinción del negocio fiduciario**

Las causas para que un fideicomiso mercantil termine debe constar en el propio contrato. Además, establece Hidelbrando Leal Pérez las siguientes formas de extinguir:

1. Por haberse realizado plenamente sus fines;
2. Por la imposibilidad de realizar los fines para los cuales se constituyó;
3. Por expiración del plazo o por haber transcurrido el término máximo señalado por la ley;
4. Por cumplirse de la condición resolutoria a la cual está sometido el negocio;
5. Por hacerse imposible o por no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia;
6. Por muerte del fiduciante o del beneficiario cuando tal hecho se ha señalado en el acto constitutivo como causal de extinción;
7. Por disolución de la entidad fiduciaria;
8. Por la acción de los acreedores del fideicomitente por obligaciones contraídas con anterioridad al negocio fiduciario;
9. Por declaratoria de nulidad del acto constitutivo;
10. Por revocación cuando el fideicomitente se ha reservado tan facultad;
11. Por resolución del derecho de su actor (esto es, el fideicomitente) a los bienes fideicometidos;
12. Por destrucción del patrimonio fideicomitado;
13. Por renuncia del fideicomisario, sin perjuicio de los derechos de los substitutos;

14. Por restitución, esto es, la devolución de los bienes por parte del fiduciario.<sup>66</sup>

## 2.11 Responsabilidad

En cuanto a la responsabilidad, es oportuno transcribir definiciones que nos den una mejor apreciación de ésta, obviamente enmarcada en el campo civil, debido a que en el campo penal, el concepto de responsabilidad se asienta en la culpabilidad.

*En su acepción más amplia, la noción de responsabilidad implica la culpabilidad, que es la que, de ordinario, constituye su fundamento. En este sentido se dice que un individuo es responsable de un hecho cuando este le es imputable, cuando lo ha ejecutado con suficiente voluntad y discernimiento. Esta es la acepción que la moral y el derecho penal le dan generalmente.<sup>67</sup>*

Claro Solar al respecto dice:

“... que esta responsabilidad corresponde a la diligencia y cuidado que debe emplearse en el cumplimiento de las obligaciones que el contrato establece”.<sup>68</sup>

El Dr. Ernesto Albán Gómez, en su libro de Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General, manifiesta:

*... La responsabilidad penal del que actuó en forma típica y antijurídica dependerá que también haya actuado culpablemente. De esta manera se incorpora al análisis un elemento subjetivo que consiste, en definitiva, en el análisis de la voluntad que dirige el acto del sujeto activo. Pasamos entonces de la objetividad, que predomina en los otros elementos del delito, a la subjetividad que es propia de este último elemento.<sup>69</sup>*

<sup>66</sup> Cfr. LEAL PÉREZ. Hidelbrando. pp. 409-413.

<sup>67</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Imprenta Universitaria. Santiago de Chile. 1943. p. 11.

<sup>68</sup> Op. Cit. Obligaciones. Vol. V, capt. XII. p. 497.

<sup>69</sup> ALBÁN GÓMEZ, Ernesto. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. p. 183.

La Ley de Mercado de Valores, en referencia del tema tratado manifiesta en su artículo 205:

*Las personas naturales y jurídicas que, por infracciones de esta Ley, de sus reglamentos y otras normas complementarias y de las demás disposiciones que regulan el mercado de valores, ocasionen daños a terceros serán solidariamente responsables y deberán indemnizar los perjuicios causados, en conformidad con el derecho común. Esta responsabilidad civil es independiente frente a las sanciones administrativas o penales a que hubiere lugar.*

*Sin perjuicio a lo dispuesto en la Constitución Política de la República, si los perjuicios hubieren sido ocasionados por resoluciones o actos del C.N.V., o de la Superintendencia de Compañías; estos organismos de ser procedente tendrán derecho de repetición en contra de los funcionarios o empleados que tuvieron la responsabilidad directa en la realización de tales hechos, caso contrario por los perjuicios irrogados responderá el Superintendente de Compañías o los miembros del C.N.V.<sup>70</sup>*

De las anteriores definiciones anotadas, podemos destacar que para ser responsable, se requiere ser sujeto imputable, para así poder atribuirle una acción u omisión y que dicha acción corresponda a una conducta tipificada en el ordenamiento jurídico.

Existe responsabilidad civil y penal, como veremos a continuación:

### **2.11.1 Responsabilidad Civil**

Para comprender la culpa del fiduciante en caso de incumplimiento contractual, debemos identificar los tipos de culpa que contempla nuestra ley, el artículo 29 del Código Civil determina que:

*La ley distingue tres especies de culpa o descuido:*

*Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.*

---

<sup>70</sup> Registro Oficial Suplementario 215, 22 de febrero del 2006.

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

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

*Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.*

*El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.<sup>71</sup>*

Del estudio de la culpa realizada por números juristas, podemos afirmar que el fiduciario responde por culpa grave, negligencia grave, culpa lata la misma que “equivale a no poner la más mínima diligencia, ser totalmente descuidado, a querer positivamente que sobrevenga un daño”<sup>72</sup>, con lo que la negligencia del fiduciario, dado su conocimiento y experiencia en asuntos financieros, manejo de fondo, inversiones y demás negocios comerciales bancarios, dará como consecuencia la comprobación del dolo, tomado desde el punto de incumplimiento del contrato y se considera en nuestra legislación como agravante de responsabilidad.

La presencia del incumplimiento, culposo o doloso, por parte de fiduciario, ya sea por la inejecución total o parcial, o por la ejecución tardía o defectuosa da lugar a plantear una demanda para el cumplimiento o a la resolución de contrato, debiendo en el último caso, transferir a otra fiduciaria el patrimonio autónomo. En ambos casos, podrán demandar indemnización de daños y perjuicios compensatoria o moratoria a favor del fideicomitente o en ausencia de éste, los beneficiarios del fideicomiso, siempre que exista lucro cesante y daño emergente.<sup>73</sup> La indemnización de daños y perjuicios compensatoria es

---

<sup>71</sup> Código Civil.

<sup>72</sup> Cfr. LLAREA HOLGUÍN, Juan. DERECHO CIVIL DEL ECUADOR: Parte General y Personas. p. 303.

<sup>73</sup> Op. Cit. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Bogotá. p. 137. El daño emergente es la disminución o deterioro de los valores económicos que integran el patrimonio del acreedor, mientras que el lucro cesante equivale a la ganancia o provecho que el acreedor deja de percibir.

la suma de dinero que debe el fiduciante al fideicomitente o beneficiarios y que equivale a lo que habría conseguido el primero con el cumplimiento cabal de la obligación, mientras que la moratoria es el reemplazo del cumplimiento oportuno de la obligación.

Adicionalmente y en el caso de existir daño extrapatrimonial, se podrá solicitar la acción de daño moral, la misma que es independiente de la indemnización por daños y perjuicios y no es acumulable.

Además, el fiduciario responde por culpa leve, descuido leve, descuido ligero, debido a la remuneración que recibe por parte del constituyente por la gestión que realiza al administrar el patrimonio fideicomitado; y, se encuentra excusado de la culpa o descuido levísimo, debido al giro del negocio que realiza y a la remuneración que percibe.

Con respecto al caso fortuito, el fiduciario no tiene responsabilidad cuando el hecho que produce pérdida al patrimonio del fideicomiso mercantil, es ajeno a la voluntad o cuando el incumplimiento del encargo fiduciario, es imposible de preveer o evitar.

### **2.11.2 Responsabilidad Penal**

En materia penal debe existir un sujeto imputable – responsable, la conducta tiene que estar tipificada y un órgano competente, llámese Juez de Garantías o Tribunal Penal, declarará la culpabilidad del sujeto por sentencia.

Una vez analizados los elementos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, podemos establecer que la responsabilidad en materia penal, se entiende como la capacidad de la persona para aceptar las consecuencias de un acto, realizado con conciencia y voluntad, la misma que no tendría el fiduciario por ser una persona jurídica y por ende un incapaz relativo que necesita de una persona natural que declare su voluntad a través de la representación legal.

Siendo el caso que dichas personas jurídicas, para el cumplimiento del contrato establecido en el acto constitutivo contraten personal, los mismos que responderán penalmente por la acción u omisión, en el supuesto de cometer un delito.

La responsabilidad de los fiduciarios es de carácter civil y/o administrativa, por lo que están sujetos a control y supervisión de la Superintendencia de Bancos y Seguros y a la Superintendencia de Compañías, según sea el caso.

En el contrato de fideicomiso encontramos dolo por parte del fiduciario cuando existe disposición del patrimonio autónomo utilizando medios fraudulentos o en la apropiación indebida de las ganancias periódicas y frutos del mismo, delitos que se encuentran tipificados en el Código Penal como estafa y abuso de confianza, respectivamente. Cabe recalcar, que el *abuso de confianza*<sup>74</sup> es el medio tanto para cometer el delito de apropiación indebida, como la estafa y en el caso de que el sujeto activo sea un funcionario público, el de *peculado*<sup>75</sup>.

A continuación estudiaremos los delitos penales enunciados anteriormente:

### **2.11.2.1 Abuso de Confianza**

El Código Penal, en su artículo 560 manifiesta:

*El que fraudulentamente hubiere distraído o disipado en perjuicio de otro, efectos, dinero, mercancías, billetes, finiquitos, escritos de cualquier especie, que contengan obligación o descargo, y que le hubiera sido entregados con la condición de restituirlos, o hacer de ellos un uso o empleo determinado, será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América.*<sup>76</sup>

El sujeto activo de la infracción, se encuentra implicado de la calidad de mandatario, depositario, guardador, arrendatario o administración, el mismo

---

<sup>74</sup> Artículo 560 del Código Penal.

<sup>75</sup> Artículo 257 del Código Penal.

<sup>76</sup> Artículo 560 del Código Penal.

que deberá tener la mera tenencia del objeto, 'cosa mueble ajena'; y el sujeto pasivo, es cualquier persona jurídica o natural titular del derecho de propiedad sobre el bien objeto del delito.

La conducta específica en este delito, es apropiarse o usar indebidamente la cosa, es decir, que el agente aparezca como dueño de esta y que se exprese en actos materiales de dominio, uso y goce de la cosa, que jurídicamente están reservadas al propietario.

Los verbos que podemos deducir en este delito son: a) apropiación por parte del agente o para un tercero y el perjuicio correlativo para la víctima; b) uso indebido de los objetos contrario a su uso natural o al uso específico que se haya acordado entre las partes contratantes; y, c) confianza que implica la entrega material para su custodia y conservación, siempre que está no sea por título translativo de dominio.

#### **2.11.2.2 Estafa**

La esencia de la conducta de la estafa recogida en el artículo 563 del Código Penal, radica precisamente en la intervención del sujeto activo sobre aquellos bienes objeto material del delito, es decir, la entrega de fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos, intervención que consiste en una modificación o alteración o utilizando nombres falsos o falsas calidades o cualquier otro acontecimiento quimérico o engaño o abusar de la confianza, será reprimido con prisión de seis meses a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América. En caso de cometer el delito utilizando medios electrónicos o telemáticos, será sancionado con prisión de cinco años y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. La pena será de reclusión menor ordinaria de tres a seis años, si la defraudación se cometiera en caso de migraciones ilegales.

El sujeto activo podrá ser cualquier persona singularizada; mientras que el sujeto pasivo es la persona titular del patrimonio económico cuyo detrimento es

ocasionado por la ejecución de la conducta, el mismo que sufre el efectivo perjuicio patrimonial exigido por la norma y es la persona inducida al error o mantenida en él, que debe ser capaz de reaccionar a tales maniobras.

En este delito, el perjuicio reportado por la víctima debe ser siempre patrimonial pues la doctrina y la jurisprudencia considera que el objeto jurídico es parte de la tipicidad, por tanto su patrimonio se debe ver disminuido en forma efectiva y objetiva y no debe mediar la equivalencia o contraprestación para el sujeto pasivo.

Los verbos que revisten este delito son: a) obtener provecho ilícito con perjuicio patrimonial ajeno; b) la conducta determina un resultado creativo, es decir, se requiere la efectiva consecuencia de beneficio económico para el agente y una disminución de éste para la víctima; y c) la acción positiva de conseguir alcanzar o adquirir provecho, cabe mencionar que el aprovechamiento obtenido no se agota o perfecciona, ni se asegura con el goce.

### **2.11.2.3 Peculado**

Para nosotros el peculado es un delito para que el servidor de los organismos y entidades del sector público y los empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado mediante abuso dispusiera arbitrariamente o de cualquier otra forma semejante de los bienes del Estado o de la Institución Bancaria.

En el delito de peculado, el sujeto activo es un servidor público a quien se le haya confiado la administración, tenencia o custodia del objeto material en razón o con ocasión de sus funciones y que la apropiación la cometa en ejercicio de la función pública o por razones de las funciones.

Por otra lado, el sujeto pasivo es el Estado, personas jurídicas titular del bien jurídico tutelado en forma prevalente y/o las personas naturales, cuando éstas

asuman la calidad de perjudicadas, ya que su patrimonio económico no es el bien jurídico prevalente.

La acción la cumple el agente “para sí”, él es el destinatario de hecho, a él llegan los bienes estatales objeto de la infracción, el hecho en sentido físico o naturalístico, lo debe efectuar el agente “hacia sí mismo” en forma personal y directa.

La conducta se concreta en el acto de apoderamiento del objeto materia de la infracción. Esta acción excluyente implica el “animus” o voluntariedad de hacerse propietario o dueño de los bienes y se manifiesta en actos de plena disposición de ella, tales como la venta o donación, su consumo, su retención definitiva o su destrucción.

Cabe recalcar que un servidor público se puede apropiar de bienes del Estado o de un particular, en provecho de un tercero o del propio Estado, cumpliendo un deber legal de expropiación o confiscación, ejecutar así en forma directa y personal la acción descrita pero amparada por la causal de justificación, así mismo, puede actuar acatando ordenes legítimas de autoridad competente en los mencionados efectos, en tal sentido la norma del Art. 267 del Código Penal, incluye otros sujetos activos del cometimiento de la infracción penal, en vista de los numerales agregados a dicho artículo.

#### **2.11.2.4 El Tratado de Roma y la Corte Penal Internacional**

El Estatuto de la Corte Penal Internacional, elaborado y firmado en la ciudad de Roma el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática del Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, establece el propósito de no dejar en la impunidad los crímenes contra las personas y sus derechos esenciales, asegurando un castigo civilizado a los autores, cómplices y encubridores mediante la acción de justicia y prevenir los crímenes que constituyen una amenaza para la paz, seguridad y afirmar el bienestar de la humanidad.

Este acuerdo es legítimo, pues se ha dado en el marco del Derecho Internacional y respecto a un proyecto ético de un valor indiscutible: la prevención de los crímenes contra la humanidad y en su defecto, la sanción de los autores de dichos crímenes.

La jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales es deber de todos los Estados, al mismo tiempo deben contribuir a su prevención. La Corte Penal Internacional, tiene sede en la Haya, Países Bajos, está facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de crímenes graves internacionales y tiene carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales, en caso de que su legislación no tenga un procedimiento apto e inóneo para perseguir y sancionar estos tipos penales, tanto más que a fin de cumplir con el principio internacional de reparación integral, ha incluido una disposición específica sobre un Fondo Fiduciario.

Este Fondo Fiduciario, regulado en el artículo 79 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece:

- 1. Por decisión de la Asamblea de los Estados Partes se establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias.*
- 2. La Corte podrá ordenar que las sumas y los bienes que reciba a título de multa o decomiso sean transferidos al Fondo Fiduciario.*
- 3. El Fondo Fiduciario será administrado según los criterios que fije la Asamblea de los Estados Partes.<sup>77</sup>*

Establece la Corte Penal Internacional que es imposible deshacer el daño causado por los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión, por lo que instituyen un mecanismo de apoyan inmediato a las víctimas y a sus familias por el Fondo Fiduciario, con el objetivo que recuperen su dignidad, reconstruyan su núcleo familiar y su comunidades, y que puedan ocupar un lugar como miembros de pleno derecho en la sociedad, no regalan

---

<sup>77</sup> ídem.

caridad. Es decir, además de que la Corte juzga a los autores de un crimen, puede también examinar los daños o pérdidas y solicitar a una persona procesada a hacer la respectiva reparación.

El Fondo Fiduciario en beneficio de las Víctimas (FFV) está formado por dinero recolectado por medio de multas y sanciones impuestas por la Corte y contribuciones voluntarias de gobiernos, organizaciones internacionales, individuos, corporaciones o de otras entidades.

En la Cuarta sesión de la Asamblea de los Estados Partes de la Corte, que se llevó a cabo entre el 28 de noviembre y el 3 de diciembre de 2005, se adoptó el Reglamento del Fondo Fiduciario en beneficio de las Víctimas. El Reglamento explica como el Consejo de Dirección, compuesto por prominentes personalidades, operará y detalla como el Consejo tratará la recepción, el manejo y el uso de los fondos. También establece que la Secretaría del Fondo Fiduciario asistirá y apoyará al Consejo en el trabajo diario dirigiendo el Fondo Fiduciario.

## CAPÍTULO III

### 3 BREVE ESTUDIO COMPARADO DE LOS FIDECOMISOS EN LATINOAMÉRICA

#### 3.1 Introducción

No ha sido posible establecer con precisión una definición exacta o mayoritariamente aceptada del Derecho Comparado, en razón de que no se ha determinado su objeto, en virtud de este inconveniente, citaremos los criterios de algunas corrientes doctrinarias.

*Primera corriente: Ciencia que se ocupa de la confrontación de derechos, con miras a establecer una sola Legislación Internacional.*

*Segunda Corriente: Disciplina que se ocupa de la confrontación de diversos derechos que se encuentran vigentes en el mundo.*

*Tercera corriente: El Derecho Comparado es la disciplina que se ocupa de la confrontación de derechos.*

*Cuarta corriente: Aplicación del método comparativo al estudio del derecho.<sup>78</sup>*

Por lo que concluiremos diciendo que el Derecho Comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y diferencias de diversos sistemas jurídicos en el mundo, con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un Estado.

Por lo explicado anteriormente, diremos que el objeto según nuestro punto de vista, es el estudio mediante el método comparativo de los preceptos, normas y principios del derecho de dos o más sistemas, ya sean iguales o distintos, sobre un tema determinado con el fin de obtener varias soluciones de origen

---

<sup>78</sup> ZAMBRANO Pablo. Sistemas Jurídicos Comparados, Apuntes de clase, Noveno Semestre. 2009.

extranjero que se reputan como satisfactorias y pueden ser implantadas en una determinada sociedad.

En la actualidad, el estudio del Derecho Comparado desempeña varias funciones de gran importancia, como: a) instrumento para el legislador; b) herramienta de construcción legislativa; c) elemento de los programas universitarios, como aporte académico; d) contribución a la unificación sistemática del derecho; e) desarrollo de un Derecho Privado Internacional aplicable en el mundo o en regiones específicas de este; f) técnica de interpretación; g) busca diluir los prejuicios de nacionalidad y penetra en la diversas culturas y sociedades; h) herramienta para la reforma de leyes en países en vías de desarrollo; y finalmente, i) desarrollar el crecimiento del propio sistema jurídico nacional.

Respecto al tema que nos ocupa analizar, los legisladores de todos los países del mundo han descubierto que no es posible forjar leyes adecuadas sin la participación del Derecho Comparado, ya sea en la elaboración de informes, proyectos para unificar internacionalmente el derecho y el estudio sobre temas específicos.

El propósito es inducir a los países que aspiran a una homologación para que adopten principios comunes con el objeto de generar un derecho uniforme para incorporar dicha normativa mediante un trato multipartito, que obliga a los signatarios a tomar y aplicar el Derecho Internacional uniforme como si se tratara de derecho local.

Existen pasos esenciales para la unificación de las leyes en determinadas materias y áreas geográficas, las misma que son: a) identificar los elementos comunes de las jurisdicciones a fin de integrarlos al derecho uniforme; y, b) en el caso de existir diferencias, debe reconciliar, ya sea adoptando la mejor variante o ingeniándose con el método comparativo, una solución que resulte mejor y aplicable con más facilidad.

## 3.2 Argentina

### 3.2.1 Marco Legal

Los antecedentes de la Ley 24.441 que regulan el fideicomiso en Argentina, surgen desde la necesidad de crear una norma que regula este tipo de negocios en 1967 por la Comisión de Reformas a la Legislación Comercial, pero no obtuvo la acogida esperada por parte del Congreso, manifestando que el dominio imperfecto se encontraba ya regulado por el Código Civil argentino, artículo 2662, que dice:

*El dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir una cosa a un tercero.<sup>79</sup>*

Después aparece otra manifestación del fideicomiso que se refleja en el papel de quien funge como vocero de los tenedores de bonos, en la emisión de deuda destinada a tomadores genéricos e indeterminados y a quien se les denominaba desafortunados. (Ley 8875 26.12).

La persistencia desde 1967 a 1994 por parte de los juristas y los agentes mercantiles, logra una unificación del dominio fiduciario contemplado en el Código Civil argentino anteriormente citado y le da una connotación comercial, es decir que se crea una herramienta comercial más amplia el 22 de diciembre de 1994, en la cual se determina que el dominio fiduciario es:

*El que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por un contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley.<sup>80</sup>*

---

<sup>79</sup> CHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales. Editorial ASTREA. p. 210.

<sup>80</sup> Artículo 73 de la Ley 24 441.

La Ley 24.441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción, en su Título I, dentro del cual constan tres capítulos y veinte y siete artículos, regula exclusivamente al fideicomiso, pero no determina la naturaleza del mismo por lo que se entiende que tienen naturaleza civil, pero también podrá ser aplicada en el área comercial.

El artículo 1 de la Ley 24.441, establece la definición de fideicomiso, la misma que por su importancia citaremos a continuación:

*Se establece que habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo (30 años) o condición, al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.<sup>81</sup>*

No obstante la enunciación de base convencional que contiene el artículo 1, el fideicomiso también podrá constituirse por testamento, extendiendo lo previsto en el Código Civil, según prevé el artículo 3 del cuerpo legal citado, en concordancia con el artículo 2662 y aludiendo al Título XII del Libro IV del Código Civil y en particular al artículo 3622.

La Ley 24.441 (B.O. 9/01/1995) estableció específicamente el tratamiento a darle a la antigua figura del fideicomiso, pero actualmente existe el decreto 780/95 que reglamenta esta particular forma de afectar una porción de un patrimonio a una finalidad determinada.

Debo indicar que la Comisión de Valores es la única autoridad para dictar normas que regulen al Fideicomiso Financiero, debido a que tiene injerencia en los fideicomisos en los que se adelante la oferta pública.

En caso de defraudaciones, el Código Penal argentino contempla la conducta de que el titular fiduciario, en beneficio propio o de un tercero disponga, grave o

---

<sup>81</sup> Ídem. p. 213.

perjudique los bienes dados en fideicomiso y de esta manera defraude los derechos de los co-contratantes.<sup>82</sup>

### **3.2.2 Características Específicas**

#### **3.2.2.1 Normativa Legal**

La Ley 24.441 no solo se ocupa del fideicomiso, sino que también de figuras como el leasing, la hipoteca, los créditos hipotecarios para la vivienda y el régimen especial para la ejecución de la misma. Desde la promulgación de esta ley que sirve como una herramienta jurídica-bancaria-financiera, los argentinos han visto y utilizado mayormente para la obtención de recursos económicos.

La legislación argentina a diferencia de la nuestra, no establece cuales son las clases de negocios fiduciarios, por lo tanto el único negocio contemplado es el fideicomiso; sin embargo la doctrina reconoce al encargo fiduciario. Es por ello que se lo considera al encargo fiduciario como un contrato innominado y atípico en dicha legislación. Como prueba de lo último, la doctrina clasifica a los negocios fiduciarios como: a) negocios de garantía; b) negocios fiduciarios de administración; c) negocios fiduciarios universales, que son aquellos en los que se constituyen sobre la totalidad de los bienes del constituyente; d) negocios fiduciarios particulares, los mismos que a diferencia de los universales, se constituye con la transferencia de determinados bienes; e) formales, es cuando la formalidad depende de la voluntad de las partes; y, f) informales, cuando no depende de la voluntad de las partes.

---

<sup>82</sup> Cfr. Ley 11. 179. Artículo 173. Modificado por la Ley 24. 441.- "Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideraran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: (...) 12. El titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión, o el dador de un contrato de leasing, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare, perjudicare, los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los co- contratantes".

### **3.2.2.2 Elemento Personal**

Existe un elemento sustancial a diferencia del fideicomiso en el Ecuador, el Fiduciario puede ser cualquier persona pero no puede anunciarse como tal públicamente, sino solo las entidades financieras y las personas autorizadas por la Comisión de Valores, debido a que solo estas personas podrán brindar el servicio de capitales, con la posibilidad de emitir títulos de deuda y certificados de aportación.

### **3.2.2.3 Elemento Patrimonial**

Existe la expresión propiedad fiduciaria o patrimonio de afectación o patrimonio diverso, en la que se entiende que esta forma de propiedad se crea al momento de la transferencia que realiza el fiduciante a favor del fiduciario, pero posteriormente a la transferencia se debe declarar. Para el entender de varios juristas, la declaración viola los principios jurídicos romanos, debido a que el Derecho Romano prevé la existencia de un solo patrimonio por individuo y no acoge la posibilidad de que ambos patrimonios coexistan dentro del mismo patrimonio del fiduciante como en la figura del trust anglosajón, teoría que actualmente y para nuestro punto de vista se encuentra obsoleta ya que existen varios ejemplos en los que coexisten dos patrimonios tanto en materia civil, la sociedad conyugal, como en materia mercantil, las aportaciones de los socios, por dar ejemplos.

Otra diferencia con la legislación ecuatoriana, es que el patrimonio autónomo no es una persona jurídica, esto quiere decir que al existir una autonomía no es necesario que exista una persona jurídica diferente. La teoría del patrimonio autónomo sugiere que los bienes fideicomitidos ingresen a un patrimonio distinto que al del fiduciario. Entonces la quiebra de uno de los patrimonios, no implica la quiebra y liquidación de los demás patrimonios administrados por el fiduciario o su propio patrimonio.

Por otro lado, en la legislación argentina no se establece a que título se realizan las transferencias de los bienes, es por ello que nosotros entenderíamos que estas son a título gratuito por lo que el fiduciario no realiza ningún pago por la transferencia que se hace a su favor.

El patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante constituye una propiedad fiduciaria, asumiendo tal carácter frente a terceros desde el momento que se cumplan las formalidades establecidas a la naturaleza de los bienes; es decir, que en caso de requerir de una escritura pública, ésta se debe inscribir en el Registro Público de Comercio, y/o por la disposición de la última voluntad. Esto con el propósito de conseguir la finalidad esperada y la protección de los bienes fideicomitidos, cuando se da la posibilidad de sustitución del fiduciario para que no se extinga el contrato y pueda ser administrada por una fiduciaria distinta o sustituta.

La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil, se limita al valor de la cosa cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no puede razonablemente haberse asegurado (Art. 14 de la ley 24.441).

A diferencia de la legislación ecuatoriana, en la legislación argentina es necesario el consentimiento o autorización por parte del constituyente o beneficiario, para que el fiduciario disponga o grave los bienes fideicomitidos.

#### **3.2.2.4 Requisitos del contrato de fideicomiso**

El artículo 4 de la Ley 24.441 establece los requisitos del Contrato de Fideicomiso, los mismos que a continuación transcribo:

*El contrato también deberá contener: a) La individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes; b) La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso; c) El plazo o condición*

*a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad; d) El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso; y, e) Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare.*<sup>83</sup>

### **3.2.2.5 Extinción del contrato de fideicomiso**

El artículo 25 de la ley anteriormente citada establece las causales de extinción del contrato, las mismas que son:

*El fideicomiso se extinguirá por: a) El cumplimiento del plazo o la condición a que se hubiere sometido o el vencimiento del plazo máximo legal; b) La revocación del fiduciante si se hubiere reservado expresamente esa facultad, la revocación no tendrá efecto retroactivo; y, c) Cualquier otra causal prevista en el contrato.*<sup>84</sup>

Además los autores, Claudio Kiper y Silvio Lisoprawski, establecen que otras formas de extinguir el contrato de fideicomiso es por: a) rescisión, b) confusión, c) imposibilidad de que se cumpla la condición o el plazo, y d) imposibilidad de cumplimiento de la finalidad establecida.

### **3.2.2.6 Clases de fideicomisos**

La Ley 24.441 argentina solo contempla el Fideicomiso Financiero, el mismo que se encuentra definido en el artículo 19, que manifiesta:

*Fideicomiso Financiero es aquel contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiario son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos. Dichos certificados de participación y títulos de deuda serán considerados títulos valores y podrán ser objeto de oferta pública. La Comisión*

---

<sup>83</sup> Ley 24.441

<sup>84</sup> Ídem.

*Nacional de Valores será autoridad de aplicación respecto de los Fideicomisos Financieros, pudiendo dictar normas reglamentarias.*<sup>85</sup>

Como podemos apreciar de la definición anteriormente anotada, la figura del Fideicomiso Financiero tiene un leve parecido al fideicomiso de titularización de activos establecida en las normas ecuatorianas, con respecto a que estos certificados de participación son considerados títulos valores y por ello negociables en la Bolsa de Valores, pero con la diferencia de que estos títulos emitidos en un proceso de titularización no son títulos representativos de deuda, como lo considera la ley argentina.

La ley argentina, resuelve sin duda numerosas posibilidades fácticas, dando como resultado una normativa clara y suficiente en lo que se refiere al Fideicomiso Financiero.<sup>86</sup>

A pesar de que la ley anteriormente citada no contempla otras modalidades de fideicomiso, da cabalidad de que se cree distintas clases en la práctica, tales como: el fideicomiso ordinario o de administración, fideicomiso ganadero, de exportación prefinanciada, de agricultura, testamentarios, fideicomiso en las relaciones de familiares o para personas incapaces, fideicomiso de garantía, fideicomiso creado para formular una propuesta en el concurso preventivo,<sup>87</sup> de inversión, públicos, etc.

### **3.3 Brasil**

#### **3.3.1 Marco Legal**

Algo muy particular sucede en la legislación brasileña, ya que ella no posee una regulación general sobre la materia en mención, sino que contempla

---

<sup>85</sup> Ley 24.441

<sup>86</sup> Cfr. TROYA. J., Carlos. Op. Cit. Derecho Comparado. Corporación de estudios y publicaciones. p. 35.

