

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO FINANCIERO  
BURSÁTIL Y SEGUROS

"LAS RESPONSABILIDADES DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS Y  
FIDEICOMISOS Y DE SUS ADMINISTRADORES EN LA NORMATIVA VIGENTE EN EL  
ECUADOR"

Katia Chávez Escalante

2007

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

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

Sin embargo de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

.....  
**Katia Chávez Escalante**  
**Quito, 19 de enero del 2007**

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO FINANCIERO  
BURSÁTIL Y SEGUROS

“LAS RESPONSABILIDADES DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS Y  
FIDEICOMISOS Y DE SUS ADMINISTRADORES EN LA NORMATIVA VIGENTE EN EL  
ECUADOR”

Katia Chávez Escalante

2007

DR. SANTIAGO ANDRADE UBIDIA

QUITO

## RESUMEN

El Fideicomiso mercantil, aparece en la legislación nacional, en la Ley de Títulos de Crédito de 1963 derogada el 24 de julio de 1964 ley que tuvo poca duración y que no trajo ningún proceso en esa materia. Treinta años después la figura del fideicomiso es incorporada a nuestra legislación por el Art. 80 de la Ley de Mercado de Valores de 1993, insuficiente dada su complejidad y los efectos jurídicos que produce una figura de corte anglosajón en legislaciones de corte romanista como la ecuatoriana.

En este trabajo se va a analizar la figura del Fideicomiso Mercantil previsto en la nueva Ley de Mercado de Valores de 1998, normativa que incorpora un elemento único en las legislaciones latinoamericanas, esto es la dotación al fideicomiso mercantil de personalidad jurídica.

El fideicomiso mercantil, nace con la finalidad de constituirse en un vehículo seguro, eficaz e idóneo para encargar a una tercera persona profesional y especializada el desarrollo de una gestión, (Administradoras de Fondos y Fideicomisos), en beneficio propio o de un tercero beneficiario designado por éste; es un contrato de medio de gran significación que permite la estructuración de negocios y la continuidad de los mismos con la actuación de un tercero profesional.

El presente trabajo pretende estudiar la actuación de las Administradoras de Fondos y Fideicomisos, en cuanto son los entes especializados para administrarlas, y analizar si estas compañías cumplen con la administración prudente y diligente que la Ley de Mercado de Valores dispone para su adecuado funcionamiento.

## CAPÍTULO I

### INTRODUCCIÓN

#### NOCIONES GENERALES ACERCA DEL FIDEICOMISO MERCANTIL

INTRODUCCIÓN.....	7
<b>CAPITULO PRIMERO.....</b>	<b>7</b>
NOCIONES GENERALES ACERCA DEL FIDEICOMISO .....	7
1.1 RESEÑA HISTÓRICA.....	7
1.2 INTRODUCCIÓN DEL FIDEICOMISO MERCANTIL EN EL ECUADOR.....	10
1.3 CARACTERÍSTICAS DEL FIDEICOMISO MERCANTIL .....	16
1.4 ELEMENTOS SUBJETIVOS.....	19
1.5 FORMALIDADES.....	26
1.6 CLASIFICACIÓN.....	27
1.7 FINALIDADES.....	35
<b>CAPÍTULO SEGUNDO .....</b>	<b>37</b>
LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS Y FIDEICOMISOS.....	37
2.1 CONSTITUCIÓN.....	37
2.2 RESPONSABILIDADES.....	38
2.3 DEBERES, DERECHOS Y ATRIBUCIONES: RENDICIÓN DE CUENTAS, HECHOS RELEVANTES .....	40
2.4 NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES QUE CONTRAEN: DE MEDIO Y NO DE RESULTADOS.....	44
2.5 PROHIBICIONES.....	48
2.6 HONORARIOS.....	49
2.7 RENUNCIA Y SUSTITUCIÓN FIDUCIARIA.....	50
<b>CAPITULO TERCERO.....</b>	<b>53</b>
RESPONSABILIDADES DE LA COMPAÑÍA ADMINISTRADORA FRENTE AL NEGOCIO FIDUCIARIO.....	53
3.1 ALCANCE DE LAS RESPONSABILIDADES Y OBLIGACIONES EN EL MANEJO FIDUCIARIO .....	53
3.2 FRENTE AL PATRIMONIO AUTÓNOMO.....	56
3.3 FRENTE AL CONSTITUYENTE .....	57
3.4 FRENTE AL BENEFICIARIO .....	58
3.5 FRENTE A TERCEROS .....	59
<b>CAPÍTULO CUARTO .....</b>	<b>64</b>
RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LA COMPAÑÍA EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN FIDUCIARIA.....	64
4.1 RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS .....	64
4.2 RESPONSABILIDADES CIVILES.....	70
4.3 RESPONSABILIDADES PENALES .....	78
<b>CAPITULO QUINTO .....</b>	<b>53</b>

INVESTIGACIÓN DE CAMPO: ESTADÍSTICA SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS A LAS COMPAÑÍAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS Y FIDEICOMISOS, DOMICILIADAS EN LA CIUDAD DE QUITO. ....	88
SANCIONES IMPUESTAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE LAS DIVERSAS MODALIDADES DE FIDEICOMISOS A LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS Y FIDEICOMISOS. ....	89
SANCIONES EFECTUADAS DE CONFORMIDAD A LOS PERÍODOS DE SUPERINTENDENTES. ....	90
FALTA DE DEBIDA DILIGENCIA, ARTICULO 103 LITERAL a) DE LA LEY DE MERCADO DE VALORES. ....	91
OTROS INCUMPLIMIENTOS DE LOS ARTICULOS DE LA LEY DE MERCADO DE VALORES. ....	92
GRAVEDAD DE LA INFRACCIÓN, ARTICULO 208 DE LA LEY DE MERCADO DE VALORES. ....	93
<b>CAPITULO SEXTO</b> .....	94
CONCLUSIONES FINALES. ....	94

# CAPITULO PRIMERO

## NOCIONES GENERALES ACERCA DEL FIDEICOMISO

### 1.1 RESEÑA HISTÓRICA

Al iniciar el estudio y análisis, considero pertinente que se debe efectuar una breve referencia de los inicios del fideicomiso, para así determinar que es una figura que hace presencia antes de Cristo y que la esencia de su figura no ha variado hasta nuestros días, adquiriendo ciertos matices, que han permitido considerarlo como una figura de gran aporte en el mundo comercial y jurídico; así una referencia clara y exhaustiva, es la efectuada por el autor Francisco Morales Casas<sup>1</sup> que manifiesta al respecto:

La figura de la fiducia es de vieja data. Nació del derecho romano desde la época del período clásico (130 a. C -230 d. C.) en donde ya se tenían noticias de ella. Sin embargo, solo en el período post-clásico (230 d. C. -535 d.C.) y más concretamente entre los años 527 y 534 de nuestra era, en que se produjo la Recopilación de Leyes por Justiniano en una serie de textos jurídicos clásicos y post-clásicos agrupados bajo el nombre de Corpus Iuris Romani, es cuando se viene a saber cómo operaba realmente. Significa ello que la fiducia tiene existencia aún antes de Cristo. Por los estudios del derecho romano podemos deducir que la fiducia no tenía inicialmente la característica que luego con el derecho napoleónico vino a cobrar, pues en aquella vieja época más se asemejaba a una garantía que lo que hoy es un acto de confianza.

A continuación se detalla cómo operaba la figura de la *fiducia*. Era una forma solemne de transferir la propiedad *mancipatio*, se acompañaba de un *pactum fiduciae*, a través del cual el *accipiens* recibía la propiedad del bien transferido, y éste a su vez se obligaba con el o los *tradens*, a transferirlo después de que cumplieran los fines establecidos.

---

<sup>1</sup> Francisco Morales Casas, *Fundamentos de la Actividad y Los Negocios Bancarios*, Bogotá, Editorial Ediciones Jurídicas Radar, 1991.

En aquella época se podía diferenciar dos tipos de *pactum fiduciae* o *fiducia*, los mismos que eran practicados y cultivados por los romanos, a saber:

- *Fiducia cum creditore*, mediante el cual se enajenaba un bien para garantizar un crédito, con la obligación del adquirente de reintegrarlo cuando el fiduciante hubiese cumplido con la obligación garantizada, o sea al cumplirse el objeto pretendido en el *pactum*.
- *Fiducia cum amico*, por el cual se transfería el dominio de un bien a un depositario o mandatario, adquiriendo uno u otro el compromiso de destinar el objeto de la transferencia de una finalidad específica.

Otra manifestación que se desarrolla de la *fiducia* en aquella época fue la del *fideicommissum*, utilizada por sujetos incapacitados para heredar, entre los que estaban esclavos, peregrinos, solteros y casados sin hijos, pudiendo llegar a adjudicarles la propiedad de ciertos bienes, mediante la designación por el testador, de un heredero capaz de sucederle.

Es importante anotar, de los hechos ilustrados referentes a la *fiducia* en la época romana, era una figura que estaba un tanto desprotegida en cuanto se basaba únicamente en el término confianza, porque la persona que transfería la propiedad no estaba totalmente segura que el objeto de la *fiducia* se iba a cumplir, por lo que la entrega de los réditos a ser entregados a terceros estaban rodeados de incertidumbre.

Podemos concluir indicando que de ahí proviene el término *fiducia*: significa fe, credibilidad, confianza. *Fides* del latín es traducido por "fe", de donde derivan términos como "fiar", "confiar", "confidente", "fidelidad", etc. Con el paso del tiempo, la *fiducia* ha tomado diversas formas pero conservando siempre ese elemento esencial de la fe, de la confianza, de la fidelidad que entre las partes debe existir.

En la época del Derecho Napoleónico (1804), que nace a partir de la expedición de su código en el año citado, la fiducia cobra un sentido distinto del que tenía en la época romana, ya se le toma como un negocio jurídico *fundamentado esencialmente en la fe y la confianza total y absoluta entre las partes*, en donde una de ellas se obliga a realizar concretas gestiones que el otro le ha encomendado, respecto de todo patrimonio o de una parte del mismo un bien que le pertenece a este último, quien le entrega y transfiere a aquél para que cumpla, ejecute o desarrolle su cometido, tarea u obligación con lealtad y precisión.

Con respecto al derecho anglosajón, podemos decir, que encontramos dos figuras bien definidas *The Use y The Equity*, con características similares a la fiducia romana, para lo cual anotaremos conceptos claros y precisos, establecidos por el autor Diego Gómez De La Torre Reyes<sup>2</sup>:

Así nace el "USE" en que una persona, "settlor", propietario de una tierra, traspasaba a otra, "feoffle to use", el dominio de ella, con el entendimiento entre las partes de que aun cuando el cesionario fuera el dueño legítimo de la cosa, una tercera persona, "cestui que use", tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas de verdadero propietario respecto de dicho bien.

..., por una parte tiene lugar la aparición de la "EQUITY" en el Derecho Anglosajón, como un ordenamiento jurídico que en un principio suplió al **Common Law** y que actualmente lo complementa, y por otra, la incorporación del use en el señor de la Equity, para dejar de ser tal y transformarse en el "**TRUST**", con los lineamientos que actualmente se le conocen.

Con el pasar del tiempo el use, sufre una transformación y se convierte en trust, pasando éste de Inglaterra a Norteamérica en el siglo pasado, década de los veinte, con la diferencia

---

<sup>2</sup> Diego Gómez De La Torre Reyes, *El Fideicomiso Mercantil*, Ecuador, Albazul Offset, 1998.

que en los Estados Unidos de América, al darse cuenta respecto de la inconveniencia de encargar la responsabilidad sobre el manejo de un patrimonio a una persona natural, consideraron conveniente hacerlo a un tipo de institución (persona jurídica), que no estuviese afectada por ninguna de las eventualidades que pueda perjudicar a una persona natural. Es menester indicar que el trust, fue una fuente directa del fideicomiso latinoamericano, en que se promueve el fideicomiso ya que se trataba de estimular la riqueza de Latinoamérica, pues se estimaba que la pobreza se debía a la carencia de instrumentos financieros que estimulen el ahorro y la retención de la riqueza.

El fideicomiso aparece entonces a manera de una derivación del trust, como un mandato cuya característica especial es el hecho de ser irrevocable, donde una parte transfiere determinados bienes para que se dispongan de ellos o de sus productos, según la voluntad de quien los entrega al fiduciario y éste a su vez los administra y dispone a favor de un tercero llamado beneficiario que puede ser el propio constituyente.

## **1.2 INTRODUCCIÓN DEL FIDEICOMISO MERCANTIL EN EL ECUADOR**

Encontramos los inicios del contrato de fideicomiso mercantil, en la Ley de Títulos de Crédito, publicada en el R. O. No. 124 del 9 de diciembre de 1963, en cuyo Capítulo Segundo se regló lo relativo a los Certificados de Participación, así en el Art. 70 de la Ley en mención se estable<sup>3</sup>:

Los certificados de participación son títulos de crédito que representan: 1º. El derecho de una parte alícuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes de cualquier

---

<sup>3</sup> Ley de Títulos de Crédito, publicada en el R.O. No. 124 de 9 de diciembre de 1963

clase que tenga en fideicomiso irrevocable para este propósito, la sociedad fiduciaria que los emita.

En el Art. 71 de esta misma Ley encontramos la reafirmación al carácter de muebles a los certificados, no obstante los bienes fideicomitados sean inmuebles y, además, que las entidades fiduciarias sujetas al control de la Superintendencia de Bancos fueran las únicas facultadas para emitir tales documentos. Una interesante disposición era la del artículo 88 que ya concebía la emisión del título sustentada en el fideicomiso mercantil al señalar que "el fideicomiso base de la emisión no se extinguirá mientras haya saldos insolutos por concepto de créditos a cargo de la masa fiduciaria, de certificados o de participación de los frutos o rendimiento."<sup>4</sup>

Conforme a lo expuesto, la Ley de Títulos de Créditos se refería al fideicomiso mercantil, pero no lo regló en forma extensa, tal vez por ello, fue después de ciertos días de promulgada derogada. En el Registro Oficial No. 133 de 19 de diciembre de 1963, se publicó la Ley General de Operaciones de Crédito, en cuyo Capítulo Quinto, se incluyó al fideicomiso y se lo concibió como un contrato por el cual el "fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria,"<sup>5</sup> según lo establecido en el artículo 75 de la Ley ibidem, que concebía el fideicomiso como un patrimonio de afectación respecto del cual el Fiduciario debía ejercer todas las acciones y derechos para la realización del fin, además, se regló la regresión de los bienes a manos del constituyente, se prohibían los fideicomisos secretos, o sea que, en general, la institución jurídica del fideicomiso estaba bien concebida para la época.

---

<sup>4</sup> Ley de Títulos de Crédito, publicada en el R.O. No. 124 de 9 de diciembre de 1963

<sup>5</sup> Ley General de Operaciones de Crédito, publicada en el R.O. No. 133 de 19 de diciembre de 1963

Debemos indicar que estas dos leyes tuvieron una vida corta, ya que la Ley de Títulos de Crédito fue derogada el 24 de julio de 1964 y la Ley General de Operaciones de Crédito, el 11 de noviembre de 1966.

La Ley Orgánica de Administración Financiera y Control LOAFYC concibió la figura del fideicomiso público, siguiendo la concepción mexicana, como el mecanismo por el cual el Banco Central del Ecuador, en su calidad de agente fiscal del Estado y con el fin de asegurar el pago de la deuda pública emitida, autoriza al ex Instituto Emisor a debitar los recursos necesarios de la cuenta única del tesoro nacional para el servicio de tal deuda. No se trata de un fideicomiso mercantil en los términos que actualmente lo conocemos, en el sentido de generar un patrimonio autónomo y de la expresión de una voluntad irrevocable, ya que este fideicomiso público más bien está supeditado a la existencia de los recursos, tanto es así que, por mandato de la LOAFYC cesa la responsabilidad del Banco Central del Ecuador en el evento que no existan recursos suficientes en la cuenta fideicomisada.

En lo que respecta a la legislación actual, el artículo 80 de la Ley de Mercado de Valores de 1993, incorpora al fideicomiso mercantil, en el Código de Comercio, como un título innumerado, agregado a continuación del artículo 409, los siguientes 4 artículos innumerados:<sup>6</sup>

Art. (...) Se denomina fideicomiso mercantil al acto en virtud del cual una o más personas llamadas constituyentes transfieren dineros a otros bienes a otra llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos por un plazo o para cumplir una finalidad específica.

---

<sup>6</sup> Ley de Mercado de Valores, publicada en el R.O. No. 199 de 26 de mayo de 1993

El fideicomiso así conformado tendrá independencia total de sus constituyentes y se establece por instrumento abierto o cerrado, con el objeto de destinarlo a las actividades señaladas por el o los contribuyentes.

Para estos efectos, se entiende por instrumento público abierto aquel cuyas disposiciones no está sujetas a reserva alguna y, por instrumento público cerrado, aquel que está sujeto a la reserva total o parcial impuesta por el propio aportante.

El segundo artículo innumerado disponía:

Art. (...) Los bienes, dineros o valores que constituyen el patrimonio de este fideicomiso, podrán ser libremente administradas por el fiduciario de la forma que estimare más conveniente dentro de los objetivos señalados y en función de lograr el mejor desempeño y atención de su cargo. Sin embargo, el fideicomiso en su conjunto no será negociable ni embargable, y al término del plazo señalado o cumplida la condición, será entregado exclusivamente a él o los beneficiarios en el título constitutivo del mismo o sucesores en derecho. El fiduciario responderá de cualquier pérdida que fuere ocasionada por su culpa o negligencia en la inversión o en el manejo y atención del patrimonio fiduciario.

El tercer artículo innumerado señalaba lo siguiente:

Art. (...) una vez constituido el fideicomiso éste no podrá ser revocado, sin embargo de lo cual, en su acto constitutivo podrá establecer el reparto de beneficios periódicos y las causas o mecanismos para transferir, la administración del mismo a otro fiduciario. El fiduciario no podrá delegar sus funciones.

El cuarto artículo innumerado ordenaba que:

Art. (...) El fideicomiso será siempre remunerado en las formas que se determine en el acto constitutivo y se prohíbe al fiduciario garantizar beneficios o rendimientos. El fiduciario será responsable de los impuestos que genere la propiedad fiduciaria mientras esté bajo su administración.

En lo no previsto en este Título, se aplicará al fideicomiso mercantil las disposiciones del Código Civil respecto del Fideicomiso.

Si los artículos antes citados dieron pautas muy importantes para el desarrollo del fideicomiso en el Ecuador, podemos manifestar que estas normas no eran lo suficiente para desarrollar en sólo cuatro artículos innumerados una figura jurídica como el fideicomiso mercantil, pero es valioso e importante anotar que esta legislación, pudo subsistir cinco años con esta normativa sobre el tema.