<sup>87</sup> Cfr. MOLINA S., Carlos A. El Fideicomiso en la Dinámica Mercantil. Estructura y configuración de la praxis negocial. Formas extintivas y de insolvencia. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

diversos tipos de operaciones fiduciarias para encaminar a los casos específicos que podrían llegar a suceder en diferentes cuerpos legales al crear distintos negocios jurídicos.

Es por ello que podemos encontrar en las diferentes normas legales previsiones sobre: a) transferencias fiduciarias en garantía de los bienes muebles (Art. 1.361 Código Civil brasileño, Capítulo IX, Propiedade Fiduciária, la misma que tiene concordancia con el Art. 66 de la Ley 4.728); b) transferencia fiduciaria en garantía de bienes inmuebles (regulada expresamente por el Art. 20 de la ley 9.574); c) transferencia fiduciaria de acciones; y, d) el régimen de securitización<sup>88</sup> y la propiedad fiduciaria de inmuebles con el fin de crear fondos comunes de inversión inmobiliaria (regulado por la Ley 8.668 y su reglamento, en la que determina que son propiedad fiduciaria de la entidad que se encarga de administrar el fondo, con el propósito de que no se vea afectada por los acreedores de la sociedad administradora y el mecanismo para que la sociedad pueda administrar los bienes del fondo).

### **3.3.2 Características Específicas**

A diferencia de nuestra legislación, el artículo 30 del Código Civil brasileño, en la enajenación fiduciaria en garantía, dice que el fiduciario puede proceder a vender judicial o extrajudicialmente los bienes dados en garantía en caso de incumplimiento del correspondiente pago y abonarlo al crédito, pero de ninguna manera puede el propietario fiduciario quedarse con la cosa dada en garantía.

Existen restricciones para los fideicomisos de activos que constituyen los fondos de inversión inmobiliaria, los mismos que deben constar en el registro correspondiente y que la administradora de forma expresa manifiesta que los bienes inmuebles adquiridos hacen parte del patrimonio del fondo común de

---

<sup>88</sup> Cfr. Ley 9.514 de 1997.

inversión; es por ello que: a) no integra el activo de la administradora, b) no responde directa o indirectamente por cualquier obligación de la institución administradora, c) no se encuentran comprendidos en la lista de bienes o derechos de la administración a los efectos de la liquidación judicial o extrajudicial, d) no pueden ser dados en garantía a los acreedores de la administradora sin importar su grado de privilegio, e) no son susceptibles de ejecución por los acreedores, y f) no se pueden constituir gravamen alguno sobre los inmuebles.

## **3.4 Chile**

### **3.4.1 Marco Legal**

Como influencia y resultado de las tareas iniciadas por la “Misión Kemmerer”, se reservo a las secciones de fideicomiso debidamente autorizadas y facultando únicamente a los Bancos en Chile, según Decreto de Ley 559 de 1925, dando la posibilidad de desarrollar una serie de negocios, pero no definía expresamente el concepto de los negocios implícitos, es por ello que fue estructurada y ampliada el contenido en 1930 por la Ley 4827.

La Ley General de Banco de Chile, expedida en razón del Decreto – Ley 252 del 4 de abril de 1960, establece la facultad de que los bancos comerciales e hipotecarios puedan ejecutar encargos de confianza, actividad que se encuentra sustentada en el artículo 48.<sup>89</sup>

---

<sup>89</sup> Cfr. LARA, Jaime, Op. Cit., p. 102. a) Mandatos generales y especiales para administrar bienes de terceros; b) Liquidadores de sociedades civiles anónimas y sociedades comerciales; c) Depositarios, secuestres e interventores en cualquier clase de negocios; d) Guardadores testamentarios, generales o conjuntos, curadores adjuntos, curadores especiales y curadores de bienes en lo relacionado únicamente con la administración de bienes; e) Albacea con o sin tenencia de bienes y administradores proindiviso; f) Asignatarios modales, cuando el modo ha sido establecido en beneficio de terceros, entendiéndose como resolutoria; g) Administrador de bienes que se hubieren donado o que se hubiesen dejado a título de herencia o legado a capaces e incapaces, sujetos a la condición de ser administrados por un banco; h) Administradores de bienes constituidos en fideicomiso, cuando así se haya dispuesto en el acto constitutivo; i) Administrador de bienes gravados con usufructo, cuando así se haya establecido en el acto constitutivo; j) Desempeñar el cargo de representante legal de los tenedores de bonos.

La Ley 45/23 define de forma clara y completa las funciones de las Secciones Fiduciarias, consagrando la posibilidad de que los bancos, pueden ser designados como asignatarios modales, lo que equivale al papel del fiduciario.

El Decreto con Fuerza de Ley No. 3 del Ministerio de Hacienda, fija y sistematiza el texto antiguo de la Ley General de Bancos y otros cuerpos legales, publicada en el Diario Oficial del 19 de diciembre de 1997. A partir de la expedición de la Ley 18.045, posteriormente modificada por la Ley 19.301, se desarrolló mayormente el tema de securitización.

En la actualidad (2008) y reformando la Constitución de Chile en el artículo 8 que consagra el principio de la transparencia, aparece en la materia de fideicomiso el Mandato Especial de Administración Ciega de Patrimonio (MACPA) o Fideicomiso Ciego en términos menos formales, la misma que por su reciente aparición y por estar relacionado al tema profundizaremos en este trabajo de investigación.

### **3.4.2 Características Específicas**

#### **3.4.2.1 Mandato Especial de Administración Ciega de Patrimonio (MACPA) o fideicomiso ciego**

El Mandato Especial de Administración Ciega de Patrimonio (MACPA) o Fideicomiso Ciego es la figura legal que obliga a las personas que ejerzan cargos como el de presidente de la República, ministro, subsecretario, senador, diputado, intendentes, alcaldes, jefes de servicio, contralor general, superintendentes y consejero del Banco Central, a transferir la administración de los bienes a un tercero independiente, mientras se desempeñe el cargo respectivo y sin tener opción a saber del manejo posterior de éstos, con el propósito de evitar cualquier conflicto de intereses en las decisiones que deba adoptar por el ejercicio de su cargo.

Además, incorpora la posibilidad de la venta forzosa de los bienes de las autoridades, la que será obligatoria en ciertos casos o alternativa al fideicomiso en otros. Es decir, que cuando sea imposible acceder al fideicomiso ciego para resolver conflictos de interés, las personas que accedan a los cargos anteriormente detallados, deberán vender algunos de sus bienes. Dicha situación aplica en los siguientes casos: a) cuando tenga interés en empresas proveedoras de bienes o servicios al Estado; b) empresas que presten servicios sujetos a tarifas reguladas; y, c) empresas sujetas a autorizaciones, licencias, permisos o concesiones otorgadas por el Estado.<sup>90</sup>

El control de la administración ciega y la vigilancia de que no reciba información y/o no estén en contacto el funcionario público y la fiduciaria en Chile, está a cargo de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS). Se determina que la fiduciaria que realice este tipo de fideicomisos son: a) corredoras de bolsa; b) administradores generales de fondos; c) administradoras de fondos mutuos; d) administradoras de fondos de inversión; y, e) en ningún caso personas naturales.

Es importante destacar, que en América Latina no existe una legislación que incorpore la figura del Fideicomiso Ciego, lo que genera que estadísticamente Chile se encuentre en el puesto veinte y uno de los países menos corrupto de los ciento setenta y ocho países estudiados<sup>91</sup>, pero no es menos cierto que en Argentina se registra una discusión del tema, en el marco de una modificación a las leyes de transparencia en la administración pública.

---

<sup>90</sup> Cfr. RIFFO. José Luís. [http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas\\_profundidad\\_fideicomiso-ciego](http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad_fideicomiso-ciego). 27 de junio 2008.

<sup>91</sup> Cfr. RAMÓN. A. Juan, Op. Cit. ABC Color. Paraguay sigue siendo uno de los países más corruptos de Latinoamérica, según IT. <http://www.abc.com.py/nota/paraguay-sigue-siendo-uno-de-los-paises-mas-corruptos-de-latinoamerica-segun-ti/>. 24 de noviembre de 2010.

## 3.5 Colombia

### 3.5.1 Marco Legal

La Ley 51 de 1918 en su artículo 40, consagraba la posibilidad de asignar a los bancos funciones de gestión de interés de terceros, distintas a las de intermediación crediticia y establece:

*Así mismo podrá los establecimientos de crédito actuar como intermediarios entre prestamista y prestatarios en la realización de operaciones de crédito que hayan de llevarse a cabo por medio de la emisión de bonos, documentos u obligaciones representativas de los contratos respectivo, asumiendo la personería de los acreedores y siendo responsables para con estos de la exactitud de las estipulaciones que en ellos se contuvieren.*<sup>92</sup>

La Ley 45 de 1923 y reglamento sobre establecimientos bancarios, que fue elaborado por los estudios de la Misión Kemmerer en el gobierno del presidente Pedro Nel Ospina, establece que la Superintendencia Bancaria se cerciore del cumplimiento de lo contemplado en el artículo 4 y demás requisitos para la concesión a los bancos el derecho de obrar como fiduciarios, pero existe una gran falla en esta ley debido a que no consagra la función y los órganos responsables del encargo de confianza y tampoco existe, como hubiese sido lógico, un concepto de encargo fiduciario, por lo cual se lo debía comprender en el sentido natural y obvio, es decir, se tomaba la definición del trust siendo imposible implantar en esta legislación.

La Ley 45 de 1923 rige hasta la expedición de la Ley 45 de 1990, en la misma se agregan los significados de la sección fiduciario y fideicomiso.<sup>93</sup> En el desarrollo de estos acápite debemos realizar las siguientes observaciones, ya que fue precario y acario numerosas dudas, que son: a) no existía en la

---

<sup>92</sup> RODRÍGUEZ A., Sergio, Negocios Fiduciarios su significado en America Latina, Lexis, p. 54.

<sup>93</sup> Art. 7 de la Ley 45 de 1990 dijo: "las palabras "sección fiduciaria" significan una sección de un establecimiento bancario que hace el negocio de tomar, aceptar y desempeñar encargos de confianza que le sean legalmente encomendados.

Para los efectos de esta Ley, agrega, se entiende por fideicomiso todo encargo de confianza de los en ella expresados, y por fideicomisario el individuo o entidad a quien se encomienda tal encargo".

legislación colombiana la definición exacta de negocios o encargos de confianza, por lo que la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema tuvo que subsanar la falta de éstas; b) resulta extraña la enumeración de las posibilidades de los encargos de confianza, mismos que no se podían implantar en la legislación interna del país debido a que estas eran propias del Derecho Anglosajón; c) debido a la falta de definición de la figura nueva y novedosa, los juristas tenían dudas de la finalidad de que los bancos a través de las secciones fiduciarias realicen las actividades establecidas en la ley; d) mala utilización de la terminología, ya que se les denominada fideicomitentes a los bancos en vez de fiduciarios; y, e) la ley otorgaba la posibilidad de actuar como fideicomisarios a los albaceas, administradores, registradores, depositarios y *agentes de seguros*<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> El artículo 107 de la ley 45 de 1923 señalaba: “las siguientes facultades adicionales serán conferidas a todo establecimiento bancario que reciba la autorización requerida por el artículo 105 de esta Ley.

1. Obrar como agente fiscal o de transferencia de cualquier corporación, y en tal carácter recibir y entregar dinero, traspasar, registrar y refrendar títulos de acciones, bonos u otras constancias de deudas, y obrar como apoderado o agente oficioso de cualquier persona o corporación nacional o extranjera, para cualesquiera objetos legales.
2. Obrar como fideicomisario en virtud de cualquiera hipoteca o bonos emitidos por cualquier corporación nacional o extranjera y aceptar y ejecutar cualquier otro fideicomiso no prohibido por la ley.
3. Aceptar y ejecutar fideicomisos de mujeres casadas, divorciadas o separadas de bienes, o que administren bienes por cualquier causa, y servir de agente para el manejo de tales propiedades para ejecutar cualquiera negocio en relación con ellas.
4. Obrar, por orden de cualquiera autoridad judicial competente o de las personas que tengan facultad legal para designarlo con tal objeto, como síndico o fideicomisario o curador de bienes de cualquier menor como depositario de sumas consignadas en cualquier juzgado, ya en beneficio de tal menor o de otra persona, corporación o entidad, ya en cualquier otro carácter fiduciario.
5. Para ser nombrado y actuar, por orden o designación de autoridad judicial competente o de individuos que pueda hacerlo según la ley, como fideicomisario, curador, depositario o encargado de los bienes de un demente, sordomudo, dilapidador o ausente, o como síndico o encargado de las propiedades de cualquier persona insolvente o concursada.
6. Para ser nombrado y aceptar el nombramiento de albacea o fideicomisario constituido por testamento, o administrador de cualquiera herencia o legado.
7. Para recibir, aceptar y ejecutar todos aquellos encargos legales, deberes y facultades relativos a la tenencia, manejo y disposición de cualquier propiedad raíz o mueble, dondequiera que esté situada, y las rentas y utilidades de ella, o de su venta, en la forma que se le nombre por cualquiera autoridad judicial competente, persona, corporación u otra autoridad judicial, y será responsable, respecto de todas las partes autorizadas, por el fiel cumplimiento de tal encargo o facultad que acepte.
8. Recibir, aceptar y ejecutar cualquiera encargos o facultades que se le confieran o encomienden por cualquier persona o personas, corporación nacional o extranjera u otra autoridad, por concesión, nombramiento, traspaso, legado o de otra manera, o que se le haya confiado o traspasado por orden de cualquiera autoridad judicial competente, y recibir, tomar, manejar, conversar y disponer, de acuerdo con los términos del poder o fideicomiso, de cualquier propiedad raíz o mueble que pueda ser objeto de tal poder o fideicomiso.
9. Para obrar según las reglas que prescriba el Superintendente como agente de cualquier compañía de seguros contra incendio, de vida u otros, autorizada para hacer negocios en Colombia, solicitando y colocando seguros y cobrando primas sobre pólizas emitidas por tales compañías. Ningún establecimiento bancario de aquellos podrá, en ningún, caso garantizar el pago de las primas de seguro emitidas, mediante su intervención, por la compañía, ni podrá garantizar la verdad de ninguna relación hecha por el asegurado al hacer su petición de seguros.”

En la actualidad, la figura de la fiducia se encuentra regulada por el Título XI del Libro IV del Código de Comercio colombiano, acápite "De la Fiducia", Circular Básica Jurídica y Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

### **3.5.2 Características Específicas**

#### **3.5.2.1 Normativa legal**

Al igual que en el Ecuador y en la mayoría de Latinoamérica, el señor Andrés Bello en el Código Civil chileno, que fue de su autoría y base para los países latinoamericanos, introdujo la propiedad fiduciaria, usufructo y servidumbre como limitación al dominio, y la influencia de la legislación norteamericana sobre bancos, claramente inspirada en el trust anglosajón hace del fideicomiso una figura que se consagra en las legislaciones de Bolivia, México, Chile, Ecuador y Panamá.

Cabe recalcar que en la legislación mercantil colombiana los términos fiducia mercantil y fideicomiso se utilizan como sinónimos.

#### **3.5.2.2 Limitaciones**

Las limitaciones genéricas y específicas que subsisten en espíritu, desde la vigencia de la Ley Bancaria, consagraba: a) No realizar un contrato, aceptarlo o ejecutar un encargo "*que no fuera legal para un individuo tomarlo, aceptarlo o ejecutarlo*"<sup>95</sup>, en palabras más sencillas, no se puede realizar contratos para violar la ley; b) Los bienes transferidos al fideicomiso constituyen patrimonio especial, autónomo o de afectación, que no se considera persona jurídica, pero

---

<sup>95</sup> Ley 45 de 1923, Artículo 110.

esto significa que el fideicomiso tiene “*personería fiscal*”<sup>96</sup>; c) Se prohíbe intervenir en activos diferentes a los permitidos, esto con la finalidad de brindar una seguridad al constituyente en caso de duda, frente a la rentabilidad; d) Se les redujo a los bancos la posibilidad de actuar en los “encargos fiduciarios” y obligarles a los que quisieran persistir con el negocio, a crear *sociedades fiduciarias filiales*<sup>97</sup>; y, e) El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero sostiene la posibilidad de celebrar encargos para la realización de inversiones, para la administración de los bienes y para desarrollar y ejecutar negocios en garantía.

### 3.5.2.3 Elementos Personales

Al igual que en el Ecuador, el fiduciario debe ser por regla general, determinadas sociedades señaladas por la ley y autorizadas, en caso específicos, por una entidad de control. Los fiduciarios por tal razón, deben tener la facultad de transferir la propiedad de uno o más bienes entregados por el constituyente, a los que se denomina “encargos fiduciarios”, en los cuales el fiduciario tendrá la *mera tenencia*<sup>98</sup> de los bienes transferidos a su favor, para el cumplimiento de una finalidad legítima que haya sido señalado y, la posición

---

<sup>96</sup> MALUMIAN, Nicolas. Tratamiento tributario comparado del fideicomiso en América Latina. Op. Cit. En lo referente a la “personalidad fiscal” del fideicomiso, cabe destacar que la circunstancia de que la legislación de un cierto país considere que un fideicomiso tiene personalidad fiscal (esto es, que el fideicomiso es un sujeto pasivo que debe tributar el gravamen) es totalmente independiente de que la misma legislación le otorgue personalidad legal. Se deriva de lo dicho que si bien el Ecuador es el único país latinoamericano que otorga personalidad legal al fideicomiso no es el único país que considera al fideicomiso como sujeto pasivo del impuesto a las ganancias o a las rentas. La desvinculación de uno y otro concepto no se da sólo en materia fiduciaria sino que existen múltiples ejemplos de sujetos fiscales que no son sujetos legales (v. gr. Consorcios de propietarios de edificios, consorcios de construcción, etc.). Desde ya estos ejemplos varían en cada país de Latinoamérica.

<sup>97</sup> Ley 45 de 1990, Artículo 6.

<sup>98</sup> “Para los efectos de esta circular, se entienden por negocios fiduciarios aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. Si hay transferencia de la propiedad de los bienes estaremos ante la denominada fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio, fenómeno que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los cuales solo existe la mera entrega de los bienes”. (Circular Básica Jurídica 007 de 1996 de la Superintendencia Bancaria).

jurídica frente a las cosas dadas en fideicomiso será diversa, en función de elemento diferenciador.

#### **3.5.2.4 Clases de Fiducias**

##### **3.5.2.4.1 Fiducia Pública**

Se caracteriza por que el fideicomitente es una entidad de Derecho Público, autoridades y entidades públicas, por lo que dicha figura solo puede entenderse bajo las perspectivas de su gestión.

En Colombia se desnaturalizó la figura al excluir la posibilidad de que por el negocio fiduciario se transfieran bienes públicos en propiedad y, por ende, se constituye un patrimonio autónomo. Es por ello que solo se consagró una forma de encargo fiduciario en cuanto el fiduciario es un mero tenedor de los bienes que recibe para adelantar la gestión.

##### **3.5.2.4.2 Fiducia en Garantía**

La Circular Básica Jurídica introduce definiciones sobre los negocios fiduciarios y al hablar del Fideicomiso en Garantía sostiene que este tipo de fideicomiso no podrá ser utilizado para garantizar obligaciones de terceros distintos al constituyente que ha transferido los bienes objeto del acto constitutivo, trayendo innumerables dudas al respecto.

##### **3.5.2.5 Régimen Tributario**

Se consagra en la actualidad el principio de transparencia en Colombia, que consiste en la fijación del sujeto pasivo del impuesto ateniendo a la realidad económica y no a la titularidad económica, por lo que podríamos decir que para nuestro punto de vista existiría una gran defraudación al Fisco en virtud de que el impuesto causando de la supuesta realidad podría ser falso, y que además, siendo el patrimonio no obligado al pago del impuesto, este valor debe liquidar

quien realmente reporta el resultado implícito del hecho generador de que se trate.

## **3.6 Costa Rica**

### **3.6.1 Marco Legal**

La Ley 15 de 1936, vigente desde la mitad del siglo, facultaba a los bancos comerciales a desempeñar encargos de confianza, tales como: a) ser depositarios judiciales o extrajudiciales, b) liquidadores de sociedades comerciales, c) administradores de negocios de personas naturales, y e) representantes de los tenedores de bonos; es decir, que tenían las facultades de un mandatario, debiendo llevar cuentas separadas entre la institución y la gestión realizada en cada negocio.

El fideicomiso se encuentra en forma completa regulada por el Código de Comercio (Ley 3284 de 1964) y por la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional (Ley 1644 de 1953), que reitera en su artículo 116 la posibilidad de realizar contratos de fideicomiso por parte de los bancos comerciales, conforme a lo dispuesto en el Código de Comercio y las demás normas legales y reglamentarias.

### **3.6.2 Características Específicas**

#### **3.6.2.1 Elementos Personales**

A diferencia de la legislación ecuatoriana, el Código de Comercio<sup>99</sup> de Costa Rica contempla la posibilidad de que cualquier persona, natural o jurídica, pueda ser fiduciario. En el caso de las personas jurídicas, éstas estarán

---

<sup>99</sup> Art. 637 del Código Civil.- Puede ser fiduciario cualquier persona física o jurídica, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. En el caso de personas jurídicas, su escritura constitutiva debe expresamente capacitarlas para recibir por contrato o por testamento la propiedad fiduciaria.

obligadas a tener una cláusula en la escritura de constitución en las que se les autorice expresamente para recibir por contrato o testamento la propiedad fiduciaria.

### **3.6.2.2 Requisitos Legales**

En lo referente a la forma de perfeccionar el contrato, se requiere simplemente el acuerdo de las parte por escrito.

Además las modificaciones realizadas por la Ley 7558 de 1995 al Código de Comercio, establece que en caso de ser necesario la inscripción del acuerdo de los bienes fideicomitidos en el Registro Público a favor del fiduciario, están exentos del pago de cualquier valor por dicho concepto, mientras que los bienes que se encuentran dentro del fideicomiso; caso contrario, deberán cancelar todos los derechos e impuestos que generen la segunda inscripción de los bienes transferidos a un tercero distinto al fideicomisario.

Es importante destacar que cualquier bien ubicado fuera de Costa Rica, objeto del contrato, podrá ser registrado mientras no se encuentre prohibido por las leyes del país donde se ubicare el activo, registrándolo como patrimonio extranjero.

## **3.7 México**

### **3.7.1 Normativa Legal**

Como acontecimiento histórico, cabe destacar que los abogados, juristas y las leyes mexicanas, fueron los precursores del fideicomiso, debido a que pusieron en movimiento la figura del *trust* en el derecho positivo del país. Como la gran mayoría de tratadistas al referirse al tema de estudio, parten de la literatura de Rodolfo Batiza, nosotros no seremos la excepción, debiendo recalcar el trabajo intelectual dentro del marco en desarrollo.

La primera manifestación de esta figura jurídica, aparece en el siglo XX, cuando el gobierno autorizó a las compañías que financiaron la construcción del ferrocarril a emitir los bonos correspondientes, con el fin de garantizar la inversión.

Después se trata de adoptar el *trust* al sistema romanista ya que nunca se introdujo en las normas positivas, fue el proyecto Limantour, elaborado por el licenciado Jorge Vera y estudiado por el secretario de Hacienda señor José Limantour.

El señor Creel presenta en 1924 un proyecto que llevaba su nombre, resultado de las experiencias adquiridas sobre el trust en los Estados Unidos de Norte América, la misma que resultó bastante heterogénea y reunía posibilidades distintas al fideicomiso, como el ahorro, crédito, entre otros.

La confusión entre el trust y el mandato aparece ya en la Ley mexicana como negocio de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 31 de agosto de 1925, en la que se establece que: “El fideicomiso es un mandato irrevocable, en virtud del cual se entregan al Banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que los entregan al fideicomitente o a un tercer beneficiario”<sup>100</sup>. Está ley además manifiesta que ellos:

*... sirven los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se confían e interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos estos o al tiempo de su vigencia.*<sup>101</sup>

Posteriormente, en el año de 1926 fue presentado el proyecto “Vera Estañol”, elaborado por el licenciado Jorge Vera Estañol, que presentó una reglamentación en la parte fiscal al referirse que la adquisición por parte del banco de bienes inmuebles o derechos reales sobre éstos, se encuentran

---

<sup>100</sup> Ley mexicana como negocio de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 31 de agosto de 1925.

<sup>101</sup> Ídem.

obligados a pagar el impuesto de timbre causado por el contrato pero cuando se enajene, aún en cumplimiento del fideicomiso, el acto estaría sujeto al pago de los impuestos corrientes de acuerdo a la ley.

La Ley General de Instituciones de Crédito expedida en 1932 pretendía corregir los errores de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios y la Ley de Bancos de Fideicomiso, dándole definiciones claras y enriqueciéndole en la parte sustancial.

Existe una completa regulación con la vigencia de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, de modo que abrogó la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares. Esta Ley estatuyó los términos en los que se lleva a cabo las inversiones cuando los términos expresos no son claros y precisos al respecto y que para que los interesados de la operación celebrada, motivo del encargo, en cuanto sea posible y no se encuentre renuncia a ella, para dar la responsabilidad del cumplimiento de la obligación adquirida.

En resumen y con motivo de dar a conocer las disposiciones vigentes, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, regula la figura jurídica estudiada en los artículos 381 al 414 del Capítulo V, en los que se mencionaba la capacidad de goce o de ejercicio, el nacimiento, concepción, bienes muebles e inmuebles, títulos de crédito nominativos al portador, condiciones suspensivas y resolutorias, objeto del contrato, afectación, administración, disposición, derechos reales, personales y personalísimos, etc., adicional a lo establecido en el Código de Comercio y Ley de Instituciones de Crédito.

### **3.7.2 Características Específicas**

#### **3.7.2.1 Elementos Personales**

Desde la Ley de Instituciones de Crédito es posible diferenciar entre los delegados fiduciarios y el personal utilizado para la realización del fideicomiso.

Los delegados fiduciarios son aquellas personas designados por la Institución Fiduciaria para desempeñar sus cometidos y ejercer las facultades radicadas en cabeza de la entidad fiduciaria,<sup>102</sup> se podría decir, que juegan un papel similar al de los representantes legales de las compañías, frente al fideicomiso constituido. Por su parte, los actos del delegado fiduciario obligan al fiduciario a responder civilmente en los términos y condiciones señalados en el fideicomiso, mandato, ley o comisión.<sup>103</sup>

Por otro lado, el personal fiduciario utilizado para la realización del fideicomiso no se considera como personal de la Institución Fiduciario, sino que dependiendo del caso, se considera al servicio del patrimonio entregado en fideicomiso.<sup>104</sup>

Cabe indicar, que en los casos que la ley prevea la constitución de un Comité Técnico, deberá fijarse las reglas de su funcionamiento y las facultades de éste. Además el Comité es un órgano colegiado que no posee personería jurídica, pero sin embargo auxilia en aspectos técnicos, carece de capacidad para obligar al fideicomiso, tiene voz pero no voto y para seguridad de la entidad crediticia, determina que si esta sigue los dictámenes del Comité no será responsable por dichos actos.

### **3.7.2.2 Modalidades**

Algo curioso aparece en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en vista de que las fiduciarias podrán constituir fideicomisos y ser ellas las constituyentes cuando esté administrado para garantizar obligaciones a su favor. Es algo inusual para nuestra legislación, en virtud de que existe prohibición expresa de que la entidad fiduciaria no podrá ser fideicomitente.

---

<sup>102</sup> Cfr. Ley de Instituciones de Crédito, Artículo 80.

<sup>103</sup> Cfr. Ley de Instituciones de Crédito, Artículo 80.

<sup>104</sup> Cfr. Ley de Instituciones de Crédito, Artículo 82.

## **3.8 Panamá**

### **3.8.1 Normativa Legal**

La tesis de Ricardo J. Alfaro es acogida en la Ley 17 de 1941, en la que se establece la figura jurídica del mandato irrevocable, en virtud de la cual “se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciaria para que disponga de ellos conforme lo ordena el que transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario”<sup>105</sup>; y, la aceptación expresa se realizaba manifestando de igual forma en que se constituyó el fideicomiso y se podía solicitar la remoción del fiduciario, si tuviera intereses antagónicos o sea inhábil o impedido legalmente.

Actualmente el tema del fideicomiso en Panamá se encuentra regulado por la Ley 1 de 1984, en la que manifiesta tres aspectos característicos de esta que son: a) acepta únicamente el fideicomiso expreso y escrito; b) todos los fideicomisos se consideran onerosos; y, c) pueden desempeñarse como fiduciario cualquier persona natural o jurídica.

### **3.8.2 Características Específicas**

#### **3.8.2.1 Tributación**

La ley manifiesta que siempre que reúnan las condiciones particulares podrán acceder a la exención del pago del impuesto tanto en la constitución del fideicomiso como en la transferencia de los bienes entregados a este título.

Esta norma legal reitera la prohibición general de no hacer operaciones que contravengan la ley y la moral, a través de esta figura mercantil.

---

<sup>105</sup> LARA M. Jaime. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio económicas, 1972, p. 104.

### **3.8.2.2 Modalidad**

El Código de Trabajo panameño, Ley 44, en el Capítulo III del Título IV, por Decreto Ejecutivo 106 del 26 de diciembre de 1995 reglamentó la constitución, administración y supervisión de los Fondos de Cesantía y reguló la constitución del Contrato de Fideicomiso de Cesantía, la prestación que se pagara en caso de cesión de labores, administración de los fondos entre otras materias.

La Ley 44 determina que las personas autorizadas para la administración de los fideicomisos son las entidades establecidas en la Ley 10 de 1993 y los principios universales de diversificación de cartera y preservación de capital, que son: a) Los bancos con licencia general, incluyendo al Banco del País; b) Compañías de seguros autorizadas para operar en el país; c) Fideicomisos constituidos de conformidad a las Leyes de la República de Panamá que sean administradas por empresas con licencia fiduciaria expedida por la Superintendencia de Bancos y los administradores de inversión registrados en la Comisión Nacional de Valores.

La política de inversión aplicada por las empresas fiduciarias en la administración de los Fondos de Cesantía se encuentra detallada en artículo 8 de la Ley 10 de 1993, desde que se declaró la nulidad por ilegal del artículo 34 del Decreto Ejecutivo 106 de 1995 por el fallo de la Sala III (Contencioso Administrativo) de la Corte Suprema de Justicia del 27 de diciembre de 2007.