Sin embargo, en estos cuatro artículos se tomaban en consideración elementos fundamentales de los principios del fideicomiso, que en la presente Codificación de la Ley de Mercado de Valores, se recogen como: transferencia de dineros u otros bienes; el fiduciario debía cumplir una finalidad específica; el establecer por instrumento público abierto y no estar sujetos a reserva alguna; los bienes tenían que ser administrados por el fiduciario; el fideicomiso era inembargable; había la existencia de beneficiarios; el fiduciario no podía delegar sus funciones; se prohibía al fiduciario garantizar beneficios o rendimientos; etc.

Considero importante analizar lo establecido en la Ley de Mercado de Valores<sup>7</sup> referente a las Administradoras de Fondos, en el Art. 33 determinó la existencia de las Compañías Administradoras de Fondos, las cuales son sociedades anónimas, cuyo único objetivo es el administrar fondos de inversión y fideicomisos mercantiles. Podían desempeñarse como fiduciarios los bancos, las administradoras de fondos, así como cualquier otra persona, en vista de que no existía ninguna norma que imponga la necesaria intervención de un fiduciario profesional como sujeto calificado de la actividad.

---

<sup>7</sup> Ley de Mercado de Valores, publicada en el R.O. No. 199 de 26 de mayo de 1993

Lo anotado guarda concordancia con lo establecido en el Reglamento General de la Ley de Mercado de Valores<sup>8</sup>, ampliando las facultades concedidas a los bancos por la entonces vigente Ley General de Bancos (derogada por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero R.O. 439 de 12 de mayo de 1994) cuando incorporó en el artículo 173, la facultad de los bancos comerciales y de las secciones comerciales de bancos, de poder actuar como fiduciarios mercantiles.

El Reglamento General de aplicación de la Ley de Mercado de Valores (R.O. No. 262 de 26 de agosto de 1993)<sup>9</sup>, concibe al fideicomiso mercantil como un mecanismo del mercado de valores, y que se ocupa de sujetarlo a una serie de normas, mayoría de las cuales vulneran la jerarquía normativa piramidal de nuestra legislación.

Sin embargo, la Superintendencia de Bancos y la Junta Bancaria, a partir de 1993 hasta 1997 dictó una serie de Resoluciones y disposiciones normando las operaciones de fiducia que celebraban las instituciones financieras capacitadas para ello, ya que se incluía como una operación de banco, la administración fiduciaria, y estaban bajo el control de la indicada Superintendencia.

En julio de 1998 con la expedición de la actual Ley de Mercado de Valores, se legisló de mejor manera la figura del fideicomiso mercantil, ya que era necesario desarrollar esta figura, por medio de acto legislativo, de manera armónica y adecuada los principios generales que se introdujeron en la reforma del Código de Comercio.

Uno de los cambios más importantes fue reconocer el profesionalismo y especialización del fiduciario mercantil. En la actualidad únicamente pueden ofrecer este servicio las administradoras de fondos y fideicomisos y ciertas entidades del sector público que sus propias Ley que les faculte: la Corporación Financiera Nacional, Banco del Estado, Banco

---

<sup>8</sup> R.O. No. 262 de 26 de agosto de 1993

<sup>9</sup> Decreto Ejecutivo No.1042-A

Central del Ecuador y el Banco Nacional de Fomento, pues los bancos privados ya no pueden ser fiduciarios por cuanto se derogó el literal r) del artículo 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

Con respecto al profesionalismo que ofrecen las Administradoras de Fondos y Fideicomisos a través del personal que labora en estas entidades, el mismo nace como producto de la suscripción del contrato de fideicomiso, entre el constituyente y el fiduciario. Ya que se contrata con una compañía entendida en el negocio que ofrece servicios fiduciarios, por este motivo y razón, debería la fiduciaria asegurar un buen manejo en su administración, minorando el riesgo en el desarrollo del fideicomiso, cumpliendo con todas las disposiciones del constituyente, comprometiéndose a la remisión de información al ente de control, al SRI entre otros. La suscripción del contrato de fideicomiso es el acto de confianza mediante el cual el constituyente da al fiduciario bienes de su propiedad para que sean administrados por este. El profesionalismo, la debida diligencia del fiduciario, la responsabilidad fiduciaria pueden influir en la confianza depositada en la fiduciaria, pues al tener conocimiento los constituyentes que tal o cual Administradora maneja con el mejor cuidado los negocios ajenos puede verse perjudicada en el negocio fiduciario. Si en el desarrollo del fideicomiso el constituyente no está conforme con el manejo del negocio por parte de la fiduciaria, en el contrato se prevé cláusulas como la sustitución fiduciaria, que es una manera de expresar que la confianza entregada en un inicio a disminuido o no se encuentra conforme con la misma.

### **1.3 CARACTERÍSTICAS DEL FIDEICOMISO MERCANTIL**

Para que la figura jurídica el fideicomiso mercantil surta efectos como tal, debe cumplir con ciertas particularidades, a saber:

1.- **Solemne.**- Se requiere de instrumento público, dicha solemnidad se dará en tanto cuando sea un contrato de fideicomiso mercantil.

La Codificación de Ley de Mercado de Valores<sup>10</sup> en el artículo 110 confirma el requisito de la solemnidad al señalar que el fideicomiso deberá constituirse mediante instrumento público abierto. Cuando al patrimonio del fideicomiso mercantil se aporten bienes inmuebles u otros para los cuales la Ley exija la solemnidad de escritura pública, se cumplirá con este requisito.

Para que se pueda hablar de escritura pública tienen que cumplirse dos requisitos:

- Que el acto o contrato sea otorgado ante Notario Público por las personas contratantes y,
- Que sea autorizada por el Notario Público y éste la incorpore a su protocolo<sup>11</sup>

Cabe indicar además que todo acto jurídico para que surta efectos debe estar seguido en su formación de una manifestación de voluntad plena de los sujetos contrayentes. Es decir, el proceso volitivo interno formado en la sede de la conciencia, debe ser consecuente con una declaración o manifestación externa que consolide la voluntad exteriorizándose a través de un acto o negocio jurídico.

Por lo expuesto, en la legislación ecuatoriana para constituir un contrato de fideicomiso mercantil, el mismo que en la mayoría de legislaciones es consensual, se requiere elevarlo a escritura pública pero no es necesaria la transferencia de los bienes al patrimonio autónomo, ni la inscripción en el Registro del Mercado de Valores para que surtan efectos jurídicos del mismo."

---

<sup>10</sup> Codificación a la Ley de Mercado de Valores, publicada en el R.O., Suplemento 215, de 22 de febrero del 2006, artículo 110.

<sup>11</sup> Ley Notarial, artículo 26.

**2.- Bilateral.-** Ya que se generan obligaciones recíprocas a cargo del constituyente y también del fiduciario; así por ejemplo, el constituyente tiene la obligación de pagar honorarios al fiduciario por su gestión y éste a su vez debe cumplir con las obligaciones que emanan de la suscripción del contrato, como también las disposiciones constantes en la Codificación de la Ley de Mercado de Valores i demás norma aplicables para el caso.

**3.- Oneroso.-** Porque supone cargas recíprocas para la dos partes obligadas, ya que según nuestra legislación es un contrato consensual que se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, manifestado en instrumento público y de conformidad con la Codificación de Ley de Mercado de Valores<sup>12</sup> y demás normas cuando al patrimonio del fideicomiso mercantil se aporten bienes inmuebles u otros se exigirá solemnidad de escritura pública, por lo que no debe confundirse la onerosidad del contrato con la transferencia fiduciaria ya que ésta no es onerosa ni gratuita.

**4.- Conmutativo.-** Debe suponerse que en el contrato fiduciario existe equivalencia de las prestaciones a cumplirse tanto por el constituyente como por el fiduciario, más aún tomando en cuenta que el fideicomiso es un medio par obtener la finalidad. No debe pensarse que porque el fiduciario tiene una obligación de medio de cumplir, el contrato sea aleatorio, sino que los aleatorios pueden llegar a ser los resultados esperados para constituyente.

**5.- Por regla general de tracto sucesivo.-** El cumplimiento del contrato en la mayoría de los casos se irá cumpliendo en diversos momentos durante la vigencia del contrato.

**6.- Típico.-** El acto fiduciario es típico al existir normas que rigen su constitución, efectos y determinadas obligaciones.

**7.- Intuitu Personae.-** Característica en íntima relación con la esencia propia de la "confianza".

---

<sup>12</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, Suplemento del R.O. 215, de 22 de febrero del 2006.

**8.- Expreso.-** Es inimaginable concebir que el acto de constitución del contrato del fideicomiso mercantil, en donde se establece la transferencia de los bienes, pueda ser tácito por la simple aceptación de las obligaciones contenidas.

Se requiere acudir ineludiblemente a la forma expresa para plasmar las obligaciones consecuentes necesarias, otorgadas mediante escritura pública o instrumento público.

#### **1.4 ELEMENTOS SUBJETIVOS**

Tres son los elementos personales que constituyen el fideicomiso según nuestra Codificación de la Ley de Mercado de Valores<sup>13</sup>: el primero de ellos es el constituyente o fideicomitente, el segundo el beneficiario y el tercero el fiduciario. A continuación desarrollaremos cada uno de estos elementos:

**1.- Constituyentes o fideicomitentes:** El Art. 115<sup>14</sup> establece quienes pueden actuar como:

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

Las instituciones del sector público que actúen en tal calidad del sector público que actúen en tan 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 fideicomisos mercantiles para incrementar el patrimonio de otros ya existentes, administrados por él mismo o por otro fiduciario.

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

Cuando un tercero distinto del constituyente se adhiere y acepta las disposiciones previstas en un contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios se lo denominará

---

<sup>13</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, Suplemento del R. O. 215, de 22 de febrero del 2006

<sup>14</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, Suplemento del R. O. 215, de 22 de febrero del 2006, artículo 115.

constituyente adherente. Cabe la adhesión en los contratos en los que se haya establecido esa posibilidad.

De lo anotado, podemos manifestar que el constituyente es el propietario del bien que se transfiere en fideicomiso, y es quien instruye al fiduciario acerca del encargo que debe cumplir, esta persona debe gozar de plena capacidad jurídica para poder obrar y disponer de sus bienes, es importante indicar que esta norma no excluye a un incapaz que actúe a través de su representante legal.

En relación a la participación de instituciones del sector público como constituyentes de un fideicomiso, se deberá tomar en consideración lo establecido en la Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores<sup>15</sup>, en el Capítulo VII, Capítulo II, Sección III de la Participación en negocios fiduciarios y procesos de titularización, donde constan pautas adicionales a la Ley, para constituir un fideicomiso en calidad de constituyente.

Los fideicomisos que tengan adherentes nos remitimos a lo establecido en la Codificación de las Resoluciones expedidas por el C.N.V. <sup>16</sup> Título V, Capítulo I, Sección II, referente a la Inscripción en el Registro del Mercado de Valores Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario, Art. 6 "... y los fideicomisos de inversión con adherentes...", es decir que en la norma vigente únicamente se ha establecido que el fideicomiso de inversión es el único que podrá tener adherentes y por lo tanto será el fideicomiso que se inscribirá en el Registro del Mercado de Valores., y los fideicomisos que sirvan como mecanismos para

---

<sup>15</sup> Codificación de las Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores, publicada en el R.O. Edición Especial No. 1 de 8 de marzo del 2007

<sup>16</sup> Codificación de las Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores, publicada en el R.O. Edición Especial No. 1 de 8 de marzo del 2007

realizar procesos de titularización también deben inscribirse en el Registro del Mercado de Valores.

Es importante anotar que en la Codificación de la Ley de Mercado de Valores, el Art. 126 hace referencia a los derechos que tienen los constituyentes, calidad que ostenta en virtud de haber suscrito el contrato de constitución del fideicomiso, estos derechos nacen desde el momento que se suscribe dicho convenio, ponemos por ejemplo: exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades instituidas en el fideicomiso mercantil; exigir la rendición de cuentas de conformidad con lo establecido en la Ley de Mercado de Valores y normas complementarias; ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal de ser el caso en contra del fiduciario por dolo, o hasta culpa leve en el desempeño de su gestión en el fideicomiso.

## **2.- Beneficiarios**

Denominado también fideicomisario, es la persona que en virtud del desarrollo y cumplimiento del fideicomiso mercantil recibirá al término del mismo, los bienes fideicomitados por el constituyente. Los constituyentes podrán tener esta calidad, de manera expresa si así se lo menciona en el contrato de constitución o de forma tácita, a falta de estipulación o ante la renuncia del beneficiario designado.

El beneficiario debe ser una persona capaz de recibir derechos, y podrá ejercer sus derechos sin dificultad alguna ante el fiduciario, si es del caso, o como lo manifestamos en el caso de una persona incapaz a través de su representante.

El Art. 116 de la Codificación de la Ley de Mercado de Valores<sup>17</sup>, tiene un campo de acción amplio, ya que establece varias categorías de beneficiarios:

Serán beneficiarios de los fideicomisos mercantiles 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 prohibida 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.

Es importante anotar que en el contrato de fideicomiso deben constar todas las cláusulas necesarias, para que se identifiquen de una manera clara el o los beneficiarios y establecer con precisión los derechos y beneficios asignados a cada uno, así como el momento y la forma en que pueda acceder a los mismos.

El Art. 127 de la Codificación de la Ley de Mercado de Valores establece algunos derechos que adquiere el beneficiario en virtud del convenio suscrito los que estén establecidos en el contrato de fideicomiso; exigir al fiduciario el cumplimiento de las

---

<sup>17</sup>Codificación de la Ley de Mercado publicada en el R.O. Suplemento 215, de 22 de febrero del 2006, artículo 116.

finalidades establecidas en el convenio; exigir la rendición de cuentas al fiduciario de conformidad con la Ley y sus normas complementarias, ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar en contra del fiduciario por dolo, culpa grave o culpa leve, en el desempeño de su gestión; solicitar la sustitución del fiduciario, de conformidad con lo establecido en el contrato, la Ley y sus normas complementarias de ser el caso.

El Título V, Capítulo I, Sección I, Art. 4 numeral 12 de la Codificación de Resoluciones Expedidas por el C.N.V. establece: "Reformas al contrato: en los contratos de negocios fiduciarios debe señalarse el procedimiento para reformar el contrato señalando quienes deben intervenir para su reforma". Tanto en la Ley como en la Codificación, no consta de manera expresa que el beneficiario deberá comparecer a las reformas que se efectúen en el fideicomiso a menos que conste en el contrato, pero considero que debería comparecer el beneficiario a las suscripción de las reformas del fideicomiso, ya que es la persona que recibirá los beneficios del fideicomiso, y estará al tanto del manejo fiduciario.

### **3.- Administradora de Fondos y Fideicomisos (Fiduciarias)**

Nuestra Codificación de la Ley de Mercado de Valores en su Art. 97 establece a las compañías especializadas para administrar los negocios fiduciarios, disponiendo que:

Las administradoras de fondos y fideicomisos deben constituirse bajo la especie de compañías o sociedades anónimas. Su objeto social está limitado a:

- a) Administrar fondos de inversión.
- b) Administrar negocios fiduciarios definidos en esta ley.
- c) Actuar como emisores de proceso de titularización.
- d) Representar fondos internacionales de inversión.

Para ejercer la actividad de administradora de negocios fiduciarios y actuar como emisora en procesos de titularización deberán sujetarse a las disposiciones relativas a fideicomiso mercantil y titularización que consta en esta Ley.

Las Administradoras de Fondos y Fideicomisos son compañías especializadas, cuyas actividades deben ser desempeñadas de una manera profesional y eficiente, tomando en consideración lo establecido en la Ley de Mercado de Valores y la Codificación de Resoluciones Expedidas por el C.N.V., como también lo determinado en la convención de las partes (contrato) de ser el caso, estas actividades deberán ser cumplidas con prudencia y diligencia como la de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.

Nuestra ley<sup>18</sup> en su Art. 100 prevé que entidades del sector público pueden actuar como fiduciarios de conformidad con lo previsto en sus propias leyes, así de conformidad con la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, para que la administradora de fondos y fideicomisos sea considerada como parte de un grupo financiero, empresaria 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 en otras administradoras de fondos y fideicomisos siempre y cuando su participación sea inferior a diez por ciento en conjunto.

Entre las entidades del sector que pueden actuar como fiduciarios tenemos: La Corporación Financiera Nacional que a través de la Ley Orgánica de la Corporación

---

<sup>18</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, R.O. Suplemento Nro. 215, de 22 de febrero del 2006

Financiera,<sup>19</sup> en su Título IV referente a las operaciones que esta facultada en su Art. 24 literal r establece: “Prestar servicio fiduciario civil y/o mercantil al Gobierno Nacional, al IESS, a entidades de derecho público y a entidades de derecho privado.”

En cuanto al Banco Central del Ecuador, hasta la presente fecha ha administrado varios fideicomisos; “FIDEICOMISO FEIREP”, “FIDEICOMISO FAC” y “FIDEICOMISO FIMFEISEH”, siendo creados cada uno con normativa independiente.

Fideicomiso FEIREP, según el artículo 13 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transferencia Fiscal, publicado en el R.O. No. 676 de 3 de octubre del 2002, al Banco Central del Ecuador se le designó como administrador fiduciario del citado fideicomiso, procediéndose a su liquidación debido a la reforma legal por la cual se derogaron las normas relativas a este Fondo y en su reemplazo se instituyó el manejo de los recursos a través de la Cuenta Especial de Reactivación Económica CEREPS, de la cual, el 20% de estos recursos, son administrados por el Banco Central del Ecuador, en una estructura fiduciaria denominada Fondo de Ahorro y Contingencias FAC. El artículo 15 de la Codificación a la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal, publicada en el R.O. Suplemento 334, de 15 de agosto del 2006, creó el Fondo de Ahorro y Contingencias FAC, como un fideicomiso mercantil y cuyo fiduciario es el Banco Central del Ecuador, el mismo que se encuentra vigente y que tiene como propósito acumular recursos públicos para asignarlos a casos de emergencia nacional declarados por el Presidente de la República en los términos previstos en la Constitución Política de la República.

---

<sup>19</sup> Codificación Ley Orgánica de la Corporación Financiera Nacional, R.O. No. 387, de 30 de octubre del 2006, artículo 24

El artículo 1 del Capítulo 1 de la Ley Orgánica de Creación del Fondo Ecuatoriano de Inversión en los Sectores Energético e Hidrocarburífero – FEISEH, publicada en el R.O. No. 386 de 27 de octubre del 2006, creó el Fondo Ecuatoriano de Inversión en los Sectores energético e Hidrocarburífero –FEISEH- como un fideicomiso mercantil, cuyo fiduciario es el Banco Central del Ecuador y que tiene como propósito administrar los recursos provenientes de actividades petroleras estatales para orientarlos a la construcción de centrales hidroeléctricas y actividades hidrocarburíferas.

En la Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado, en el artículo 103 se establece: “El Banco del Estado podrá actuar como fiduciario mercantil, administrador de fondos y fideicomisos, en el ámbito de su competencia, sujetándose a la Ley de Mercado de Valores, su Reglamento y demás normas aplicables.”<sup>20</sup> Sin embargo a pesar de la competencia que la Ley le asigna no se conoce que esa institución financiera pública de desarrollo municipal y provincial se encuentre administrando fideicomiso mercantil alguno.

## 1.5 FORMALIDADES

Como una de las formalidades, podemos anotar la que anteriormente se manifestó, lo referente a la suscripción del contrato de fideicomiso mercantil: “El fideicomiso mercantil deberá constituirse mediante instrumento público abierto. Cuando al patrimonio del fideicomiso mercantil se aporten bienes inmuebles u otros para los cuales la Ley exija la solemnidad de escritura pública, se cumplirá con este requisito”<sup>21</sup>, de igual forma “El contrato de fideicomiso mercantil se otorga mediante la suscripción de escritura pública”<sup>22</sup>. Lo que guarda concordancia con lo establecido en la Codificación de las Resoluciones expedidas por

---

<sup>20</sup> Codificación de la Ley Orgánica del Régimen Monetario y Banco del Estado, publicada en el R.O. Suplemento 196 de 26 de enero del 2006, artículo 103

<sup>21</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, publicada en el R. O Suplemento Nro 215, de 22 de febrero del 2006, artículo 110

<sup>22</sup> Codificación de las Resoluciones expedidas por el C.N.V., publicada en la Edición Especial No 1 de 8 de marzo del 2007, Art. 1, Sección I, Capítulo I Título V.

el C.N.V.<sup>23</sup> que establece que en la solicitud para la inscripción de los contratos de fideicomiso debe estar suscrita por el representante legal de la fiduciaria y que deberá adjuntarse entre otros requisitos la copia de la escritura pública del contrato del fideicomiso mercantil. Es decir que existe el sustento legal suficiente para manifestar la constitución de un fideicomiso mercantil se efectuará mediante escritura pública.

Anotamos una vez más que las únicas compañías que pueden administrar los negocios fiduciarios son las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos previa autorización otorgada por al Superintendencia de Compañías. Incluyese otras entidades del Sector Público, debido a que en sus propias leyes se las faculta para actuar fiduciarios, siendo el caso la Corporación Financiera Nacional; Banco del Estado; Banco Nacional de Fomento; y el Banco Central del Ecuador, que tiene una norma propia poder actuar como fiduciario en ciertos fideicomisos.

Otra formalidad del fideicomiso es la que se debe cumplir cuando se trate de bienes registrables, sus registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fideicomiso cuyo representante legal es la Administradora de Fondos y Fideicomisos.

## 1.6 CLASIFICACIÓN

Debemos indicar, que el fideicomiso mercantil presenta una característica importante, que otras figuras jurídicas como el mandato, el usufructo no la poseen, que es la *versatilidad*, es decir que es una figura que se amolda a los requerimientos del constituyente, es una figura que se asemeja a “un traje hecho a la medida”. Pero en nuestro medio así como se ha utilizado como una figura jurídica muy permisiva y flexible, ha permitido ejecutar grandes

---

<sup>23</sup> Codificación de las Resoluciones expedidas por el C.N.V., publicada en la Edición Especial No 1 de 8 de marzo del 2007, artículo 7, Sección II, Capítulo I del Título V.

fideicomisos con resultados exitosos, también ha sido una figura mal utilizada teniendo resultados funestos, he aquí la importancia del estudio de la responsabilidad y profesionalismo en el manejo de estos negocios por parte de las Administradoras de Fondos y Fideicomisos.

Podemos anotar una variedad de fideicomisos tan extensa que podemos enmarcarle dentro de *productos fiduciarios*, sin que este término sea un limitante en su ámbito de acción:

- Fideicomiso de administración
- Fideicomiso de inversión
- Fideicomiso de garantía
- Fideicomiso testamentario
- Fideicomiso de seguros
- Fideicomiso de desarrollo
- Fideicomiso inmobiliario
- Fideicomiso prestaciones o de fondos de pensión
- Fideicomiso del Estado o públicos
- Fideicomiso de voto o sindicación de accionistas
- Fideicomiso a favor de instituciones culturales, deportivas, sociales, artísticas, etc.

Según nuestra legislación<sup>24</sup> las modalidades de negocios fiduciarios dependen del objeto y finalidad establecidos en el contrato, sin que se deben considerar como excluyentes entre sí, ya que pueden coexistir varias modalidades en un solo fideicomiso, mencionándose los siguientes:

#### **1.- Fideicomiso de garantía**

---

<sup>24</sup> Codificación de las Resoluciones Expedidas por el C.N.V., publicada en la Edición Especial No 1 de 8 de marzo del 2007, artículo 17 Sección IV, Capítulo I, Título V.

Es una modalidad de contrato en virtud del cual el constituyente o fideicomitente, que generalmente es el deudor, transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo, garantizando con ellos y/o con su producto el cumplimiento de ciertas obligaciones, *claramente* determinadas en el contrato, siendo el acreedor de éstas el beneficiario, en caso de incumplimiento puede solicitar a la fiduciaria la ejecución del fideicomiso y con el producto de éste pague el valor de la obligación del constituyente.

La Administradora de Fondos y Fideicomisos, no se convierte en deudora, deudora solidaria o avalista de la obligación garantizada, pero si es quien precautela que los bienes que fueron transferido al patrimonio autónomo se conserven de la mejor manera para con el producto de estos se proceda a cancelar la deuda, estableciéndose en el contrato de constitución avalúos periódicos de los bienes en garantía a fin de mantener actualizado su valor comercial.

Algo muy importante que debemos anotar en este tipo de fideicomiso, es que la fiduciaria debe hacer constar en el contrato de constitución del fideicomiso, de una manera clara y concisa la forma y manera cómo se procederá en caso de ejecución de la garantía del fideicomiso, ya que de esta forma estará precautelando los intereses tanto del acreedor como del deudor y también evitándose situaciones difíciles por su administración fiduciaria.

## **2.- Fideicomiso de administración**

Es el contrato en virtud del cual se transfiere al patrimonio autónomo bienes muebles o inmuebles, para que sean administrados por el fiduciario cumpliendo con las disposiciones emanadas por el constituyente, destinando los réditos obtenidos a una finalidad específica.

## **3.- Fideicomiso inmobiliario**

Este fideicomiso se sustenta en que el fideicomitente transfiere al patrimonio autónomo un bien que generalmente es un inmueble que es suyo, para que el fiduciario cumpla con las disposiciones establecidas por el o los constituyentes para el desarrollo de un proyecto inmobiliario específico en provecho de los beneficiarios que generalmente son los constituyentes. De igual manera al recibir los beneficios deben estar bien especificados, para que cuando se proceda con la liquidación del fideicomiso no existan divergencias.

#### **4.- Fideicomiso de Inversión**

Este tipo fideicomiso a más de los de titularización con la normativa vigente se deben inscribir en el Registro del Mercado de Valores de conformidad con el Art. 6<sup>25</sup>

En este contrato el fideicomitente o fideicomitente adherente entregan dinero o valores a otro sujeto llamado fiduciario, para que éste lo administre realizando inversiones de conformidad con las instrucciones impartidas por el constituyente, las inversiones que se vayan a efectuar deberán estar establecidas de una manera clara y precisa, para evitar inconvenientes al momento de ejecución y administración del fideicomiso. A continuación detallaremos lo establecido en la Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores referente a los parámetros de inversión<sup>26</sup>:

4.1 La inversión en instrumento o valores emitidos, aceptados, avalados o garantizados por una misma entidad, no podrá exceder del veinte por ciento del activo total del fideicomiso mercantil; y la inversión en instrumentos o valores emitidos, aceptados, avalados o

---

<sup>25</sup> Codificación de las Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores, publicada en el R. O Edición Especial Nro. 1 , el 8 de marzo del 2007, artículo 6, Sección II, Capítulo I, Título V

<sup>26</sup> Codificación de las Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores, publicada en el R. O Edición Especial Nro. 1, el 8 de marzo del 2007, Numeral 4.1 hasta 4.4, Art. 17, Sección IV, Capítulo I, Título V.

garantizados por empresas vinculadas, no podrá exceder del treinta por ciento del patrimonio de ese fideicomiso mercantil.

4.2 La inversión en el conjunto de instrumentos emitidos, aceptados, avalados o garantizados por compañías o empresas vinculadas a la fiduciaria, no podrá exceder del quince por ciento del patrimonio del fideicomiso.

Se exceptúa de estos límites, las inversiones en valores emitidos por el Banco Central del Ecuador y el Ministerio de Economía y Finanzas.

4.3 En el caso de inversiones en acciones de sociedades anónimas inscritas en el Registro del Mercado de Valores, el fideicomiso mercantil no podrá poseer más del quince por ciento de las acciones suscritas y pagadas por una misma sociedad; y, el conjunto de inversiones en valores emitidos o garantizados por una misma sociedad de este tipo, no podrá exceder del quince por ciento del activo total de dicha emisora.

4.4 Tratándose de inversiones en acciones de sociedades de capital no inscritas en el Registro del Mercado de Valores, el fideicomiso mercantil no podrá poseer más del treinta por ciento de las acciones suscritas y pagadas de dicha sociedad; el conjunto de inversiones en valores emitidos o garantizados por una misma sociedad de este tipo, no podrá ser superior al treinta por ciento del activo total de dicha emisora.

Cuando un tercero se adhiera a un fideicomiso de inversión se deberá tomar en consideración lo establecido en la Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores<sup>27</sup>, referente a los Contratos de adhesión, y a las formalidades que se deben cumplir de ser el caso.

---

<sup>27</sup> Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, publicada en el R. O Edición Especial Nro. 1 , el 8 de marzo del 2007, artículo 20, Sección IV, Capítulo I, Título V.

A continuación se efectuará un análisis comparativo con los fondos de inversión para diferenciarlos con los fideicomisos de inversión. La Ley de Mercado de Valores en su Art. 75 define a los fondos de inversión<sup>28</sup>

Fondo de inversión es el patrimonio común, integrado por aportes de varios inversionistas, personas naturales o jurídicas y, las asociaciones de empleados legalmente reconocidas, para su inversión en los valores, bienes y demás activos que esta Ley permite, correspondiendo la gestión del mismo a una compañía administradora de fondos y fideicomisos, la que actuará por cuenta y riesgo de sus aportes o partícipes.

Los aportes quedarán expresados, para el caso de los fondos administrados, en unidades de participación, de igual valor y características, teniendo el carácter de no negociables. En el caso de los fondos colectivos, los aportes se expresarán en cuotas, que son valores negociables.

Existen dos clases de fondos de inversión: 1) Fondos administrados, que admiten la incorporación de personas denominadas aportantes, cuyo retiro del fondo pueden efectuarlo en cualquier momento, pudiendo ser de uno o varios de ellos, por lo que el patrimonio variará de conformidad con el aumento o disminución de aportantes. 2) Fondos colectivos, tienen como finalidad invertir en valores de proyectos productivos específicos, estará constituido por los aportes efectuados por los constituyentes dentro de un proceso de oferta pública.

Los fideicomisos de inversión son contratos que se suscriben por escritura pública entre el o los constituyentes y la fiduciaria para que esta última efectúe inversiones a

---

<sup>28</sup> Codificación de la Ley de Mercado de valores, publicada en el R.O. Suplemento Nro. 215. de 22 de febrero del 2006, artículo 75 y ss

nombre del fideicomiso y así obtener los beneficios pretendidos. De conformidad con lo establecido en la Ley y Codificación de Resoluciones Expedidas por el C.N.V., debe establecerse las políticas de inversión, caso contrario se tomará en consideración las políticas establecidas por el constituyente de conformidad con la Codificación<sup>29</sup>.

En tanto que en un fondo de inversión su constitución y estructura es compleja, como lo establece la Ley de Mercado de Valores y la Codificación de Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores. Se constituirán también por escritura pública, en su denominación deberá incluirse la expresión "Fondo de Inversión Administrado", contendrá un reglamento interno del fondo el mismo que se sujetará a lo establecido en las normas antes citadas, la Superintendencia de Compañías autorizará su funcionamiento mediante la expedición de una Resolución. Para efectuar las inversiones del fondo debe existir un Comité quedando a criterio de este las inversiones que efectuará el fondo, sin pedir consentimiento alguno a los partícipes para efectuar las mismas. Los aportes de los partícipes en caso de fondos administrados estarán reflejados en unidades de participación, en tanto que en los fondos colectivos se expresaran en cuotas. Las normas establecen que los partícipes deberán recibir mensualmente un estado de cuenta donde consten: beneficios, inversiones efectuadas entre otros aspectos. Para incorporarse un partícipe al fondo debe suscribir un contrato de incorporación, documento mediante el cual el partícipe acepta las condiciones del fondo y del reglamento.

##### **5.- De procesos de titularización**

---

<sup>29</sup> Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, publicada en el R. O Edición Especial Nro. 1 , el 8 de marzo del 2007, artículo 17, Sección IV, Capítulo I, Título V.

Según la Ley de Mercado<sup>30</sup> establece: " Es el proceso mediante el cual se emiten valores susceptibles de ser colocados y negociados libremente en el mercado bursátil, emitidos con cargo a un patrimonio autónomo. Los valores que se emitan como consecuencia de procesos de titularización constituyen valores en los términos de la presente ley. No se podrán promocionar o realizar ofertas públicas de derechos fiduciarios sin haber cumplido previamente los requisitos establecidos por esta Ley para los procesos de titularización". A través de la titularización es posible transformar en efectivo activos fijos o de lenta rotación, o flujos cuyo ingreso se espera, a través de la emisión y colocación en el mercado, con respaldo de un patrimonio autónomo

En un proceso de titularización deben existir: 1) Originador, es una o varias personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, mixtas de derecho privado con finalidad social o pública, nacionales o extranjeras o entidades dotadas de personalidad jurídica, propietarios de activos o derechos sobre flujos susceptibles de ser titularizados. 2) Agente de manejo, deberá ser una sociedad administradora de fondos y fideicomisos que desempeñará las funciones establecidas en el contrato de fideicomiso, obtener las autorizaciones que se requieran para procesos de titularización, recibir del originador los activos a ser titularizados, emitir y colocar los valores respaldados con el patrimonio a través de una oferta pública, administrar los activos que conforman el patrimonio, entre otras funciones. 3) Inversionistas, son las personas que adquieren e invierten los valores emitidos. 4) Comité de vigilancia, estará compuesto por lo menos tres miembros de los tenedores de los títulos.

En la Ley de Mercado de Valores se establece los conceptos básicos para iniciar un proceso de titularización, en tanto que en la Codificación de Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores encontramos las disposiciones reglamentarias para su

---

<sup>30</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, publicada en el R.O , Suplemento Nro. 215, de 22 de febrero del 2006, artículo 138

aplicación. En la actualidad hay empresas y compañías que han dejado de acudir a los intermediarios financieros para demandar recursos de los inversionistas institucionales y de personas particulares, para atender de esta manera los requerimientos de capital que su empresa requiere.

## 1.7 FINALIDADES

Debemos indicar que este punto tiene estrecha relación con la clasificación de los negocios fiduciarios, ya que depende de las necesidades del fideicomitente o constituyente para plantear los objetivos y la administración del negocio fiduciario y así obtener una finalidad determinada, la misma que puede ser en beneficio del mismo constituyente o de un tercero distinto a él.

No obstante, dada la versatilidad y variadas aplicaciones del fideicomiso mercantil, y al ser administrados por entes de un elevado profesionalismo y responsabilidad, las fiduciarias deberán mantener con su cliente, una relación que les permita plasmar en normas y disposiciones los requerimientos que el constituyente pretende obtener, todo esto dependiendo de una administración fiduciaria que maneje el negocio con un interés ajeno, donde adquirió deberes y obligaciones tendientes al mejor desarrollo de su cometido, y cuyo incumplimiento le puede acarrear una serie de consecuencias, como es la sustitución fiduciaria de conformidad con lo establecido en la Codificación de la Ley de Mercado de Valores<sup>31</sup>, en concordancia con lo establecido en el artículo 125,<sup>32</sup> de la Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores.

El fiduciario por ser el profesional en la materia deberá ejecutar todas las acciones necesarias para que el objeto del fideicomiso se cumpla, claro está dependiendo de la

---

<sup>31</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, publicada en el R.O , Suplemento Nro. 215, de 22 de febrero del 2006, artículo 133

<sup>32</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, Suplemento del R.O. 215, de 22 de febrero del 2006, artículo 125

modalidad de fideicomiso que se trate, así por ejemplo si es un fideicomiso inmobiliario con adherentes, deberá proceder entre otras obligaciones con la inscripción del fideicomiso en el Registro de la Propiedad., valoración del bien inmueble transferido al patrimonio autónomo, por parte de los constituyentes por el valor real del bien, para evitar situaciones de conflicto a futuro; estar pendiente de que el punto de equilibrio (permisos municipales, jurídicos y contables) se cumplan e iniciar inmediatamente con la construcción del proyecto inmobiliario.

Es importante anotar que habrá tantas finalidades como cuantas modalidades de fideicomisos están, sin ser un limitante la clasificación de negocios fiduciarios que hemos anotado anteriormente.

Para constituir un fideicomiso mercantil se debe aplicar lo establecido en la Codificación de la Ley de Mercado de Valores<sup>33</sup>, referente al contenido básico del contrato, y guardar concordancia con lo dispuesto en la Codificación de las Resoluciones expedidas por el C.N.V<sup>34</sup>, sobre elementos fundamentales de los contratos de negocios fiduciarios.

---

<sup>33</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, publicada en el R. O. Suplemento Nro. 215, de 22 de febrero del 2006, artículo 120.

<sup>34</sup> Codificación de Resoluciones expedidas por el C. N. V., publicada en el R. O. Edición Especial Nro. 1, de 8 de marzo del 2007, Art. 4, Capítulo I, Título V.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS Y FIDEICOMISOS.

#### 2.1 CONSTITUCIÓN

Para constituir una compañía Administradoras de Fondos y Fideicomisos, deberá tomarse en cuenta varios parámetros que establece la Ley de Mercado y su normativa complementaria. El artículo 98<sup>35</sup>, dispone que para constituir una Administradora de Fondos que tenga como objeto social el de administrar fondos de inversión o representante de fondos de inversión, se requiere un capital suscrito y pagado mínimo de DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (USD 262.890). Igual capital mínimo se requiere para constituir una Administradora de Fondos y Fideicomisos cuyo único objeto social la actividad fiduciaria y participen en procesos de titularización.