### **3.8.2.3 Paraísos Fiscales**

Es considerado Panamá como paraíso fiscal debido a que los socios y accionistas de las compañías disfrutan del anonimato, no tienen obligación de informar sobre las transacciones exteriores, no deben declarar impuesto o presentar información anual, pero sí están obligadas a pagar un impuesto al Gobierno de trescientos dólares.

Al respecto, el Ecuador es parte del Convenio de las Naciones Unidas contra la corrupción, la misma que exige transparencia en lo relativo a la identidad de las personas naturales y jurídicas involucradas en el establecimiento y gestión de la empresa.

## **3.9 Perú**

### **3.9.1 Normativa Legal**

Los Códigos Civiles de 1852, 1936 y 1984 al igual que el Código de Comercio de principios de siglo XX ignoraban la figura del fideicomiso. Aparece por primera vez los “Fideicomisos de cualquier otro carácter”, en la Ley de Bancos dictada en el año de 1931 y promulgada por el Decreto Ley 7159.

En 1931 la Misión Kemmerer, bajo el nombre de “Comisiones de Confianza”, sustentó la posibilidad de que los bancos, con autorización expresa de la Superintendencia, acepten y cumplan con la actividad de comisiones de confianza, de conformidad con la ley, reglamento y resoluciones de la entidad de control.

El contrato de fideicomiso se encontraba regulado también por el Decreto Ley 770, que entró en vigencia el 1 de septiembre de 1993, en el Título I “Bancos Múltiples”, Capítulo IV “Instrumentos y Contratos”, Sub capítulo IV “Del Fideicomiso”, Integrado entre los artículos 314 al 350, seguido por el Sub capítulo V “Otras Comisiones de Confianza”, que tiene por objetivo motivar a los bancos a su utilización y establece que el fideicomiso se concreta por un acuerdo bilateral de voluntades referidas a materias económicas.

En la actualidad el fideicomiso se encuentra regulado en forma moderna y completa por la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, también conocida como Ley 26.702 de 1996, la misma que ha sido objeto de modificaciones en asuntos puntuales.

### 3.9.2 Características Específicas

#### 3.9.2.1 Elementos Personales

La actividad del fiduciario, conforme al artículo 242 de la Ley General 26.702, se reserva a los siguientes sectores: a) Corporación Financiera de Desarrollo (Comide); b) Empresa Financiera; c) Caja Municipal de Ahorro y Crédito; d) Caja Municipal de Crédito Popular; e) Entidad de Desarrollo a la Pequeña y Micro Empresa (Edpyme); f) Cooperativas de Ahorro y Crédito autorizadas a captar recursos del público; g) Caja Rural de Ahorro y Crédito; h) La empresa de servicios fiduciarios; e, i) Las empresas de seguros y reaseguros.

Todos los sectores antes citados están vigilados por la Superintendencia, la misma que cumple con las facultades que se le otorga y con un papel tradicional de juez inglés.

Adicionalmente, cuando se habla del beneficiario, se dispone algo curioso para nuestra legislación, debido a lo manifestado en el artículo 267 de la Ley 26.702 en concordancia con la Ley General de Sociedades, cuando determina que si el número de beneficiarios asciende a cinco, debe obligatoriamente celebrarse una Junta que realice lo siguiente:

*a) Designar representantes y procuradores que accionen en resguardo del interés común de los fideicomisarios; b) Aprobar modificaciones en las cláusulas del fideicomiso, cuando fuere necesario el consentimiento de los fideicomisarios, siempre que éstos no sean menores o incapaces y en razón de ello se encuentren impedidos de intervenir personalmente en las Juntas; c) Adoptar otras medidas y decisiones en pro del interés común de sus miembros; d) En los casos de fideicomiso con fideicomisarios indeterminados, la representación la asume la Superintendencia; y, e) La Superintendencia actuará como representante, conforme con el numeral 4 de la ley citada, si los beneficiarios son indeterminados.<sup>106</sup>*

---

<sup>106</sup> Artículo 267 de la Ley 26702.

### 3.9.2.2 Modalidades

Se reconoce lo que en nuestra legislación se conoce como negocios fiduciarios pero la Ley del 31 los llama “encargos de confianza”, los mismos que pueden aceptar y ejecutar las empresas que se encuentran señaladas en el artículo 221 numeral 32, que son:

1. *Realizar las funciones de depositario o interventor de bienes embargados, salvo que el depósito recaiga sobre dinero.*
2. *Administrar provisionalmente los negocios y sociedades que se encuentren en proceso de reestructuración económica y financiera, conforme a la ley de la materia.*
3. *Cumplir las funciones de administración, realización y liquidación de los bienes de las sociedades declaradas en quiebra conforme a la ley de la materia.*
4. *Ser administradores de bienes comunes por acuerdo de los interesados, o por nombramiento del juez especializado en el caso del artículo 772 del Código Procesal Civil.*
5. *Ejercer el cargo de albacea testamentario o dativo.*
6. *Oficiar de guardadores de bienes de menores e incapaces en los casos a que se refiere el artículo 503 del Código Civil y en todos los demás en que dicho Código dispone o autoriza el nombramiento de guardador especial, testamentario o dativo, para todos o parte de los bienes del menor o incapaz.*
7. *Actuar como guardadores de bienes de ausentes declarados judicialmente.*
8. *Administrar bienes dejados por testamento o donados bajo condición o hasta cierto día, a fin de entregarlos a los herederos, legatarios o donatarios cuando se cumpla la condición o llegue el día.*
9. *Asumir la administración de bienes dejados por testamento o por acto entre vivos para obras públicas, establecimientos de beneficencia o de educación u otros fines lícitos a que los hubiere destinado el testador o donante, sujetándose a la voluntad del instituyente.*
10. *Tomar la administración de bienes que se hubiere dejado por testamento o por acto entre vivos con el fin de que el fideicomisario perciba únicamente la renta durante su vida o por el tiempo que determine el instituyente.*
11. *Obrar como administradores de bienes gravados con usufructo, cuando así se haya establecido en el acto constitutivo.*
12. *Servir de representante de los tenedores de bonos emitidos por sociedades anónimas.*
13. *Administrar bienes de cartera.*

14. *Celebrar contratos de mandato, con o sin representación, incluyendo los poderes generales o especiales para:*

- a. Administrar bienes.*
- b. Cobrar créditos o documentos.*
- c. Comprar y vender acciones, bonos y demás valores mobiliarios.*
- d. Percibir dividendos e intereses.*
- e. Representar a los titulares de acciones, bonos y valores.<sup>107</sup>*

### **3.9.2.3 Elemento Patrimonial**

Al igual que en la mayoría de legislaciones latinoamericanas, se establece la obligatoriedad de llevar contabilidad separada por cada fideicomiso en libros contables debidamente legalizados y que está a la vez debe ser administrado por el fiduciario, sin que tenga derecho de propiedad sobre los bienes fideicomitidos.

Los asientos contables de la empresa deberán tener conciliación con los libros que se encuentran en la empresa fiduciaria.

### **3.9.2.4 Extinción del Contrato de Fideicomiso**

En el ordenamiento peruano es causal de nulidad del fideicomiso que el fiduciario sea designado como fideicomisario, excepto en los contratos de titulación de activos, donde sí es posible dicho nombramiento.

## **3.10 Análisis de los Instrumentos Internacionales suscritos y ratificadas por el Ecuador en materia de Fideicomiso**

Existen en el Ecuador un sin número de Tratados, Convenios, Acuerdos Bilaterales y Multilaterales en diferentes materias, tales como: a) Carta de

---

<sup>107</sup> Ley 31

Entendimiento entre el Gobierno del Ecuador y el Programa Mundial de Alimentación sobre la Provisión de Servicios de Monetización, Administración, Asesoría, Seguimiento y Monitoreo de la donación de Estados Unidos; b) Convenio para el establecimiento del Fondo Latinoamericano de Reserva; c) Convenio entre Ecuador y Canadá para evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal en materia de Impuesto a la Renta; d) Cooperación Técnica No Reembolsable No. ATN/ME-7833-EC., Programa de Promoción de Procesos de Producción más limpia; e) Declaración sobre Cooperación Económica en el Pacífico PECC V Vancouver; f) Cooperación Técnica No Reembolsable No. ATN/J17-7706-EC., Estudios de Factibilidad del Programa de Manejo de Recursos Costeros, Fase 11; g) Convenio de Cooperación Técnica No Reembolsable No. ATN/SF-870-EC., Estudios preliminares del Programa del Desarrollo Sostenible de la Frontera Sur del Ecuador; h) Memorando de Cooperación entre la República del Ecuador y la Organización Meteorológica Mundial (OMM); i) Acta de la X Reunión de la Comisión Mixta de Cooperación Hispano-Ecuatoriana; j) Convenio de Apoyo Interinstitucional entre el Plan Binacional de Desarrollo de la Región fronteriza Perú-Ecuador, el Grupo Binacional de Promoción de la Inversión Privada, la Agencia de Promoción de Inversión Privada –PROINVERSIÓN- y la Corporación de Promoción de Exportaciones e inversiones –CORPEI-; k) Acta Final de la Segunda Reunión Binacional Sectorial Colombo Ecuatoriana sobre pesca artesanal; l) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; m) Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada; n) terminando con el Tratado del Sistema Unitario de Compensación Regional de pagos SUCRE, los mismos que se encuentran vigentes y en su texto hablan sobre las diferentes clasificaciones de los fideicomisos; y, o) entre otras, es por ello que nosotros nos vamos a referir en este análisis a dichos instrumentos internacionales.

De la importancia de los Instrumentos Internacionales anteriormente detallados se puede desprender que éstos no solo son utilizados en su forma habitual en un mismo Estado, sino también como mecanismos de administración de los recursos entregados por las diferentes instituciones o Estados Miembros, una

forma de brindar seguridad a los Estados donantes, un apoyo en un sistema financiero específico o aplicación de cualquier otro mecanismo que un órgano supranacional estime conveniente, reducción de las asimetrías comerciales, aplicación de una modalidad financiera igual que estimule la producción y/o exportación de productos, una forma de integración regional que permita un desarrollo de los países miembros, con el objeto de evitar la doble imposición o la evasión de los Impuestos a la Renta o simplemente como una forma de mantener monitoreado las actividades para las cuales fue creada en fideicomiso.

Históricamente y en actualidad, los fideicomisos son objeto de innumerables actividades en las diferentes áreas, debido a su regulación jurídica tan amplia, a su facilidad para ser constituida, por que han demostrado ser un mecanismo para la obtención de recursos en tiempo difíciles y como una forma de crear fuentes de trabajo, pero también han sido objeto de defraudaciones a terceras personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado y utilizados como un mecanismo para causar daño a los beneficiados, es por ello que han sido objeto de una mala reputación y han perdido credibilidad en la población mundial, con estos antecedentes me veo en la obligación de aclarar que la intención de las personas naturales son las que conducen a acciones dolosas o culposas no las de personas jurídicas como es el fideicomiso.

## CAPÍTULO IV

### 4 MODELO DE CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE FIDEICOMISO MERCANTIL

- Que la Organización Mundial de Comercio, es el principal órgano internacional para ayudar a promover el libre comercio, permitiendo a las naciones prosperar y desarrollarse de manera justa y equitativa, mediante la elaboración de las normas del comercio internacional.
- Que la Comunidad Andina de Naciones tiene el propósito de desarrollar el proceso de convergencia gradual de las políticas macroeconómicas y la integración subregional para favorecer la estabilidad económica de sus países miembros a fin de lograr su mejor inserción en el escenario internacional.
- Que reafirmando los principios de la Organización de Estados Americanos, en la que se establece el Derecho Internacional que es norma de conducta en sus relaciones recíprocas, respeto del orden internacional, el derecho a elegir su sistema político, económico y social que es esencial para el bienestar y prosperidad común de los pueblos del Continente.
- Que la Unión de Naciones Suramericanas en concordancia con las Decisiones 291 y 292 de la Comunidad Andina de Naciones, dispone el desarrollo de las actividades que potencien los beneficios del comercio, tratamiento igualitario y no discriminatorio a inversionistas extranjeros y el desarrollo equilibrado y armónico que contribuyan a la transparencia y faciliten el comercio.

- Que la Unión de Naciones Suramericanas tiene como objeto profundizar su normativa para avanzar a un Estado de integración y circulación de servicios al interior del mercado andino.
- Que la construcción del Banco del Sur y la consolidación el Sistema Unificado de Compensación de Pagos (SUCRE), mantiene la convicción de una nueva arquitectura financiera internacional para asumir los retos que plantea la historia.
- Que el objeto principal de la economía mercantil es encontrar el desarrollo competitivo, así como también las oportunidades que surgen en el nuevo escenario regional para el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas, en las cuales se minimiza los riesgos de inversión, conflictos y logra efectos inmediatos y mejor gestión económica.
- Que ante los actuales procesos de integración en Latinoamérica en los sectores económicos, inversiones y globalización, en los que se encuentra inmerso nuestro país, la legislación debe priorizar la economía en general prometiendo el bienestar y la riqueza por doquier.
- Que teniendo en cuenta la importancia del Fideicomiso Mercantil para el desarrollo del comercio internacional, la inversión productiva, social, ambiental y el Derecho Internacional Privado sobre la base de la igualdad, seguridad jurídica y del beneficio mutuo para el fomento de las relaciones amistosas entre los Estados.
- Que estimando que la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de fideicomiso mercantil internacionales en los que se encuentran los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos contribuirá a la superación de barreras que impiden el desarrollo del comercio internacional y promover al crecimiento de los Estados, en

base a los principios de complementariedad, cooperación, solidaridad y respeto a la soberanía.

Que se hace necesario actualizar conceptos normativos en inversiones y economía mediante la promulgación de una convención que garantice la adopción de normas aplicables a los Contratos de Fideicomiso en los que se deba tomar en cuenta la legislación de cada Estado a la superación de obstáculos jurídicos que tropiecen el correcto desenvolvimiento de la figura y promover el progreso económico y social de todos los sectores de Latinoamérica, de conformidad con los propósitos y principios de los instrumentos internacionales ratificados por los Estados miembros.

Que afirman que las normas y principios de derecho internacional general seguirán rigiendo la materia no regulada por esta Convención.

Que los Estados Latinoamericanos, en uno de los constantes intentos internacionales de integración económica y especialmente en materia fiduciaria, han convenido en lo siguiente:

## **Convención Americana sobre Fideicomiso Mercantiles**

### **Capítulo I**

#### **Disposiciones Generales**

**Art. 1.- Objeto.-** El presente instrumento tiene como objeto el establecimiento de normas uniformes que permitan de manera progresiva y gradual la libre constitución de los fideicomisos en Latinoamérica, privados o públicos, con fines económicos, obtención de recursos para el desarrollo sustentable de la actividad y la estabilidad jurídica en cada negocio realizado, dentro del entorno de las actividades propias de las partes.

Es por ello que la presente Convención regula exclusivamente la formación de los fideicomisos mercantiles, los derechos y obligaciones de las partes que intervienen, tales como constituyente, fiduciaria y beneficiario, a los mismos que se los entenderán conforme a lo dispuesto en el artículo 4, y su terminación, ya sea ésta que se encuentre establecida en el contrato principal o por el transcurso del tiempo.

**Art. 2.- Ámbito de Convención.-** La presente Convención se aplicará a los contratos de fideicomiso de bienes muebles e inmuebles, en virtud de la transferencia de dominio que una persona realice a una entidad autorizada por las leyes del Estado contratante o de las leyes aplicables según la Convención en mención, a favor del beneficiario, siempre que se haya cumplido con las formalidades que establece la ley interna del país donde se llevara a cabo la actividad principal del contrato.

**Art. 3.- Personas Comprendidas.-** El presente Convenio se aplicará a las personas naturales o jurídicas residentes de uno o más de los Estados Contratantes.

**Art. 4.- Definiciones.-** Según se usan en esta Convención, los términos que a continuación se transcriben tendrán el significado que aquí se les atribuye, que será aplicable tanto al singular como al plural de los términos definidos:

1. “Estado” es la sociedad políticamente organizada, es decir, el ordenamiento jurídico vigente, la Ley, el sistema de derecho que rige.

Empleado en un sentido geográfico, significa el territorio y pueblo de cada “Estado Contratante”.

2. “Persona Nacional” es toda persona natural y personas jurídicas o cualquier otra agrupación de personas legalmente constituidas y reconocidas por las leyes de cada Estado, que posea la nacionalidad de un Estado Contratante.

3. "Autoridad Competente" significa las personas o sociedades estatales que por Ley conozcan, regulen y controlen la constitución de los fideicomisos en cada Estado Contratante.
4. "Derechos económicos" es el conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas que dan lugar a la producción, circulación, distribución y consumo de las riquezas, regulándolas desde el punto de vista jurídico.
5. "Derechos Patrimoniales" se entenderá como los derechos económicos derivados sobre la tenencia de los bienes muebles y/o bienes inmuebles.
6. "Derecho Fiduciario" son el conjunto de derechos que se derivan de la calidad de beneficiario de un fideicomiso mercantil, los cuales representan el patrimonio autónomo constituido y otorgan el derecho a que el fiduciario les restituya los activos o el producto de su administración, de conformidad a las instrucciones señaladas en el contrato constitutivo.
7. "Contrato de fideicomiso" es el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren irrevocablemente uno o más bienes a un patrimonio autónomo para que una persona, llamada fiduciario, con el encargo de que los administre o enajene por un tiempo determinado o mediante el cumplimiento de una condición y que, con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero.
8. "Fideicomitente o Constituyente" es la persona natural o jurídica, en este último caso que actúa a través de su representante legal, quienes transfieren los bienes al fiduciario para formar el fideicomiso, por una manifestación expresa de su voluntad y se puede constituir en beneficiario del mismo una vez cumplida la condición o el transcurso del tiempo.
9. "Fiduciario" son aquellas personas autorizadas por Ley, para desarrollar los negocios fiduciarios, que reciban en propiedad los bienes transferidos para

administrarlos o manejarlos de acuerdo con el encargo fiduciario y las normas que obligan a este tipo de entidades.

10. "Fideicomisario o Beneficiario" es la persona en cuyo beneficio se realiza el negocio.

**Art. 4.- Excusión de materia.-** La presente Convención no será aplicable en las siguientes materias:

- a) Contrato de compraventa;
- b) Remate;
- c) Subasta;
- d) Prenda;
- e) Hipoteca;
- f) Consumo; y,
- g) Los demás contratos que sean distintos a los del fideicomiso mercantil.

**Art. 5.- Clasificación.-** A los fines de esta Convención, se establece la siguiente clasificación de los fideicomisos:

- a) Fideicomiso de Administración;
- b) Fideicomiso de Inversión;
- c) Fideicomiso de Garantía;
- d) Fideicomiso Inmobiliario; y,
- e) Fideicomiso Público.

**Art. 6.- Conformación del Órgano Regulador y de Control.-** Para el funcionamiento correcto de la presente Convención se creará el Consejo de Fideicomiso Regional, como máximo organismo regulador, controlador y estará conformado por: un presidente, un vicepresidente, un secretario, un tesorero, un delegado de la entidad máxima de control de cada Estado miembro y un representante del sector privado.

En la integración del Directorio se procurará asegurar la representación paritaria de hombres y mujeres.

Los representantes contarán con voz y voto para toma de decisiones y resoluciones.

Se constituye el Consejo de Fideicomiso Regional, como un órgano de Derecho Internacional Público permanente, con personería jurídica propia, autonomía administrativa, técnica, económica, financiera y patrimonio propio, con sede en la ciudad de Quito, República del Ecuador.

Los funcionarios y empleados del Consejo de Fideicomiso Regional que no fueren nacionales del país donde se encuentren su sede u oficinas, gozarán de:

- a) Sueldos y honorarios exentos de todo impuesto o contribución;
- b) Inmunidad respecto de procesos judiciales y administrativos relativos a los actos realizados por ellos en su carácter de tales, salvo los que el Consejo renuncie a dicha inmunidad justificadamente.
- c) Los archivos, documentos y locales del Consejo y sus órganos serán inviolables dondequiera que se encuentre; y,
- d) Los mismos privilegios respecto a facilidades de viaje que los Estados Partes otorguen a los directores, funcionarios, empleados y agentes de rango comparable de otros organismos multilaterales de naturaleza similar o de otros Estados no miembros.

## Capítulo II

### Elementos Personales del Contrato

**Art. 7.- Obligaciones del Fiduciante o Constituyente.-** Las obligaciones del fiduciante o constituyente son:

- a) Transferir al fiduciario los bienes y derechos materia del contrato;
- b) Remunerar al fiduciario;
- c) Responder por el saneamiento en caso de evicción;
- d) Pago de los impuestos que se establecerán con base a un porcentaje sobre la cuantía del Contrato de Fideicomiso y será pagada por una única vez al momento de constituirse el fideicomiso;

El monto por concepto de impuesto deberán estar debidamente reflejados en los libros contables y en las declaraciones presentadas a los organismos de control de cada país; y,

- e) Las demás que se deduzcan del contrato constitutivo y los que establece el Reglamento.

**Art. 8.- Obligaciones de la Fiduciaria.-** Las obligaciones que tiene la fiduciaria, son:

- a) Ejecutar los fines del fideicomiso;
- b) Mantener los bienes objeto de la fiducia separado de los suyos y de los que corresponden a otros negocios fiduciarios;

- c) Llevar la contabilidad de los bienes que entreguen en fideicomiso en distintos libros contables a los de la fiduciaria;
- d) Asumir la obligación de conservar los bienes y derechos recibidos en su integridad material;
- e) Invertir los bienes fideicometidos de acuerdo con las especificaciones dadas por el constituyente en el contrato;
- f) Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario.
- g) Rendir cuentas de su gestión;
- h) Pagar al fideicomisario(s) los beneficios periódicos que produzca el fideicomiso, si así se ha señalado en el contrato;
- i) No hacer mal uso de los derechos transferidos y no excederse en el ejercicio de las facultades que se le confiere;
- j) Guardar el secreto profesional;
- k) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o la ley, una vez concluido el negocio fiduciario;
- l) No podrá delegar funciones;
- m) Cumplir el plazo establecido en el contrato o que éste no exceda por ley; y,
- n) Los demás que determine el contrato constitutivo y su Reglamento.

**Art. 9.- Derechos del Beneficiario.-** Los derechos del beneficiario son:

- a) Exigir el cumplimiento del fideicomiso;

- b) Impugnar los actos anulables por el fiduciario y exigir la devolución de los bienes dados en fideicomiso a quien corresponda; y,
- c) Oponerse a toda medida preventiva o de ejecución que afecte a los bienes dados en fideicomiso, en caso de que el fiduciario no lo hiciera.

#### **Art. 10.- Funciones del Consejo de Fideicomiso Regional**

- a) Dictar las políticas, normas y demás medidas necesarias para el control y regulación de forma permanente sobre la constitución del Contrato de Fideicomiso Mercantil y generar seguridad en los territorios de los Estados Miembros;
- b) Establecer los criterios y directrices vinculados a los fideicomisos, su composición y las normas jurídicas aplicables a los mismos;
- c) Suscribir con los Estados u otras entidades los demás acuerdos y convenios que estime conveniente para la gestión y administración, por consentimiento unánime de los Estados Miembros del Consejo, así como cualquier instrumento que permita el cumplimiento de las funciones;
- d) Recomendar políticas, estrategias, medidas y mecanismos que se coordinen entre los Estados Miembros, para expandir el comercio intrarregional con el objeto de reducir las asimetrías, así como que los países no miembros otorguen tratamientos justo a los Estados Miembros. Esta función se realizará en coordinación con las máximas autoridades de cada Estado Miembro; y,
- e) No interferir en el consentimiento de los Estados miembros.

#### **Art. 11.- Remuneración, Alcance, Inmunidades y Privilegios Personales.-**

Para el cumplimiento de los objetivos, desarrollo de las funciones y realización de operaciones, el Consejo de Fideicomiso Regional y sus órganos gozarán en

los territorios de los Estados Miembros, de la remuneración, las inmunidades, exenciones y privilegios establecidos en este artículo de la presente Convención.

El personal del Consejo de Fideicomiso Regional gozará de los siguientes privilegios:

- a) Los sueldos y honorarios profesionales de los funcionarios estarán exentos de toda clase de tributo, al igual que todos los bienes y activos del Consejo de Fideicomiso Regional.

Los funcionarios públicos que tengan nombramiento o contrato legalmente expedido por la autoridad nominadora, recibirán una remuneración justa y equitativa del trabajo desempeñado, así mismo estarán prohibidos de ejercer otro cargo o desempeñar actividades extrañas a sus funciones durante el tiempo fijado como horario de trabajo para el desempeño de sus labores y percibir remuneraciones o ingresos complementarios.

- b) Los mismos privilegios respecto a facilidades de viaje que los Estados Miembros otorguen o de otros Estados no Miembros.

### **Capítulo III**

#### **Disposiciones Finales**

**Art. 12.- Solución de Controversias.-** Las controversias que surjan entre los Estados Partes derivadas de la aplicación o interpretación de esta Convención, será sometidas a negociaciones directas entre ellos. En caso de no ser resueltas por dicha vía, serán sometidas a la decisión del Consejo de Fideicomiso Regional.

Aquellas controversias que surjan entre los Estados Miembros y el Consejo de Fideicomiso Regional serán sometidas a negociaciones directas, para lo cual

las partes podrán servirse del apoyo de expertos. La ley aplicable, número de árbitros y los plazos necesarios para la solución de controversias serán establecidos en los reglamentos que dicte el Consejo de Fideicomiso Regional y previo acuerdo de las partes en disputa, el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 15 de diciembre de 1976.

**Art. 13.- Enmienda.-** Esta Convención podrá ser enmendada o modificada a iniciativa de cualquier Estado Parte o por iniciativa fundamentada del Consejo de Fideicomiso Regional.

Las modificaciones o enmiendas adoptadas entrarán en vigor por el consentimiento unánime de los Estados Partes, debido a las obligaciones y cumplimiento que contraen por dicho instrumento, para lo cual depositarán la aceptación escrita en las oficinas del Consejo de Fideicomiso Regional, mismo que deberá ser publicado en el Ministerio de Relaciones Exteriores de cada Estado Miembro.

**Art. 14.- Denuncia.-** Los Estados Miembros podrán denunciar la presente Convención mediante notificación escrita simultáneamente al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración de la República del Ecuador y al Consejo de Fideicomiso Regional, en el cual manifestarán su consentimiento de retirarse y liquidación definitiva de sus obligaciones a la fecha de presentación de la notificación.

La denuncia surtirá efectos luego de transcurridos tres meses contados a partir de la fecha en que se haya efectuado la notificación. Durante el plazo establecido anteriormente, el Estado denunciante no podrá cursar nuevas operaciones ni participar en las decisiones del Consejo de Fideicomiso Regional.

Todo Estado que se haya retirado de la presente Convención constitutiva podrá solicitar nuevamente su adhesión a la misma.

**Art. 15.- Reglamentos.-** Dispóngase la aprobación de los reglamentos básicos en el plazo de setenta (70) días hábiles contados a partir de la entrada en vigor de la referida Convención indispensables para establecer las disposiciones generales de la prestación del servicio, la administración, la normalización y homologación de las leyes y la regulación del mercado mercantil, a fin de que éstos se lleven a cabo cumpliendo los objetivos y principios establecidos en la Convención sobre el Fideicomiso Mercantil.

En fe de lo cual los abajo firmantes debidamente autorizados para ello, suscriben la presente Convención.

Celebrado en Quito el 01 de marzo de 2011, en duplicado, en los idiomas español y portugués, siendo estos textos igualmente auténticos y depositados en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración de la República del Ecuador, a fin de que saquen copias certificadas cada uno de los Estados signatarios.

Firman los representantes de los Estados Miembros.

## CAPÍTULO V

### 5 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### 5.1 Conclusiones

A lo largo de este trabajo he presentado una visión general, analítica y comparativa de la importancia del fideicomiso en América y más en los ocho países estudiados de Centro América y Sur América, su origen en el Derecho Romano, Derecho Anglosajón y el desarrollo a lo largo de los años, como consecuencia de la facilidad y acceso a los medios de comunicación y materiales bibliográficos sobre el tema para recopilar la información requerida en un mundo globalizado, que se refleja en un mayor grado de integración e interdependencia con el objeto de la internacionalización de las actividades del ser humano.

En este proyecto he puesto énfasis especial en la Convención para la homologación de las Leyes en Latinoamérica sobre los Negocios Fiduciarios, como objetivo principal, propuesta legal y como una herramienta internacional privada que ayude a los países que deseen realizar dicho negocio para obtener una alternativa válida en el desarrollo de los Países Miembros, siempre enmarcado en lo legal, permitiendo una seguridad jurídica para que no existan fraudes o perjuicios a las personas intervinientes en dicho contrato y/o terceras persona.

Es una herramienta que permite resolver conflictos sobre la ley aplicable y observando los requisitos adecuados para la ejecución.

La Convención para la homologación de las leyes sobre Negocios Fiduciarios procura reducir normas reglamentarias, lo que permite obtener un instrumento dinámico que puede ser actualizado periódicamente según la realidad normativa de cada Estado Contratante.

Con el desarrollo de los cuatro capítulos y con un estudio exhaustivo sobre el fideicomiso, destacando las diferencias y semejanzas, me atrevo a decir, que es posible y viable una homologación de las leyes, respetando la soberanía de los instrumentos legales, por lo mi objetivo de investigación se cumplió a cabalidad.

## **5.2 Recomendaciones**

La Constitución de la República del Ecuador consagra la integración en especial con los países de Latinoamérica y Caribe en referencia a los temas del sistema económico y materia comercial orientados en los principios de equidad y solidaridad, es por ello que se debería promover el desarrollo equilibrado de la economía, ya sea ésta públicas, privadas, mixtas, populares, sociales y demás que la ley señale.

La Ley de Mercado de Valores aprobada en el año 2006 contiene disposiciones que regulan los Fideicomisos Mercantiles y Encargos Fiduciarios en el Ecuador, la misma que no puede ser utilizada a nivel internacional y tampoco como una herramienta para solucionar conflictos sobre la ley aplicable, intervinientes y objeto del contrato.

Según las disposiciones anteriormente citadas, se refleja que todo lo que se realiza en el Ecuador tiene una connotación política que trata de proteger el elemento de la soberanía absoluta, debiendo proponer un cambio a una soberanía relativa que consiste en las directrices de seguridad y debiendo a su vez ser dinámica, por lo que los instrumentos internacionales y proyectos transnacionales proponen un mejor desarrollo de la actividad mercantil.