La Administradora puede dedicarse tanto a administrar fondos de inversión y fideicomisos como el participar en procesos de titularización, y requiere de un capital suscrito y pagado adicional mencionado en el inciso anterior incrementado por lo menos CIENTO TREINTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD 131.445) y una autorización adicional por parte de la Superintendencia de Compañías.

Una vez establecido el capital mínimo que debe integrarse para constituir una compañía Administradora de Fondos y Fideicomisos, las acciones son nominativas, las mismas que circularán por cesión cambiaria inscrita en el registro del emisor.

---

<sup>35</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, publicada en el R. O. Suplemento Nro. 215, de 22 de febrero del 2006, artículo 97 y ss

Con respecto a los fondos y negocios fiduciarios administrados, cada uno será considerado como un patrimonio independiente de su administradora, que contará con una contabilidad separada de otros fondos y negocios fiduciarios, estarán sujetos a una auditoría externa de acuerdo con las normas aplicables para el caso de conformidad con la Ley y sus Reglamentos.

Las compañías administradores de fondos y fideicomisos no podrán realizar ninguna otra actividad, ni contar con la autorización de funcionamiento por parte de la Superintendencia de Compañías, Órgano Rector de estas compañías, mientras no se hayan cumplido previamente con los requisitos de capital y con lo previsto en el Manual Orgánico Funcional, el Reglamento Operativo Interno y Sistema Tecnológico y Manual Orgánico y de Procedimientos del Comité de Inversiones, los mismos que deberán ser verificados por la entidad de Control. Deberá tomarse lo establecido en la Título I, Subtítulo III, referente a los Inversionistas Institucionales<sup>36</sup>.

## 2.2 RESPONSABILIDADES

De conformidad con nuestra normativa, se ha establecido de una manera clara y determinante las obligaciones que las Administradoras de Fondos y Fideicomisos, deben cumplir frente al manejo del negocio fiduciario encargado por parte del o los constituyentes, esta administración deberá ser manejada con interés ajeno, así lo establece el artículo 102 de la Codificación de la Ley de Mercado de Valores<sup>37</sup>:

La administradora está obligada a proporcionar a los negocios fiduciarios, los servicios administrativos que éstos requieran, tales como la cobranza de sus ingresos, presentación de

---

<sup>36</sup> Codificación de las Resoluciones expedidas por el C.N.V., Edición Especial No.1 publicada el 8 de marzo del 2007

<sup>37</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores , Suplemento del R.O. No. 215 de 22 de febrero del 2006, artículo 102.

informes periódicos que demuestren su estado y comportamiento actual y, en general, la provisión de un servicio técnico para la buena administración del negocio fiduciario. La administradora gestionará cada fideicomiso, atendiendo exclusivamente a la mejor conveniencia de éste. Todas y cada una de las operaciones que efectúe por cuenta del mismo, se harán en el mejor interés del fideicomiso.

Sin perjuicio de las responsabilidades penales, son infracciones administrativas las operaciones realizadas con los activos del fideicomiso para obtener beneficios indebidos, directos o indirectos para la administradora, sus directores o administradores y las personas relacionadas o empresas vinculadas.

La administradora deberá mantener invertido al menos el cincuenta por ciento de su capital pagado en unidades o cuotas de los fondos que administre, pero en ningún caso estas inversiones podrán exceder del treinta por ciento del patrimonio neto de cada fondo, a cuyo efecto la Superintendencia de Compañías realizara las inspecciones periódicas que sean pertinentes.

Las responsabilidades del fiduciario son de índole contractual y además legal, debido a que en el contrato suscrito por las partes se plasma la voluntad de las mismas y por ende surgen derechos y obligaciones para los contratantes, así por ejemplo, surge el derecho del fiduciario a exigir un pago u honorario por su servicio y por lo tanto responde frente al constituyente, beneficiario y terceros en caso de existirlo, debido al desempeño profesional que ha tenido la fiduciaria, ya que la suscripción del contrato es la fuente principal del fideicomiso. La fiduciaria al no cumplir con lo establecido en el contrato está faltando a su función adquirida de ser profesional y diligente no sólo frente al constituyente, beneficiario, sino también frente a terceros en caso de existirlo, teniendo éstos el derecho de efectuar los reclamos que consideren pertinentes, en primer lugar de conformidad a las cláusulas

establecidas en el contrato referente a controversias de las partes, mediación o arbitraje, o de considerarlo pertinente hasta un reclamo en la vía judicial.

Debemos indicar que el artículo antes analizado guarda concordancia con el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores, al cual lo analizaremos de una manera más sucinta cuando analicemos el tema sobre la naturaleza de las Obligaciones de las Administradoras siendo éstas de medio y no de resultado.

### **2.3 DEBERES, DERECHOS Y ATRIBUCIONES: RENDICIÓN DE CUENTAS, HECHOS RELEVANTES**

En relación a los deberes, derechos y atribuciones de las Administradoras de Fondos y Fideicomisos, éstos se enmarcan a los principios generales de los contratos, ya que, como expresamos anteriormente, el contrato suscrito por las partes es la fuente principal del fideicomiso del cual surge el derecho del fiduciario a cobrar una retribución por su servicio, incluyendo cláusulas libremente que adopten las partes en el ámbito de la autonomía de la voluntad, amparados por la Ley de Mercado de Valores como sus Reglamentos, así tenemos lo establecido en el artículo 103<sup>38</sup>

Sin perjuicio de los deberes y obligaciones que como administradora de fondos tiene esta sociedad, le corresponden en su calidad de fiduciario, además de las disposiciones contenidas en el contrato de fideicomiso mercantil, las siguientes:

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

---

<sup>38</sup> Codificación a la Ley de Mercado de Valores, publicada en el Suplemento del R.O. No. 215, de 22 de febrero del 2006, artículo 103.

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

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

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

d) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al contrato;

e) Terminar el contrato de fideicomiso mercantil o el encargo fiduciario, por el cumplimiento de las causales y efectos previstos en el contrato; y,

f) Informar a la Superintendencia de Compañías en la forma y periodicidad que mediante norma de carácter general determine el C.N.V.

Con respecto a la rendición de cuentas, y al ser el fiduciario el titular jurídico de los bienes que conforman el fideicomiso, debe efectuar una gestión encaminada a obtener la finalidad deseada por el constituyente, y en vista que el negocio se circunscribe para los fines deseados, el fiduciario debe rendir cumplida y oportunamente cuenta sobre las gestiones que realiza, de una manera transparente, veraz y oportuna.

En el artículo 128<sup>39</sup> encontramos disposiciones referentes a la rendición de cuentas, el mismo que establece, que:

La rendición de cuentas es indelegable a terceras personas u órganos del fideicomiso, por lo que corresponde al fiduciario rendir las cuentas comprobadas de sus actuaciones. Es

---

<sup>39</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, Suplemento del Registro Oficial 215, de 22 de febrero del 2006, artículo 128.

a la sociedad administradora de fondos y fideicomisos a quien le compete demostrar su cumplimiento en la labor ejecutada, de acuerdo con lo dispuesto en el contrato constitutivo y las normas de carácter general que determine el C.N.V.

El informe a ser elaborado y dado a conocer al constituyente como al beneficiario según lo establecido en la Ley de Mercado de Valores, debe comprender proporción de información completa y fidedigna sobre ciertas operaciones de inversión o el recibo de frutos derivados de las mismas, sobre movimientos contables de los bienes en su poder; además los ingresos y egresos producidos durante el lapso correspondiente y la suma o bienes con que cuenta el fideicomiso, así como todos sus pasivos.

Si bien el artículo 128 de la Ley de Mercado de Valores establece como obligación del fiduciario rendir cuentas, existen otros artículos que guardan concordancia con esta disposición, como los establecidos en el Título V, Capítulo I, Sección IV, los artículos 14, 15 y 16<sup>40</sup> referentes a la periodicidad, forma, contenido y tipo de fideicomiso de la rendición de cuentas y que el incumplimiento de esta normativa implica un incumplimiento del encargo efectuado a través del contrato suscrito por las partes. Adicionalmente, consta como un derecho del constituyente en el artículo 126 literal c) <sup>41</sup> "Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta el C.N.V., sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales"; es decir, que la fiduciaria tiene la obligación de presentar la rendición de cuentas del desarrollo del fideicomiso al constituyente, la misma que su remisión deberá ser periódica.

---

<sup>40</sup> Codificación de las Resoluciones Expedidas por el CNV, publicada en el R. O. Edición Especial No. 1, de 8 de marzo del 2007

<sup>41</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, Suplemento del Registro Oficial 215, de 22 de febrero del 2006, artículo 126 literal c).

En cuanto a los hechos relevantes, en la Ley de Mercado de Valores existen dos artículos que hablan sobre el particular que a continuación se transcriben, para proceder al análisis correspondiente:

Artículo 25.- De los hechos relevantes.- Las entidades registradas deberán divulgar en forma veraz, completa, suficiente y oportuna todo hecho o información relevante respecto de ellas, que pudieren afectar positiva o negativamente su situación jurídica, económica o su posición financiera o la de sus valores en el mercado, cuando éstos se encuentren inscritos en el Registro del Mercado de Valores.

Se entenderá por hecho relevante todo aquél que por su importancia afecte a un emisor o a sus empresas vinculadas, de forma tal que influya o pueda influir en la decisión de invertir en valores emitidos por él o que pueda alterar el precio de sus valores en el mercado.

El hecho material o relevante no necesariamente debe corresponder a una decisión adoptada en términos formales por parte de los órganos sociales de los emisores, de las instituciones que intervienen en el mercado de valores o de las personas que actúan en él, sino que es todo evento que conduce o puede conducir a las situaciones señaladas en este artículo.

El C.N.V. reglamentará mediante normas de carácter general la aplicación de este artículo.

Artículo 130.- Remisión de información a la Superintendencia de Compañías.- Los aspectos contables y financieros de la rendición comprobada de cuentas deben guardar armonía con la información que tiene que presentar el fiduciario a la Superintendencia de Compañías, respecto de aquellas situaciones que afecten de manera importante el estado general del fideicomiso mercantil o encargo fiduciario y, los correctivos a las medidas que se adoptarán para continuar el curso normal del fideicomiso mercantil o encargo fiduciario.

Igualmente, el representante legal de las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos deberá informar a la Superintendencia de Compañías los hechos o situaciones que impidan el normal desarrollo del negocio fiduciario y que retarden o puedan retardar de manera sustancial su ejecución y/o terminación, de suerte que comprometan seriamente la obtención

de los objetivos perseguidos. Dicho aviso deberá darse a más tardar dentro de los quince días siguientes a la ocurrencia del hecho o a la fecha en que tuvo o debió tener conocimiento del mismo.

El C.N.V., normará la forma y contenido de los informes sobre rendición de cuentas que deberán ser presentados a la Superintendencia de Compañías.

De lo anotado, podemos colegir que los entes inscritos en el Registro del Mercado de Valores, deben informar a su Organismo de Control (Superintendencia de Compañías), cualquier hecho jurídico, económico o financiero que afecte su posicionamiento en el mercado de valores; y, de igual manera, comunicar cualquier hecho que afecte al negocio fiduciario (fideicomiso o encargo), dentro de los 15 días siguientes, de ocurrido.

Sobre este mismo tema, en el Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, en el Título I Capítulo II, hay disposiciones que obligan a los participantes del Mercado comunicar los hechos relevantes con periodicidad e informar adicionalmente los hechos que influyan económica, financiera y jurídicamente al partícipe. Para que esta información al ser enviada a la Superintendencia de Compañías, sea procesada de una manera eficiente y oportuna, debe ser registrada en fichas registrales diseñadas para el efecto.

## **2.4 NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES QUE CONTRAEN: DE MEDIO Y NO DE RESULTADOS**

El artículo 125<sup>42</sup> inciso segundo, guarda concordancia con el citado artículo 102, estableciendo:

---

<sup>42</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, publicada Suplemento del Registro Oficial No. 215 de 22 de febrero del 2006, artículo 125 segundo inciso.

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

Según el artículo 29<sup>43</sup> del Código Civil se distingue tres tipos de culpa o descuido, entre la que consta la prevista en la Ley de Mercado de Valores, *culpa leve* referente al manejo fiduciario, así el Código Civil establece:

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.

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 de diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.

El artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores establece que las obligaciones que asume el Fiduciario son de medio y no de resultado, por lo cual podemos definir a las

---

<sup>43</sup> Codificación del Código Civil R.O. No. 46 de 24 de junio del 2005, artículo 29

primeras como aquellas en que el fiduciario promete que en su actividad, se puede lograr el resultado esperado por el constituyente o beneficiario, pero su obtención no está garantizada por la fiduciaria; mientras, que son obligaciones de resultado aquellas en las que el prestador de un servicio promete un resultado u objetivo determinado, obligación que por mandato de la Ley, no asume el fiduciario.

Cada vez que la obligación incumplida pertenezca a las de medio, el no alcanzar el resultado esperado no implica que se presuma la culpa del fiduciario. Es necesario juzgar la conducta de la fiduciaria y comparar lo que ha hecho con lo que hubiera podido hacer. Por lo tanto, la fiduciaria responde de la culpa leve, o sea, de la que se opone a la conducta del buen padre de familia.

En estas obligaciones generales de prudencia y diligencia, la fiduciaria se ha comprometido a poner toda diligencia necesaria y a tomar todas las precauciones racionales para llegar a un determinado resultado, que puede no ser alcanzado, a pesar de que ésta ha cumplido con sus deberes de prudencia y diligencia. En estas obligaciones no hay inejecución por el solo hecho de no haber sido alcanzado el resultado propuesto, solo hay inejecución y, por lo tanto, culpa cuando la fiduciaria ha faltado a su obligación de ser prudente y diligente.

Sergio Rodríguez Azuero, en su obra "La Responsabilidad del Fiduciario"<sup>44</sup>, ha considerado que las obligaciones del fiduciario son de medio y no de resultado, estableciendo además el criterio de otros autores:

---

<sup>44</sup> Sergio Rodríguez Azuero, *La Responsabilidad del Fiduciario*, Medellín-Colombia, Biblioteca Jurídica Diké, 1997, pág. 36.

...Acogiendo el aporte doctrinario del jurista Francés René Demogue sobre el particular, se ha considerado que en este caso, y en general, en la posición de buena parte de los gestores de intereses ajenos, la obligación se traduce en la realización de los mejores esfuerzos profesionales enderezados a obtener un resultado, pero sin que tal carga suponga el compromiso de obtenerlo. Y se ha ilustrado con frecuencia y a veces poca imaginación el tema, recordando bien cómo ese sería el caso de los médicos que al recomendar y asumir el compromiso de intervenir quirúrgicamente a un paciente, se comprometen a poner lo mejor de su *expertise* pero no pueden garantizar el resultado de la operación o el de los abogados que al aceptar la representación judicial se obligan a hacer lo propio, sin poderle garantizar al cliente el resultado del litigio.

Sobre el profesionalismo del fiduciario, que a más de los deberes de prudencia y diligencia descritos anteriormente, hay que incluir entre otras exigencias especiales, la habilidad para manejar los negocios encomendados, es decir que éste ejecute habitualmente la actividad de manejar los negocios fiduciarios con destreza. Por lo tanto, los fiduciarios que reúnan las particularidades de habilidad y habitualidad tienen mayor capacidad de manejar el compromiso adquirido, generando a los constituyentes y terceros confianza en lo ejecutado.

Silvio V. Lisoprawski<sup>45</sup> en relación al fiduciario profesional, manifiesta que la carencia de conocimiento por parte del fiduciario incrementa su responsabilidad frente al negocio encomendado, al respecto expresa: "Se sostiene que existe una superioridad del profesional respecto del profano en las relaciones contractuales, lo que agrava la responsabilidad de aquél".

---

<sup>45</sup> Silvio V. Lisoprawski, *Tratado de Fideicomiso*, Buenos Aires-Argentina, Encuadernación Latinoamérica S.R.L., 2004, pág. 311.

## 2.5 PROHIBICIONES

En el artículo 105<sup>46</sup>, encontramos parámetros para aplicación de las Administradoras de Fondos y Fideicomisos, referente a las actividades que les está prohibido realizar, a saber:

1. Como administradoras de fondos les está prohibido:
  - a) Adquirir, enajenar o mezclar activos de un fondo con los suyos propios;
  - b) Mezclar activos de un fondo con los de otros fondos;
  - c) Realizar operaciones entre fondos y fideicomisos de una misma administradora fuera de bolsa;
  - d) Garantizar un resultado, rendimiento o tasa de retorno;
  - e) Traspasar valores de su propiedad o de su propia emisión entre los distintos fondos que administre;
  - f) Dar o tomar dinero a cualquier título a, o de los fondos que administre o entregar éstos en garantía;
  - g) Emitir obligaciones y recibir depósitos en dinero;
  - h) Participar de manera alguna en la administración, asesoramiento, dirección o cualquier otra función que no sea la de accionista en aquellas compañías en que un fondo mantenga inversiones; e,
  - i) Ser accionista de una casa de valores, administradoras de fondos de inversión y fideicomisos, calificadoras de riesgo, auditoras externas y demás empresas vinculadas a la propia administradora de fondos de inversión.
- 2.- Además en calidad de fiduciarios no deberán:
  - a) Avalar, afianzar o garantizar el pago de beneficios o rendimientos fijos en función de los bienes que administra; no obstante, conforme a la naturaleza del fideicomiso mercantil, podrán estimarse rendimientos o beneficios variables o fijos no garantizados dejando constancia siempre que las obligaciones del fiduciario son de medio y no de resultado; y,

---

<sup>46</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, publicada Suplemento del Registro Oficial No. 215 de 22 de febrero del 2006, artículo 105.

b) La fiduciaria durante la vigencia del contrato de fideicomiso mercantil o del encargo fiduciario, no permitirá que el beneficiario se apropie de los bienes que él mismo o la sociedad administradora de fondos y fideicomisos administre de acuerdo a lo estipulado en el fideicomiso.

Además de las prohibiciones señaladas anteriormente, las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos no podrán dedicarse a las actividades asignadas en la presente Ley a las casas de valores.

De lo transcrito se puede anotar, que en el ordinal 1, existen restricciones para las Administradoras de Fondos y Fideicomisos desde el punto de visto societario, evitando así que los activos de la compañía no se mezclen con los activos producto del manejo del negocio, en tanto que en el numeral 2 se enmarca dentro del manejo del negocio por parte de la administradora de fondos, normando tópicos como: garantizar rendimientos, la administración es de medio y no de resultado, precautelar los beneficios a obtener en el desarrollo del negocio fiduciario los mismos que serán entregados a quien conste como beneficiario en el contrato.