Me permito recomendar a las futuras promociones de estudiantes de la Universidad de las Américas y assembleístas desarrollar, utilizar y mejora la regulación existente, con el propósito de dar a conocer esta figura jurídica que se encuentra en auge.

Adicionalmente, los aspectos reservados a la Convención son aquellos que forman el marco fundamental, garantizando la seguridad jurídica, legalidad, competencia, equilibrio y solidaridad, es por lo que solicito la ayuda a las siguientes promociones para elaborar un Reglamento en el que se encuentren los aspectos del trámite, operativos y otros que estimen necesarios.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBÁN GÓMEZ, Ernesto. **Manuel de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General.** Ecuador.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. **De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno.** Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1943.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. **Tomo 1 Volumen I Parte General.** Tercera Edición, Editorial Nacimiento Santiago, Chile 1961.

ALFARO, Ricardo José. **El fideicomiso, s.e.** Imprenta Nacional de Panamá, Panamá, 1920.

ÁLVAREZ CORREA, Eduardo. **Curso de Derecho Romano.** Ed. Pluma, Colombia – Bogotá, 1979.

ÁLVAREZ, Jorge R. **Derecho I.** Septiembre 2008.

AREAS N., Alicia. **La Acción Publiciana.** XVI Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano, Córdoba, 2003.

BATIZA, Rodolfo. **Fideicomiso.** Editorial Porrúa S.A. Tercera Edición, México 1976.

BATIZA, Rodolfo. **Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria.** México.

BETTI, Emilio. **Teoría General del Negocio Jurídico.** Segunda Edición Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. ***Diccionario de Derecho Romano y Latines Jurídicos***. Ed. Heliasta, 2007.

CERVANTES AHUMADA, Raúl. ***Títulos y Operaciones de Crédito***. Editorial Herrero S.A. México, Séptima Edición, 1972.

CONSEJO NACIONAL DE VALORES. ***Codificación de Resolución***.

CÓDIGO CIVIL.

CÓDIGO DE COMERCIO.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

CONVENIO DE LA HAYA.

CHERSI, Carlos Alberto, ***Contrato civil y comerciales***. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Tomo 1 y Tomo 2, Argentina.

DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO. Editorial Labor, Barcelona, 1967.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. Décimo-Novena Edición. Talleres Tipográficos de la Editorial Espasa – Calpe S.A., Madrid.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. ***El Fideicomiso***. Editorial Porrúa S.A., México 1995.

CORTE PENAL INTERNACIONAL. ***Estatuto***.

SISTEMA FINANCIERO ECUATORIANO. ***Fondo de Liquidez***.

GALGANO, Francesco. ***El negocio Jurídico***. Edición Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.

GHERSI, Carlos A. **Fidecomiso**. Editorial Universidad, Primera Edición, Ciudad de Buenos Aires, 2006.

GÓMEZ DE LA TORRE REYES, Diego. **El Fideicomiso Mercantil**. Diagramación e Impresión ALBAZUL OFFSET, Quito – Ecuador, 1998.

GONZÁLEZ TORRE Roberto. **El Fideicomiso**. Guayaquil, Edición Edino Segunda Edición, 2000.

WIKIBOOKS. [[http://es.wikibooks.org/wiki/Derecho\\_romano/La\\_compilaci%C3%B3n\\_justiniana](http://es.wikibooks.org/wiki/Derecho_romano/La_compilaci%C3%B3n_justiniana)]. 2009, 23 de abril del 2010.

WEB CACHE. [[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=carche:rgUS5c46J-EJ:www.derechoecuador.com/index.php%3Foption%3Dcom\\_content%26task%3Dview%26id%3D4457%26Itemid%3D426+delito=colusion&cd=2&hl=es&ct=cink](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=carche:rgUS5c46J-EJ:www.derechoecuador.com/index.php%3Foption%3Dcom_content%26task%3Dview%26id%3D4457%26Itemid%3D426+delito=colusion&cd=2&hl=es&ct=cink)].

LEX JURÍDICA. [<http://www.lexjuridica.com/diccionario.php>].

KIPER Claudio y LISOPRAWSKI Silvio. **Tratado de fideicomiso**. ediciones Depalma, Buenos Aires, Segunda Edición, 2004.

KIPER, Claudio y LISOPRAWSKI, Silvio. **Teoría y Práctica del Fideicomiso**. Depalma, Buenos Aires, 1999.

LARA MELÉNDEZ, Jaime. **La Fiduciaria en Colombia**.

LAREA HOLGIN, Juan. **Derecho Civil del Ecuador: Parte General y Personas**. Ecuador.

LEY DE MERCADO DE VALORES.

LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO.

MANRIQUE NIETO, Carlos. **La Fiducia de Garantía**. Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas, Gustavo Ibáñez, 1998.

MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz y otros. **Tratado teórico práctico de Fideicomisos**. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

MORA VINTIMILLA, Pedro Agustín. **El Fideicomiso Mercantil y su utilización práctica**. Quito – Ecuador.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. **Legislación Bancaria**. Editorial Horizontes 1970.

PROGRAMA CHULETA. **La Compilación Justiniana**. [<http://www.xuletas.es/ficha/derecho-7/>]. 12 de noviembre del 2006, 23 de abril del 2010.

PUCHAICELLA ORDÓÑEZ, Olivio. **Derecho Romano II**. Universidad Técnica Particular de Loja, Ciencias Jurídicas.

Reglamento de Administradoras de Fondos y Fideicomisos.

BANCO ECUATORIANO DE LA VIVIENDA. **Reglamento de Proyectos Inmobiliarios**.

REGLAMENTO SOBRE NEGOCIOS FIDUCIARIOS.

RENGIFO, Ramiro. **La Fiducia, Legislación nacional y derecho comparado**. Edición Colección Pequeño Foro, Bogotá - Colombia, 1984.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. **Negocios Fiduciarios**. Su significación en América Latina, Legis S.A. Colombia, 2005.

RODRÍGUEZ ROSERO, Bruno. **Fiducia y pacto de retro en garantía**. Edición Marcial Pons, Madrid – España, 1998.

RODRÍGUEZ RUIZ, Raúl. ***La Organización Contable Fiduciaria***. Ediciones Contables y Administrativas S.A. Tercera Edición, México 1976.

ROJAS, Atilio. ***La Organización Fiduciaria***. Enfoque Jurídico, Contable, Financiero, Administrativo, Análisis Teórico Práctico sobre Fideicomisos y otras operaciones de confianza, Editorial Arte, Caracas.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA. ***Doctrinas y Conceptos***. Tomo IV. 1974.

TRATADO DE ROMA.

VACA ANDRADE, Ricardo. ***Manual de Derecho Procesal Penal***. Volumen 1, tercera edición actualizada.

VÁZQUEZ, Humberto. ***Diccionario de Derecho Romano***. Edición Zavalía, 1998.

VOLTERRA, Eduardo. ***Instituciones de Derecho Privado Romano***. Edición Civitas S.A., Madrid – España, 1986.

ZAMBRANO, Pablo. ***Sistemas Jurídicos Comparados***. Apuntes de clases, Noveno Semestre, 2009.

# ANEXOS

## ANEXO 1

### Plan de Tesis

<b>Propuesto por:</b> Mery Estefanía Venegas Valencia	<b>Carrera:</b> Derecho
<b>Número de Matrícula:</b> 106629	<b>Semestre que Cursa:</b> Décimo
<b>Profesor Guía:</b> Dr. Iván Escandón	<b>Fecha:</b> 26 de marzo de 2010

#### 1. Tema del Trabajo de Titulación

Los Negocios Fiduciarios en Latinoamérica con aspiración a la homologación de las leyes.

#### 2. Planteamiento del Problema

El moderno fidecomiso vino a ser incorporado en la Ley de Mercado de Valores (L.M.V), publicado en el Registro Oficial Suplemento 215 del 22 de febrero del 2006, que prevé la creación de sociedades administradoras de fondos y de fidecomisos, constituidas como anónimas y vigiladas por la Superintendencia de Compañías.

Bajo este acápite de negocios fiduciarios, esta ley se refiere tanto al fidecomiso mercantil como a los meros encargos fiduciarios, según que se transfieran o no bienes en propiedad.

De manera general, la legislación ecuatoriana se refiere a los negocios fiduciarios definiéndolos en el artículo 112 de esta ley como:

*Negocios fiduciarios son aquéllos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos para que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del constituyente o de un tercero. Si hay transferencia de la propiedad de los bienes el fideicomiso se denominará mercantil, particular que no se presenta en los encargos fiduciarios, también*

*instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los que sólo existe la mera entrega de los bienes.*<sup>108</sup>

El artículo 116 inciso tercero del mismo cuerpo legal señala la prohibición de la constitución de un fidecomiso mercantil en el que se designe como beneficiario principal o sustituto al propio fiduciario, sus administradores, representantes legales, o sus empresas vinculadas; previniendo de esta manera que se cometan delitos fiduciarios como ha sucedido en Perú.

El fidecomiso mercantil es el negocio jurídico en virtud del cual se transfiere uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el contribuyente, en su favor o en beneficio de un tercero.

El ciudadano latinoamericano, desconoce parcialmente que esta figura de los negocios fiduciarios sirve como alternativa jurídica para el financiamiento de proyectos productivos y de la construcción, debido a que en la mayoría de los países de Latinoamérica se han introducido instituciones de esta naturaleza en algunos Códigos Civiles del siglo XIX como es el caso de Colombia y de Chile, así como la influencia del derecho de Estados Unidos en las leyes bancarias de muchos países a mediados del siglo XX.

Es claro que aunque no existe una legislación común existe una gran uniformidad sobre los aspectos principales del negocio fiduciario, como: a) La creación de un patrimonio separado distinto del patrimonio del fiduciario y del fideicomitente; y, en el Ecuador es una persona jurídica que puede contraer obligaciones y ejercer los derechos que le correspondan; b) La existencia de un Fiduciario que actúa en nombre del patrimonio y a quien le son transferidos los bienes fideicomitados, en el Ecuador las Administradoras de Fondos y Fidecomisos; c) La consagración de la acción Paulina frente a los negocios

---

<sup>108</sup> Ley de Mercado de Valores

fiduciarios celebrados en fraude de acreedores; d) La responsabilidad personal del fiduciario frente actuaciones dolosas o negligentes.

Se necesita una urgente homologación en los siguientes aspectos: a) Aunque la mayoría de las legislaciones latinoamericanas consagran la profesionalización del fiduciario, algunos países reservan la actividad fiduciaria a sociedades especializadas, como Ecuador y Colombia, otros a instituciones del sector financiero y países como Argentina y Uruguay permitiendo la actuación de personas naturales como fiduciarios. B) Las formas de perfeccionamiento del contrato tampoco son uniformes, se requiere que el contrato sea elevado a escritura pública en países como Argentina, Ecuador, Colombia y Brasil, y el simple acuerdo por escrito en Costa Rica. C) No existe una obligación de registro de los contratos de fiducia en el Registro Mercantil, salvo Argentina, Brasil y Colombia. D) Permiten que el fiduciario sea nombrado como beneficiario del fidecomiso México, Uruguay y Panamá.

Realizamos la formulación del problema de la siguiente manera:

¿Cuán aplicable son los fidecomisos en Latinoamérica?

¿Se podría producir una homologación de las leyes que regulan los negocios fidecomisos?

### **3. Objetivos de la Investigación**

#### 3.1. Objetivos Generales

- Realizar un análisis comparativo de los negocios fiduciarios en Latinoamérica, con el fin de desarrollar una homologación de dichas leyes.

### 3.2. Objetivos Específicos

- Analizar la normativa existente sobre el tema, al igual que los principios generales del derecho necesarios para comprender el uso frente a la crisis económica mundial y a la globalización, como una alternativa jurídica para el financiamiento.
- Entregar una herramienta de estudio que deba ser conocida a profundidad por toda la comunidad.
- Redactar un modelo de Convención sobre Fideicomiso Mercantil que tenga el valor de ley uniforme de derecho internacional privado y que constituya una regla de solución de conflictos entre los países miembros.

### 4. Justificación del Tema

La falta de una ley uniforme que regula los fideicomisos mercantiles en Latinoamérica, ha permitido la extraordinaria capacidad de abuso que tiene la persona en quien se confía, colocándonos en el tema de la responsabilidad del fiduciario, en cuya praxis se percibe la incoherencia y falta de normativa y lo que insisten en hacer o no hacer algunos operadores fiduciarios.

El tema es de actualidad e importancia, ya que todos los días, se constituyen fideicomisos, debido a que son una fuente de financiamiento de proyectos productivos y de la construcción.

La importancia de este trabajo en lo esencial, radica en el estudio del derecho comparado de las diversas legislaciones en Latinoamérica, comentan varios autores que la finalidad del derecho comparado es el análisis de una pluralidad de ordenamientos, no solamente para estudiarlos por separado, sino para confrontarlos entre sí e inferir sus analogías.

Lo que el trabajo pretende es elaborar un estudio que sea conocido a profundidad por toda la comunidad, realizar un proyecto de ley para la homologación de las leyes sobre los negocios fiduciarios en Latinoamérica y en especial una herramienta clara y concreto que sirva a los empresarios financieros, estudiantes de derecho, operadores judiciales y sobre todo los Abogados.

El aporte del presente trabajo, también radica en que no existe una investigación profunda en los archivos de la Universidad de las Américas que trate sobre los negocios fiduciarios, por lo que se convierte en innovativo y de aporte para la ciencia.

Los motivos expuestos anteriormente, me llevaron a realizar la presente investigación, como requisito previo para la obtención del título de Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador, esperando que esta tesis al final, cumpla con los objetivos establecidos.

## **5. Marco de Referencia**

### 5.1 Marco Teórico

La base legal de los fidecomisos mercantiles y encargo fiduciario, se encuentra en la Ley de Mercado de Valores, desde el artículo 109.

Es propiedad fiduciaria la limitación de la propiedad que está sujeta a la carga de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. El propietario tiene un derecho sometido a una condición resolutoria.

En el derecho anglosajón aparece la figura del Trust, la misma que es la transmisión hecha a un tercero con obligación de conciencia a favor del trasmisor u otro beneficiario.

Quitana Ferreyra dice que: “El fidecomiso importa la transmisión de la titularidad de un bien, efectuado por un sujeto llamado fideicomitente, a otro denominado fideicomitado, fideicomisario o fiduciario, el que queda obligado a disponer de dicho bien conforme lo ordena aquél”.

La ley de Mercado de Valores, en el artículo 112 dice respecto de los negocios fiduciarios: “Negocios fiduciarios son aquéllos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos para que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del constituyente o de un tercero. Si hay transferencia de la propiedad de los bienes el fideicomiso se denominará mercantil, particular que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los que sólo existe la mera entrega de los bienes”.

Regelsberger dice que negocio fiduciario es aquel “Seriamente querido”, cuya característica consiste en la incongruencia o heterogeneidad entre el fin contemplado por las partes y el medio jurídico empleado para lograrlo.

Cariota- Ferrara distingue entre negocios fiduciarios y negocio fiducia. *“En este el adquirente deviene titular pleno e irrevocable, y en el negocio de fiducia no hay transmisión, ni relación de carácter real, sino meramente una atribución de confianza a favor del fiduciario”*.<sup>109</sup>

Messina manifiesta que el negocio fiduciario *“no ha abierto brecha en la literatura francesa”*<sup>110</sup> porque en Francia se acude a la doctrina del prestanombre para aplicarla a ciertos negocios fiduciarios.

<sup>109</sup> FRANCESCHELL, Natura giuridica della compravendita con esclusiva, en Riv. Dir. Comm., 1939, p. 256.

<sup>110</sup> MESSINA, I negozi fiduciari, en Scitti giuridici, 1948, p. 6.

A nivel internacional, son varios los Tratados Internacionales y Convenciones, que garantiza de una u otra manera, que existe regulación sobre los negocios fiduciarios.

En cuanto al manejo tributario la presente ley destaca en el artículo 113 lo siguiente:

*De la transferencia a título de fideicomiso mercantil.- La transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita ya que la misma no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario y se da como medio necesario para que éste último pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato. Consecuentemente, la transferencia a título de fideicomiso mercantil está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones ya que no constituye hecho generador para el nacimiento de obligaciones tributarias ni de impuestos indirectos previstos en las leyes que gravan las transferencias gratuitas y onerosas.*

*La transferencia de dominio de bienes inmuebles realizada en favor de un fideicomiso mercantil, está exenta del pago de los impuestos de alcabalas, registro e inscripción y de los correspondientes adicionales a tales impuestos, así como del impuesto a las utilidades en la compraventa de predios urbanos y plusvalía de los mismos. Las transferencias que haga el fiduciario restituyendo el dominio al mismo constituyente, sea que tal situación se deba a la falla de la condición prevista en el contrato, por cualquier situación de caso fortuito o fuerza mayor o por efectos contractuales que determinen que los bienes vuelvan en las mismas condiciones en las que fueron transferidos, gozarán también de las exenciones anteriormente establecidas. Estarán gravadas las transferencias gratuitas u onerosas que haga el fiduciario en favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que las disposiciones generales previstas en las leyes así lo determinen.*

*La transferencia de dominio de bienes muebles realizada a título de fideicomiso mercantil está exenta del pago del impuesto al valor agregado y de otros*

<sup>111</sup> <http://www.lexjuridica.com/diccionario.php>

<sup>112</sup> CABANELLAS Guillermo, "Diccionario Enciclopedia de Derecho Usual", p. 99.

<sup>113</sup> RODRÍGUEZ Azuero Sergio, "Negocios fiduciarios", p. 33.

<sup>114</sup> CABANELLAS Guillermo, "Diccionario Enciclopedia de Derecho Usual", p. 282.

<sup>115</sup> BERAUDO, Op. Cit., p. 18, sostiene que "... Tratándose de definiciones propuestas por los autores anglosajones, un rasgo común golpea al lector francés, y es la desaparición del constituyente. De hecho, como tendremos la ocasión de verlo, una vez creado, el trust escapa, en principio, al constituyente visto como tal".

<sup>116</sup> RODRÍGUEZ Azuero Sergio, "Negocios fiduciarios", p. 182.

<sup>117</sup> CABANELLAS Guillermo, "Diccionario Enciclopedia de Derecho Usual", p. 195.

<sup>118</sup> CABANELLAS Guillermo, "Diccionario Enciclopedia de Derecho Usual", p. 62.

<sup>119</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Persona\\_jur%C3%ADdica](http://es.wikipedia.org/wiki/Persona_jur%C3%ADdica).

<sup>120</sup> CABANELLAS Guillermo, "Diccionario Enciclopedia de Derecho Usual", p. 128.

<sup>121</sup> CABANELLAS Guillermo, "Diccionario Enciclopedia de Derecho Usual", p. 225.

*impuestos indirectos. Igual exención se aplicará en el caso de restitución al constituyente de conformidad con el inciso precedente de este artículo.*

Resulta claro de la norma transcrita que lo que en últimas quiere destacarse es que no hay transferencia definitiva, a ningún título que pudiera considerarse, sino una mera transferencia instrumental, es decir, que ayude habilitar y permitir al fiduciario el cumplimiento de la finalidad buscada.

En el Ecuador se le otorga personería jurídica a los patrimonios autónomos, cosa que resulta muy novedoso para otras legislaciones de Latinoamérica, en virtud de lo dispuesto por el artículo 109 inciso tercero que a continuación se transcribe: *“Cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal, quien ejercerá tales funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato.”*

Además el patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerada como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fideicomiso, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato.

Finalmente, se debe observar las reglas sobre contabilidad que señala la legislación ecuatoriana en el artículo 136 de la Ley de Mercado de Valores:

*Quien tenga derechos contractuales derivados de un contrato de fideicomiso, como constituyente, constituyente adherente o beneficiario los deberán contabilizar en sus libros en atención a que las transferencias de bienes efectuadas en fideicomiso mercantil se hacen en beneficio del propio constituyente o del beneficiario, según el caso. Tal registro contable es de responsabilidad exclusiva de los titulares de los derechos fiduciarios, los cuales tienen carácter esencialmente personal; no siendo el fiduciario responsable por la omisión o incumplimiento de esta norma. De acuerdo a las normas contables que expida la Superintendencia de Compañías.*

## 5.2 Marco Conceptual

La terminología que voy a utilizar en la presente investigación es la que a continuación se detalla:

- a) *Acción Paulatina*: Lo que se concede al acreedor para impugnar los actos que el deudor haya podido realizar en fraude de su derecho.<sup>111</sup>
- b) *Aceptación Contractual*: Acto por el cual se perfecciona un contrato, al formularse la manifestación de la voluntad que presta el solicitado asentimiento a la proposición del oferente; o por admitir éste las modificaciones propuestas por el destinatario de la promesa u oferta. La aceptación contractual constituye la vez la causa de la existencia de las convenciones bilaterales, prueba de su perfección y origen de la obligación de cumplir lo expresamente pactado, y cuanto procede de su naturaleza, conforme a la buena fe, el uso y a la ley.<sup>112</sup>
- c) *Cestui que trust o beneficiario*: Es aquel a cuyo favor se ha constituido o existe el trust. Su derecho se denomina equitable state y ésta protegido por principios de “derecho en equidad” y no de “derecho común”.<sup>113</sup>
- d) *Confianza*: Esperanza firme en una persona, causa o cosa. Seguridad. Animo, aliento para actuar. Familiaridad; trato íntimo y llano. Ausencia de cumplidos en las relaciones sociales. Presunción o vanidad personal. Pacto o convenio hecho oculta y reservadamente. El encargo reservado que, acerca de su sucesión, en todo o en parte, realiza el causante al llamado por ello heredero de confianza.

La confianza es base numerosos contratos; como el mandato, la sociedad y el depósito; razón por la cual tales relaciones ofrecen modalidades para su ampliación; así la facultad restringida para delegar el mandato y la afirmación de que “*el socio de mi socio no es socio mío*”.<sup>114</sup>

- e) *Constituyente o settlor*: El settlor es el creador del trust expreso y su función es generalmente transitoria, pues una vez que se separa de un derecho que forma parte de su patrimonio y lo destina a una determinada finalidad, su razón de ser desaparece, lo que significa que, por regla general, la transferencia de sus derechos es definitiva e irrevocable.<sup>115</sup> Puede ser cualquier persona capaz que pueda disponer de un derecho legal o de equidad no intransferible.
- f) *Contrato de Fidecomiso*: El negocio jurídico en virtud del cual se transfiere uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y que, con el propósito de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero.<sup>116</sup>
- g) *Convención de la Haya sobre Trust*: Convención sobre los efectos internacionales del trust y de su reconocimiento en julio de 1985, la cual entró en vigor el primero de enero de 1992 y se encuentra en este momento ratificada por el Reino Unido, Italia, Australia, Canadá,, los Países Bajos y Malta.
- h) *Designación*: Nombramiento para algún puesto, cargo o función. Señalamiento de tareas, misiones o actividades. Denominación. Indicación.<sup>117</sup>
- i) *Fidecomiso*: 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, trasmita la herencia a otro heredero o invierta el patrimonio del modo que se le señale. Por un influjo anglicista, el vocablo ha adquirido sentido político e internacional muy distinto, que se concreta en el último epígrafe de esta voz. Las condiciones inmediatas se refieren todas ellas al carácter civil y sucesorio.<sup>118</sup>

j) *Persona jurídica*: Es un sujeto de derechos y obligaciones que no existe físicamente y que es creada por una o más personas físicas para cumplir un papel.<sup>119</sup>

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

l) *Remoción*: Privación de cargo o empleo. El vocablo, de origen canónico en esta acepción, es hoy de uso muy general, especialmente en la esfera administrativa. Traslado. Busca de bajas o víctimas entre escombros o restos de aviones y trenes que han experimentado un accidente.<sup>120</sup>

m) *Revocación*: (...) Dejación sin efecto de una medida, decisión o acuerdo. Anulación. Acto con el cual el otorgante dispone en contra del anterior. Derogación; aun cuando la revocación posee menor jerarquía por razón de los preceptos.<sup>121</sup>

## 6. Hipótesis

- Si la homologación de leyes de fideicomisos es aceptada en Latinoamérica, esta dará a los ciudadanos una fuente de ingreso y será una herramienta útil para momentos de crisis.
- Si la aplicación de la homologación de las leyes de fideicomiso no diera un resultado idóneo, esta se prestaría para abusos y defraudaciones al Fisco.

## **7. Metodología de Investigación**

### **7.1 Método Analítico**

Es el proceso de desarticulación mental que consiste en ir de las partes para formar un todo. Este método nos permitirá examinar en forma conjunta, las disposiciones legales de los negocios fiduciarios en Latinoamérica a nivel nacional e internacional.

### **7.2 Método Histórico Comparativo**

Este método se justifica, porque se requiere hacer un análisis progresivo y un análisis regresivo del problema, por lo tanto, se utilizará como referencia la Investigación Ex Post facto. Con ello, se hará la respectiva comparación.

### **7.3 Método Exegético**

Teniendo como base de que éste método es el arte de interpretar la ley, será necesario su utilización, debiendo a la riqueza jurídica del vocablo a utilizar en la presente investigación.

### **7.4 Método Sistemático**

La utilización de éste método se hace necesario, dado a que debemos entender al Derecho como un sistema, es decir como el conjunto armónico de normas. En el presente caso, las normas del Derecho Nacional como Internacional, no deben entenderse separadas.

**7.5 Método Sociológico:** No debemos olvidar que el Derecho es producto de la sociedad. La aplicación del presente método es importante, ya que a través de sus diversas técnicas de interpretación, descubriremos cual es la razón por la cual nuestra sociedad, desea una homologación en las leyes de Latinoamérica.

## **8. Técnicas de la investigación**

Fichas Nemotécnicas: Las mismas que son necesarias para recopilar los extractos más importantes y notables del tema a investigarse, ya que existen dentro de la bibliografía propuesta, una gran cantidad de autores nacionales e internacionales cuya doctrina e ilustración, son indispensables en mi tesis.

Fichas bibliográficas: Las mismas que servirán para recopilar los datos que identifican la fuente de las obras bibliográficas consultadas, tales como editorial, edición, ciudad y país publicación, etc., esto servirá para que el lector que se encuentre interesado en ampliar los conocimientos sobre el tema, recurra sin dificultad a las obras citadas.

Observación Científica: Esta técnica es necesaria, ya que consiste en captar el hecho, objeto o fenómeno a ser investigado, tomar la información y registrarla para su posterior análisis. Con este método, tendremos noticias e información del tema propuesto.

## **9. Tipo de investigación y fuentes de información**

La investigación en análisis, aplicada a la realidad de los países de Latinoamérica y las fuentes de información obtenidas son secundarias, ya que dada la naturaleza del tema, es de suma importancia, recurrir a fuentes; es decir, a datos informáticos, doctrina, jurisprudencia, leyes y bibliográficos que ya han sido investigados y obtenidos por otros sujetos activos de la investigación.

## **10. Esquema de investigación, temario tentativo o contenido propuesto del trabajo de investigación**

### INTRODUCCIÓN

#### Capítulo I

##### Antecedentes remotos y próximos del FIDEICOMISO

- 1.1.1 Derecho Romano
- 1.1.2 Derecho Inglés
- 1.1.3 El Trust Angloamericano
- 1.1.4 Convenio de la Haya sobre el Trust

#### Capítulo II

##### La fiducia en Ecuador

- 1.1.5 Concepto
- 1.1.6 Objeto
- 1.1.7 Elementos
- 1.1.8 Clases
  - 1.1.8.1 Fidecomiso de Administración
  - 1.1.8.2 Fidecomiso de Inversión
  - 1.1.8.3 Fidecomiso Inmobiliario
  - 1.1.8.4 Fidecomiso en Garantía
- 1.1.9 Derechos y obligaciones del fiduciario
- 1.1.10 Derechos y obligaciones del fiduciante
- 1.1.11 Derecho del beneficiario
- 1.1.12 Requisitos
- 1.1.13 Invalidez
- 1.1.14 Causas de extinción del negocio fiduciario pp 29
- 1.1.15 Responsabilidad civil

### Capítulo III

#### Breve estudio comparado de los fidecomisos en Latinoamérica

##### 1.1.16 Argentina

- 1.1.16.1 Cuerpo Legal
- 1.1.16.2 Elementos
- 1.1.16.3 Características

##### 1.1.17 Brasil

- 1.1.17.1 Cuerpo Legal
- 1.1.17.2 Elementos
- 1.1.17.3 Características

##### 1.1.18 Chile

- 1.1.18.1 Cuerpo Legal
- 1.1.18.2 Elementos
- 1.1.18.3 Características

##### 1.1.19 Colombia

- 1.1.19.1 Cuerpo Legal
- 1.1.19.2 Elementos
- 1.1.19.3 Características

##### 1.1.20 Costa Rica

- 1.1.20.1 Cuerpo Legal
- 1.1.20.2 Elementos
- 1.1.20.3 Características

##### 1.1.21 México

- 1.1.21.1 Cuerpo Legal
- 1.1.21.2 Elementos
- 1.1.21.3 Características

##### 1.1.22 Panamá

- 1.1.22.1 Cuerpo Legal
- 1.1.22.2 Elementos
- 1.1.22.3 Características

##### 1.1.23 Perú

- 1.1.23.1 Cuerpo Legal

1.1.23.2 Elementos

1.1.23.3 Características

#### Capítulo IV

1.1.24 Modelo de Convención sobre Fideicomiso Mercantil

Conclusiones

Recomendaciones

### **11. Bibliografía Básica**

- a. ALESSANDRI RODRIGUEZ Arturo, Tomo 1 Volumen I Parte General Tercera Edición Editorial Nacimiento Santiago, Chile 1961.
- b. BATIZA Rodolfo, "*Fideicomiso*", Editorial Porrúa S.A. Tercera Edición, México 1976.
- c. BATIZA Rodolfo, "*Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria*", México.
- d. BETTI Emilio, "*Teoría General del Negocio Jurídico*", Segunda Edición Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- e. Código Civil
- f. CERVANTES AHUMADA Raúl, "*Títulos y Operaciones de Crédito*", Editorial Herrero S.A. México, Séptima Edición, 1972.
- g. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, Décimo-Novena Edición. Talleres Tipográficos de la Editorial Espasa – Calpe S.A., Madrid.
- h. DOMINGUEZ MARTINEZ Jorge Alfredo, "*El Fideicomiso*", Editorial Porrúa S.A., México 1995.
- i. GONZALEZ TORRE Roberto, "*El Fideicomiso*", Guayaquil, Edición Edino Segunda Edición, 2000.
- j. GHERSI, Carlos A., "*Fideicomiso*", Editorial Universidad, Primera Edición, Ciudad de Buenos Aires, 2006
- k. KIPER, CLAUDIO y LISOPRAWSKI, SILVIO, "*Tratado de fideicomiso*", ediciones Depalma, Buenos Aires, Segunda Edición 2004.