## **2.6 HONORARIOS**

El pago de honorarios se efectúa por la contraprestación de un servicio que da una persona y que adquiere otra, enmarcándolo así al negocio fiduciario, en el cual el constituyente adquiere un servicio *administración del fideicomiso*, y el fiduciario ofrece sus servicios de una persona no entendida en el negocio, capaz de ofrecer a éste, *profesionalismo y debida diligencia*, en el manejo de sus negocios.

Hay que establecer como la primera obligación del constituyente, pagar una remuneración al fiduciario, dentro del principio de que el encargo es remunerado. Esta actividad fiduciaria debe ser considerada como cualquier negocio que supone una gestión de

administración por parte del fiduciario, por lo que la forma de remuneración debe estar determinada de manera expresa en el contrato de constitución.

De conformidad con el artículo 120<sup>47</sup>, que habla del contenido básico del contrato de constitución del fideicomiso en el literal e) establece: "Las remuneraciones a las que tenga derecho el fiduciario por la aceptación y desempeño de su gestión". Guarda también relación lo establecido en el artículo 132<sup>48</sup> que indica: "Remuneración del fiduciario.- La actuación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos será siempre remunerada y constará en el contrato de fideicomiso mercantil."

## **2.7 RENUNCIA Y SUSTITUCIÓN FIDUCIARIA**

En caso de renuncia y sustitución fiduciaria, estos temas deben constar claramente detallados en el contrato de constitución del fideicomiso. Es verdad que la Ley no habla de un procedimiento a seguir sobre este particular, pero sí imparte parámetros para detallar en los contratos de constitución de fideicomiso, de manera clara y precisa las causas en las que pueden llevarse a cabo la renuncia y sustitución por parte de la fiduciaria en el negocio fiduciario, en cuyo texto deben constar entre otras facultades: las obligaciones y responsabilidades de la fiduciaria, la liquidación de sus haberes, de modo que el proceso de transición de darse una sustitución o renuncia se proteja de manera diligente y adecuada los intereses del fideicomiso y de los terceros.

De conformidad con el artículo 131<sup>49</sup> en concordancia con el Artículo 17 Codificación de la Resoluciones expedidas por el C.N.V. Título II, Subtítulo III, Sección III, artículo 17,

---

<sup>47</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, publicada Suplemento del Registro Oficial No. 215 de 22 de febrero del 2006, artículo 120.

<sup>48</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, publicada Suplemento del Registro Oficial No. 215 de 22 de febrero del 2006, artículo 132.

<sup>49</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, publicada Suplemento del Registro Oficial No. 215 de 22 de febrero del 2006, artículo 131.

establecen las posibilidades en que la fiduciaria podrá presentar la renuncia a su administración, pero siempre tomando en consideración que no cause perjuicio al constituyente ni a terceros. Adicionalmente lo establecido en el artículo 131, en caso de acuerdo de las partes, la Superintendencia de Compañías proporcionará su autorización:

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

- a) Que el beneficiario no pueda o se niegue a recibir los beneficios de conformidad con el contrato, salvo que hubiere recibido instrucciones del constituyente de efectuar pago por consignación siempre a costa del constituyente; y,
- b) La falta de pago de la remuneración pactada por la gestión del fiduciario. A menos que hubiere acuerdo entre las partes, el fiduciario para renunciar requerirá autorización previa del Superintendente de Compañías quien en atención a las disposiciones del contrato podrá resolver la entrega física de los bienes del patrimonio autónomo al constituyente o a quien tenga derecho a ellos o al fiduciario sustituto previsto en el contrato, al que designe el beneficiario o al que el Superintendente de Compañías designe, según el caso.

Al hablar de sustitución fiduciaria a más la disposición prevista en la Ley de Mercado de Valores, existe otra en la Codificación de la Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, Título II, Subtítulo III, Sección III, artículo 18, los mismos que establecen de manera clara cuándo procede la sustitución fiduciaria, y como deberá operar, para lo cual el constituyente deberá tener el asesoramiento profesional por parte del fiduciario, para que en el desarrollo del fideicomiso al presentarse estas situaciones no existan contratiempos en su

aplicación, y el fiduciario efectúe el traspaso de los bienes de conformidad con su naturaleza, cumpliendo con el objeto del fideicomiso, así el artículo 133<sup>50</sup> establece:

Sustitución de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos.- En caso de que el fiduciario sea sustituido por las causales previstas en el contrato o en la ley, los bienes que conforman el fideicomiso mercantil deberán ser entregados físicamente al sustituto en los mismos términos determinados en el contrato de constitución.

El fiduciario sustituto no es responsable de los actos de su predecesor.

El C.N.V., dictará por resolución de carácter general las normas reglamentarias relativas a la sustitución fiduciaria.

---

<sup>50</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, publicada Suplemento del Registro Oficial No. 215 de 22 de febrero del 2006, artículo 133.

## CAPITULO TERCERO

### RESPONSABILIDADES DE LA COMPAÑIA ADMINISTRADORA FRENTE AL NEGOCIO FIDUCIARIO

#### 3.1 ALCANCE DE LAS RESPONSABILIDADES Y OBLIGACIONES EN EL MANEJO FIDUCIARIO

El artículo 125 inciso segundo de la Codificación de la Ley de Mercado de Valores determina las responsabilidades del fiduciario, guardando concordancia con lo establecido en Título V Capítulo I, Sección I artículo 5<sup>51</sup>, que establecen, que el fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, porque es de medio y no de resultado, ya que el fiduciario tiene obligación de poner su máxima capacidad y esfuerzo en la obtención de la finalidad prevista en el contrato suscrito con el constituyente.

En términos generales, las legislaciones latinoamericanas exigen al fiduciario el comportamiento similar al de un buen padre de familia en la administración y manejo de los bienes que se le confían, de manera que es responsable en su gestión hasta la culpa leve. Es importante anotar la naturaleza de la actuación fiduciaria, que tiene su fundamento e inicio en el contrato de constitución de fideicomiso, en donde el fiduciario asume las responsabilidades de administrar prudente y diligentemente los bienes, derechos, créditos, obligaciones y contingentes que existen o se esperan que existan, transferidos en fideicomiso mercantil, para lo cual el fiduciario realizará el mejor esfuerzo posible para la consecución de las finalidades establecidas por el constituyente, destacando que sus obligaciones son de medio y no de resultado; sin embargo, de conformidad con el artículo 105 literal d) de la Ley de Mercado de Valores, está prohibido a las Administradoras de Fondos y

---

<sup>51</sup> Codificación de las Resoluciones Expedidas por el C.N.V., publicada en el R.O. Edición Especial No. 1, de 8 de marzo del 2007.

Fideicomisos “garantizar un resultado, rendimiento o tasa de retorno”, es decir, que a pesar de todo el esfuerzo y manejo profesional que efectúe el fiduciario le está prohibido garantizar rendimientos en el desarrollo del fideicomiso, esto guarda concordancia con lo establecido en el artículo 105, numeral 2, literal a), íbidem:

Además en calidad de fiduciarios no deberán:

- a) Avalar, afianzar o garantizar el pago de beneficios o rendimientos fijos en función de los bienes que administra; no obstante, conforme a la naturaleza del fideicomiso mercantil, podrán estimarse rendimientos o beneficios variables o fijos no garantizados dejando constancia siempre que las obligaciones del fiduciario son de medio y no de resultado.

Como ejemplo se puede anotar la similitud que existe con las obligaciones de los médicos u otros profesionales cuando se hace uso de sus servicios. Estos procurarán poner en el desempeño de su actividad profesional, su talento, experticia, sus mejores esfuerzos, sus cuidados, en vista de procurar un buen resultado, pero sin garantizar que efectivamente el resultado sea el deseado por parte del paciente, pero él, como profesional en su materia, empleó todos los medios y herramientas posibles para satisfacer las expectativas de su cliente.

El autor colombiano Sergio Rodríguez de Azuero<sup>52</sup>, sobre el tema manifiesta: Difícilmente puede encontrarse un contrato que permita ilustrar, de manera más cabal la evolución de la noción de la contraprestación profesional, de las obligaciones derivadas y de los temas de responsabilidad consiguientes, que el de fiducia. En efecto, el fiduciario, es ante todo un gestor profesional de intereses ajenos por lo que se predicen de su conducta todas las exigencias que analizamos.

---

<sup>52</sup> Sergio Rodríguez de Azuero, *Contratos Bancarios*, Bogotá, LEGIS, 2004, pág. 72

Adicionalmente, el mismo autor en su obra *La Responsabilidad del Fiduciario*<sup>53</sup> al hablar de la responsabilidad de los profesionales expresa: ...ha hecho énfasis en que su condición de tales, su particular conocimiento de los negocios que ofrecen a un mercado, los obliga a actuar con un cuidado excepcional por cuanto, de por medio está el *expertice* con el cual asumen, en forma competente, la prestación de sus servicios. ¿Cómo podría entenderse, entonces, que justamente en el mundo mercantil, aquellos interlocutores llamados por sus condiciones y calidades de actuar de manera más eficiente, se sustraigan de asumir la carga de conducta que, el derecho civil espera de *"...un hombre juicioso que emplea en la administración de sus negocios importantes..."*

La Administradora de Fondos y Fideicomisos para cumplir con lo establecido en el contrato de constitución del fideicomiso y para dar cumplimiento con sus responsabilidades y obligaciones asumidas, de administrar los bienes transferidos al patrimonio autónomo de una manera prudente y diligente, podrá en los términos previstos en la letra a) del artículo 103 de la Ley de Mercado de Valores "... celebrar todos los actos y contratos necesarios para la consecución de las finalidades instituidas por el constituyente", es decir que para dar cumplimiento a sus obligaciones, podrá suscribir los contratos que ella considere necesario para cumplir con la finalidad del fideicomiso, pero debe entenderse que esta facultad debe enmarcarse siempre a lo suscrito en el contrato y al objetivo del mismo, porque no procedería actuaciones por parte del fiduciario que no tengan fundamento en el negocio que está administrando. Sin embargo, en la práctica se presentan dificultades sobre las decisiones de administración que debe tomar el fiduciario, para lo cual existen entes que pueden incluirse en el contrato del fideicomiso que actúan en el interior del mismo, conformado por los

---

<sup>53</sup> Sergio Rodríguez de Azuero, *La Responsabilidad del Fiduciario*, Medellín, Editora Jurídica, 1997, pág.46

constituyentes, constituyentes adherentes, que tienen poder de decisión en la administración fiduciaria; y adicionalmente está conformado por un miembro de la Administradora de Fondos y Fideicomisos, teniendo participación sin voto, pudiendo tomar decisiones y ser ejecutadas por el fiduciario, teniendo a la Junta del Fideicomiso, Comités, entre otros cuerpos colegiados, así lo consta en el Título V, Capítulo I, Sección I, artículo 4 numeral 8<sup>54</sup>, con lo cual se está eliminando riesgo para que la fiduciaria tome sus decisiones independientemente de las responsabilidades asumidas.

### **3.2 FRENTE AL PATRIMONIO AUTÓNOMO**

Siendo la Ley de Mercado de Valores la normativa aplicable para el fideicomiso mercantil, en su artículo 109 establece, entre otros parámetros: de la manera clara cómo se constituye, en qué consiste, la transferencia de los bienes, quién es su representante legal, quiénes deberán ejecutar con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, siendo las Administradoras de Fondos y Fideicomisos sociedades especializadas y profesionales constituidas para desempeñar el manejo de este negocio.

De conformidad con el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores inciso segundo<sup>55</sup>, se establece el concepto de patrimonio autónomo:

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

---

<sup>54</sup> Codificación de las Resoluciones Expedidas por el C.N.V., publicada en el R.O. Edición Especial No. 1, de 8 de marzo del 2007.

<sup>55</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, publicada en el R.O. de febrero del 2006

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.

El concepto de patrimonio autónomo es sinónimo de fideicomiso mercantil, y el representante legal para ejercer todas las acciones concernientes para el buen desarrollo de este, es el fiduciario o Administradoras de Fondos y Fideicomisos, interviniendo con todos los derechos y atribuciones que correspondan al fideicomiso mercantil como sujeto procesal de manera activa o pasiva ante autoridad competente en toda clase de procesos, administrativos o judiciales a fin de proteger los bienes que integran el patrimonio autónomo, así también, el fiduciario exigirá el pago de los créditos, en caso de existir, a favor del patrimonio autónomo, todas estas actuaciones deberá realizar el fiduciario a fin de lograr las finalidades pretendidas por el constituyente.

### **3.3 FRENTE AL CONSTITUYENTE**

El artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores, establece quiénes pueden actuar como constituyentes: 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*. La Administradora de Fondos y Fideicomisos adquiere obligaciones y responsabilidades frente al constituyente, desde la suscripción del contrato de constitución del fideicomiso, en el cual comparecen el o los constituyentes y el fiduciario o Administradora de Fondos y Fideicomisos, estableciéndose en el contrato

cláusulas relacionadas al manejo que deberá efectuar el fiduciario para el desarrollo del encargo propuesto por el constituyente.

La Ley de Mercado de Valores, artículo 126<sup>56</sup>, establece los derechos que tiene el constituyente frente a la Administradora de Fondos y Fideicomisos, manifestándose, los siguientes:

- a) Los que consten en el contrato;
- b) Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil;
- c) Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta el C.N.V., sobre la actividad fiduciaria y las previstas en la cláusulas contractuales; y,
- d) Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa leve en el desempeño de su gestión.

### **3.4 FRENTE AL BENEFICIARIO**

Entre las facultades previstas en el contrato de constitución del fideicomiso, por parte del constituyente está la de designar uno o varios beneficiarios, personas a las cuales a la culminación del negocio se les proporcionará los beneficios, el fiduciario no puede garantizar rendimientos, pero sí hacer el mejor esfuerzo en su administración para obtener los mejores resultados. Los beneficiarios pueden ser 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.

---

<sup>56</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, publicada en el R.O. No. 215 de febrero de 2006, artículo 126.

En el artículo 116<sup>57</sup> de la Ley de Mercado de Valores está establecido el concepto de beneficiario, en el artículo 127<sup>58</sup>, ibídem en cambio constan los derechos del beneficiario:

Son derechos del beneficiario del fideicomiso mercantil:

- a) Los que constan en el contrato;
- b) Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil;
- c) Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta el C.N.V., sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales;
- d) Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa grave o culpa leve en el desempeño de su gestión;
- e) Impugnar los actos de disposición de bienes del fideicomiso mercantil realizados por el fiduciario en contra de las instrucciones y finalidades del fideicomiso mercantil, dentro de los términos establecidos en la Ley; y,
- f) Solicitar la sustitución del fiduciario, por las causales previstas en el contrato, así como en los casos de dolo o culpa leve en los que haya incurrido el fiduciario, conforme conste de sentencia ejecutoriada o laudo arbitral y, en el caso de disolución o liquidación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos.

### 3.5 FRENTE A TERCEROS

La Ley de Mercado de Valores, al hablar de terceros, en el artículo 123<sup>59</sup> establece:

---

<sup>57</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, publicada en el R.O. Suplemento 215 de 22 de febrero del 2006, artículo 116.

<sup>58</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, publicada en el R.O. Suplemento 215 de 22 de febrero del 2006, artículo 127.

<sup>59</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, publicada en el R.O. Suplemento 215 de 22 de febrero del 2006, artículo 123.

El contrato de fideicomiso mercantil otorgado en fraude de terceros por el constituyente, o en acuerdo fraudulento de éste con el fiduciario, podrá ser impugnado judicialmente por los interesados, mediante las correspondientes acciones de nulidad, simulación o cualquiera otra prevista en la Ley, según el caso; sin perjuicio de la acción y responsabilidad penal a la que hubiere lugar.

El constituyente, beneficiario o un tercero parte integrante del fideicomiso, que considere que en las disposiciones constantes en el contrato, así como en el desarrollo del mismo, se vean perjudicados sus derechos, estas actuaciones deberán ser comprobadas, en razón de un inadecuado manejo fiduciario, considerándose que podría existir dolo por parte del fiduciario. Los perjudicados tendrán la posibilidad de reclamar sus derechos e iniciar las acciones contractuales constantes en el contrato o iniciar las acciones civiles o penales que consideren pertinente según sea el caso, sabiendo que la Administradora de Fondos y Fideicomisos responde hasta por culpa leve, en materia civil.

En síntesis podemos afirmar que las compañías administradoras, cuando infrinjan la Ley de Mercado de Valores, sus reglamentos y normas complementarias, las resoluciones dictadas por el Consejo Nacional de Valores y, en general, las normas que regulan el mercado de valores, tienen responsabilidades civiles y administrativas, dentro de los casos y en conformidad con las disposiciones previstas en la Ley. El derecho positivo ecuatoriano no considera aún, a las personas jurídicas, como imputables de delitos, por lo tanto, éstas no pueden ser sancionadas bajo las normas del derecho penal.

Las responsabilidades civiles y administrativas deben responder las personas jurídicas y las naturales que fueren culpables de las infracciones correspondientes. Las responsabilidades penales sólo recaen sobre las personas naturales que, en su propio

nombre o a nombre de una persona jurídica, hubieren ejecutado los actos tipificados como infracciones penales.

Las administradoras de fondos y fideicomisos que, por infracciones a la Ley de Mercado de Valores, de sus reglamentos y normas complementarias expedidas por el Consejo Nacional de Valores y en general, de las demás disposiciones que regulan el mercado de valores, ocasionen daños a terceros son solidariamente responsables y en consecuencia deben indemnizar los perjuicios causados, en conformidad con el derecho común<sup>60</sup>. Esta responsabilidad civil es independiente frente a las sanciones administrativas o penales a que hubiere lugar.

La Ley de Mercado de Valores, clasifica a las infracciones administrativas en generales y particulares. Las primeras se producen por las transgresiones a la Ley, a sus reglamentos y otras normas y resoluciones complementarias y a las demás disposiciones que regulan el mercado de valores, incluidos los estatutos de las entidades sometidas a la aplicación de esta Ley, son en general infracciones administrativas que serán sancionadas por la Superintendencia de Compañías, en conformidad con la Ley y con las resoluciones que expida el C.N.V.

Respecto de las infracciones administrativas en particular, la Ley de Mercado de Valores<sup>61</sup>, puntualiza, de manera taxativa, una serie de actos que considera como

---

<sup>60</sup> Concepto desarrollado en el número 4.2, Cap. Cuarto, de esta tesis

<sup>61</sup> Art. 207.- Infracciones administrativas en particular.- En particular se considerarán como infracciones administrativas los actos siguientes:

a) Efectuar una oferta pública de valores sin cumplir los requisitos establecidos;  
b) Intermediar en la negociación de valores no inscritos en el Registro del Mercado de Valores, salvo las excepciones expresamente contempladas en la ley; c) No divulgar en forma veraz, oportuna, completa y suficiente la información que se determina en la presente Ley y en sus normas complementarias; d) No guardar la reserva establecida por la ley sobre la información privilegiada de que se disponga en razón de su cargo, función o relación con un emisor;

infracciones administrativas, respecto de las cuales, a la Superintendencia de Compañías le corresponde imponer las sanciones administrativas teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad de la infracción administrativa, para lo cual debe tomar en cuenta la magnitud del perjuicio causado, de conformidad con los valores que efectúa la misma Ley. Por ejemplo, para las infracciones leves, la sanción va desde amonestación escrita; y multa. Para las infracciones graves, va de multa, remoción del cargo o función; inhabilitación temporal hasta por tres años para ejercer las facultades que la Ley establece; suspensión temporal hasta por un año de la autorización para participar en el mercado de valores; y, reversión de la operación. Para las infracciones muy graves, la cuantía de la multa se incrementa; remoción del cargo o función; inhabilitación definitiva para ejercer las funciones que la Ley establece; suspensión temporal en el ejercicio del derecho al voto de un accionista o de su capacidad de integrar los organismos de administración y fiscalización de la compañía; o prohibición de enajenar las acciones; cancelación de la autorización para participar en el mercado de valores, lo cual implica la disolución automática de la compañía infractora; y, reversión de la operación.

- 
- e) Negociar valores sin cumplir las normas establecidas por la ley, los reglamentos y demás normas del mercado y, en especial sin someterse al procedimiento de aviso de adquisición, cuando éste es requerido;
  - f) No observar las normas de autorregulación aprobadas por las bolsas de valores o por las asociaciones gremiales que formen las entidades creadas al amparo de esta Ley;
  - g) No ejecutar las instrucciones recibidas por parte de los contratantes o comitentes para efectuar operaciones en el mercado de valores;
  - h) No someterse los administradores de las sociedades administradoras de fondos a las normas legales y reglamentarias que regulan la inversión de fondos y el fideicomiso mercantil;
  - i) No cumplir el representante de obligacionistas con los deberes que le impone la ley, los reglamentos y las resoluciones de la asamblea de obligacionistas;
  - j) Infringir las normas legales y reglamentarias que rigen para la calificación de riesgo;
  - k) No observar las normas que regulan las actividades de los depósitos centralizados de valores;
  - l) Transgredir las normas legales y reglamentarias relativas a las empresas vinculadas;
  - m) Emitir informes de auditoría externa sin ceñirse a las normas legales y reglamentarias y a los principios que regulan estos procesos;
  - n) Publicitar o difundir por cualquier medio, propaganda que pueda inducir al público a errores o confusión sobre los emisores o sobre valores en particular; y,
  - o) Utilizar prácticas monopólicas u oligopólicas en la fijación de comisiones, honorarios o tarifas.

Estas sanciones se aplicarán a las entidades y a las personas naturales según sea su participación en la infracción correspondiente. Si se tratare de decisiones adoptadas por organismos colegiados, las sanciones se aplicarán a los miembros del mismo que hubieren contribuido con su voto a la aprobación de tales decisiones.

En cuanto a la reincidencia en una misma infracción administrativa leve dentro de un período anual, o en una misma infracción administrativa grave dentro de un período de tres años, ocasionará que sea calificada en la categoría inmediata superior. La reincidencia en una infracción administrativa muy grave será sancionada con la cancelación de la inscripción en el Registro del Mercado de Valores.

## CAPÍTULO CUARTO

### RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LA COMPAÑÍA EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN FIDUCIARIA

El negocio fiduciario es eminentemente teleológico. Se constituye para obtener una finalidad legítima. Por consiguiente, el fiduciario como dueño frente a terceros o, mejor, como titular del patrimonio autónomo constituido con los bienes que se le transfieren, debe actuar frente a ellos como un gestor profesional de negocios de terceros, esto es, poner toda su capacidad y competencia al servicio y con el propósito de conseguir tal finalidad. Todo en la estructura del negocio, entonces, está enderezado a que su propósito se cumpla y no se frustrate y bajo ese principio debe actuar el fiduciario. Desde luego, fungiendo como titular puede defender esos bienes frente a terceros y actuar como señor y dueño con las limitaciones ya mencionadas.

#### 4.1 RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS

Acorde con lo anterior, hay que señalar que cuando se celebra un contrato de fideicomiso mercantil, se generan, como en todos los contratos, obligaciones y derechos para las partes intervinientes, de manera que cada uno asume el deber de cumplir con un comportamiento específico, y el derecho de exigir del otro el cumplimiento del mismo, lo que da lugar a las acciones de responsabilidad en caso de incumplimiento.

En el tema de la responsabilidad en la actividad fiduciaria, se ha presentado un gran desarrollo que ha intentado establecer una diferenciación entre los aspectos a tener en cuenta para determinar el comportamiento exigible, especialmente por parte de la entidad fiduciaria, toda vez que se entiende que es ella la que se encuentra en posición dominante y a la que se le puede exigir una mayor responsabilidad, por la naturaleza de la actividad que

realiza y por las características especiales que la misma ley establece como requisitos para poder cumplir con su función.

Recuérdese que, para poder desarrollar este tipo de actividades, que se consideran de interés público y donde está de por medio la protección de la comunidad, se debe contar con la autorización previa de la autoridad competente; la cual para otorgarse, supone, la comprobación de las condiciones de idoneidad profesional y moral requeridas para sus accionistas y administradores.

La responsabilidad entonces, que surge en todos los eventos donde se causa un daño a otro que no está en la obligación de aceptarlo, de conformidad con el contrato suscrito por las partes, encontramos en el tema del ejercicio de la actividad fiduciaria, una serie de precisiones que es necesario hacer, para poder analizar el tema ya no desde el punto de vista general, sino desde la perspectiva de la naturaleza de las obligaciones a cargo del fiduciario en su condición de gestor, para lo cual pondremos varias situaciones en las que podría determinarse responsabilidades civiles al fiduciario:

1. Obligaciones de Medio y de resultado, Una clasificación muy importante y relativamente moderna de las obligaciones las divide entre obligaciones de medio y de resultado, ya que se intenta explicar el tema de la responsabilidad en función de la conducta esperada y los resultados obtenidos según la naturaleza de las obligaciones asumidas, cuando se pretenda que una parte ha incumplido.

En el caso de la actividad fiduciaria, hay que decir que se ha establecido por regla general que sus obligaciones son de medio<sup>62</sup> toda vez que la fiduciaria se compromete a hacer todo lo posible para obtener el resultado previsto por el cliente, a poner toda la habilidad, prudencia, esfuerzo y honorabilidad exigibles a un buen hombre de negocios. El

---

<sup>62</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, Suplemento del R.O. 215, de 22 de febrero del 2006, Art. 125.

problema de esta regla, es que se ha predicado de manera general, no solo excluyendo obligaciones que por su naturaleza son de resultado, sino creando un equívoco de mercado pues mientras se ofrece el negocio fiduciario como particularmente idóneo para obtener una finalidad, simultáneamente se transmite la idea que el fiduciario no sería responsable en la hipótesis de no obtenerlo, lo que confunde al constituyente.

Quien contrae una obligación de medio, está obligado únicamente a un determinado comportamiento, pero no a un determinado resultado, razón por la cual en caso de incumplimiento, tendría que probarse por quien lo alegue la culpa del presunto incumplido, una negligencia en el actuar del reclamado, para poder hacerlo responsable por los efectos negativos que la situación le haya producido al demandante. En cambio, en las obligaciones de resultado, se entiende que, en principio, por la naturaleza misma y el contenido de la prestación debida, por mandato de la ley o por acuerdo entre las partes, el deudor al obligarse, se compromete a obtener un resultado específico, un beneficio particular, que es el buscado por el acreedor.

2. Obligación profesional, otro aspecto que debe considerarse al estudiar las obligaciones del fiduciario es que de éste puede predicarse en nuestro sistema la calidad de profesional, experto y conocedor del negocio, que lo ofrece en el mercado en forma abierta a todos los consumidores interesados en obtener sus servicios.

Como lo hemos dicho, la expresión conoce varias acepciones.<sup>63</sup> La primera dice con las actividades para cuyo ejercicio el Estado se reserva la exigencia de requisitos de idoneidad particular, como ocurre tradicionalmente con las profesiones liberales, o sucede en nuestros países con la actividad financiera. La Ley de Mercado de Valores establece que sólo podrán ejercer como fiduciarios las sociedades previamente autorizadas para hacerlo, cumpliendo

---

<sup>63</sup> Sergio Rodríguez Azuero, *Contratos Bancarios*, Bogotá, Editorial Temis, 2002, pág. 177 y ss

entonces con los requisitos que señala la Ley de Mercado de Valores y la Superintendencia de Compañías ente Rector de las fiduciarias.

Recuérdese que el sistema ecuatoriano sigue, al igual que el chileno, el camino trazado por Don Andrés Bello, que consagra, a diferencia del francés, la clasificación tripartita de la culpa, que la divide en grave, leve y levísima según el supuesto grado de interés que el obligado tenga en el contrato respectivo. Por ello no hay novedad alguna cuando la legislación de valores establece que el fiduciario responde hasta por la culpa leve,<sup>64</sup> es decir la que se compara con la diligencia en el obrar de un buen padre de familia, pues ese es el grado de culpa que se predica de los contratos bilaterales en materia civil, donde ambas partes obtienen un beneficio, como sería el caso de la fiducia.

Sin embargo, la responsabilidad del fiduciario podría llegar a ser mayor, no solo por cuanto se trata de un ente profesional y especializado, que recibe una remuneración por sus servicios <sup>65</sup> y que justamente en razón de sus especiales calidades, cuenta con la confianza por parte del público, sino en ciertos eventos donde el fiduciario ofrece al mercado productos diseñados y elaborados por él y no se limita a aceptar encargos de su clientela. En ellos es de esperar que haya empleado la mayor diligencia y tenido la oportunidad de anticipar las debilidades o dificultades que se puedan presentar en el negocio.

Así también, cabría discutir la posibilidad de aminorar la responsabilidad del fiduciario, en los eventos en que se ha visto obligado a aceptar el encargo, o ha mediado algún tipo de presión, para que lo asuma. <sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, publicada en el R.O. Suplemento Nro. 215 de 22 de febrero del 2006, Art. 59 .

<sup>65</sup> Codificación del Código Civil, artículo 2033.- El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo.

<sup>66</sup> Por el contrario, si el mandatario ha manifestado repugnancia al encargo, y se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante, serán menos estricta la responsabilidad que sobre él recaiga.

Dejando atrás el tema de la culpa, conviene hacer mención a algunas obligaciones que se derivan de su condición de profesional, y que la doctrina ha venido incorporando reiteradamente en el análisis, en adición a las que consagran la ley y el contrato, si bien hemos advertido que se trata de la reformulación de viejos principios, bajo una nueva y dinámica concepción de los negocios y de la protección al consumidor:<sup>67</sup>

3. Obligación de lealtad, que hace parte de la buena fe contractual y que indica que debo obrarse permanentemente en protección del constituyente, resolviendo los conflictos de intereses que pudieran presentarse, a favor de éste último. Podría agregarse que, en estricto sentido, el fiduciario debe actuar en beneficio del fideicomiso y de las finalidades que con él se buscan.

Información, que impone ilustrarlo de las circunstancias relevantes del negocio antes de celebrarlo, dándole a conocer al interesado tanto las ventajas como los riesgos a los que se somete, por cuanto se supone que es justamente el ente especializado y profesional, que realiza la actividad a la que conoce de lleno los aspectos mas significativos que han de tenerse en cuenta dependiendo del tipo de negocios.

Eficacia, prudencia y diligencia, que como se dijo le imponen a la entidad la obligación de emplear todo su esfuerzo, capacidad y conocimientos con el propósito de obtener los mejores resultados posibles para su cliente, pero obrando al tiempo de forma cauta y evitando los riesgos innecesarios que pudieran generar un perjuicio para el fideicomitente.

---

<sup>67</sup> “Son numerosas las obligaciones profesionales que han venido reconociéndose por la ley o la jurisprudencia. La doctrina francesa, por ejemplo, la de lealtad y en la misma incluye los deberes de cooperación, de ejecutar el contrato, de información, de vigencia, de transparencia, de perseverancia, de fidelidad, de respeto a los intereses de la contraparte, y de facilitar la ejecución del contrato. Y a ellas ha agregado las obligaciones de eficacia y seguridad. Si bien se observa, en el fondo la larga lista se soporta en principios tradicionales de buena fé, de prudencia y de protección del resultado esperando por quienes contratan. Pero han venido siendo redescubiertos bajo la óptica de la presencia del profesional y conducido a enriquecer el tema que ahora se presenta lleno de matices”. Sergio Rodríguez Azuero, *Contratos Bancarios*, Bogotá, Editorial Temis, 2002, pág. 177 y ss.

4. Obligación patrimonial, en este aspecto, hay que señalar que la responsabilidad que se deriva de quienes ejercen la actividad fiduciaria, es una responsabilidad civil, por cuanto no solo se está ante el evento de la existencia de un perjuicio patrimonial que debe ser reparado, sino que además la legislación comercial que define el tema de la fiducia, acoge la graduación de la culpa que trae el Código Civil, como lo advertimos. Sin embargo el presente caso puede verse también desde el punto de vista penal.

Se trata entonces de una responsabilidad a la que se somete al deudor de una obligación contractualmente asumida que incumple con su parte y que de esta manera le genera un daño al acreedor, el cual le es imputable y que se produce por el ejercicio de su actividad. Pero que, además, obedece a los deberes impuestos en el contrato, pues la actividad fiduciaria se realiza mediante el acuerdo de voluntades de quienes deciden celebrar el negocio y establecer una serie de condiciones y requisitos que se comprometen a cumplir, motivados por un interés particular y en ejercicio pleno de su libertad. Y no hay duda que al fiduciario corresponde "Administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos en fideicomiso mercantil, y los bienes administrados a través del encargo fiduciario, pudiendo celebrar todos los actos y contratos necesarios para la consecución de las finalidades instituidas por el constituyente"<sup>68</sup>

5. Obligación por el dinero administrado. Cuando el bien objeto del contrato de fiducia, sea una suma de dinero que se entrega a la Administradora de Fondos y Fideicomisos para que la administre y destine a la finalidad impuesta por el fideicomitente, hay que tener en cuenta en primer lugar, que como se le impone respecto a todo tipo de bienes, es obligación del fiduciario, procurarle el mayor rendimiento a los mismos, razón por la cual

---

<sup>68</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, publicada en el R.O. Edición Especial No. 1 de 8 de marzo del 2007, artículo 103

todo acto que realice debe ser siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo que el fideicomitente haya señalado lo contrario en el acto constitutivo del negocio.<sup>69</sup>

El tema de la responsabilidad resulta muy curioso cuando se trata de sumas de dinero, pues al recaer sobre un bien que llamamos de genero - por oposición a los denominados bienes de especie o cuerpos ciertos - una vez han sido entregadas, quien las recibe se hace dueño de las mismas, puede disponer de las sumas respectivas y solo está obligado a devolver un tanto equivalente.

Tal vez por ello se le asigne tanta importancia por la ley y el contrato a las instrucciones dadas por el cliente frente a las cuales y, retomando las obligaciones de medio, el fiduciario cumplirá bien siguiéndolas y, desde luego obrando de manera cauta y prudente. Y también porque no puede comprometerse a obtener un determinado resultado económico, una rentabilidad fija, por ejemplo, sino a poner toda su destreza, habilidad y conocimientos para tratar de obtener la finalidad prevista en el negocio, siguiendo al efecto las indicaciones dadas por el fideicomitente.

## 4.2 RESPONSABILIDADES CIVILES

En palabras de Claro Solar, en cuanto a la responsabilidad, manifiesta que: "... esta responsabilidad corresponde a la diligencia y cuidado que debe emplearse en el cumplimiento de las obligaciones que el contrato establece".<sup>70</sup>

Para ser responsable es necesario ser sujeto imputable, para así poder atribuirle, al sujeto activo de la infracción civil, una acción u omisión; y que además, dicha imputabilidad responda a una causalidad. El 2o. inciso, del artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores, en cuanto a la responsabilidad del fiduciario, establece:

---

<sup>69</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, publicada en el R.O. Edición Especial No. 1 de 8 de marzo del 2007, artículo 102

<sup>70</sup> Luis Claro Solar, *Derecho Civil Chileno y Comparado*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1978

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

Pérez Guerrero al referirse al artículo 24 (actual artículo 29) de nuestro Código Civil, asevera: "Hay catalogadas tres clases de culpa: la grave, la leve y la levísima. El artículo define cada una de ellas de acuerdo con la extensión de la negligencia que se atribuye al culpable"<sup>71</sup>. La culpa leve, en palabras del artículo 29 del Código Civil<sup>72</sup>, es:

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 clasificación, 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.

En cuanto a la fuerza mayor o caso fortuito, el mismo cuerpo legal, en su artículo 30 indica<sup>73</sup>: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto que no es posible resistir como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por el funcionario público, etc."

---

<sup>71</sup> Alfredo Pérez Guerrero, *Fundamentos de derecho Civil*, Ecuador, Editorial Universitaria, 1984.

<sup>72</sup> Codificación del Código Civil, publicada en el R.O. No. 46 de 24 de junio del 2005, artículo 29

<sup>73</sup> Codificación del Código Civil, publicada en el R.O. No. 46 de 24 de junio del 2005, artículo 30

El fideicomiso mercantil es un contrato que produce beneficio recíproco para las partes, toda vez que el fiduciario siempre recibe remuneración por su gestión, en consecuencia el fiduciario responderá, a falta de estipulación expresa, por la culpa a la que se refiere el 1563 del Código Civil<sup>74</sup>.

Respecto de la imputabilidad del caso fortuito, Claro Solar escribe:<sup>75</sup>

Así para que un hecho se constituya caso fortuito y libere al deudor de toda responsabilidad por el incumplimiento oportuno del contrato se requiere, que este hecho reúna los siguientes requisitos:

- a.- Que el deudor no intervenga en la producción de tal hecho, es decir que sea ajeno a su voluntad;
- b.- Que sea un hecho imprevisto, o sea un hecho que dentro de los cálculos ordinarios y corrientes no se haya podido prever;
- c.- Que el deudor a pesar de su diligencia no haya podido evitarlo.