- l. KIPER, CLAUDIO y LISOPRAWSKI, SILVIO, *“Teoría y Práctica del Fideicomiso”*. Depalma, Buenos Aires, 1999.
- m. LARA MELENDEZ Jaime, *“La Fiduciaria en Colombia”*.
- n. Ley de Mercado de Valores
- o. MANRIQUE NIETO Carlos, *“La Fiducia de Garantía”*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas, Gustavo Ibáñez, 1998.
- p. MAURY DE GONZALEZ Beatriz y otros, *“Tratado teórico práctico de Fideicomisos”*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- q. PEREZ ESCOBAR Jacobo, *“Legislación Bancaria”*, Editorial Horizontes 1970.
- r. Reglamento de Administradoras de Fondos y Fidecomisos
- s. Reglamento sobre Negocios Fiduciarios.
- t. RODRIGUEZ AZUERO Sergio, *“Negocios Fiduciarios”*, su significación en América Latina, Legis S.A. Colombia, 2005.
- u. RODRIGUEZ RUIZ Raúl, *“La Organización Contable Fiduciaria”*, Ediciones Contables y Administrativas S.A. Tercera Edición, México 1976.
- v. ROJAS Atilio, *“La Organización Fiduciaria”*, Enfoque Jurídico, Contable, Financiero, Administrativo, Análisis Teórico Práctico sobre Fideicomisos y otras operaciones de confianza, Editorial Arte, Caracas.
- w. SUPERINTENDENCIA BANCARIA, *“Doctrinas y Conceptos”*, Tomo IV. 1974.
- x. VACA ANDRADE Ricardo, *“Manual de Derecho Procesal Penal”*, Volumen 1, tercera edición actualizada.

<b>Firma Alumno</b>	<b>Firma Profesor Guía</b>

## ANEXO 2

## Síntesis de la comparación de los países analizados

<b>ARGENTINA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Código Civil</li> <li>• Ley 21.526 de 1977</li> <li>• Ley de Fideicomiso Ley 2.441 de 1.994</li> <li>• No se determina en la Ley la naturaleza y título del Fideicomiso, por lo que se entiende que puede ser aplicado en lo civil y comercial y su título es gratuito</li> <li>• El plazo de extinción del fideicomiso es de treinta años o hasta el cumplimiento de la condición</li> <li>• No establece las clases de negocios fiduciarios, sin embargo reconoce la doctrina al encargo fiduciario</li> <li>• El fiduciario puede ser cualquier persona, pero pueden anunciarse públicamente los autorizados por la Comisión de Valores</li> <li>• No se considera al patrimonio autónomo como persona jurídica</li> </ul>
<b>BRASIL</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Código Civil Ley 10.406 de 2.002</li> <li>• Ley 4.728 del Mercado de Capitales</li> <li>• Decreto 911 del 01 de octubre de 1.969</li> <li>• Ley 8668 de 1.993</li> <li>• No posee un regulación general sobre el fideicomiso, por lo que contempla diversas operaciones para cada caso en específico</li> <li>• El fiduciario podrá vender los bienes judicial o extrajudicial dados en garantía en caso de incumplimiento del pago</li> </ul>
<b>CHILE</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• DFL 3 del Ministerio de Hacienda publicado en el Diario Oficial de 19 de diciembre de 1.997</li> <li>• Código Civil</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley 16.271 de 1.965</li> <li>• La actuación como fiduciarios esta reservada únicamente a los bancos comerciales e hipotecarios</li> <li>• Existe una modalidad llamada el Fideicomiso ciego o Mandato Especial de Administración Ciega para quienes ejerzan cargos públicos,, manteniéndolo con un riesgo país bajo por su transparencia.</li> </ul>
<b>COLOMBIA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Código de Comercio</li> <li>• Circular Básica Jurídica</li> <li>• Estatuto Orgánico del Sistema Financiero</li> <li>• Abre la posibilidad de actuar como fideicomisarios a los albaceas, administradores, registradores, depositarios y agentes de seguro</li> <li>• El patrimonio autónomo tiene personería fiscal</li> <li>• Existe la fiducia pública, en la que los bienes transferidos no constituyen patrimonio autónomo y fiducia en garantía, misma que no garantiza obligaciones de terceros distintas al constituyente</li> <li>• El impuesto es fijado por el sujeto pasivo ateniendo a la realidad económica</li> </ul>
<b>COSTA RICA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Código de Comercio</li> <li>• Ley Orgánica del Sistema Bancario Ley 1.644 de 1953</li> <li>• Contempla la posibilidad de actuar como fiduciaria a cualquier persona natural o jurídica</li> <li>• Se perfecciona el contrato de Fideicomiso por el acuerdo de las partes por escrito</li> <li>• En caso de requerir la inscripción de los bienes fideicomitidos en el Registro Publico a favor del fiduciario, están exentos de pago mientras se encuentren dentro del fideicomiso</li> </ul>

<b>ECUADOR</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley de Mercado de Valores</li> <li>• Ley General de Instituciones del Sistema Financiero</li> <li>• Reglamento a la Ley de Mercado de Valores</li> <li>• Reglamento a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero</li> <li>• La actuación como fiduciario es únicamente para las personas jurídicas facultadas por la Superintendencia de Bancos y Seguros</li> <li>• Se reconoce a los negocios fiduciarios los mismos que son actos de confianza</li> <li>• El patrimonio autónomo tiene personería jurídica</li> <li>• Se afirma por la regulación a los fideicomisos de administración, inversión, inmobiliarios y garantía</li> </ul>
<b>MEXICO</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley de Fideicomiso</li> <li>• Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito</li> <li>• Código de Comercio</li> <li>• País precursor de la doctrina del fideicomiso</li> <li>• Existen los delegados fiduciarios que son los representantes el fideicomiso</li> <li>• Las fiduciarias tienen la posibilidad de constituir fideicomisos y ser ellas las constituyentes</li> </ul>
<b>PANAMÁ</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley 1 de 1.984</li> <li>• Decreto Ejecutivo 16 del 3 de octubre de 1.984</li> <li>• Decreto Ejecutivo 106 del 26 de diciembre de 1.995</li> <li>• Primer país que introdujo la figura del fideicomiso al derecho positivo</li> <li>• Acepta únicamente el fideicomiso expreso y escrito</li> <li>• Todos los fideicomisos son considerados onerosos</li> <li>• Puede desempeñar como fiduciario cualquier persona natural y jurídica</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"><li>• Puede acceder a la excepción de pago siempre que reúna las condiciones en la constitución y transferencia</li><li>• Existe el Contrato de Fideicomiso de Cesantía con el propósito de garantizar el pago de las cesiones laborales</li></ul>
<b>PERÚ</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Ley 26.702</li><li>• Resolución SBS 1.010-99</li><li>• Resolución SBS 084-00</li><li>• Se reserva la actividad del fiduciario a determinadas personas jurídicas vigiladas por la Superintendencia de Banca y Seguros</li><li>• En caso de ascender más de cinco beneficiarios se debe obligatoriamente celebrar una junta</li><li>• Se reconoce los encargos de confianza</li><li>• Es causal de nulidad del fideicomiso que el fiduciario sea designado como fideicomisario</li></ul>

### ANEXO 3

#### Modelo de Minuta de Encargo Fiduciario

##### SEÑOR NOTARIO:

En el Registro de Escrituras Públicas a su cargo, sírvase insertar una que contenga un Contrato de Encargo Fiduciario; el mismo que se otorga al tenor de las cláusulas siguientes:

**CLÁUSULA PRIMERA.- OTORGANTES** Comparecen a la suscripción del presente instrumento, las siguientes personas:

**1.1.-** Por una parte la compañía (**nombre de la compañía**) legalmente representada por su Gerente General, señor/a (nombre del representante), conforme se desprende del documento habilitante que se adjunta, compañía a la cual, para la interpretación y efectos del presente contrato se le denominará como “LA CONSTITUYENTE”. El señor Gerente General actúa debidamente autorizado por la Junta General Universal de Accionistas o Socios celebrada el (día mes y año), cuya copia se agrega al presente instrumento.

**1.2.-** Por otra parte comparece la compañía (**nombre de la compañía fiduciaria**), debidamente representada por su Gerente General, señor (nombre del representante legal) y por tanto representante legal, tal como lo demuestra el nombramiento que se adjunta en calidad de habilitante, a quien en adelante y para los efectos de este contrato se llamará como LA FIDUCIARIA.

**1.3.-** Por otra parte comparece el/la (señor/)a o la compañía (**nombre de la compañía**), legalmente representada por el señor (nombre del representante legal), en su calidad de Gerente General, parte a la que para los efectos del presente contrato, se la podrá llamar indistintamente como la **BENEFICIARIA**.

**1.4.-** Por otra parte comparece la compañía (**nombre de la compañía en la cual se tenga las acciones**), legalmente representada por el señor (nombre del representante), en su calidad de Gerente General, parte a la que para los efectos del presente contrato, se la podrá llamar como **COMPAÑÍA**, la que comparece a efectos de declarar su conocimiento del presente contrato así como de las facultades irrevocables que tendrá la FIDUCIARIA para actuar a nombre del CONSTITUYENTE conforme a lo estipulado en este instrumento.

## **CLÁUSULA SEGUNDA: GLOSARIO DE TÉRMINOS:**

**2.1.- CONSTITUYENTE:** La compañía (nombre de la compañía).

**2.2.- FIDUCIARIA:** La (nombre de la Fiduciaria).

**2.3.- BENEFICIARIOS:** Será considerada como beneficiaria para efectos del presente contrato, el señor/a (nombre de la persona) o la compañía (nombre de la compañía).

**2.4.- FINALIDAD:** La finalidad del presente contrato es que la FIDUCIARIA mantenga la custodia de los títulos accionarios de propiedad de LA CONSTITUYENTE, en la COMPAÑÍA, para que dichas acciones sirvan para responder por el cumplimiento de las obligaciones que LA CONSTITUYENTE individual o conjuntamente con otros deudores, mantiene o mantendrá con el BENEFICIARIO, por las pólizas de seguros emitidas por el BENEFICIARIO para garantizar el buen uso de los anticipos y/o el fiel cumplimiento de los contratos suscritos por LA CONSTITUYENTE, en caso de ser ejecutadas por la entidad beneficiaria de dichas garantías, en los términos previstos en dichos contratos.

Adicionalmente LA CONSTITUYENTE podrá instruir por escrito a la FIDUCIARIA, que dentro de las obligaciones garantizadas se incluya a las que hayan adquirido o adquirirán otras personas jurídicas o entidades de las que

forme parte LA CONSTITUYENTE (como socio, accionista o miembro del consorcio o asociación), por pólizas de seguros a ser emitidas por el BENEFICIARIO para garantizar el buen uso de los anticipos y/o el fiel cumplimiento de los contratos suscritos por dichas personas jurídicas o entidades, en caso de ser ejecutadas por la entidad beneficiaria de dichas garantías, en los términos previstos en dichos contratos.

No podrá considerarse como obligaciones garantizadas otras distintas a las antes referidas, excluyéndose expresamente las obligaciones que existan a favor del BENEFICIARIO por concepto de primas de los seguros contratados u otros conceptos que no se deriven de la ejecución de las pólizas de seguros antes referidas.

De suscitarse algún evento de incumplimiento en el pago de las OBLIGACIONES GARANTIZADAS, se aplicará el procedimiento de ejecución previsto en este contrato y que estará dirigido a que la FIDUCIARIA actúe a nombre de LA CONSTITUYENTE para ceder las acciones de las que es titular, a título de venta o de dación en pago, conforme corresponda según las instrucciones previstas en este contrato.

**2.5.- OBLIGACIONES GARANTIZADAS:** El alcance de la palabra “Obligaciones Garantizadas” se refiere al cumplimiento de los términos constantes en el numeral precedente, denominación que a lo largo del presente instrumento no debe confundirse con las obligaciones personales que tiene LA CONSTITUYENTE como fuente del presente acto jurídico.

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

**3.1.-** (nombre de la Fiduciaria) es una compañía legalmente constituida de conformidad con las leyes de la Republica del Ecuador y autorizada para administrar fondos de inversión y fideicomisos por la Superintendencia de Compañías.

**3.2.-** Mediante escritura pública celebrada ante el (establecer la notaria) del Cantón Quito, doctor/a (nombre de la persona), el (día, mes y año), se suscribió el acto constitutivo de la compañía (nombre del compañía constituyente del fideicomiso), el mismo que se inscribió en el Registro Mercantil del Cantón Quito, el (día, mes y año).

**3.3.-** El **CONSTITUYENTE** es titular de 832.500 acciones de US\$ 1,00 cada una, contenidas en el título de acciones No. 62, en la **COMPAÑÍA**, misma que fue constituida por escritura pública celebrada ante el Notario Público (establecer la notaria) del cantón Quito, el (día, mes y año), legalmente inscrita en el Registro Mercantil del cantón Quito, el (día, mes y año).

**3.4.-** La Junta General de Accionistas o Socios de la compañía **CONSTITUYENTE** (nombre de la compañía) en Junta General extraordinaria realizada el (día, mes y año), autorizó al Gerente General, para que constituya y suscriba el presente Contrato de Encargo Fiduciario

#### **CLÁUSULA CUARTA: ENCARGO FIDUCIARIO:**

**4.1.- LA CONSTITUYENTE**, por este acto y en virtud de esta declaración, dispone, irrevocablemente y por encargo fiduciario, que LA FIDUCIARIA reciba y mantenga en custodia los títulos accionarios de propiedad de LA **CONSTITUYENTE** en la **COMPAÑÍA** para que dichas acciones sirvan para responder por el cumplimiento de las obligaciones que LA **CONSTITUYENTE**, individual o conjuntamente con otros deudores, mantiene o mantendrá con el **BENEFICIARIO**, por las pólizas de seguros emitidas por el **BENEFICIARIO** para garantizar el buen uso de los anticipos y/o el fiel cumplimiento de los contratos suscritos por LA **CONSTITUYENTE**, en caso de ser ejecutadas por la entidad beneficiaria de dichas garantías, en los términos previstos en dichos contratos.

Adicionalmente LA **CONSTITUYENTE** podrá instruir por escrito a LA FIDUCIARIA, que dentro de las obligaciones garantizadas se incluya a las que

hayan adquirido o adquirirán otras personas jurídicas o entidades de las que forme parte LA CONSTITUYENTE (como socio, accionista o miembro del consorcio o asociación), por pólizas de seguros a ser emitidas por el BENEFICIARIO para garantizar el buen uso de los anticipos y/o el fiel cumplimiento de los contratos suscritos por dichas personas jurídicas o entidades, en caso de ser ejecutadas por la entidad beneficiaria de dichas garantías, en los términos previstos en dichos contratos.

No podrá considerarse como obligaciones garantizadas otras distintas a las antes referidas, excluyéndose expresamente las obligaciones que existan a favor del BENEFICIARIO por concepto de primas de los seguros contratados u otros conceptos que no se deriven de la ejecución de las pólizas de seguro antes referidas.

De suscitarse algún evento de incumplimiento en el pago de las OBLIGACIONES GARANTIZADAS, se aplicará el procedimiento de ejecución previsto en este contrato y que estará dirigido a que la FIDUCIARIA actúe a nombre de LA CONSTITUYENTE para ceder las acciones de las que es titular en la COMPAÑÍA a título de venta o de dación en pago, conforme corresponda según las instrucciones previstas en este contrato.

**4.2.-** La FIDUCIARIA declara que acepta el encargo fiduciario que se ha instituido por este contrato.

El presente contrato de encargo fiduciario tiene la naturaleza jurídica contemplada en los artículos 112 y 114 de la Ley de Mercado de Valores Codificada. Se trata por tanto de un contrato que representa un mandato irrevocable, que tiene los elementos subjetivos propios del fideicomiso mercantil, pero que a diferencia de éste no presenta como efecto transferencia de propiedad alguna y, consecuentemente, no constituye patrimonio autónomo alguno.

Por lo contemplado en la Ley al no existir en este contrato transferencia de propiedad alguna, sino simplemente mandato irrevocable, las normas que rigen sus efecto están dadas por el artículo 1464 del Código Civil y los artículos 2035, 2045, 2046, 2047, 2048, 2050, 2052, 2054, 2064, 2066, 2067, numerales 1, 2, 5, 6 y 7, 2072, 2073, 2074 del Título XXVII del Código Civil referentes al mandato y las normas de la Comisión Mercantil previstas en el Código de Comercio y, tal como lo manda el artículo 114 de la Ley de Mercado de Valores Codificada, en cuanto unas y otras no sean incompatibles con la naturaleza propia de estos negocios y mientras no se opongan a las reglas previstas en la citada Ley.

**4.3.-** LA CONSTITUYENTE podrá entregar a LA FIDUCIARIA otros títulos de acciones adicionales a los referidos en el numeral 3.3 de la cláusula TERCERA de este contrato y que adquiera dentro de la COMPAÑÍA, a efectos de que los mantenga en su custodio y puedan ser destinados al cumplimiento de la finalidad prevista en este contrato.

**4.4.-** Las acciones referidas en el numeral 3.3. de la cláusula TERCERA de este contrato, cuentan con una valoración realizada el ....., por la compañía (nombre de la compañía que realizó la valoración), aplicando el método de flujos descontados, la misma que es aceptada por parte de LA CONSTITUYENTE y la ASEGURADORA.

Cada año, la compañía (nombre de la compañía que realizó la valoración), deberá ser contratada por parte de LA CONSTITUYENTE para realizar una actualización de la valoración, la misma que tendrá que ser entregada a LA FIDUCIARIA y la ASEGURADORA.

En caso que la valoración no pueda ser realizada por la compañía antes referida, LA ASEGURADORA y LA CONSTITUYENTE, de mutuo acuerdo, podrán seleccionar otra empresa que se encargará de realizar la valoración de las acciones, aplicando el mismo método de flujos descontados.

**CLÁUSULA QUINTA: DECLARACIÓN JURADA:**

LA CONSTITUYENTE declara bajo juramento que los títulos accionarios que serán entregados en custodia a la FIDUCIARIA, durante el desempeño del encargo fiduciario, han sido obtenidos legítimamente, que tienen un origen lícito y que no provienen de actividades vinculadas al narcotráfico ni con el lavado de dinero, y que además, el destino final instruido para los mismos no tiene por objeto irrogar perjuicios a terceros, ni a acreedores ni existe una causa y objeto ilícito que haya motivado el presente acto jurídico, al contrario, la causa jurídica que tiene LA CONSTITUYENTE es plasmar por escrito LA FINALIDAD del presente acto jurídico, la misma que es lícita y permitida por la ley.

Los títulos accionarios que en custodia recibe LA FIDUCIARIA en cumplimiento de las labores que devienen del presente encargo fiduciario, deberá manejarlos de forma separada e independiente de sus propios bienes y de otros encargo o fideicomisos que administre. Tales títulos accionarios estarán afectos única y exclusivamente a LA FINALIDAD contemplada en el presente instrumento.

LA FIDUCIARIA, se obliga a dejar constancia expresa en cada una de sus actuaciones que lo hace en cumplimiento del encargo fiduciario.

**CLÁUSULA SEXTA: INSTRUCCIONES IRREVOCABLES Y PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN:**

Si por las causas determinadas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la entidad contratante, previo el procedimiento determinado en dicho cuerpo legal, notificare a LA CONSTITUYENTE con la Resolución motivada de terminación anticipada y unilateral del contrato y se dispusiere la ejecución de las pólizas de seguros correspondientes, LA ASEGURADORA notificará de este particular a LA FIDUCIARIA a efectos de que, se requiera de LA CONSTITUYENTE que cubra los montos que hubiere desembolsado LA ASEGURADORA por la ejecución de dichas pólizas.

En ese caso, LA FIDUCIARIA notificará a LA CONSTITUYENTE para que en el plazo de 15 días, cubra los valores que hubieren sido desembolsados por LA ASEGURADORA.

Si LA CONSTITUYENTE no cumpliera en el plazo antes señalado con cubrir los valores desembolsados por LA ASEGURADORA, se procederá de la forma prevista a continuación:

**6.1.** Si hubieran transcurrido más de 4 meses desde la última valoración de las acciones, LA FIDUCIARIA requerirá de LA CONSTITUYENTE que en un plazo de 48 horas proporcione los recursos para la contratación de una valoración con la empresa designada en este contrato o con aquella que haya sido designada por el mutuo acuerdo de LA CONSTITUYENTE y LA ASEGURADORA.

En caso que LA CONSTITUYENTE no proporcione dichos recursos, éstos podrán ser proporcionados por LA ASEGURADORA con cargo a las OBLIGACIONES GARANTIZADAS.

Si no se proporcionaren los recursos para la valoración no se podrá continuar con el proceso de ejecución.

**6.2.** Con la valoración realizada o con la existente (en caso no que tenga una antigüedad mayor a 4 meses), LA FIDUCIARIA notificará a LA CONSTITUYENTE y a LA ASEGURADORA indicando que existirá un plazo de 90 días para que LA CONSTITUYENTE tenga la opción de ofrecer a terceros dichas acciones en venta y conseguir que se concrete dicha negociación. El precio al que podrán ofrecerse dichas acciones tendrá que ser superior al 100% de la valoración realizada y en efectivo. Cualquier forma de pago distinta a la antes referida o en plazos, tendrá que contar con la aceptación de LA ASEGURADORA. Se venderán las acciones necesarias para cubrir en su

totalidad los tributos, gastos y honorarios derivados del cumplimiento de este contrato, así como el monto de las OBLIGACIONES GARANTIZADAS.

Para la venta de las acciones, se requerirá que el respectivo contrato sea celebrado por LA FIDUCIARIA, actuando a nombre y representación del CONSTITUYENTE, con el respectivo comprador.

LA FIDUCIARIA además podrá abrir cuentas a nombre de LA CONSTITUYENTE, en instituciones financieras nacionales, para recibir el precio pactado por la venta de las acciones, a efectos de entregar dichos recursos a LA ASEGURADORA en pago de las OBLIGACIONES GARANTIZADAS o podrá requerir del comprador que emita cheques o realice transferencias necesarias para el pago de los tributos, gastos y honorarios derivados del cumplimiento de este contrato, así como de las OBLIGACIONES GARANTIZADAS.

Con los recursos provenientes de la venta se realizarán los siguientes pagos y en este orden de prelación:

- (i) Los tributos derivados del cumplimiento de este contrato.
- (ii) Los honorarios de LA FIDUCIARIA y demás gastos derivados del cumplimiento de este contrato.
- (iii) Las OBLIGACIONES GARANTIZADAS, de conformidad a la liquidación que sea presentada por LA ASEGURADORA.

**6.3.** En caso que LA CONSTITUYENTE no consiga un comprador de las acciones en el plazo referido en el numeral anterior, LA ASEGURADORA podrá instruir a LA FIDUCIARIA que actúe a nombre y representación de LA CONSTITUYENTE, entregando a su favor las acciones en dación en pago al 100% de la valoración realizada y hasta por el monto necesario para cubrir las OBLIGACIONES GARANTIZADAS, siempre y cuando se hayan cancelado los tributos, gastos y honorarios derivados del cumplimiento del encargo fiduciario.

**6.4.** Las acciones que no hayan tenido que ser vendidas o entregadas en dación en pago conforme a lo referido en los numerales anteriores, serán devueltas a LA CONSTITUYENTE, siempre y cuando se encuentre al día en el pago de los honorarios de la FIDUCIARIA y de los gastos derivados del cumplimiento del presente encargo fiduciario.

**6.5.** En caso que con la venta o la dación en pago de las acciones no se pueda cumplir con el pago de la totalidad de las OBLIGACIONES GARANTIZADAS, la ASEGURADORA podrá iniciar las acciones legales que le correspondan para requerir a LA CONSTITUYENTE el pago de dichas obligaciones, sin que exista al respecto ninguna participación o responsabilidad de LA FIDUCIARIA, en virtud de que sus obligaciones son únicamente de medio y no de resultados, estando limitada su actuación a la disposición de las acciones que le hayan sido entregadas por LA CONSTITUYENTE conforme a lo estipulado en este contrato.

LA FIDUCIARIA no asumirá ninguna responsabilidad hacia LA CONSTITUYENTE, la ASEGURADORA o terceros, por la valoración que tengan las acciones, el hecho de que alcancen o no a cubrir el monto de las OBLIGACIONES GARANTIZADAS, las demoras que sean ocasionadas en el procedimiento de ejecución por actos realizados por parte de LA CONSTITUYENTE, la ASEGURADORA o terceros y en general por cualquier motivo ajeno a su control y que pudiera evitar o retardar el cumplimiento del presente encargo fiduciario.

#### **CLÁUSULA SÉPTIMA: OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRADORA.-**

**7.1.-** Realizar las gestiones necesarias para el cumplimiento de la finalidad del contrato, de conformidad con las instrucciones impartidas por LA CONSTITUYENTE.

**7.2.-** Informar a LA CONSTITUYENTE y a la BENEFICIARIA las circunstancias que puedan impedir el cumplimiento del presente encargo fiduciario, siempre y cuando hayan llegado a su conocimiento.

**7.3.-** A costo de la CONSTITUYENTE y/o la BENEFICIARIA, coordinar la defensa judicial y extrajudicial del presente encargo fiduciario.

**7.4.-** Mantener en custodia los títulos accionarios objeto del encargo fiduciario, separados de los propios y de los que conforman otros negocios fiduciarios.

**7.5.-** Las demás establecidas en la Ley y en el presente contrato.

**7.6.-** Liquidar el contrato de encargo fiduciario, una vez que se cumpla con su objeto, siempre y cuando LA CONSTITUYENTE, entregue los documentos necesarios para elaborar la respectiva escritura de liquidación.

Las obligaciones de LA FIDUCIARIA son de medio y no de resultado, y su responsabilidad se extiende hasta la culpa leve de conformidad con la Ley de Mercado de Valores vigente.

#### **CLÁUSULA OCTAVA: DERECHOS DE LA ADMINISTRADORA.-**

**8.1.-** Cobrar la remuneración pactada.

**8.2.-** Requerir la información relacionada con el negocio fiduciario que considere pertinente.

**8.3.-** Renunciar a su gestión en los casos establecidos en la Ley.

**8.4.-** Los demás establecidos en la Ley y en el presente contrato.

**CLÁUSULA NOVENA: OBLIGACIONES DE LA CONSTITUYENTE.-**

**9.1.-** Entregar a LA FIDUCIARIA los títulos accionarios en custodia.

**9.2.-** En caso de ser necesario, y previo informe por escrito de LA FIDUCIARIA, poner a disposición de ésta los recursos necesarios para que efectúe los trámites necesarios, judiciales o extra judiciales, para la protección del encargo fiduciario. LA FIDUCIARIA se exonera de responsabilidad por los posibles perjuicios que se ocasionen a LA CONSTITUYENTE, la ASEGURADORA o terceros, en caso de no contar con los recursos antes referidos.

**9.3.-** Informar a LA FIDUCIARIA, las circunstancias que surjan al momento de la ejecución del presente contrato y que sean conocidas por ella, que puedan incidir de manera desfavorable en el desarrollo del objeto del contrato de encargo fiduciario.

**9.4.-** Las demás establecidas en la Ley y en el presente contrato.

**CLÁUSULA DÉCIMA: DERECHOS DE LA CONSTITUYENTE.-**

**10.1.-** Una vez cumplidos todos los términos y condiciones de este contrato, y pagados todos los pasivos y obligaciones del mismo, de ser el caso, recibir el remanente que pudiera existir en las cuentas del encargo fiduciario;

**10.2.-** Recibir de LA FIDUCIARIA trimestralmente un informe escrito sobre el cumplimiento o la ejecución de este contrato de encargo fiduciario.

**10.3.-** Exigir a LA FIDUCIARIA que lleve una contabilidad separada del negocio fiduciario.

**10.4.-** Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar en contra de LA FIDUCIARIA, por dolo o culpa leve en el desempeño de su gestión.

**10.5.-** Solicitar la remoción de LA FIDUCIARIA cuando ésta no cumpla con las instrucciones señaladas en el presente Contrato.

**10.6.-** Impugnar los actos de LA FIDUCIARIA que sean contrario a la Ley o a las disposiciones del presente contrato de encargo fiduciario.

**10.7.-** Exigir a LA Fiduciaria la devolución de los títulos accionarios, en caso de haber cumplido LA CONSTITUYENTE con la cancelación total de las OBLIGACIONES GARANTIZADAS o en los casos previstos en este contrato.

**10.8.-** En general, los correspondientes a las obligaciones de la Administradora.

**10.9.-** Los demás establecidos en la Ley y en el presente contrato.

#### **CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA: OBLIGACIONES DE LA BENEFICIARIA.-**

**11.1.-** Previo a reclamar los beneficios que le correspondan en virtud de este contrato, presentar la documentación requerida, por LA FIDUCIARIA, que justifique su calidad de Beneficiario de este encargo fiduciario.-

**11.2.-** En caso de que LA CONSTITUYENTE no haya provisto a la FIDUCIARIA de los recursos necesarios, para cubrir los honorarios, gastos y demás costos necesarios para cumplir con el presente encargo fiduciario, LA BENEFICIARIA no podrá reclamar dichos beneficios, salvo que provee los recursos necesarios para el pago de dichos gastos, los que incrementarán el monto de las OBLIGACIONES GARANTIZADAS.

**11.3.-** Respetar el pago de las prelación que se han especificado en este contrato.

**11.4.-** Las demás obligaciones que consten en la Ley de Mercado de valores.

**11.5.-** Entregar la información requerida por LA FIDUCIARIA para el adecuado cumplimiento de las instrucciones recibidas y que particularmente se refiere al estado de las OBLIGACIONES GARANTIZADAS, remitiendo las correspondientes liquidaciones.

#### **CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA: DERECHOS DE LA BENEFICIARIA-**

**12.1.-** Solicitar toda la información que requiera sobre la administración fiduciaria.

**12.2.-** Solicitar la sustitución de LA FIDUCIARIA por las causales establecidas en la letra f) del artículo ciento veintisiete de la Ley de Mercado de Valores.

**12.3.-** Ejercer las acciones civiles o penales a que hubiere lugar en contra de LA FIDUCIARIA por dolo, negligencia o culpa leve en el desempeño de su gestión.

**12.4.-** Exigir a LA FIDUCIARIA el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente instrumento.

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

LA CONSTITUYENTE no podrá ceder los derechos y obligaciones que surgen del presente contrato de encargo fiduciario a terceros, salvo que cuente con la aceptación expresa de LA ASEGURADORA, y siempre y cuando lo notifique oportunamente a LA FIDUCIARIA conforme lo dispuesto en la Ley de Mercado de Valores.

#### **CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA: GASTOS Y COSTOS.-**

Los gastos, honorarios, costos y pagos necesarios para el cumplimiento de las instrucciones de este contrato, y los que se generen por su constitución,

mantenimiento, disolución o liquidación, sean ellos de origen contractual, reglamentario o legal, serán asumidos directamente por LA CONSTITUYENTE. En caso que dichos recursos no sean entregados por LA CONSTITUYENTE, la BENEFICIARIA podrá proporcionarlos, teniendo derecho a que los recursos que entregue incrementen el monto de las OBLIGACIONES GARANTIZADAS.

La FIDUCIARIA deja constancia de que en caso que estos recursos no fueran entregados oportunamente por la CONSTITUYENTE o la BENEFICIARIA, queda desde ya exonerada de realizar estos gastos y de las consecuencias que se deriven por no cumplir con las instrucciones previstas en este contrato.

#### **CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA: HONORARIOS DE LA FIDUCIARIA:**

La fiduciaria cobrará los siguientes honorarios:

**15.1.- HONORARIOS POR ADMINISTRACIÓN MENSUAL:** Se cobrará mensualmente, dentro de los cinco primeros días de cada mes, la suma que asciende a (determinar el valor en letras) DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US \$ determinar el valor en números).

**15.2.- HONORARIO POR REFORMAS AL CONTRATO FIDUCIARIO.-** Este honorario asciende a la suma de (determinar el valor en letras) DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US \$ (determinar valor en números) por cada reforma, a ser cancelado una vez iniciado el proceso de reforma del contrato.

**15.3.- HONORARIO POR SUSTITUCIÓN DE FIDUCIARIA.-** Este honorario asciende a la suma de (determinar el valor en letras) DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$ determinar el valor en números) que deberán ser pagados únicamente en caso de que dicha sustitución sea por causas no imputables a la Fiduciaria y se cancelarán una vez iniciado el proceso de sustitución de la misma.

**15.4.- HONORARIO POR LIQUIDACIÓN DEL ENCARGO FIDUCIARIO-** Este honorario asciende a la suma de (determinar el valor en letras) DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US \$ determinar el valor en números) a ser cancelado una vez iniciado el proceso de liquidación y terminación del encargo fiduciario.

Todos los valores anteriormente mencionados hay que añadirles el correspondiente IVA.

Los Honorarios de la FIDUCIARIA deberán ser pagados por LA CONSTITUYENTE. En caso que dichos honorarios no sean pagados por LA CONSTITUYENTE, la BENEFICIARIA podrá cancelarlos, teniendo derecho a que los recursos que entregue incrementen el monto de las OBLIGACIONES GARANTIZADAS.

La FIDUCIARIA deja constancia de que en caso que no se hayan cancelado sus honorarios por parte de LA CONSTITUYENTE o la BENEFICIARIA, queda desde ya exonerada de cumplir con las instrucciones previstas en este contrato y de las consecuencias que se deriven por dichos eventos.

**CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: PLAZO:**

El presente contrato de Encargo Fiduciario estará vigente hasta el cumplimiento de su objeto o finalidad, sin exceder el plazo máximo legal.

**CLÁUSULA DÉCIMO SÉPTIMA: TERMINACIÓN:**

Este contrato terminará cuando se produzca alguno de los siguientes eventos:

**17.1.-** Haberse presentado la solicitud escrita de la ASEGURADORA y la CONSTITUYENTE de terminación del contrato, dirigida a la ADMINISTRADORA.

**17.2.-** Por imposibilidad absoluta de desarrollar su objeto o el fin propuesto.

**17.3.-** Por el cumplimiento de la finalidad del encargo fiduciario.

#### **CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA: LIQUIDACIÓN.-**

Una vez cumplida la finalidad del presente contrato, o acaecida alguna causal de terminación del mismo, perderá vigencia el objeto y las instrucciones contenidas en el mismo y la gestión de LA FIDUCIARIA deberá dirigirse exclusivamente a realizar los actos directa o indirectamente relacionados con la liquidación del mismo. Si al terminar esta liquidación por algún motivo quedare a cargo de LA CONSTITUYENTE alguna suma a favor de LA FIDUCIARIA o de terceros, LA CONSTITUYENTE se compromete de manera clara y expresa a pagarla el segundo día hábil siguiente al que se le presente la cuenta respectiva. Para efectos de dejar constancia de la terminación del contrato, y de que LA CONSTITUYENTE se encuentra libre de todo concepto para con LA FIDUCIARIA o terceros, se suscribirá el correspondiente documento de terminación, el cual se elevará a escritura pública. Por lo tanto se procederá a la liquidación del encargo fiduciario de acuerdo con las siguientes reglas:

**18.1.-** LA FIDUCIARIA actuará como liquidador de encargo fiduciario.

**18.2.-** En consecuencia, procederá a efectuar la respectiva liquidación y se cancelarán los tributos, honorarios y gastos que se hayan derivado del cumplimiento de este contrato, con los recursos que mantenga por la ejecución de este encargo fiduciario o con los que sean proporcionados por LA CONSTITUYENTE o LA ASEGURADORA, de ser el caso.

**18.3.-** Finalmente, entregará a LA CONSTITUYENTE los recursos remanentes que existieren y rendirá cuentas finales de su gestión a LA CONSTITUYENTE y la BENEFICIARIA.

**CLÁUSULA DÉCIMO NOVENA: SUSTITUCIÓN DE LA ADMINISTRADORA.-**

LA FIDUCIARIA podrá ser sustituida por las causales establecidas en la Ley o por acuerdo entre las partes. En todo caso, LA CONSTITUYENTE, podrá solicitar la sustitución de LA FIDUCIARIA por las causales establecidas en la Ley de Mercado de Valores, mediante escrito autenticado, con al menos treinta días de anticipación a la fecha en que deseare que se produzca el cambio de Administradora. Los títulos accionarios que constan bajo custodia de LA FIDUCIARIA serán entregados a la compañía administradora de fondos de inversión y fideicomisos que de común acuerdo determinen las partes. En el evento en que no fuere posible lograr un acuerdo, estos títulos serán entregados a la compañía administradora de fondos de inversión y fideicomisos que determine la Superintendencia de Compañías a solicitud de LA ADMINISTRADORA. Todo de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley de Mercado de Valores y sus normas complementarias.

**CLÁUSULA VIGÉSIMA.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.-**

Cualquier diferencia que surja entre las partes en razón del presente contrato durante su ejecución, su interpretación, su terminación o liquidación y que no sea resuelta directamente por ellas, se someterá a la decisión de un Tribunal de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, todo de conformidad con lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, Reglamento y con base en las siguientes normas: **a.** Los tres árbitros serán seleccionados conforme a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación; **b.** Las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria; **c.** Los árbitros decidirán en derecho y podrán pedir la ejecución de medidas cautelares, solicitando el auxilio de funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos, sin que sea necesario recurrir Juez Ordinario alguno para tales efectos; **d.** El Tribunal de Arbitraje estará integrado por tres (3) árbitros; **e.** El procedimiento arbitral tendrá lugar en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Mediación, de la Cámara de Comercio de Quito; y, **f.** El procedimiento arbitral será confidencial.

**CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA: EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD.-**

La celebración de este contrato o no implica, por parte de la Superintendencia de Compañías ni de los miembros del Consejo Nacional de Valores, responsabilidad alguna ni garantía sobre el cumplimiento del objetivo y finalidad del contrato.

**CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA: NOTIFICACIONES.-**

Las direcciones para efecto de notificaciones de todo lo relacionado con el presente contrato son:

**LA CONSTITUYENTE.-.....**

**LA ASEGURADORA.-.....**

**LA FIDUCIARIA.-.....**

**CLÁUSULA VIGÉSIMO TERCERA: IRREVOCABILIDAD.-**

El presente contrato es irrevocable, en consecuencia no podrá modificarse total o parcialmente sin previo acuerdo entre las partes.

Agregue usted, Señor Notario, las demás cláusulas de estilo para la plena validez y perfeccionamiento de esta escritura pública.

Firma del abogado

## ANEXO 4

### Modelo de Minuta de Contrato de Constitución de un Fideicomiso Mercantil Inmobiliario

#### SEÑOR NOTARIO:

En su registro de escrituras públicas, sírvase insertar ésta en que consta el Contrato de Constitución de un Fideicomiso Mercantil Inmobiliario, al tenor de las siguientes cláusulas:

**CLÁUSULA PRIMERA.- COMPARECIENTES.-** Comparecen a celebrar la presente escritura las siguientes partes:

**1.1.** La compañía (**nombre de la compañía**), debidamente representada por su Apoderado General, señor/a (nombre del apoderado), conforme consta del poder que se adjunta como habilitante; quien en adelante se le podrá denominar como **“CONSTITUYENTE INVERSIONISTA”**

**1.2.** La compañía (**nombre de la compañía**), debidamente representada por su Gerente, señor/a (nombre de la persona), conforme consta del nombramiento que se adjunta como habilitante; quien en adelante se le podrá denominar como **“CONSTITUYENTE PROMOTOR”**; y,

**1.3.** La compañía (**nombre de la compañía Fiduciaria**), quien comparece a través de su Gerente General, señor/a (nombre de la persona), conforme consta del nombramiento que se adjunta como habilitante; quien en adelante se denominara como **“FIDUCIARIA”**.

**CLÁUSULA SEGUNDA.- SIGNIFICADOS.-** Para efectos de interpretación del presente contrato se considerará:

(I) Que los títulos de las cláusulas se han puesto simplemente para facilidad de lectura, mas no como medio de interpretación;

(II) Que la referencia al singular incluye el plural y la referencia a un género incluye a los otros;

(III) Que las palabras o frases definidas más adelante, tendrán los significados que constan a continuación de cada una de ellas:

**BENEFICIARIO(S):** Son los CONSTITUYENTES o aquellos a quienes éstos hubieran cedido sus derechos fiduciarios, en los términos y condiciones estipulados en este contrato;

**CONSTITUYENTES:** Son los CONSTITUYENTES INICIALES y los CONSTITUYENTES ADHERENTES.

**CONSTITUYENTES INICIALES:** Son las compañías anteriormente indicadas en la cláusula primera del presente contrato.

**CONSTITUYENTE(S) ADHERENTE(S):** Son las personas naturales o jurídicas que se adhieran y acepten irrevocablemente los términos y condiciones estipulados en el presente FIDEICOMISO y en el CONVENIO DE ADHESIÓN. Para ser considerados como tales, los CONSTITUYENTES ADHERENTES deberán haber sido previamente aceptados por la JUNTA DEL FIDEICOMISO y suscribir el respectivo CONVENIO DE ADHESIÓN.

**CONSTRUCTOR:** Será la compañía (nombre de la compañía), salvo los casos de imposibilidad, incumplimiento o reemplazo, que de presentarse, implicarán que la JUNTA DEL FIDEICOMISO designe a la nueva persona que será contratada para asumir con dichas funciones.

**CONVENIO DE ADHESIÓN:** Es el documento a ser suscrito por la FIDUCIARIA y un determinado CONSTITUYENTE ADHERENTE, que previamente haya sido aceptado por la JUNTA DEL FIDEICOMISO, a través del cual el referido CONSTITUYENTE ADHERENTE:

- a) Se adhiere y acepta irrevocablemente todos los términos y condiciones estipulados en el presente FIDEICOMISO y en el CONVENIO DE ADHESIÓN correspondiente; y,
- b) Aporte bienes o recursos al FIDEICOMISO, a título de fiducia mercantil irrevocable, a fin de que sean destinados al cumplimiento del objeto e instrucciones irrevocables establecidas en este contrato. El formato de los CONVENIOS DE ADHESIÓN será aprobado por la JUNTA DEL FIDEICOMISO.

**DIRECTOR ARQUITECTÓNICO:** Será la compañía (nombre de la compañía), salvo los casos de imposibilidad, incumplimiento o reemplazo, que de presentarse, implicarán que la JUNTA DEL FIDEICOMISO designe a la nueva persona que será contratada para asumir con dichas funciones.

**FIDEICOMISO:** Es el patrimonio autónomo dotado de personería jurídica que se constituye como consecuencia jurídica de la celebración del presente contrato, el que es representado legalmente por la FIDUCIARIA, y que para efectos de identificación se le denominará “FIDEICOMISO MERCANTIL (nombre distintivo)”.

**FIDUCIARIA:** Es la compañía (nombre de la compañía Fiduciaria), quien de conformidad a lo establecido en la Ley de Mercado de Valores, asume la representación legal del FIDEICOMISO.

**FISCALIZADOR:** Será la persona que será elegida por la JUNTA DEL FIDEICOMISO, encargada de realizar el control técnico del PROYECTO, en los términos y condiciones que sean determinados en el respectivo contrato que se suscriba conforme las instrucciones de la JUNTA DEL FIDEICOMISO.

**GERENTE DE PROYECTO:** Será la compañía (nombre de la compañía), salvo los casos de imposibilidad, incumplimiento o reemplazo, que de presentarse,

implicarán que la JUNTA DEL FIDEICOMISO designe a la nueva persona que será contratada para asumir con dichas funciones.

**INMUEBLE:** El Lote de Terreno número..., ubicado en la parroquia... del cantón..., provincia de Pichincha, cuyos linderos y dimensiones conforme al título de dominio de sus propietarios, son los siguientes: NORTE.- (establecer linderos y dimensiones); SUR.- (establecer linderos y dimensiones); ESTE.- (establecer linderos y dimensiones); y, OESTE:- (establecer linderos y dimensiones). El inmueble antes referido será comprado por el FIDEICOMISO de conformidad a las instrucciones que reciba de la JUNTA DEL FIDEICOMISO, siendo de responsabilidad del asesor legal a quien se encargue la gestión de catastro e inscripción de dicha compraventa, sin que la FIDUCIARIA asuma ninguna responsabilidad en relación a dichas gestiones.

**JUNTA DEL FIDEICOMISO:** Es el órgano colegiado del FIDEICOMISO que, dentro de los parámetros que imponen el objeto del FIDEICOMISO y las instrucciones fiduciarias, tendrá las facultades genéricas y específicas en el presente instrumento.

**PLANIFICADOR ARQUITECTÓNICO:** Será la compañía (nombre de la compañía), salvo los casos de imposibilidad, incumplimiento o reemplazo, que de presentarse, implicarán que la JUNTA DEL FIDEICOMISO designe a la nueva persona que será contratada para asumir con dichas funciones.

**PROMESAS DE COMPRAVENTA:** Son los contratos de promesa de compraventa que el FIDEICOMISO celebrará con los PROMITENTES COMPRADORES cuyos nombres deben ser proporcionados a la FIDUCIARIA por el GERENTE DE PROYECTO o por quien éste determine, contratos a través de los cuales el FIDEICOMISO prometerá en venta a los PROMITENTES COMPRADORES bienes individualizados y determinados dentro del PROYECTO. Los textos de las PROMESAS DE COMPRAVENTA deberán ser aprobados por la JUNTA DEL FIDEICOMISO.

**PROMITENTES COMPRADORES:** Son las personas naturales o jurídicas, cuyos nombres deben ser proporcionados a la FIDUCIARIA por el GERENTE DE PROYECTO o por quien éste establezca, que celebren con el FIDEICOMISO contratos de PROMESA DE COMPRAVENTA. También serán considerados como tales, los cesionarios de tales contratos, cuando tal cesión ha sido aceptada por el GERENTE DE PROYECTO o por quien éste determine y sea registrada por la FIDUCIARIA.

**PROYECTO INMOBILIARIO o PROYECTO:** Es la promoción y desarrollo de un proyecto inmobiliario consistente en la construcción de (número) viviendas de una área aproximada de (número) metros cuadrados; con una construcción total de (número) metros cuadrados sobre el INMUEBLE, una vez que haya sido comprado y transferido el mismo a favor del FIDEICOMISO, de acuerdo a las especificaciones que deberá definir y aprobar la JUNTA DEL FIDEICOMISO. Se deja expresa constancia de que el PROYECTO podrá desarrollarse antes del cumplimiento del PUNTO DE EQUILIBRIO, exclusivamente si la JUNTA DEL FIDEICOMISO, así lo autoriza y únicamente utilizando para tal efecto los recursos transferidos al FIDEICOMISO por los CONSTITUYENTES, y de ninguna manera, los recursos entregados al FIDEICOMISO por los PROMITENTES COMPRADORES, de haberlos, y siempre que se cuenten con los respectivos permisos municipales para el inicio de la construcción, cuya obtención será responsabilidad del CONSTITUYENTE PROMOTOR.

**PUNTO DE EQUILIBRIO:** Es el conjunto de condiciones a las que se refiere la cláusula octava del presente instrumento.

**CLÁUSULA TERCERA: FIDEICOMISO MERCANTIL Y PATRIMONIO AUTÓNOMO.-** Con estos antecedentes y por este medio se constituye el fideicomiso mercantil irrevocable denominado “FIDEICOMISO MERCANTIL (nombre distintivo)”, el cual consiste en un patrimonio autónomo, separado e independiente de aquel o aquellos de los CONSTITUYENTES, de la

FIDUCIARIA, de los PROMITENTES COMPRADORES, de los BENEFICIARIOS, o de terceros en general, así como de todos los que correspondan a otros negocios fiduciarios manejados por la FIDUCIARIA.

El FIDEICOMISO se encuentra integrado por el dinero transferido por los CONSTITUYENTES INICIALES y posteriormente estará integrado por todos los activos, pasivos y contingentes que se transfieran al FIDEICOMISO o se generen en virtud del cumplimiento de su objeto. De conformidad a lo que dispone la Ley de Mercado de Valores, los bienes del FIDEICOMISO no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores de los CONSTITUYENTES, ni por los de los BENEFICIARIOS, de igual forma, en ningún caso dichos bienes podrán ser embargados ni objeto de medidas precautelatorias o preventivas por los acreedores de la FIDUCIARIA.

**CLÁUSULA CUARTA.- TRANSFERENCIA DE DOMINIO.-** Los CONSTITUYENTES INICIALES aportan a la constitución del presente FIDEICOMISO MERCANTIL, la suma de (determinar monto de aportación en letras) DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$ monto de aportación en números), que será utilizada en el pago de los gastos de constitución del presente contrato.

Los CONSTITUYENTES se obligan a transferir al FIDEICOMISO, a título de fideicomiso mercantil irrevocable, el dinero suficiente para los gastos preliminares del PROYECTO, pudiendo los CONSTITUYENTES asumir dichos gastos con cargo a su reembolso o reposición una vez que se cumpla el PUNTO DE EQUILIBRIO.

Una vez, declarado el PUNTO DE EQUILIBRIO, los CONSTITUYENTES se obligan a transferir al FIDEICOMISO, a título de fideicomiso mercantil irrevocable, el dinero suficiente para la ejecución y terminación del PROYECTO y para el cumplimiento de las instrucciones fiduciarias, inclusive para el pago

de gastos e impuestos que se generen por la constitución del FIDEICOMISO, administración y liquidación del FIDEICOMISO. La transferencia a título de fiducia mercantil, no es onerosa, ni gratuita, ya que la misma no determina un provecho económico ni para los CONSTITUYENTES, ni para la FIDUCIARIA, ni para el FIDEICOMISO, y se da como medio necesario para que la FIDUCIARIA pueda cumplir con el objeto del presente contrato. Consecuentemente, la transferencia a título de fiducia mercantil, está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones ya que no constituye hecho generador para el nacimiento de obligaciones tributarias, ni de impuestos indirectos previstos en las leyes que gravan las transferencias gratuitas u onerosas. Por lo explicado precedentemente, en la transferencia a título fiduciario NO EXISTE PRECIO a convenirse ni tampoco responde tal transferencia o restitución o donación alguna por parte de los CONSTITUYENTES y en tal virtud se halla exenta del pago de tributos, conforme lo señala la Ley.

La FIDUCIARIA acepta la transferencia de los referidos bienes, como aporte de los CONSTITUYENTES al FIDEICOMISO, a título de fiducia mercantil irrevocable y declara que en virtud de la naturaleza de su gestión, sus obligaciones se hallan limitadas exclusivamente al cumplimiento de las instrucciones impartidas en este contrato, que las partes declaran conocer a cabalidad, por lo que de ninguna manera garantiza los resultados esperados del mismo. La transferencia de los referidos recursos, no implica la cesión a la FIDUCIARIA de ninguna de las obligaciones propias de los CONSTITUYENTES, ni de las obligaciones tributarias, civiles, laborales o de cualquier otra índole propias de su giro de negocio.

**CLÁUSULA QUINTA.- DECLARACIONES.-** Los CONSTITUYENTES declaran bajo juramento que:

**5.1.** No se hallan incurso en ninguna de las prohibiciones determinadas en la Ley de Mercado de Valores y demás normas aplicables;

**5.2.** Que los recursos que transfieren o lleguen a transferir al FIDEICOMISO son de su exclusiva propiedad, sobre los cuales tienen absoluta capacidad de disposición, sin que exista impedimento alguno para aportarlos a título de fiducia mercantil irrevocable; que los han habido u obtenido con dinero de su propio peculio; que no existe impedimento alguno para su enajenación; que son bienes de los que pueden disponer libremente de acuerdo a la Ley;

**5.3.** Que sobre los recursos que transfieren o sobre los recursos y bienes que lleguen a transferir al FIDEICOMISO, no pesa ningún gravamen, ni prohibición de enajenar, ni se encuentran afectados por embargos, acciones rescisorias, reivindicatorias, posesorias o de petición de herencia, obligándose conforme lo señala la Ley al saneamiento por evicción y vicios redhibitorios, incluso después de liquidado este FIDEICOMISO, relevando en forma expresa de tal obligación a la FIDUCIARIA y al FIDEICOMISO y comprometiéndose en consecuencia a transferir estos bienes libres de cualquier perturbación que comprometa la ejecución del objeto del presente contrato, así como a responder por la propiedad y tenencia de los bienes por parte del FIDEICOMISO, libre de acciones u otras obligaciones con terceros;

**5.4.** Que los recursos que transfieren así como aquellos que lleguen a transferir al FIDEICOMISO, tienen un origen lícito y legítimo, y en especial declaran que no provienen ni provendrán de ninguna actividad relacionada con el cultivo, fabricación, almacenamiento, transporte o tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o lavado de dinero o cualquier otra actividad ilegal o ilícita, eximiendo a la FIDUCIARIA de la comprobación de esta declaración, sin perjuicio de lo cual los CONSTITUYENTES autorizan a la FIDUCIARIA para que efectúe todas las indagaciones que razonablemente considere oportuno realizar para comprobar el origen de los bienes que se aportan o se aporten en el futuro a título de fiducia mercantil. En caso que se inicien investigaciones sobre los CONSTITUYENTES, relacionadas con las actividades antes señaladas, o de producirse transacciones inusuales o injustificadas, la FIDUCIARIA podrá proporcionar a las autoridades

competentes toda la información que tenga sobre las mismas o que le sea requerida. En tal sentido, los CONSTITUYENTES renuncian a presentar en contra del FIDEICOMISO, la FIDUCIARIA o de sus funcionarios o empleados cualquier reclamo o acción legal, judicial, extrajudicial, administrativa, civil, penal o arbitral por tales motivos;

**5.5.** Que el FIDEICOMISO no adolece de causa u objeto ilícito y con su constitución no se tiene conocimiento ni intención de irrogar perjuicios a terceros o a sus acreedores;

**5.6.** Que conocen el contenido y alcance del FIDEICOMISO y las obligaciones y responsabilidades que asumen a su firma;

**5.7.** Adicionalmente, los CONSTITUYENTES autorizan expresamente a la FIDUCIARIA para que obtenga de cualquier fuente de información, incluida la Central de Riesgos o Burós de Información Crediticia, sus referencias personales, sobre su comportamiento crediticio, manejo de sus cuentas corrientes, de ahorro, tarjetas de crédito, etc., y en general al cumplimiento de sus obligaciones y demás activos, pasivos y datos personales. De igual forma, la FIDUCIARIA queda expresamente autorizada para que pueda utilizar, transferir o entregar dicha información a autoridades competentes, organismos de control, Burós de Información Crediticia y otras instituciones o personas jurídicas legal o reglamentariamente facultadas.

**CLÁUSULA SEXTA.- OBJETO:** El objeto del presente FIDEICOMISO es el desarrollo y promoción del PROYECTO en el INMUEBLE, con el dinero o recursos aportados por los CONSTITUYENTES, los recibidos por obligaciones con terceros, los recibidos de los PROMITENTES COMPRADORES y todos los demás que se integren por el cumplimiento de las instrucciones contenidas en este contrato.

Se deja expresa constancia de que el PROYECTO podrá desarrollarse antes del cumplimiento del PUNTO DE EQUILIBRIO, exclusivamente si la JUNTA

DEL FIDEICOMISO así lo autoriza y únicamente utilizando para tal efecto los recursos transferidos al FIDEICOMISO por los CONSTITUYENTES, y de ninguna manera, los recursos entregados al FIDEICOMISO por los PROMITENTES COMPRADORES, de haberlos, y siempre que se cuenten con los respectivos permisos municipales para el inicio de las construcciones y obras del PROYECTO, cuya obtención será de responsabilidad del CONSTITUYENTE PROMOTOR.

**CLÁUSULA SÉPTIMA.- INSTRUCCIONES FIDUCIARIAS:** La FIDUCIARIA, en su calidad de representante legal del FIDEICOMISO deberá cumplir con las siguientes instrucciones fiduciarias, las cuales son instruidas en esta fecha de manera expresa e irrevocable, por los CONSTITUYENTES INICIALES:

**7.1.** Registrar contablemente como de propiedad del FIDEICOMISO:

a) Los recursos y el dinero que transfieren los CONSTITUYENTES INICIALES a la suscripción del presente instrumento y los que los CONSTITUYENTES aporten en el futuro para el desarrollo de su objeto.

b) Asimismo registrará todos los activos que se aporten al FIDEICOMISO y/o los activos, pasivos y contingentes que se generen durante el desarrollo de su objeto.

c) El INMUEBLE una vez que haya sido comprado y transferido a favor del FIDEICOMISO.

**7.2.** Aperturar las cuentas corrientes, de ahorros o cualquier otro instrumento financiero que sean necesarias para la adecuada administración de los recursos dinerarios del FIDEICOMISO y del PROYECTO, en las instituciones financieras que autorice la JUNTA DEL FIDEICOMISO.

**7.3.** Suscribir con la compañía (nombre de la compañía) los contratos de Construcción, Gerencia de Proyecto, Planificación y Dirección Arquitectónica,

en los términos y condiciones aprobados por la JUNTA DEL FIDEICOMISO, así como suscribir con las personas naturales o jurídicas designadas por la JUNTA DE FIDEICOMISO los contratos de fiscalización, comercialización, asesoría legal y demás contratos que instruyere la JUNTA DEL FIDEICOMISO, relacionados o tendientes al desarrollo del PROYECTO, cuyos términos y condiciones deberán ser aprobados por la JUNTA DEL FIDEICOMISO, pero sujetos a la siguiente condición resolutoria:

- a) que en el evento de NO cumplirse el PUNTO DE EQUILIBRIO, tales contratos sean resueltos de pleno derecho en virtud de la condición resolutoria de los mismos, y liquidar cualquier saldo pendiente.
- b) Adicionalmente, en dichos contratos se deberá establecer expresamente que todas las responsabilidades laborales son directamente asumidas y de cuenta de los contratistas, obligándose a mantener libre al FIDEICOMISO, la FIDUCIARIA o sus representantes legales, de cualquier tipo de reclamo o acción legal por dichos efectos.

**7.4.** Celebrar con los CONSTITUYENTES ADHERENTES designados por la JUNTA DEL FIDEICOMISO, los respectivos CONVENIOS DE ADHESIÓN;

**7.5.** Celebrar con los PROMITENTES COMPRADORES designados por el GERENTE DE PROYECTO o por quien éste determine y bajo las condiciones señaladas por la JUNTA DEL FIDEICOMISO, contratos de PROMESA DE COMPRAVENTA sobre bienes determinados e individualizados dentro del PROYECTO. El FIDEICOMISO celebrará tantos contratos de PROMESA DE COMPRAVENTA cuantos la JUNTA DEL FIDEICOMISO le faculte celebrarlos. Dichos contratos deberán estar sujetos a condición resolutoria, que consiste en el hecho de que dicho contrato se resolverá de pleno derecho en el evento de que la FIDUCIARIA declare que no se ha cumplido con el PUNTO DE EQUILIBRIO.

**7.6.** Recibir de los PROMITENTES COMPRADORES el dinero que éstos se comprometieron a entregar, en los montos y condiciones señalados en las PROMESAS DE COMPRAVENTA, recursos que:

- a) no serán utilizados por el FIDEICOMISO antes o después de certificado el PUNTO DE EQUILIBRIO hasta que se suscriba el correspondiente contrato de PROMESA DE COMPRAVENTA; y,
- b) serán devueltos al correspondiente PROMITENTE COMPRADOR en caso de no haberse cumplido el PUNTO DE EQUILIBRIO, más los intereses, netos de impuestos y gastos que se hayan generado por la inversión de tal dinero, a prorrata del monto transferido al FIDEICOMISO.