El fiduciario, tratándose de caso fortuito, no responderá del mismo, siempre y cuando, el hecho que produce pérdida al patrimonio del fideicomiso, sea ajeno a su voluntad, o que el incumplimiento del encargo fiduciario, se haya producido por un hecho imposible de prever o

---

<sup>74</sup> Codificación del Código Civil, publicada en el R.O. No 46 de 24 de junio del 2005, artículo 1563 "El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora, siendo el caso fortuito de los que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega.

Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

<sup>75</sup> Luis Claro Solar, *Derecho Civil Chileno y Comparado*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1978

evitar, como por ejemplo, la expedición de una nueva ley que dificulta o grava con demasiados impuestos a las inversiones.

A continuación efectuaremos un análisis sobre la negligencia e impericia. El Código Civil usa varias palabras para reproducir, de alguna manera, el concepto de culpa: “descuido, imprudencia, negligencia, culpable, culpablemente, falta de diligencia”. La relación entre culpa e ilicitud de los actos u omisiones, está claramente expresada en estas palabras de Planiol y Ripert: “Se incurre en culpa cuando se causa un perjuicio, ya sea consciente y voluntariamente, sea por imprudencia o negligencia”.<sup>76</sup>

Cabanellas, define el término negligencia, de la siguiente manera: “Omisión de la diligencia, o cuidado que se debe poner en los negocios, en las relaciones con las personas, en el manejo o custodia de las cosas en el cumplimiento de los deberes y misiones”<sup>77</sup>

En cuanto a la imprudencia, acudimos al mismo autor, quien determina lo que debemos entender por tal: “Falta de conocimientos o de práctica que cabe exigir a uno en una profesión, arte u oficio. Torpeza. Inexperiencia. La impericia integra una de las formas de la culpa, junto con la imprudencia y la negligencia. Así según un aforismo latino: Impericia culpae adnumerantur (la impericia se considera como culpa). Imprudencia: “Omisión de la diligencia debida”.

“Imprudencia Profesional: la omisión de las precauciones externas, la ausencia del cuidado normal, el desafío inconsciente del riesgo a consecuencia de la confianza y habitualidad que crea el desempeño de la actividad”.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> Marcel Planiol, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, México, Editorial Porrúa HNS y CIA, 1994

<sup>77</sup> Guillermo Cabanellas, *Diccionario de Derecho Usual*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1994.

<sup>78</sup> Guillermo Cabanellas, *Diccionario de Derecho Usual*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1994.

El mismo autor, en su Diccionario Jurídico Elemental precisa lo que es la "diligencia": "Cuidado, celo, solicitud, esmero, actividad puntual, desvelo en la ejecución de alguna cosa en el desempeño de una función, en la relación con otra persona. Prontitud, rapidez, ligereza, agilidad".<sup>79</sup>

Por consiguiente, para que esta falta de la debida diligencia sea imputable a un sujeto y a la vez lo convierta en responsable de tal acto, no debe existir ninguna circunstancia que lo excuse de dicho suceso. Entonces, la negligencia es esa medida de la diligencia disminuida por la acción u omisión del sujeto infractor en el cumplimiento de la obligación *prestación*, y que trae como consecuencia la culpabilidad *responsabilidad* de éste, al encasillar *la acción u omisión* dentro de los distintos grados de culpa establecidos en el Código Civil. Por lo tanto en cuanto se refiere a la responsabilidad civil del fiduciario, y por ser éste una persona jurídica a quien por el sentido de profesionalismo (que se presume le caracteriza), se infiere que es experimentado en asuntos financieros, manejo de fondos, inversiones, y demás negocios comerciales, pues se presupone que el personal que integra tales organismos es altamente calificado, con estudios específicos, técnicos, por lo que su intervención en el negocio fiduciario se reviste de seguridad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones, en donde la negligencia se encuentra en una gran medida disminuida.

La negligencia es la acción u omisión que se enmarca dentro de un término más técnico, que en este caso, y por ser el fiduciario una persona jurídica profesional, viene a ser la imprudencia (dado su profesionalismo y conocimiento técnico de la materia), pues aquí la omisión de precauciones, o la falta de diligencia debida de las mismas producirá el hecho imputable – culpable, con el correspondiente efecto de la responsabilidad, y de este, las debidas indemnizaciones para el perjuicio causado.

---

<sup>79</sup> Guillermo Cabanellas, *Diccionario de Derecho Usual*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1994.

Ahora bien, no toda persona responde por cualquier clase de culpa. El deudor responde dice Alessandri <sup>80</sup> en primer término, de la culpa que se hubiere estipulado en el contrato; en segundo lugar, de la que señalen las leyes especiales, y en tercer lugar, si nada se ha estipulado y no hay leyes especiales sobre el contrato que se celebra el deudor responde de la culpa establecida en el artículo 1547 (en nuestro Código es el 1563).

El artículo 1563 del Código Civil <sup>81</sup> , regula la culpa contractual, disposición adecuada para establecer el grado de negligencia en el evento de impericia del fiduciario, pues esta disposición establece el elemento imputabilidad al llevar a cabo el negocio fiduciario; siempre y cuando no se haya establecido en el contrato otro régimen de responsabilidad por culpa. En efecto, la norma legal citada precisa que: “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles de acreedor...”<sup>82</sup>. En el fideicomiso mercantil, por ser un contrato, en el que ambas partes reciben beneficio en primera instancia, el fiduciario no respondería y por esta especie de culpa.

Sin embargo, si la negligencia del fiduciario, y dada su pericia *conocimiento del ámbito negocial* se extiende totalmente a un manejo desaprensivo del patrimonio fiduciario (situación enteramente ajena, a estas personas jurídicas, altamente especializadas), por tal actitud *el fiduciario* respondería por dolo, tomando desde el punto de vista de incumplimiento de contrato y que se constituya en agravante de responsabilidad civil; mismo que se encuentra descrito en el artículo 1574 del Código Civil, que puntualiza: “Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una

---

<sup>80</sup> Arturo Alessandri Besa, *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Ediar.

<sup>81</sup> Codificación del Código Civil, publicada en el R.O. Nro. 46 de 24 de junio del 2005, artículo 1563

<sup>82</sup> Codificación del Código Civil, publicada en el R.O. No. 46 de 24 de junio del 2005, artículo 1563.

consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento”<sup>83</sup>. La mora causada por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.

Por lo que, en materia de contratos, reproducimos al contenido del artículo 1562 del Código Civil, que señala: “ Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.” <sup>84</sup>

En cuanto a la presencia del dolo en el incumplimiento del contrato, retomamos las palabras del jurisconsulto chileno Fernando Fueyo Laneri quien expresa: <sup>85</sup>

Constituye una previsión efectiva y real, pues nadie, ni el deudor, puede dudar del incumplimiento. Es obrar a sabiendas, o sea, con la conciencia del ejecutar algo de un modo cierto, a ciencia segura. Luego, el incumplimiento es perfectamente previsto y querido por el deudor, de cuyo hecho depende. Estaría en manos de este último cumplir; sin embargo no quiere hacerlo. Prefiere el resultado del incumplimiento, que cumplir. Conoce el daño que naturalmente sobrevendrá y, a la vez, como ya se ha dicho, el beneficio que ese resultado le reportará, beneficio que constituye, casi siempre, el móvil fundamental de su conducta.

Producido el incumplimiento, culposo o doloso, por parte del fiduciario, por inexecución total o parcial, o por la ejecución tardía o defectuosa de la finalidad del fideicomiso mercantil,

---

<sup>83</sup> Codificación del Código Civil, publicada en el R.O. No. 46 de 24 de junio del 2005, artículo 1574.

<sup>84</sup> Codificación del Código Civil, publicada en el R.O. No. 46 de 24 de junio del 2005, artículo 1562.

<sup>85</sup> Fernando Fueyo Laneri, *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*, Chile, Editorial Jurídica, 1991

el constituyente o en ausencia de éste, el beneficiario, experimentan un detrimento en su respectivo patrimonio, por lo que, estarían facultados para demandar el cumplimiento o la resolución del contrato, y en este último caso, deberá transferirse la administración del patrimonio fideicomitido a otro fiduciario de acuerdo a los mecanismos que se haya establecido en el contrato.

De manera accesoria se reclamará la indemnización de daños y perjuicios, para que tal daño le sea reparado pecuniariamente. Por ello es que la ley ha dado la solución de indemnizarse los perjuicios basándose en el principio de que nadie puede perjudicarse por el acto culpable de otro y, recíprocamente, nadie puede beneficiarse sin causa justa y, más todavía, cuando al perjuicio pueda corresponder, como contrapartida, un beneficio.

Ignacio de Casso <sup>86</sup>, refiriéndose al daño, anota: "Daño es el mal padecido por una persona o causado en una cosa a consecuencia de una lesión directa que recae sobre ellas, y perjuicio es la ganancia o beneficio, cierto y positivo, que ha dejado de obtenerse". El Código Civil, en el artículo 1572, establece: <sup>87</sup>

La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente. Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código.

Ospina, al respecto a la indemnización de daños y perjuicios comprende en primer lugar el opina: "daño emergente (damnum emergens) que es la disminución o deterioro de los

---

<sup>86</sup> Ignacio Casso y Romero, Cervera y Jiménez, Francisco Alfaro, *Diccionario de Derecho Privado*, Barcelona, Editorial Labor S.A., 1961.

<sup>87</sup> Codificación del Código Civil, publicada en el R.O. No. 46 de 24 de junio del 2005, artículo 1572.

valores económicos que integran el patrimonio del acreedor (como también la afectación de sus valores morales”<sup>88</sup> y, en segundo lugar el lucro cesante (*lucrum cessans*) que equivale a la ganancia o provecho que el acreedor deja de percibir. Si los daños sufridos son de carácter patrimonial, la indemnización en dinero será de carácter compensatorio; sin embargo, si se trata de daños extra patrimoniales, la indemnización tendrá necesariamente función de satisfacer, pues que estos daños no pueden ser medidos propiamente en dinero.

La indemnización de daños y perjuicios, la puede demandar el constituyente (fideicomitente), y a falta de éste sus sucesores en derecho, el beneficiario (fideicomisario) perjudicado por la acción u omisión dolosa o culposa del fiduciario, desde luego, si en el contrato se ha establecido que tal, recibirá mientras dure la gestión administrativa, una determinada ganancia, en caso contrario, no tendría derecho, tan solo una mera expectativa.

Claro está, siempre y cuando por su parte haya cumplido constituyente y beneficiario las obligaciones que recíprocamente les incumba.

#### **4.3 RESPONSABILIDADES PENALES**

El concepto de responsabilidad se asienta en la imputabilidad, así el artículo 10 del Código Penal, señala que: “Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar”<sup>89</sup>

A más de ser sujeto imputable, la conducta debe estar tipificada, conforme manda el primer inciso del artículo 2 del Código Penal, al disponer que: “Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena

---

<sup>88</sup> Guillermo Ospina Fernando, *Régimen General de las Obligaciones*, Bogotá, Editorial Temis, 1993, pág. 93.

<sup>89</sup> Código Penal, publicado en el R.O. Nro. 147 de 2 de enero de 1971, artículo 10

que éste en ella establecida”<sup>90</sup>. Disposición que recoge el principio jurídico inserto en el número 1 del artículo 24 de la Constitución Política de la República, del Ecuador<sup>91</sup>

La existencia de un delito, implica la presencia de dos sujetos: i) sujeto activo, persona que ejecuta un acto típico, antijurídico y culpable; y, ii) sujeto pasivo, persona titular del bien jurídico afectado por la comisión de una infracción penal.

El artículo 32 del Código Penal señala: “Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no se lo hubiere cometido con voluntad y conciencia”.<sup>92</sup> En materia penal, solo son sujetos de responsabilidad penal, los seres humanos, pues éstos son los únicos que poseen voluntad y conciencia; en consecuencia las personas jurídicas son penalmente inimputables, es decir, no son sujetos de responsabilidad penal (*societas deliquere non potest*), la responsabilidad de éstas es de carácter civil o administrativa; por eso, están sometidas a control administrativo de la Superintendencia de Compañías.

Pero, si a través de ellas se cometieran delitos, responderán las personas naturales que resultaren responsables de los mismos. Para realizar las actividades del fideicomiso, intervienen varias personas, incluso empleados contratados específicamente para la realización del fin, la responsabilidad penal, en el supuesto de cometerse un delito, se extenderá a ellos, quienes responderán personalmente por la acción u omisión antijurídica.

Luis Muñoz, refiriéndose a la presencia del dolo en la constitución del fideicomiso, apunta:<sup>93</sup> “El dolo no es otra cosa que el comportamiento o la conducta que quebrantan un deber, cuando la parte contractual o un tercero al obrar o al omitir voluntariamente y con

---

<sup>90</sup> Código Penal, publicado en el R.O. Nro. 147 de 2 de enero de 1971, artículo 2

<sup>91</sup> Constitución Política de la república del Ecuador, publicada en el R.O. Nro. 1 de 11 de agosto de 1998, artículo 24 numeral 1.

<sup>92</sup> Código Penal, publicado en el R.O. Nro. 147 de 2 de enero de 1971, artículo 32.

<sup>93</sup> Luis Muñoz, *El Fideicomiso, México*, Editorial Cárdenas, 1999.

representación del resultado, inducen a un error a la contraparte concientes de la relación de causalidad entre la declaración o manifestación de contenido volitivo y el resultado”.

El dolo por parte del fiduciario, puede estar presente en la celebración del contrato, cuando a través de medios fraudulentos o engaño se le hace creer al constituyente la existencia presente o futura de cosas o hechos que se sabe, de ante mano, que nunca existirán y bajo ese engaño, se consigue que el constituyente entregue sus activos, los cuales nunca se utilizarán en el objetivo fiduciario propuesto. De igual manera puede concurrir el dolo, en el incumplimiento del contrato, o cuando, cumplida la condición, o el plazo determinado, el fiduciario se niega a restituir los activos, las ganancias periódicas, durante la vigencia del fideicomiso, o cuando al finalizar éste, los frutos se apropia el fiduciario, es decir se produce el delito de apropiación indebida. El dolo también se puede manifestar en la indebida administración, en la negativa de rendir cuentas, etc.

Por otra parte, respecto de la comisión de infracción penal por omisión, es necesario destacar que el artículo 12 del Código Penal precisa que: “No impedir un acontecimiento cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo”<sup>94</sup>. De lo cual se sigue que los delitos de omisión pueden adoptar dos modalidades: 1. Delitos de omisión simple o propia: Son aquellos que el no hacer está previsto en la propia ley penal, es decir la omisión en cuanto tal, está tipificada como delito; y, 2. Delitos de comisión por omisión o de omisión impropia: En este caso se da en aquellos delitos cuya tipicidad permite indistintamente que sean cometidos por acción u omisión (cuando la ley contiene una prohibición implícita).

Constituido un fideicomiso, establecida la condición, plazo, beneficiario, y estipulada la obligación de restituir los beneficios a su destinatario, o el patrimonio autónomo, o ambos;

---

<sup>94</sup> Código Penal, publicado en el R.O. Nro. 147 de 2 de enero de 1971, artículo 12.

una vez que tales se han cumplido, nace la obligación y, el fiduciario, debe restituirlos; pero no lo hace. En ese evento, su conducta, *no hacer* implica una no acción que viola el deber jurídico de actuar.

Por lo que, tal conducta (incumplimiento de la obligación de restituir, dejar de hacer) se ubica dentro del tipo del artículo 560 del Código Penal, que expresa:<sup>95</sup>

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 hubieren 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.

La conducta descrita en el artículo precedente constituye el delito que la doctrina ha denominado de "apropiación indebida". En este caso, el sujeto activo *fiduciario* recibe la cosa fideicomitida del constituyente o sujeto pasivo, y dispone, o hace un uso distinto del acordado, sobre dicho patrimonio. Puede ser sujeto pasivo el beneficiario que a la vez puede ser el mismo constituyente, si así se ha estipulado en el contrato.

El dolo del fiduciario, está constituido por la voluntad y conciencia con la que actúa, abusando de la confianza del constituyente, al no restituir el patrimonio fideicomitado con sus frutos, al beneficiario, o al distraer los bienes fiduciarios, dándolos un fin distinto para el cual fueron creados.

Cuando el fiduciario en la administración del fideicomiso, ha dado al patrimonio autónomo un fin distinto para el cual fue creado, y claramente de ello se desprende su conducta de

---

<sup>95</sup> Código Penal, publicado en el R.O. Nro. 147 de 2 de enero de 1971, artículo 560.

apropiarse del patrimonio o sus frutos, se encuadra dentro del tipo penal subsumido en el artículo 560 del Código Penal.

Como otro elemento de esta conducta antijurídica, está el causar un perjuicio ajeno. Lo que significa que, al no dar el empleo determinado al fideicomiso, el fiduciario, produce un perjuicio al beneficiario, ya que por este comportamiento el patrimonio del beneficiario se ve mermando, pues la ganancia, que incrementaría su patrimonio, no llega a depositarse en tal.

Dentro de los delitos contra la propiedad, el Código Penal incorpora a las estafas y otras defraudaciones, el mismo que se encuentra tipificado en el artículo 563 del Código Penal<sup>96</sup>. Los sujetos que intervienen en este delito, en el evento que sea cometido por el fiduciario, son:

1.- Sujeto activo: el fiduciario, y por éste, su representante legal y/o por la persona encargada de la administración del patrimonio autónomo, o por empleado contratado por el fiduciario para llevar a cabo la gestión.

2.- Sujeto pasivo: que puede estar conformado por el constituyente o beneficiario.

Los elementos constitutivos del tipo son:

- Propósito de apropiarse: El fiduciario, a través de maniobras fraudulentas, expresa su ánimo de adueñarse del patrimonio fideicomitado.
- Que la cosa sea ajena: Es decir, que no pertenezca al sujeto activo de la infracción penal.
- El dolo y el medio fraudulento: El fiduciario actúa con la intención positiva de engañar al constituyente.

- El error: Las maniobras que ejerce el sujeto activo, producirán error en la víctima, es decir, el agente mediante su actuación fraudulenta, hace que la víctima incurra en error, en una falsa apreciación de la verdad.
- La entrega: La entrega de la cosa deseada por el agente, mediante los medios fraudulentos.

El artículo 204 de la Ley de Mercado de Valores ordena que, por las responsabilidades civiles y administrativas, deban responder las personas jurídicas y las naturales que fueren culpables de las infracciones correspondientes. Al finalizar el Capítulo anterior se hizo un comentario especial respecto de las responsabilidades civiles y administrativas de las administradoras de fondos, como personas jurídicas, las mismas que son aplicables a los administradores y empleados de esas entidades. A fin de no repetir lo ya mencionado en la parte final del capítulo anterior, respecto de las responsabilidades administrativas y civiles, que son aplicables tanto a las personas jurídicas como a las naturales, por expreso mandato a la ley, es preciso remarcar ciertos criterios sobre la responsabilidad penal que en esta materia, por expresa disposición de la Ley, sólo recae sobre las personas naturales que, en su propio nombre o a nombre de una persona jurídica, hubieren ejecutado los actos tipificados como infracciones penales.