**7.7.** Invertir, mientras el flujo de caja lo permita, los recursos dinerarios del FIDEICOMISO, en las instituciones financieras y productos de inversión de renta fija que escoja la JUNTA DEL FIDEICOMISO;

**7.8** Realizar los gastos y contrataciones para el desarrollo o ejecución del PROYECTO que apruebe la JUNTA DEL FIDEICOMISO o la persona que ésta determine. Estos gastos preliminares, hasta que se alcance el PUNTO DE EQUILIBRIO, únicamente podrán ser realizados con los recursos transferidos al FIDEICOMISO por los CONSTITUYENTES; y, de ninguna manera, con los recursos entregados al FIDEICOMISO por los PROMITENTES COMPRADORES que existan;

**7.9.** Verificar y certificar si se ha cumplido o no el PUNTO DE EQUILIBRIO, dentro del plazo señalado en la cláusula octava del presente instrumento. **7.10.** En caso de que la FIDUCIARIA verifique y certifique que NO se ha cumplido el PUNTO DE EQUILIBRIO, la FIDUCIARIA, en su calidad de representante legal del FIDEICOMISO, deberá:

- a) Informar al GERENTE DE PROYECTO y a los demás profesionales o empresas designadas por la JUNTA DEL FIDEICOMISO con las cuales se

llegaron a suscribir contratos relacionados o tendientes al desarrollo del PROYECTO, que tales contratos se han resuelto de pleno derecho en virtud de la condición resolutoria de los mismos, y liquidar cualquier saldo pendiente;

- b) Restituir a los PROMITENTES COMPRADORES el dinero transferido por éstos al FIDEICOMISO en cumplimiento de las PROMESAS DE COMPRAVENTA, más los intereses, netos de impuestos y gastos que se hayan generado por la inversión de tal dinero, a prorrata del monto transferido al FIDEICOMISO;
- c) Restituir el INMUEBLE a los CONSTITUYENTES, en caso de haber sido comprado y transferido al FIDEICOMISO. Los costos, gastos honorarios y tributos que demanden esta restitución serán de cuenta de dichos CONSTITUYENTES, quienes también tendrán que asumir los demás gastos que se hayan comprometido a pagar conforme lo previsto en este contrato; y,
- d) Iniciar y culminar las labores de liquidación del FIDEICOMISO. Dentro de dicha liquidación se restituirá a los CONSTITUYENTES, el remanente que pudiera existir de los recursos aportados para gastos preliminares del PROYECTO INMOBILIARIO, una vez pagados los costos, gastos honorarios y tributos del FIDEICOMISO.

**7.11.** En caso de que la FIDUCIARIA verifique y certifique que SI se ha cumplido el PUNTO DE EQUILIBRIO, la FIDUCIARIA, en su calidad de representante legal del FIDEICOMISO deberá:

- a) Contratar a los demás profesionales, personal y proveedores de bienes y servicios que se requieran para el desarrollo del PROYECTO, que hubieren sido designados por la JUNTA DEL FIDEICOMISO o por el GERENTE DE PROYECTO si la JUNTA DEL FIDEICOMISO así lo autoriza. Los referidos

contratos, con condición resolutoria, podrán ser suscritos e incluso ejecutados antes que se certifique que sí se ha cumplido el PUNTO DE EQUILIBRIO, si así lo decide la JUNTA DEL FIDEICOMISO, sin embargo en este caso y hasta que se alcance el PUNTO DE EQUILIBRIO solo podrán utilizarse para la ejecución de estos contratos los recursos transferidos al FIDEICOMISO por los CONSTITUYENTES; y, de ninguna manera, los recursos entregados al FIDEICOMISO por los PROMITENTES COMPRADORES.

- b) Destinar, previo visto bueno del GERENTE DE PROYECTO y FISCALIZADOR y dentro del presupuesto y flujo de caja aprobados por la JUNTA DEL FIDEICOMISO, los recursos necesarios para el pago de los costos directos del PROYECTO; y, previo visto bueno del GERENTE DE PROYECTO y dentro del presupuesto y flujo de caja aprobados por la JUNTA DEL FIDEICOMISO, los recursos necesarios para el pago de los costos indirectos del PROYECTO, siempre y cuando hubieren dentro del FIDEICOMISO los fondos suficientes para hacerlo. En caso de que no existan dentro de las cuentas del FIDEICOMISO los recursos disponibles necesarios para el desarrollo y terminación del PROYECTO, los CONSTITUYENTES, conforme les corresponda según lo estipulado en este contrato, estarán obligados a proveerlos en un plazo máximo de quince (15) días contados desde que la FIDUCIARIA le hubiere requerido por escrito la entrega de los fondos. Los CONSTITUYENTES harán tal entrega en calidad de aportes a título fiduciario al FIDEICOMISO en los términos y condiciones que establezca la JUNTA DEL FIDEICOMISO;
- c) Si así lo decide la JUNTA DEL FIDEICOMISO, contratar directamente o a través del GERENTE DE PROYECTO o CONSTRUCTOR, un seguro contra todo riesgo sobre la construcción y materiales del PROYECTO, en las condiciones y con la compañía de seguros que escoja la JUNTA DEL FIDEICOMISO;

- d) Verificar a través del FISCALIZADOR que los fondos entregados por el FIDEICOMISO al GERENTE DE PROYECTO o a los correspondientes profesionales contratados para el desarrollo del PROYECTO, han sido y están siendo debidamente utilizados y han sido plenamente justificados con las facturas, recibos o comprobantes originales. De existir alguna observación o duda, respecto de la utilización de tales fondos, tales circunstancias serán puestas a consideración de la JUNTA DEL FIDEICOMISO para que se resuelva lo conveniente. La FIDUCIARIA podrá suspender la entrega de los fondos hasta que se subsane la observación o duda surgida respecto de la utilización de los fondos del PROYECTO;
- e) Verificar a través del FISCALIZADOR que el cronograma de obra y el presupuesto del PROYECTO aprobados por la JUNTA DEL FIDEICOMISO, estén siendo cumplidos. De existir retrasos en el cronograma de obra o en caso de que el presupuesto no esté siendo cumplido, la FIDUCIARIA informará sobre estos aspectos a la JUNTA DEL FIDEICOMISO para que ésta tome las medidas que correspondan;
- f) Registrar las cesiones de derechos que los PROMITENTES COMPRADORES hayan hecho a favor de terceros, de sus derechos y obligaciones surgidas de la PROMESA DE COMPRAVENTA. Las cesiones sobre los contratos de PROMESA DE COMPRAVENTA serán aceptadas y registradas por la FIDUCIARIA si cuentan con la autorización previa y por escrito del GERENTE DE PROYECTO o de quien éste designe, caso contrario no será oponible para el FIDEICOMISO o la FIDUCIARIA;
- g) En caso de incumplimiento de los PROMITENTES COMPRADORES, de las obligaciones que asumieron en la PROMESA DE COMPRAVENTA, darán por terminados tales contratos en la forma establecida en los mismos y celebrar en su reemplazo nuevas PROMESAS DE COMPRAVENTA, con las personas que designe el GERENTE DE PROYECTO o quien éste determine y en las condiciones que fije la JUNTA DEL FIDEICOMISO;

- h) Previo informe del FISCALIZADOR y aprobación de la JUNTA DEL FIDEICOMISO, suscribir con el CONSTRUCTOR, FISCALIZADOR y GERENTE DE PROYECTO, el acta de entrega recepción provisional y el acta de recepción definitiva del PROYECTO.
- i) Celebrar con los PROMITENTES COMPRADORES que hayan cumplido en su totalidad las obligaciones que asumieron a la firma de las PROMESAS DE COMPRAVENTA, una escritura de compraventa de los bienes determinados e individualizados del respectivo PROYECTO que prometieron comprar; y, a través del CONSTRUCTOR y con presencia del GERENTE DE PROYECTO hacer la entrega recepción de la construcción. La celebración de las escrituras de compraventa se efectuará una vez que los PROMITENTES COMPRADORES hayan cumplido en su totalidad las obligaciones que asumieron a la firma de los contratos de PROMESA DE COMPRAVENTA, se haya obtenido e inscrito en los registros públicos correspondientes todas las autorizaciones oficiales necesarias para tal efecto. La entrega recepción de la construcción se efectuará una vez que, además de los requisitos antes señalados, se haya terminado la construcción del PROYECTO, a menos que la JUNTA DEL FIDEICOMISO autorice hacer la entrega antes, por ser esto técnica y legalmente posible. Los costos, gastos, honorarios y tributos que se generen por la celebración de tales escrituras serán de cuenta de los PROMITENTES COMPRADORES, excepto el impuesto de plusvalía que será de cuenta y cargo del FIDEICOMISO como vendedor.
- j) Transferir a favor de los CONSTITUYENTES, a prorrata de los derechos fiduciarios sobre el FIDEICOMISO que corresponda a cada uno de ellos, a título de restitución fiduciaria, bienes o recursos del FIDEICOMISO; así como, a título de beneficios derivados del FIDEICOMISO, las ganancias que existan en el patrimonio del FIDEICOMISO, una vez terminada la construcción del PROYECTO, satisfechas todas las obligaciones con los PROMITENTES COMPRADORES, y cancelados todos los costos, gastos,

honorarios y tributos generados o por generarse por la constitución, administración y liquidación del FIDEICOMISO, inclusive los honorarios de la FIDUCIARIA y tributos del FIDEICOMISO. En el caso de existir pérdidas en el PROYECTO, éstas deberán ser asumidas por los CONSTITUYENTES, a prorrata de los derechos fiduciarios sobre el FIDEICOMISO que corresponda a cada uno de ellos, de manera que podrá afectar no sólo los aportes efectivamente realizados, sino también implicar que deban asumir o pagar los pasivos, honorarios, tributos y demás gastos que no se hayan podido cubrir con los recursos del FIDEICOMISO.

Estas restituciones y entregas de beneficios podrán ser realizadas antes de que se cumplan las referidas condiciones si así lo decide la JUNTA DEL FIDEICOMISO, es jurídicamente posible hacerlo y siempre y cuando: (i) Se hayan obtenido e inscrito las autorizaciones públicas necesarias para la transferencia de los bienes determinados e individualizados del PROYECTO; y, (ii) Existan provisionados dentro del FIDEICOMISO los fondos o activos necesarios para cubrir todos los gastos y tributos que se hayan generado o vayan a generarse por la ejecución o terminación del PROYECTO y la constitución, administración, cumplimiento del objeto e instrucciones fiduciarias y liquidación del FIDEICOMISO, así como los necesarios para satisfacer todas las obligaciones con los PROMITENTES COMPRADORES o terceros. Para la decisión de la JUNTA DE FIDEICOMISO referida en este numeral, se deberá tener en cuenta el criterio de la FIDUCIARIA a la fecha de celebración de este contrato, considerando los aportes efectivamente realizados y los comprometidos por este instrumento, se señala que los porcentajes de derechos fiduciarios que corresponderían a cada uno de ellos son: (i) a favor del CONSTITUYENTE PROMOTOR el cincuenta por ciento (50%); (ii) a favor del CONSTITUYENTE INVERSIONISTA el cincuenta por ciento (50%).

Estos porcentajes podrán modificarse en función de los derechos fiduciarios que se reconozcan a favor de los CONSTITUYENTES ADHERENTES que ingresen al FIDEICOMISO, previa aprobación de la JUNTA DEL

FIDEICOMISO. En caso de no existir recursos en efectivo suficientes dentro del FIDEICOMISO para tales restituciones, el FIDEICOMISO podrá realizar las mismas mediante la restitución de bienes que no se hayan comprometido a favor de los PROMITENTES COMPRADORES, para lo cual se tomará como valor que mantenga registrado de dichos bienes la contabilidad del FIDEICOMISO, lo cual será conocido por la JUNTA. De existir bienes que no pueden ser divididos y cuya restitución corresponda a más de un BENEFICIARIO en conjunto, la restitución se hará, en derechos y acciones, a favor de los respectivos BENEFICIARIOS, a prorrata de su participación en el FIDEICOMISO, determinando la JUNTA DEL FIDEICOMISO la asignación de los bienes a favor de los respectivos BENEFICIARIOS. Los costos, gastos, honorarios y tributos que demanden las referidas restituciones serán de cuenta y cargo del correspondiente BENEFICIARIO a favor del cual se realicen las mismas.

**7.12.** Contratar créditos a nombre del FIDEICOMISO con aquellas instituciones y en las condiciones determinadas por la JUNTA DEL FIDEICOMISO, siempre y cuando el producto de tales operaciones crediticias sea destinado al desarrollo del PROYECTO o cumplimiento del objeto del FIDEICOMISO y las mismas sean garantizadas, de forma personal y solidaria, por uno o más de los CONSTITUYENTES a ser determinados por la JUNTA DEL FIDEICOMISO.

La contratación de créditos para el FIDEICOMISO se podrá efectuar una vez cumplido el punto de equilibrio o si con dicho (s) crédito (s) se cumple con el mismo.

**7.13.** Previa aprobación de la JUNTA DEL FIDEICOMISO y de acuerdo a los términos y condiciones por ella establecidos, constituir gravámenes sobre el INMUEBLE o sobre bienes individualizados dentro del PROYECTO, con el fin de garantizar obligaciones del FIDEICOMISO.

Se deja expresa constancia que mientras estos gravámenes se hallen vigentes la FIDUCIARIA no podrá suscribir ningún contrato de PROMESA DE

COMPRAVENTA sobre bienes del PROYECTO, salvo autorización expresa de la JUNTA DEL FIDEICOMISO y siempre y cuando en los respectivos contratos de PROMESA DE COMPRA VENTA se haga constar tal particular y el correspondiente PROMITENTE COMPRADOR declare conocer y aceptar tal situación.

**7.14.** Celebrar todos los actos y contratos necesarios para el fiel cumplimiento del objeto e instrucciones del presente FIDEICOMISO, de tal manera que no sea una falta de instrucción expresa que de alguna manera impida, dificulte o retrase su cumplimiento.

**CLÁUSULA OCTAVA.- PUNTO DE EQUILIBRIO:** Para efectos del presente contrato, se entiende por PUNTO DE EQUILIBRIO al conjunto de condiciones técnicas, legales y financieras que cumplidas, facultan al FIDEICOMISO dar inicio a la ejecución del PROYECTO.

Para que la FIDUCIARIA pueda certificar que SI se ha alcanzado el PUNTO DE EQUILIBRIO, deberán haberse cumplido las condiciones técnicas, legales y financieras, tal como se las define a continuación:

**8.1. Punto de Equilibrio Técnico:** Se entenderá cumplido cuando:

- (i) La JUNTA DEL FIDEICOMISO haya aprobado y entregado a la FIDUCIARIA el presupuesto, cronograma y flujo de caja del PROYECTO;
- (ii) Se hayan elaborado los planos, diagramas, estudios, diseños, cálculos, memorias, etc., necesarios para el inicio del PROYECTO y que los mismos hayan sido entregados en copias a la FIDUCIARIA; y,
- (iii) Se haya obtenido por parte de los CONSTITUYENTES, los permisos y licencias necesarias para iniciar la ejecución del PROYECTO.

**8.2. Punto de Equilibrio Legal:** Se lo entenderá cumplido cuando:

- (i) Se haya inscrito en el registro de la propiedad la escritura pública por la que se venda el INMUEBLE a favor del FIDEICOMISO;
- (ii) En el caso de que sea requerido por las normas legales o reglamentarias pertinentes, se haya inscrito el FIDEICOMISO en el Registro de Mercado de Valores; y,
- (iii) El INMUEBLE se encuentre sin gravámenes y/o prohibiciones de enajenar, salvo que se haya constituido un gravamen para la obtención de un crédito que permita la obtención del punto de equilibrio financiero.

**8.3. Punto de Equilibrio Financiero:** Son los recursos monetarios necesarios para iniciar la construcción y terminación del PROYECTO. Los recursos necesarios para alcanzar el PUNTO DE EQUILIBRIO Económico podrán provenir de cuatro fuentes, en este orden: a) Los aportes de los CONSTITUYENTES; b) Las pre-ventas y ventas de casas del PROYECTO; c) CRÉDITOS para el PROYECTO; y, d) Los demás bienes, recursos y dineros que se integren por el cumplimiento de las instrucciones contenidas en este contrato.

Se lo entenderá cumplido cuando al FIDEICOMISO cuente con recursos aportados y/o una proyección de ingresos que permitan cubrir los costos directos totales y los costos indirectos que no correspondan a los CONSTITUYENTES del PROYECTO.

Se considerará que SI se ha alcanzado el PUNTO DE EQUILIBRIO, cuando se hayan cumplido las condiciones técnicas, legales y financieras antes señaladas, dentro del plazo máximo de SEIS meses contados a partir de la fecha de suscripción de este contrato. Este plazo, por decisión de la JUNTA DEL FIDEICOMISO, podrá ser prorrogado por un plazo adicional hasta de TRES meses, por una sola vez.

De no haberse cumplido las condiciones técnicas, legales y financieras referidas, transcurrido dicho plazo y su prórroga si ésta ha sido aprobada por la JUNTA DEL FIDEICOMISO, se entenderá que NO se ha alcanzado el PUNTO DE EQUILIBRIO, con las consecuencias antes señaladas. La responsabilidad de cumplir con los requisitos para la obtención del PUNTO DE EQUILIBRIO es de los CONSTITUYENTES, de manera que en caso de no cumplirse no podrán exigir a la FIDUCIARIA ningún tipo de responsabilidad o indemnización.

**CLÁUSULA NOVENA: RESPONSABILIDAD DE LA FIDUCIARIA:** Las obligaciones que asume la FIDUCIARIA por el presente contrato son de medio y no de resultado, por ende, la FIDUCIARIA no garantiza con su actuación que los resultados y finalidades pretendidas por los CONSTITUYENTES efectivamente se cumplan.

La FIDUCIARIA responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión. Es su responsabilidad actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones fiduciarias. Por ende no es responsabilidad de la FIDUCIARIA:

**9.1.** Que por falta de provisión de recursos por parte de los CONSTITUYENTES, o en última instancia de los PROMITENTES COMPRADORES, de haberlos, el FIDEICOMISO no tenga los suficientes recursos para la conclusión del PROYECTO y, por ende, que éste quede inconcluso;

**9.2.** Que el PROYECTO sufra de fallas o defectos de diseño o construcción;

**9.3.** Que el GERENTE DE PROYECTO y los demás profesionales contratados para el desarrollo del PROYECTO, incumplan las obligaciones asumidas en los contratos que celebraron, sin perjuicio de que la FIDUCIARIA ejerza las acciones legales que correspondan en caso de incumplimiento;

**9.4.** Que no se obtengan las aprobaciones municipales u otras necesarias para el desarrollo del PROYECTO y para la transferencia de dominio de los bienes determinados e individualizados del PROYECTO a favor de los PROMITENTES COMPRADORES, o que las mismas sean revocadas, anuladas o dejadas sin efecto por cualquier razón o circunstancia;

**9.5.** Que los CONSTITUYENTES o los PROMITENTES COMPRADORES no cumplan con las obligaciones que asumirán a la firma de los contratos que los vincularon al FIDEICOMISO. De no cumplir los PROMITENTES COMPRADORES con tales obligaciones se les aplicará las sanciones establecidas en dichos contratos;

**9.6.** Que se produzcan daños o perjuicios para los CONSTITUYENTES o los PROMITENTES COMPRADORES o terceros, por el cumplimiento oportuno y cabal de las instrucciones del presente FIDEICOMISO o de las impartidas por la JUNTA DEL FIDEICOMISO, siempre y cuando dichos daños y perjuicios no hayan sido causados por culpa, negligencia o dolo de la FIDUCIARIA;

**9.7.** Que los CONSTITUYENTES no obtener los requisitos para cumplir el PUNTO DE EQUILIBRIO y que por ende el PROYECTO no se desarrolle;

**9.8.** Que por falta de recursos no se paguen los impuestos del FIDEICOMISO o los que graven a los activos del FIDEICOMISO, o tasas por servicios públicos o cuotas de condominio y que por dicha razón éstos sean objeto de embargo y remate. En este caso la FIDUCIARIA deberá notificar oportunamente a los CONSTITUYENTES, siempre y cuando la FIDUCIARIA hubiera sido legalmente notificada con tales medidas;

**9.9.** Que no se llegue a perfeccionar la venta y transferencia del INMUEBLE al FIDEICOMISO, por cualquier razón o circunstancia; y,

**9.10.** En los demás casos en los que la FIDUCIARIA no tiene ninguna injerencia, participación ni control, por no ser parte de las obligaciones que asume por el presente contrato.

**CLÁUSULA DÉCIMA: DERECHOS DE LOS PROMITENTES COMPRADORES.-** Constituyen derechos de los PROMITENTES COMPRADORES, los siguientes:

**10.1.** De haberse obtenido e inscrito en los registros públicos correspondientes todas las autorizaciones oficiales que permitan la transferencia de dominio de bienes determinados e individualizados del PROYECTO, a que el FIDEICOMISO celebre con ellos la escritura de venta de los correspondientes bienes prometidos en venta, siempre y cuando los PROMITENTES COMPRADORES hayan cumplido la totalidad de las obligaciones que contrajeron a la firma de los respectivos contratos de PROMESA DE COMPRAVENTA.

**10.2.** De haberse obtenido e inscrito en los registros públicos correspondientes todas las autorizaciones oficiales que permitan la transferencia de dominio de bienes determinados e individualizados del PROYECTO y haberse concluido la construcción del PROYECTO, a que se les haga la entrega recepción de los bienes que encargaron construir en los inmuebles que se les prometió en venta, siempre y cuando los PROMITENTES COMPRADORES hayan cumplido la totalidad de las obligaciones que contrajeron a la firma de los contratos de PROMESA DE COMPRAVENTA y hayan suscrito la correspondiente escritura de compraventa sobre los mismos.

**10.3.** Los demás derechos establecidos en el presente FIDEICOMISO y en los contratos de PROMESA DE COMPRAVENTA. Se deja constancia que no obstante incluirse en el presente contrato los derechos de los PROMITENTES COMPRADORES, éstos bajo ningún concepto o circunstancia podrán ser

considerados como CONSTITUYENTES y/o BENEFICIARIOS del FIDEICOMISO.

**CLAUSULA UNDECIMA: OBLIGACIONES DE LOS PROMITENTES COMPRADORES.-** Son obligaciones de los PROMITENTES COMPRADORES, las siguientes:

**11.1.** Pagar y entregar al FIDEICOMISO el monto de dinero que se obligaron a cancelar en los contratos de PROMESA DE COMPRAVENTA.

**11.2.** Las demás establecidas en los contratos de PROMESA DE COMPRAVENTA, y en el presente FIDEICOMISO. Se deja constancia que no obstante incluirse en el presente contrato las obligaciones de los PROMITENTES COMPRADORES, éstos bajo ningún concepto o circunstancia podrán ser considerados como CONSTITUYENTES y/o BENEFICIARIOS del FIDEICOMISO.

**CLÁUSULA DUODÉCIMA: DERECHOS DE LOS CONSTITUYENTES.-** Constituyen derechos de los CONSTITUYENTES, los siguientes:

**12.1.** Conocer mensualmente los estados financieros del FIDEICOMISO y demás informes del PROYECTO.

**12.2.** Ejercer cualquier acción de responsabilidad en contra de la FIDUCIARIA y/o sus personeros hasta por culpa leve en el ejercicio de su función.

**12.3.** Recibir de la FIDUCIARIA la rendición de cuentas del FIDEICOMISO trimestralmente.

**12.4.** Los demás derechos establecidos en la Ley y en el presente FIDEICOMISO.

**CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA: OBLIGACIONES DE LOS CONSTITUYENTES.-** Son obligaciones de los CONSTITUYENTES, las siguientes:

**13.1.** Proteger al FIDEICOMISO, a la FIDUCIARIA o sus representantes contra toda demanda o acción que se intente contra éstos, con ocasión o como consecuencia de la administración fiduciaria de este FIDEICOMISO. En consecuencia, serán de cuenta y cargo del FIDEICOMISO o de los CONSTITUYENTES, según corresponda por lo determinado en este contrato, de no existir los recursos líquidos suficientes en el patrimonio autónomo del mismo, los gastos judiciales, extrajudiciales y los honorarios de los abogados inclusive, que sean necesarios para la defensa del FIDEICOMISO, de la FIDUCIARIA o sus representantes, así como el reembolso de todos los valores que deba erogar por concepto de indemnizaciones a las que hayan sido condenados.

**13.2.** Notificar a la FIDUCIARIA, en forma inmediata, sobre cualquier hecho que produzca cambios o variaciones en las circunstancias o informaciones trascendentales que rodean al objeto del FIDEICOMISO.

**13.3.** Velar porque el PROYECTO cumpla con todos los requisitos y condiciones necesarias para su terminación, tal cual fue diseñado.

**13.4.** En caso de que faltaren recursos para el desarrollo y terminación del PROYECTO, para el pago de impuestos y tasas que graven los activos del FIDEICOMISO, cuotas de condominio y en general para todas las finalidades vinculadas al objeto del FIDEICOMISO y sus activos, corresponderá a los CONSTITUYENTES proveer de los recursos necesarios para tales fines.

**13.5.** Corresponde adicionalmente a los CONSTITUYENTES obtener todas las autorizaciones necesarias para el desarrollo del PROYECTO previo al PUNTO DE EQUILIBRIO.

**13.6.** Aportar al FIDEICOMISO o asumir, el monto de recursos que sean necesarios para cubrir los gastos pre operativos previo a la certificación del PUNTO DE EQUILIBRIO. Adicionalmente y en caso de que faltaren recursos para el desarrollo y terminación del PROYECTO, para el pago de impuestos y tasas que graven al FIDEICOMISO o a los activos del FIDEICOMISO, cuotas de condominio y en general para todas las finalidades vinculadas al objeto del FIDEICOMISO y sus activos, corresponderá a los CONSTITUYENTES, proveer de los necesarios recursos para tales fines, a través de aportes al FIDEICOMISO. En caso de no proveerse de estos recursos, la FIDUCIARIA no se hallará obligada a realizar gestión alguna y no será responsable de los daños o perjuicios que lleguen a causarse por tal motivo.

**13.7.** Las demás obligaciones establecidas en el presente FIDEICOMISO.

**CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA: OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA:** Son obligaciones de la FIDUCIARIA las siguientes:

**14.1.** Invertir, mientras el flujo de caja lo permita, los recursos del FIDEICOMISO en las instituciones y productos financieros señalados por la JUNTA DEL FIDEICOMISO.

**14.2.** Administrar los bienes transferidos al FIDEICOMISO en la forma y términos establecidos en el presente contrato.

**14.3.** Mantener los bienes del FIDEICOMISO separados de los demás bienes de la FIDUCIARIA y de los de otros fideicomisos que administre.

**14.4.** Rendir cuentas a los CONSTITUYENTES, con periodicidad trimestral, en los términos constantes en la Ley de Mercado de Valores y sus Reglamentos y más normas vigentes; así como remitir mensualmente a los CONSTITUYENTES los estados financieros del FIDEICOMISO.

**14.5.** Registrar las cesiones que los PROMITENTES COMPRADORES hayan hecho a favor de terceros, de sus derechos y obligaciones surgidas de la PROMESA DE COMPRAVENTA. Las cesiones sobre los contratos de PROMESA DE COMPRAVENTA serán aceptadas y registradas por la FIDUCIARIA si cuenta con la autorización previa del GERENTE DE PROYECTO o de quien éste designe, caso contrario no será oponible para el FIDEICOMISO o la FIDUCIARIA.

**14.6.** En caso de que sea requerido por las normas legales o reglamentarias pertinentes, inscribir el presente FIDEICOMISO en el Registro de Mercado de Valores.

**14.7.** Ejecutar todas las medidas conducentes a proteger al FIDEICOMISO y sus bienes.

**14.8.** Mantener los archivos en custodia de toda la documentación relacionada con su gestión, a disposición de los CONSTITUYENTES y BENEFICIARIOS.

**14.9.** Llevar la contabilidad del PROYECTO en base a las normas contables de general aceptación y cumplir con todas y cada una de las obligaciones tributarias formales y materiales. Sin perjuicio de lo antes indicado, se deja expresa constancia de que los CONSTITUYENTES y BENEFICIARIOS no asumirán ningún gasto que se derive por incumplimiento de los deberes formales del FIDEICOMISO, en la presentación y declaración oportuna de los tributos a los cuales por Ley está obligado el FIDEICOMISO, salvo aquellos gastos no deducibles que hubieren sido previamente autorizados por escrito de la JUNTA DEL FIDEICOMISO o que tales gastos hayan sido autorizados por el GERENTE DE PROYECTO. La FIDUCIARIA no tendrá responsabilidad por las multas o sanciones por incumplimiento que le fueren impuestas, cuando las mismas fueren originadas por la falta de recursos suficientes en las cuentas del FIDEICOMISO y los CONSTITUYENTES no los hubieren proveído oportunamente.

**14.10.** Cumplir con todas las obligaciones tributarias formales y materiales del FIDEICOMISO en su calidad de sujeto pasivo de impuestos.

**14.11.** Las demás establecidas por la Ley o este contrato.

**CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA.- DERECHOS DE LA FIDUCIARIA.-** Son derechos de la FIDUCIARIA a más de los establecidos en la Ley de Mercado de Valores y en los reglamentos pertinentes:

**15.1.** Percibir los honorarios señalados el presente contrato, quedando facultada a debitar el monto de los recursos del patrimonio del FIDEICOMISO, las sumas necesarias para el pago de sus honorarios.

**15.2.** Vetar las decisiones que tome la JUNTA DEL FIDEICOMISO que vayan en contra del objeto del presente contrato de FIDEICOMISO o cuando perjudiquen los intereses de los BENEFICIARIOS, los CONSTITUYENTES o los PROMITENTES COMPRADORES o terceros.

**15.3.** Tener acceso a cualquier documento, plano, contabilidad, informe, acta, plan, libro de obra, etc., vinculado al PROYECTO.

**15.4.** Realizar cualquier acto y celebrar cualquier contrato necesario para el cumplimiento del objeto del FIDEICOMISO y de sus instrucciones fiduciarias y para defender el FIDEICOMISO de cualquier acto que pueda causar daño al PROYECTO o al propio FIDEICOMISO. La FIDUCIARIA, estará autorizada a vender los activos del FIDEICOMISO no comprometidos a favor de PROMITENTES COMPRADORES cuando faltaren en el FIDEICOMISO recursos para pagar los gastos o pasivos del FIDEICOMISO, incluido tributos, para pagar los honorarios de la FIDUCIARIA y para terminar la construcción del PROYECTO, si una vez cumplido el PUNTO DE EQUILIBRIO, los CONSTITUYENTES incumpliendo su obligación, no aportaren los recursos suficientes para tales fines.

**15.5.** Solicitar a la JUNTA DEL FIDEICOMISO la decisión sobre temas que ponga en su consideración.

**15.6.** Los demás establecidos en la Ley y en el presente contrato.

**CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA.- JUNTA DEL FIDEICOMISO.-** Para el correcto desarrollo del presente contrato, las partes acuerdan constituir un órgano colegiado que se lo denominará JUNTA DEL FIDEICOMISO que como facultades genéricas, tendrá las siguientes: el establecimiento de las políticas, programas y procedimientos para la consecución de las finalidades del FIDEICOMISO; la vigilancia de que los fines del FIDEICOMISO se cumplan; el asesoramiento a la FIDUCIARIA en los temas que ésta ponga en su consideración; y, el análisis, debate y decisión sobre los problemas que se puedan presentar en el desarrollo del negocio fiduciario.

Como facultades específicas, la JUNTA DEL FIDEICOMISO deberá:

**16.1.** Establecer las especificaciones del PROYECTO.

**16.2.** Escoger al FISCALIZADOR y demás profesionales y personal que deba contratarse para el desarrollo del PROYECTO.

**16.3.** Aprobar el presupuesto general y sus ajustes, así como el cronograma y flujo mensual de caja, y demás aspectos que digan relación con desembolsos que deban hacer el FIDEICOMISO para el desarrollo del PROYECTO.

**16.4.** Resolver sobre los productos de inversión e instituciones en los que se invertirán los recursos del FIDEICOMISO, así como las instituciones financieras en las cuentas corrientes o de ahorros en que se administrarán los recursos del FIDEICOMISO.

**16.5.** Aprobar a las personas que podrán ser consideradas como CONSTITUYENTES ADHERENTES, los términos y condiciones del CONVENIO DE ADHESIÓN y de los contratos que el FIDEICOMISO vaya a celebrar con el GERENTE DE PROYECTO, FISCALIZADOR, CONSTRUCTOR, PLANIFICADOR ARQUITECTÓNICO, DIRECTOR ARQUITECTÓNICO y demás profesionales y personal que se vaya a contratar para el desarrollo del PROYECTO.

**16.6.** Tomar las decisiones técnicas, económicas, financieras y fijar las políticas generales, necesarias para el desarrollo y la culminación del PROYECTO y las demás decisiones encaminadas a la obtención de las autorizaciones municipales y otras que sean necesarias para su desarrollo y conclusión.

**16.7.** Revisar que el PROYECTO esté cumpliendo todas las especificaciones técnicas contratadas para lo cual requerirá la presentación de un informe mensual por parte del GERENTE DE PROYECTO y FISCALIZADOR para su conocimiento y aprobación.

**16.8.** Fijar el precio mínimo de venta de los bienes individualizados y determinados del PROYECTO que constarán en los contratos de PROMESA DE COMPRAVENTA.

**16.9.** De requerirse, legal o reglamentariamente, la contratación de auditoría externa para este FIDEICOMISO, escoger a la auditora externa que realizará dichas labores.

**16.10.** Nombrar la fiduciaria sustituta, en caso de ser necesario.

**16.11.** Autorizar la contratación de préstamos o créditos por parte del FIDEICOMISO a fin de que el producto de los mismos sea destinado al cumplimiento del objeto del FIDEICOMISO o desarrollo del PROYECTO, así como determinar los CONSTITUYENTES que deberán garantizar personal y

solidariamente los mismos; y, de ser necesario el gravamen de los bienes del FIDEICOMISO en garantía de tales préstamos o créditos.

**16.12.** Las demás establecidas en el presente FIDEICOMISO.

La JUNTA DEL FIDEICOMISO válidamente convocada es el organismo máximo de gobierno del FIDEICOMISO, estará conformado por dos miembros principales, designados por cada uno de los CONSTITUYENTES INICIALES, cada miembro tiene la facultad de nombrar representante, puede decidir ejercer dicha representación por sí mismo o nominar a un tercero que lo represente, gozando de potestad plena para designarlo, cesarlo o sustituirlo libremente; y, desde luego, para nominar a su propio suplente y al alterno del tercero. Cada vocal tendrá derecho a voz y a un voto. Participará también la FIDUCIARIA con voz pero sin voto.

El delegado de la FIDUCIARIA tendrá derecho a vetar las decisiones de la JUNTA DEL FIDEICOMISO cuando estas vayan en contra el objeto del presente FIDEICOMISO o cuando perjudiquen los intereses de los PROMITENTES COMPRADORES.

La JUNTA DEL FIDEICOMISO será presidida, en forma permanente, por uno de vocales designados en la primera reunión. En caso de ausencia del Presidente le reemplazará en la sesión la persona que designe la JUNTA DEL FIDEICOMISO. El delegado de la FIDUCIARIA será el Secretario de la JUNTA DEL FIDEICOMISO.

La JUNTA DEL FIDEICOMISO se reunirá ordinariamente una vez cada tres meses, pudiendo reunirse con mayor periodicidad si la propia JUNTA DEL FIDEICOMISO así lo establece. No obstante no será obligatorio para al FIDUCIARIA la convocatoria o realización de reuniones de JUNTA DEL FIDEICOMISO, en caso de mora en el pago de sus honorarios o que se haya cumplido alguna de las causales de terminación del FIDEICOMISO. Para las

reuniones periódicas será necesaria convocatoria previa realizada por parte de la FIDUCIARIA con por lo menos tres días hábiles de anticipación, fijando el día, la hora, el lugar y los puntos tratar en la reunión. Las reuniones no periódicas serán convocadas por la FIDUCIARIA, por iniciativa propia y/o a pedido de cualquiera de los miembros de la JUNTA DEL FIDEICOMISO, mediante comunicación escrita dirigida a cada uno de sus miembros, con al menos tres días hábiles de anticipación, a la fecha señalada en la convocatoria, indicando además la agenda a tratarse, la fecha, el día, la hora y el lugar dónde se realizará. Podrá reunirse también la JUNTA DEL FIDEICOMISO, sin convocatoria previa, si están presentes todos los miembros con derecho a voto y el delegado de la FIDUCIARIA. Para que la JUNTA DEL FIDEICOMISO pueda reunirse y decidir válidamente, será necesaria la concurrencia de totalidad de sus miembros con derecho a voto o sus respectivos suplentes y el representante de la FIDUCIARIA. Las resoluciones de la JUNTA DEL FIDEICOMISO se tomarán por consenso unánime de votos de los vocales concurrentes a la reunión. Sin embargo, en caso de llegarse a un acuerdo sobre algún punto necesario para la continuación del PROYECTO INMOBILIARIO, cualquiera de los miembros de la JUNTA DEL FIDEICOMISO podrá requerir que la FIDUCIARIA notifique al Colegio de profesionales en la materia controvertida, a efectos de que requiera que éste designe a un perito o técnico que emita un informe sobre el punto controvertido, sirviendo dicha opinión de dirimente y obligatoria para las partes y la JUNTA DEL FIDEICOMISO.

Los temas tratados en las sesiones de la JUNTA DE FIDEICOMISO, así como las consideraciones efectuadas y las resoluciones adoptadas, deberán ser recogidas en actas por parte del Secretario de la misma, actas que deberán ser suscritas por el Secretario y el Presidente. Estas actas servirán de prueba plena de las deliberaciones realizadas y de las decisiones tomadas. Las instrucciones que la JUNTA DEL FIDEICOMISO emita a la FIDUCIARIA constarán en el acta respectiva, sin embargo las mismas se cumplirán desde que la JUNTA DE FIDEICOMISO las aprobó, para lo cual servirá de prueba

plena las grabaciones de las respectivas sesiones que realice la FIDUCIARIA de considerarlo conveniente o necesario. Cuando la FIDUCIARIA actué ajustándose a las instrucciones o acuerdos tomados por la JUNTA DEL FIDEICOMISO, quedará libre de toda responsabilidad.

La sede de la Junta será la ciudad de Quito y las sesiones a falta de indicación en contrario, se realizarán en las oficinas de la FIDUCIARIA.

**CLÁUSULA DÉCIMO SÉPTIMA: DESEMBOLSOS A CARGO DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO.-** Con los recursos que integran el patrimonio autónomo, la FIDUCIARIA efectuará los siguientes desembolsos, con la prelación que a continuación se indica:

**17.1.** Los necesarios para el pago de tributos y demás gravámenes en que incurra con ocasión de la constitución, desarrollo del objeto y liquidación del FIDEICOMISO.

**17.2.** Los honorarios de la FIDUCIARIA.

**17.3.** Los honorarios y gastos en que haya de incurrirse para la defensa judicial o extrajudicial del FIDEICOMISO o la FIDUCIARIA, cuando las circunstancias así lo exijan.

**17.4.** Los necesarios para cubrir los costos directos e indirectos del PROYECTO y demás que se relacionen con el cumplimiento de las instrucciones fiduciarias.

**17.5.** El reembolso de los gastos preliminares efectuados por los CONSTITUYENTES, antes de cumplirse el PUNTO DE EQUILIBRIO u otros que sean asumidos directamente con posterioridad al cumplimiento de dicha condición.

Los pagos de que trata la presente cláusula sólo los hará la FIDUCIARIA hasta el monto de los recursos que disponga el patrimonio autónomo. De no existir recursos en el patrimonio autónomo, serán los CONSTITUYENTES quienes deberán proveerlos, sin que la FIDUCIARIA esté obligada a proveer cantidad de dinero alguna de sus propios recursos. Se exceptúa de esta disposición los gastos preliminares del PROYECTO, que antes de cumplir el PUNTO DE EQUILIBRIO, tendrán que ser asumidos por los CONSTITUYENTES, a su cuenta y riesgo. En caso que la FIDUCIARIA con su patrimonio tenga que incurrir en pago de obligaciones de cualquier índole del FIDEICOMISO o de sus CONSTITUYENTES y/o BENEFICIARIOS, especialmente tributarias, tendrá derecho de repetición contra éstos. En el evento de que no se proporcionare a la FIDUCIARIA los recursos suficientes para el desarrollo y ejecución de este FIDEICOMISO, ésta no se hallará obligada a realizar gestión alguna, hallándose expresamente exonerada de cualquier responsabilidad en tal sentido.

**CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: ASPECTOS TRIBUTARIOS.-** De conformidad a lo dispuesto en el Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, las partes de manera expresa y voluntaria acuerdan que en el evento de que el FIDEICOMISO genere beneficios o rendimientos y éstos sean distribuidos en favor de los BENEFICIARIOS será responsabilidad de estos liquidar y pagar el impuesto a la renta, eximiendo expresamente a la FIDUCIARIA y al FIDEICOMISO de dicha responsabilidad. La FIDUCIARIA presentará la declaración informativa del impuesto a la renta sin establecer el impuesto causado, con la periodicidad establecida en las disposiciones tributarias pertinentes y vigentes.

En relación a los impuestos de patente y uno punto cinco por mil, en caso de generarse, el presente FIDEICOMISO, declarará y pagará dichos impuestos.

**CLÁUSULA DÉCIMO NOVENA: DURACIÓN.-** El presente contrato tendrá la duración que se requiera para el cumplimiento del objeto del FIDEICOMISO, sin que pueda exceder del plazo máximo señalado por la ley.

**CLÁUSULA VIGÉSIMA: CAUSALES DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO.-**

La FIDUCIARIA podrá declarar agotado el objeto del FIDEICOMISO, cuando se haya producido cualquiera de las siguientes causales, a fin de proceder inmediatamente con las tareas de liquidación del FIDEICOMISO:

**20.1.** Por haberse cumplido con las instrucciones fiduciarias de este contrato.

**20.2.** Por no haberse cumplido el PUNTO DE EQUILIBRIO dentro del plazo establecido en el presente instrumento.

**20.3.** Por causas de caso fortuito o fuerza mayor que impidan el cumplimiento de las instrucciones fiduciarias.

**20.4.** Por incumplimiento de los CONSTITUYENTES, de dotar al patrimonio autónomo de los recursos necesarios para el cumplimiento del objeto del presente contrato y que ello impida el cumplimiento de las instrucciones fiduciarias.

**20.5.** Por sentencia ejecutoriada o laudo arbitral que ordenen la terminación del FIDEICOMISO por cualquier razón o circunstancia.

**20.6.** Por mutuo acuerdo entre la FIDUCIARIA y la totalidad de CONSTITUYENTES.

**20.7.** Por las demás causales previstas por la ley y que no se opongan a la naturaleza del Fideicomiso Mercantil.

**CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA: CAUSALES DE SUSTITUCION DE LA FIDUCIARIA.-** Son causales de sustitución de la FIDUCIARIA son:

**21.1.** Por incumplimiento de sus obligaciones como fiduciaria, incumplimiento que deberá ser declarado en el correspondiente laudo arbitral, conforme a lo dispuesto en este contrato.

**21.2.** La disolución de la FIDUCIARIA.

**21.3.** Por mutuo acuerdo entre la FIDUCIARIA y la totalidad de CONSTITUYENTES.

**21.4.** Las demás establecidas por la Ley de Mercado de Valores y reglamentos pertinentes.

Producida una o más de las causales de sustitución fiduciaria, la JUNTA DEL FIDEICOMISO designará la fiduciaria sustituta, la que asumirá, desde que se firme la escritura de sustitución, la representación legal del FIDEICOMISO, debiendo entregar la FIDUCIARIA a la que la sustituya, todos los bienes que conforman el patrimonio autónomo, así como la contabilidad del FIDEICOMISO con todos su respaldos, el libro de registro de transferencia de derechos fiduciarios y todos los demás documentos relacionados con el PROYECTO y el FIDEICOMISO.

**CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA: RENUNCIA:** La FIDUCIARIA podrá renunciar a su gestión cuando:

**22.1.** Los CONSTITUYENTES no transfieran al patrimonio autónomo los recursos necesarios para la ejecución y terminación del PROYECTO.

**22.2.** Los CONSTITUYENTES no permitan a los delegados de la FIDUCIARIA, el acceso a los libros, documentos y contabilidad del PROYECTO, o impidan el acceso al PROYECTO.

**22.3.** Los CONSTITUYENTES impidan de cualquier manera que la FIDUCIARIA cumpla con el objeto del FIDEICOMISO o con sus instrucciones fiduciarias.

**22.4.** Por mutuo acuerdo entre la FIDUCIARIA y la totalidad de CONSTITUYENTES.

**22.5.** La falta de pago de dos o más meses de los honorarios de la FIDUCIARIA, lo cual únicamente podrá ser alegado por ella.

**22.6.** Las demás establecidas en la Ley o reglamentos pertinentes. En caso de renuncia de la FIDUCIARIA se estará a lo dispuesto en la Ley de Mercado de Valores y sus Reglamentos.

**CLÁUSULA VIGÉSIMA TERCERA: PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DEL FIDEICOMISO.** En los casos de terminación del contrato por cumplimiento del objeto o por cualquier otra causa legal o contractual, para la liquidación del FIDEICOMISO se observarán las siguientes reglas:

**23.1.** Todas las obligaciones a cargo del FIDEICOMISO, pendientes de pago y que no pueden cancelarse con los recursos del mismo, así como los créditos y las deudas existentes a esa fecha, de pleno derecho, serán asumidas y pagadas por los CONSTITUYENTES. La FIDUCIARIA tendrá acción de repetición contra el FIDEICOMISO y contra los CONSTITUYENTES y BENEFICIARIOS, para el reembolso de las sumas que llegare a pagar con sus propios recursos por gastos e impuestos que deban ser pagados por el FIDEICOMISO. Se excluye el caso de los gastos preliminares del PROYECTO, los cuales, a falta de recursos en el FIDEICOMISO, deberán ser asumidos y pagados por los CONSTITUYENTES.

**23.2.** La FIDUCIARIA rendirá informe y cuentas de su gestión a los BENEFICIARIOS informándoles sobre el estado de situación del patrimonio autónomo, mediante una comunicación enviada a la dirección que ellos tengan registrada en los libros de la FIDUCIARIA. Dicha comunicación será enviada dentro de un término de diez días hábiles contados a partir de haberse producido la causal de terminación del FIDEICOMISO. Dichos informes y cuentas se entenderán aprobados si no son objetados dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al de la recepción de las mismas, con sus respectivos soportes, por parte de los BENEFICIARIOS.

**23.3.** Transcurrido el plazo señalado en el numeral anterior y de no existir observaciones o salvedades a la rendición final de cuentas por parte de los BENEFICIARIOS, la FIDUCIARIA levantará un Acta de Liquidación, la cual se tendrá, para todos los efectos legales, como la liquidación definitiva y total del FIDEICOMISO. Dicha Acta de Liquidación tendrá únicamente la firma de un apoderado o funcionario de la FIDUCIARIA, y constituirá el instrumento a través del cual se dé por terminado y liquidado el presente FIDEICOMISO.

**23.4.** Si los CONSTITUYENTES no estuvieren de acuerdo con las cuentas presentadas, la FIDUCIARIA deberá hacer constar en el Acta de Liquidación todas las observaciones o salvedades que hubieren sido presentadas dentro del plazo mencionado en la presente cláusula, lo que no impedirá que la terminación y liquidación del FIDEICOMISO se efectúe. Las partes autorizan e instruyen expresamente a la FIDUCIARIA para que por sí sola realice todos los trámites necesarios y suscriba los documentos pertinentes a fin de perfeccionar las restituciones, la terminación y la liquidación del presente FIDEICOMISO, así como para asumir, a nombre y en representación de los CONSTITUYENTES y/o BENEFICIARIOS, los activos, pasivos y/o contingentes que les corresponda, pudiendo solicitar la inscripción o marginación en los registros públicos que corresponda. Para el efecto, esta cláusula deberá interpretarse como poder especial e instrucción irrevocable conferidas a la FIDUCIARIA, para actuar a nombre de los CONSTITUYENTES y/o de los BENEFICIARIOS en caso que éstos no comparecieren a ejercer sus derechos o cumplir sus obligaciones una vez transcurrido un plazo de quince días calendario desde que hayan sido requeridos para el efecto. Se deja expresa constancia de que en caso de que la FIDUCIARIA no pueda entregar la rendición final de cuentas prevista en esta cláusula o restituir el remanente del FIDEICOMISO a quien corresponda, podrá proceder a consignar judicialmente los mismos ante cualquier autoridad competente en el país, aclarándose que desde dicha fecha comenzará a correr el plazo previsto en esta cláusula para remitir observaciones a la rendición final de cuentas.

**CLÁUSULA VIGÉSIMO CUARTA: HONORARIOS DE LA FIDUCIARIA.**-Como honorarios por los servicios prestados por la FIDUCIARIA, tendrá derecho a lo siguiente:

**24.1. Por estructuración:** (determinar valor en letras) Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ determinar valor en números).

**24.2. Por administración:**(i) Antes del PUNTO DE EQUILIBRIO o Tenencia: (determinar valor en letras) Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ determinar valor en números), mensuales, hasta alcanzar el PUNTO DE EQUILIBRIO o inicio de la construcción. (ii) Una vez cumplido el PUNTO DE EQUILIBRIO o inicio de la construcción: (determinar valor en letras) Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ determinar valor en números), hasta la terminación de la construcción, la misma que se manejará por Precio Fijo. (iii) Una vez concluida la construcción: (determinar valor en letras) Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ determinar valor en números) hasta la liquidación del fideicomiso.

**24.3. Costos por reservas, promesas de compraventa y escrituración de compraventas:** Se cobrará un honorario de (determinar valor en letras) Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ determinar valor en números) por revisión y suscripción de las Reservas, para lo cual, la FIDUCIARIA proporcionará el formato, el cual lo pueden elaborar y firmar el Comercializador. Se cobrará un honorario de (determinar valor en letras) Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ determinar valor en números), por la elaboración de cada escritura de promesa de compraventa y cierre en la Notaria, en el caso que la FIDUCIARIA elabore dichas promesas y por revisión y suscripción de (determinar valor en letras) Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ determinar valor en números). Se cobrará un honorario de (determinar valor en letras) Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ determinar valor en números), por la elaboración, suscripción, cierre e inscripción de cada escritura de compraventa, en el caso que la FIDUCIARIA elabore dichas escrituras y por

revisión y suscripción (determinar valor en letras) Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ determinar valor en números). Estos costos no incluyen el Costo de la Notaria.

**24.4. Costos por Cesión, Adhesión, Aportes Adicionales y Restituciones:** (determinar valor en letras) Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ determinar valor en números) por cada contrato.

**24.5. Reformas al contrato de constitución:** (determinar valor en letras) Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ determinar valor en números).

**24.6. Elaboración y suscripción de contratos que respalden la actividad de administración del FIDEICOMISO:** (determinar valor en letras) Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ determinar valor en números) por cada una, y si sólo es revisión y suscripción, (determinar valor en letras) Dólares de los Estados Unidos de América (USD determinar valor en números), y en el caso de reforma de contratos privados (determinar valor en letras) Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ determinar valor en números).

**24.7. Costos por Atención de Requerimientos Adicionales:** (determinar valor en letras) Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ determinar valor en números) por hora o fracción, cuando se requiera la intervención del equipo fiduciario en actividades adicionales a las establecidas en la Administración normal y cotizadas en esta propuesta.

**24.8. Por liquidación:** (determinar valor en letras) Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ determinar valor en números), que serán pagados por una sola vez a la suscripción de la escritura de terminación y liquidación del Fideicomiso.

**24.9. Por sustitución:** (determinar valor en letras) Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ determinar valor en números), que serán pagados por una sola vez a la suscripción de la escritura de sustitución del FIDEICOMISO.

Los valores antes referidos no incluyen los impuestos que existan o puedan existir, así como otros costos o gastos que deban incurrirse en la celebración, administración, ejecución y liquidación del presente FIDEICOMISO. En consecuencia, en el caso específico del Impuesto al Valor Agregado (IVA), éste se lo incluirá en el momento de la facturación, conforme los porcentajes o cantidades que establezca la Ley. La FIDUCIARIA queda expresamente facultada para debitar de las cuentas o recursos del FIDEICOMISO, las sumas necesarias para cancelar los honorarios estipulados en la presente cláusula, de existir las mismas, caso en el cual dichos pagos se entenderán como gastos a cargo del FIDEICOMISO. En caso de no haber los recursos suficientes, será obligación de los CONSTITUYENTES cancelar estos honorarios.

**CLÁUSULA VIGÉSIMO QUINTA: GASTOS A CARGO DE LOS CONSTITUYENTES O DEL FIDEICOMISO.-** Son de cargo del FIDEICOMISO todos los costos, gastos, honorarios, remuneraciones y tributos de cualquier naturaleza u origen que demande: la celebración y perfeccionamiento del presente contrato; la administración fiduciaria, el mantenimiento, custodia o cuidado de los bienes fideicomitidos, y el cumplimiento del objeto e instrucciones del FIDEICOMISO constituido por este contrato, o que se originen con ocasión de éstos, sean éstos incurridos por el FIDEICOMISO o por la FIDUCIARIA, tales como, pero sin ser restrictivos, impuestos, tasas, contribuciones, servicios públicos, pólizas, avalúos, inspecciones, gastos de mantenimiento, honorarios, remuneraciones, defensa del patrimonio autónomo, auditoría externa, etc.; la celebración y perfeccionamiento de los contratos que se lleguen a suscribir con ocasión de este FIDEICOMISO; la terminación y liquidación del FIDEICOMISO y la restitución de los bienes a quien corresponda. Al efecto, la FIDUCIARIA queda autorizada para debitar de las cuentas del FIDEICOMISO las sumas necesarias para cancelar estos rubros. En caso que no existan en el FIDEICOMISO los recursos necesarios para cubrir estos gastos, será obligación de los CONSTITUYENTES, proveerlos en el plazo máximo de diez días calendario de haberse solicitado los mismos por parte de la FIDUCIARIA. En el evento de que no se proporcionare a la

FIDUCIARIA los recursos suficientes para el desarrollo y ejecución de este FIDEICOMISO, ésta no se hallará obligada a realizar gestión alguna, hallándose expresamente exonerada de cualquier responsabilidad en tal sentido. En caso que la FIDUCIARIA con su patrimonio tenga que incurrir en pago de obligaciones de cualquier índole del FIDEICOMISO, sus CONSTITUYENTES o sus BENEFICIARIOS, especialmente tributarias, tendrá derecho de repetición contra éstos. Cualquier daño y perjuicio ocasionado por los CONSTITUYENTES o BENEFICIARIOS a cualquier tercero y/o al FIDEICOMISO y/o a la FIDUCIARIA, con ocasión del dolo, negligencia, incumplimiento de obligaciones, falta de conocimiento, falta de preparación, incumplimiento de leyes o reglamentos, acciones, omisiones de los CONSTITUYENTES o BENEFICIARIOS, sus funcionarios o trabajadores, será de exclusiva responsabilidad de éstos; por lo tanto, se obligan a mantener al FIDEICOMISO y/o a la FIDUCIARIA, libres de cualquier reclamo o demanda con base en tales eventos. Esta obligación de mantener al FIDEICOMISO, a la FIDUCIARIA y a sus funcionarios o trabajadores, libres de cualquier reclamo o demanda por los referidos eventos, se traduce en la obligación de los CONSTITUYENTES o BENEFICIARIOS, de rembolsar al FIDEICOMISO y/o a la FIDUCIARIA, cualquier monto que éstos hayan sido condenados u ordenados pagar mediante acto administrativo, resolución administrativa, sentencia, laudo arbitral, o cualquier monto que éstos hayan acordado pagar, voluntariamente o en virtud de cualquier forma de coerción, para solucionar dichos reclamos o demandas. El monto que los CONSTITUYENTES o BENEFICIARIOS deberán rembolsar incluirá el valor que se condenó, ordenó o acordó pagar así como cualquier gasto, relacionado con los reclamos, demandas o acuerdos, incurrido por el FIDEICOMISO y/o la FIDUCIARIA, incluyendo honorarios de los abogados y demás profesionales contratados para el efecto, honorarios del tribunal arbitral, costas, etcétera. Para probar el monto del valor que los CONSTITUYENTES o BENEFICIARIOS deberán rembolsar bastará la afirmación de la FIDUCIARIA, adjuntando cualquier documento que evidencie la existencia de un reclamo, demanda o acuerdo así

como cualquier documento que evidencie la realización de cualquier gasto o pago sobre la base de tales reclamos, demandas o acuerdos.

**CLÁUSULA VIGÉSIMO SEXTA: NATURALEZA DEL CONTRATO Y REFORMAS.-** Los comparecientes declaran, que para todos los efectos, el presente contrato por su propia naturaleza es irrevocable, evento éste que impide que los CONSTITUYENTES propongan cambio de instrucciones o soliciten la devolución o restitución de los bienes fideicomitidos. En tal sentido, este FIDEICOMISO solo podrá ser reformado por mutuo acuerdo de los BENEFICIARIOS existentes a la fecha y la FIDUCIARIA.

**CLÁUSULA VIGÉSIMO SÉPTIMA: ENAJENACIÓN DE DERECHOS FIDUCIARIOS.-** Los derechos fiduciarios no serán ni podrán ser considerados como valores en los términos establecidos en la Ley de Mercado de Valores y, en tal virtud, únicamente pueden ser enajenados a cualquier título y mediante cesión realizada por escritura pública y que sea notificada a la FIDUCIARIA o expresamente aceptada por ésta. La FIDUCIARIA no procederá a registrar cesión alguna si no cumple con todos los requisitos estipulados en esta cláusula y cualquier otro que sea exigido por las normas legales o reglamentarias pertinentes, y en tal virtud dichas cesiones no serán oponibles a la FIDUCIARIA, al FIDEICOMISO o terceros.

**CLÁUSULA VIGÉSIMO OCTAVA: RATIFICACIÓN Y AUTORIZACIÓN.-** Las partes aceptan y ratifican en todos sus términos las estipulaciones de este contrato y autorizan a la FIDUCIARIA o a la persona designada por ésta para obtener la inscripción del presente contrato en los registros públicos correspondientes.

**CLÁUSULA VIGÉSIMO NOVENA: NULIDAD PARCIAL.-** Si una o más disposiciones de este contrato de fideicomiso mercantil se llegaren a declarar nulas o inejecutables por sentencia judicial o laudo arbitral en cualquier jurisdicción o con respecto a cualquiera de las partes, dicha nulidad o

inejecutabilidad no deberá ni podrá ser alegada por ninguna de las partes contratantes como que nulita o torna ilegal o inejecutable las demás disposiciones del contrato de fideicomiso mercantil.

**CLÁUSULA TRIGÉSIMA: LEGISLACIÓN APLICABLE.-** Este FIDEICOMISO se somete a la legislación vigente de la República del Ecuador. En todo lo que expresamente no estuviere previsto en el presente contrato, las partes se sujetarán a las disposiciones de la Ley de Mercado de Valores, sus reglamentos y demás leyes aplicables.

**CLÁUSULA TRIGÉSIMO PRIMERA: DOMICILIO CONTRACTUAL.-** Las partes convienen y estipulan como domicilio contractual, las siguientes direcciones:

**EL CONSTITUYENTE PROMOTOR.-**.....

**EL CONSTITUYENTE INVERSIONISTA.-**.....

**LA FIDUCIARIA.-**.....

Las partes se obligan a notificar por escrito a la FIDUCIARIA, en un término no mayor de CINCO (5) días hábiles, cualquier cambio o modificación en las direcciones señaladas en esta cláusula.

**CLÁUSULA TRIGÉSIMO SEGUNDA: EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS.-** La constitución de este FIDEICOMISO o su inscripción en el Registro de Mercado de Valores, en caso de que tal inscripción sea requerida por las normas legales o reglamentarias pertinentes, no implica por parte de la Superintendencia de Compañías, ni de los Miembros del Consejo Nacional de Valores responsabilidad o garantía alguna sobre el cumplimiento del objetivo o finalidad del contrato. Los CONSTITUYENTES ADHERENTES deberán hacer la misma declaración a la firma de los respectivos CONVENIOS DE ADHESIÓN.

**CLÁUSULA TRIGÉSIMO TERCERA: SOLUCIÓN DE CONFLICTOS** Cualquier diferencia que surja entre las partes en razón del presente contrato durante su ejecución, su interpretación, su terminación o liquidación y que no sea resuelta directamente por ellas, se someterá a la decisión de un Tribunal de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, todo de conformidad con lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, Reglamento y con base en las siguientes normas: **a.** Los tres árbitros serán seleccionados conforme a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación; **b.** Las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria; **c.** Los árbitros decidirán en derecho y podrán pedir la ejecución de medidas cautelares, solicitando el auxilio de funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos, sin que sea necesario recurrir Juez Ordinario alguno para tales efectos; **d.** El Tribunal de Arbitraje estará integrado por tres (3) árbitros; **e.** El procedimiento arbitral tendrá lugar en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito; y, **f.** El procedimiento arbitral será confidencial. Usted, Señor Notario se servirá agregar las demás cláusulas de estilo para el perfeccionamiento de este contrato.

Firma del abogado