Si al momento de investigar y aplicar las sanciones administrativas, la Superintendencia de Compañías o el C.N.V., encontraren indicios de haberse cometido uno o más de los delitos contra el mercado de valores, u otros tipificados en el Código Penal o en otras leyes penales, es obligación del Órgano de Control poner de inmediato el hecho en conocimiento del Ministerio Público.

Respecto de las defraudaciones, conductas en las cuales pueden subsumir su actuación los representantes y empleados de las administradoras de fondos y fideicomisos, la sanción

va con prisión de 1 a 5 años y multa de USD 262,89 a USD 2.628,90. Se tipifica la defraudación en lo siguiente:

1. Los que sin estar legalmente autorizados realicen operaciones propias de las instituciones del sistema financiero o del mercado de valores;
2. Los que sin estar legalmente autorizados a intervenir en el mercado de valores, utilizaren en forma pública las expresiones exclusivas determinadas en esta Ley;
3. Los administradores y demás personas que hubieren actuado a nombre de empresas que en estado de quiebra emitan o negocien valores de oferta pública;
4. Los que, estando obligados, no impidieren que empresas en estado de quiebra emitan o negocien valores de oferta pública;
5. Los que efectúen operaciones bursátiles ficticias o que tengan por objeto fijar fraudulentamente precios o cotizaciones de valores;
6. Los que hubieren celebrado fraudulentamente contratos de fideicomiso mercantil en perjuicio de terceros;
7. Los que hicieren un uso indebido de valores o dineros entregados por terceros para ser negociados o invertidos en el mercado de valores; y,
8. Los tenedores de títulos de renta variable que fraccionen o subdividan paquetes accionarios bajo cualquier modalidad contractual a fin de eludir el cumplimiento de las obligaciones de esta Ley, salvo que exista autorización previa y expresa del C.N.V..

Uno de los aspectos fundamentales sobre los cuales se asientan los mercados de capitales y los sistemas de financieros en general, es la información y la calidad de ésta. La información debe ser confiable y sobre ella no debe existir ningún tipo de duda, ya que a partir de una información transparente y confiable los agentes económicos pueden tomar sus decisiones en forma adecuada.

Tomando en cuenta la trascendencia que tiene la información en este tipo de actividades, la Ley de Mercado de Valores sanciona con reclusión menor de 3 a 6 años y multa de USD 525,78 a USD 5.257,80, cuando:

1. Los representantes legales, administradores o funcionarios de las entidades del mercado de valores que dieran a sabiendas informaciones falsas sobre las operaciones en que hubieren intervenido;
2. Los que hubieren procedido fraudulentamente a proporcionar información falsa en las negociaciones objeto de una oferta pública de valores;
3. Los directores o administradores de un emisor que hubieren maliciosamente decidido con su voto dar el carácter de reservado a hechos relevantes que, por perjudicar el interés del mercado, debieron ser conocidos por el público; y,
4. Los que violaren el sigilo bursátil para beneficiarse a sí mismos o beneficiar o perjudicar a terceros.

En línea con lo anterior, con relación a las falsedades documentales, se sanciona con reclusión menor de 6 a 9 años y multa de USD 2.628,90 a USD 26.289, en los siguientes casos:

1. Los que hubieren otorgado u obtenido una inscripción en el Registro del Mercado de Valores mediante informaciones o antecedentes falsos maliciosamente suministrados. Si este delito fuere cometido por funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones, la pena será de nueve a doce años de reclusión menor extraordinaria y la multa de tres mil novecientos cuarenta y tres 35/100 (3.943,35) a treinta y nueve mil cuatrocientos treinta y tres 50/100 (39.433,50) dólares de los Estados Unidos de América;
2. Los representantes o funcionarios de los depósitos centralizados de compensación y liquidación de valores que fraudulentamente omitieren o falsearen inscripciones;
3. Los operadores que alteraren la identidad o capacidad legal de las personas que hubieren contratado por su intermedio, o que atentaren contra la autenticidad e integridad de los valores que negocien;
4. Los que efectuaren fraudulentamente calificaciones de riesgo sin ajustarse a la situación real del emisor;
5. Los que, cumpliendo funciones de auditoría externa, ocultaren fraudes u otras irregularidades graves detectadas en el proceso de auditoría; y,
6. Quienes maliciosamente efectuaren avalúos de bienes raíces y bienes muebles que no se sujeten a la realidad.

Concluiremos este trabajo señalado que sobre los administradores, personeros y empleados de las administradoras de fondos y fideicomisos, siempre recaerán las responsabilidades administrativas, civiles y penales, tomando en cuenta que son los seres humanos los que toman las decisiones, que pueden ser acertadas, negligentes o de mala fe,

las mismas que generan efectos distintos: las primeras, que se alcancen los objetivos trazados y como consecuencia, el pago de una justa retribución; en el caso de las segundas, la determinación de responsabilidades administrativas y civiles; y, para el caso de dolo, la responsabilidad penal que luego de establecerse, mediante sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, genera el pago de indemnizaciones civiles. El ser humano es el responsable de todos sus actos, acciones y omisiones y es quien finalmente debe responder por todas ellas, de modo que, no es admisible y así lo reconoce el Derecho, tratar de soslayar su responsabilidad en la ficción jurídica de las personas morales, que solo existen como vehículos para dinamizar las relaciones comerciales y mercantiles, pero en modo alguno como una instancia para eludir la observancia de la ley o el incumplimiento de los acuerdos y contratos. Si se utilizan las empresas, los fideicomisos o cualquier instrumento, en detrimento de terceros, los responsables no son los instrumentos, son los seres humanos que los gobiernan y que deciden por ellos, de modo que la acción de la justicia debe ser canalizada en contra de las personas naturales que deciden por ellas, ya sea de manera directa o a través de la repetición.

## CAPITULO 5

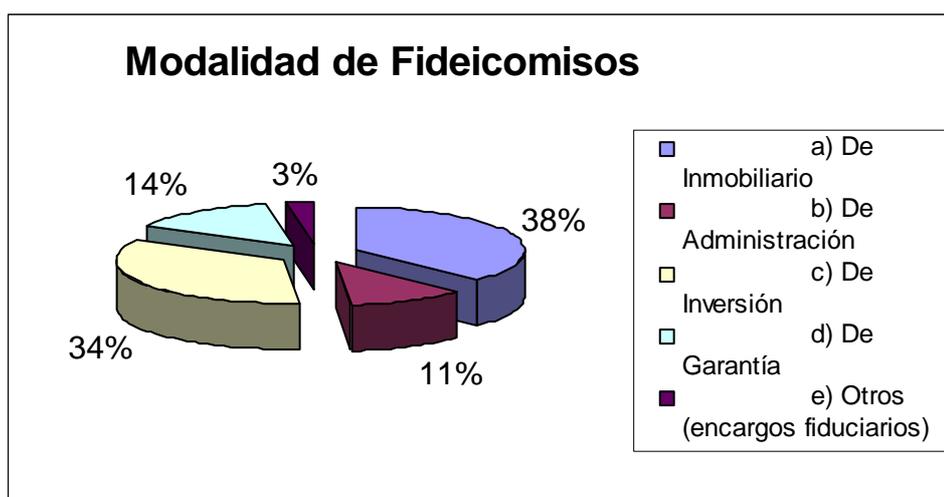
INVESTIGACIÓN DE CAMPO: ESTADÍSTICA SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS A LAS COMPAÑÍAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS Y FIDEICOMISOS, DOMICILIADAS EN LA CIUDAD DE QUITO.

Procedí a efectuar un análisis de campo, con la información que reposa en la Intendencia de Mercado de Valores, dependencia de la Superintendencia de Compañías, y ente de Control de las Administradoras de Fondos y Fideicomisos, desde enero de 1999 a julio del 2007.

A continuación presento los gráficos efectuados en base al análisis efectuado:

**SANCIONES IMPUESTAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE LAS DIVERSAS MODALIDADES DE FIDEICOMISOS A LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS Y FIDEICOMISOS.**

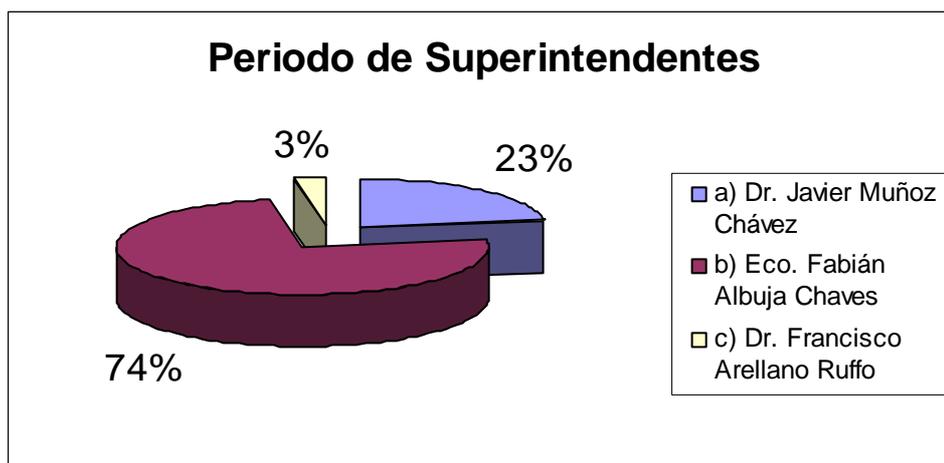
TEMA	SANCIÓN	TOTAL
5.- Modalidad de Fideicomisos		
a) De Inmobiliario	3	13
b) De Administración	1	4
c) De Inversión	3	12
d) De Garantía	5	5
e) Otros (encargos fiduciarios)	1	1



**NOTA:** En cuanto a las sanciones impuestas a las Fiduciarias en su administración, de conformidad a de las diversas modalidades de fideicomisos, y del análisis propuesto se puede determinar que los fideicomisos inmobiliarios y los de garantía, las Administradoras han sido más sancionados, tal vez porque en este tipos de fideicomiso son los que requieren una mejor administración y profesionalismo en el manejo por parte de las fiduciarias.

**SANCIONES EFECTUADAS DE CONFORMIDAD A LOS PERÍODOS DE SUPERINTENDENTES.**

TEMA	PERÍODO	N° SANCIONES	TOTAL
4.- Sanciones efectuadas de conformidad a los periodos de Superintendentes			
a) Dr. Javier Muñoz Chávez	1999 - 2002	4	8
b) Eco. Fabián Albuja Chaves	2003 - 2007	8	26
c) Dr. Francisco Arellano Ruffo	1 mes	1	1



**NOTA:** En el período de funciones del Economista Fabián Albuja, se ha procedido a sancionar más veces en relación con los períodos de los Doctores Javier Muñoz Chávez, y Francisco Arellano Raffo, debido a que se tomó como referencia un período de cuatro años de funciones del Economista, situación que no se presentó en los otros casos.

FALTA DE DEBIDA DILIGENCIA, ARTICULO 103 LITERAL a) DE LA LEY DE MERCADO DE VALORES.

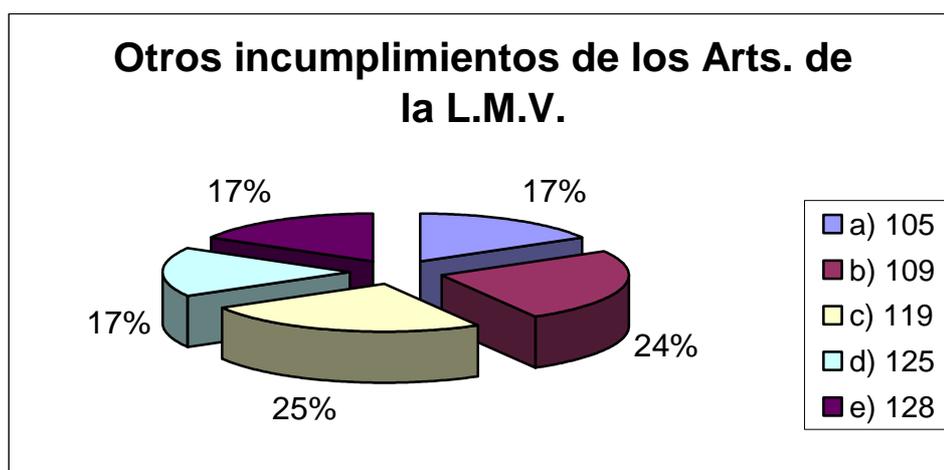
TEMA	AÑO	Art. TRANSGREDIDO	TOTAL
1.- Debida Diligencia	1999 - 2007	Art. 103 literal a)	11



**NOTA:** Se ha tomado en consideración las sanciones impuestas a las Administradoras de Fondos y Fideicomisos con domicilio en la ciudad de Quito, debido el incumplimiento del Art. 103 literal a) referente a la administración prudente y diligente, que deben tener las fiduciarias frente a la administración de los bienes transferidos al fideicomiso, estos datos fueron procesados desde enero 1999 hasta junio del 2007. De la información procesada y determinada en el gráfico podemos observar que de 11 sanciones impuestas a las Administradoras de Fondos y Fideicomisos, las 11 han sido sancionadas por falta de debida diligencia.

**OTROS INCUMPLIMIENTOS DE LOS ARTICULOS DE LA LEY DE MERCADO DE VALORES.**

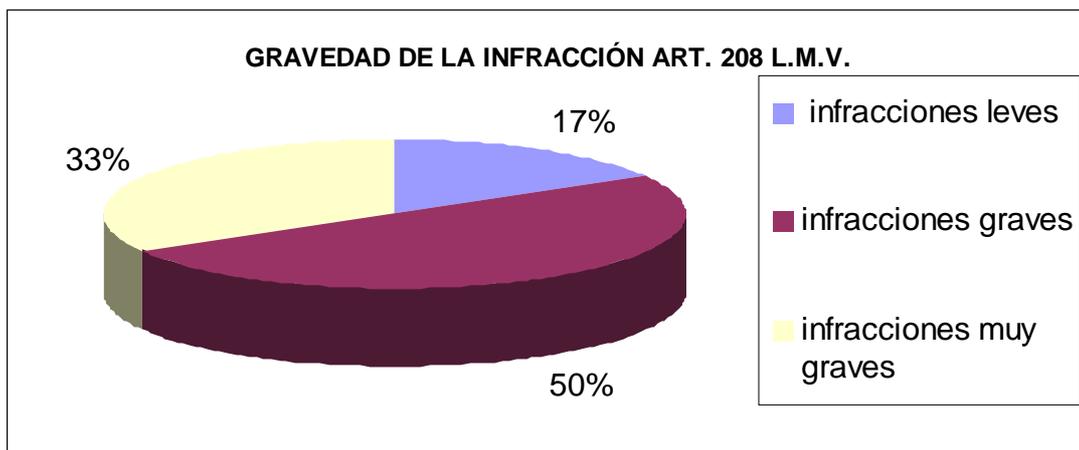
TEMA	ARTÍCULOS	TOTAL
3.- Otros incumplimientos de los Arts. de la L.M.V.	a) 105	4
	b) 109	6
	c) 119	6
	d) 125	4
	e) 128	4



**NOTA:** A más del incumplimiento del Art. 103 literal a) sobre la debida diligencia podemos observar incumplimiento por parte de las Administradoras de Fondos y Fideicomisos de otros artículos de la Ley de Mercado de Valores, como son el artículo 105 de las prohibiciones a las administradoras de fondos y fideicomisos; artículo 109 del contrato de fideicomiso; artículo de la titularidad legal del dominio; artículo 125 referente de las obligaciones de medio y no de resultado; y, artículo 128 de la rendición de cuentas.

## GRAVEDAD DE LA INFRACCIÓN, ARTICULO 208 DE LA LEY DE MERCADO DE VALORES

TEMA	AÑO	TOTAL
2.- Gravedad de la Infracción Art. 208 L.M.V.		
a) infracciones leves	23.01.2003	15
b) infracciones graves	30.03.2001	16
c) infracciones muy graves	31.01.2002	4



**NOTA:** Para el presente gráfico, se tomó como parámetro la gravedad de las infracciones previstas en el Art. 208 de la LMV.

De un total de 35 sanciones impuestas: 15 de ellas han sido sancionadas con infracciones leves que equivalen al 33%; 16 de ellas que equivalen al 50% corresponden a infracciones graves siendo éstas aquellas que ponen en serio peligro o lesionan gravemente los intereses de los partícipes en el mercado o de terceros; y 4 infracciones sancionadas como graves, que corresponden al 17%.

## CAPITULO VI

### CONCLUSIONES FINALES

1. El fideicomiso mercantil, es un mecanismo eficaz para la realización de todo tipo de actos o negocios jurídicos, esto a la vez de ser positivo podría originar que se utilice de manera indebida para efectuar actividades no permitidas por la Ley o para que a través de este mecanismo se transgredan las normas existentes para ello, deben existir regulaciones con normas claras y con limitaciones bien establecidas para evitar eventuales abusos, la deformación de la figura y el debilitamiento de una institución que es de gran beneficio en las transacciones mercantiles.
2. El fideicomiso mercantil encaja en el desarrollo de proyectos inmobiliarios que se están desarrollando en nuestro país con las limitaciones del caso, debiendo contar con una legislación coherente, moderna y sobre todo unificada que regule con claridad y dentro de la concepción moderna del Fideicomiso Mercantil, en la cual exista armonía y complementación con las otras leyes que tratan sobre temas afines.
3. Siendo las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos las instituciones responsables del manejo de los fideicomisos mercantiles deberán basarse fundamentalmente en la confianza que el constituyente deposite en las mismas, las cuales deberán demostrar debida diligencia y profesionalismo, un manejo claro y transparente de los negocios encargados, administrados con el menor riesgo de pérdida.
4. Las administradoras de fondos y fideicomisos deben contratar personal especializado, para el manejo de los negocios fiduciarios, a fin que el desarrollo de los fideicomisos sea manejados de una manera diligente y profesional, adicionalmente considero que dicho personas debe ser calificadas tanto por la administradora como por el Ente de Control periódicamente.
5. Con respecto a las administradoras de fondos y fideicomisosl, estos negocios deben ser manejados de una manera profesional y técnica, para que, a las personas que intervienen en el fideicomiso se les brinde las garantías necesarias que aminoren el nivel de riesgo y pérdida.
6. El Organismo de Control debe estar alejado de influencias políticas y económicas lo cual perjudicaría el manejo transparente de los fideicomisos, así como el personal que labora debe ser capacitado permanente para manejar mejores políticas de control, y no quedar rezagados de conocimientos frente a los controlados.