

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Financiero Bursátil y Seguros

Sucesión patrimonial a través de negocios fiduciarios

Dayana Katherine Fuenmayor Solano

Tutora: Mariela Alejandra Moreno Vaca

Quito, 2024

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	Reconocimiento de créditos de la obra No comercial Sin obras derivadas	
---	---	---

Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia

Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Dayana Katherine Fuenmayor Solano, autora del trabajo intitulado “Sucesión patrimonial a través de negocios fiduciarios”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Financiero Bursátil y Seguros en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que, en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

27 de junio de 2024

Firma: _____

Resumen

Nuestra legislación no prevé de forma expresa figuras como el fideicomiso mercantil o el encargo fiduciario constituidos con fines testamentarios, que podrían ser mecanismos para que el causante encargue la realización de determinados actos con su patrimonio y así garantizar que el destino del mismo se cumpla, conforme su voluntad. En este contexto, el propósito de esta investigación es responder a la pregunta ¿cuándo el fideicomiso y el encargo fiduciario pueden ser utilizados como mecanismos de sucesión patrimonial en lugar del testamento? Para lograrlo, se examinó la regulación que rige el fideicomiso mercantil testamentario en países como Perú, Argentina, Colombia y México. Se identificaron dos enfoques principales: el primero limita el uso del fideicomiso testamentario a la porción de libre disposición del testador, a menos que se trate de bienes que afecten la legítima de herederos menores o personas incapaces; el segundo, quizás no prohíbe que el fideicomiso abarque todo el patrimonio del causante, siempre y cuando se respete las reglas de la sucesión por causa de muerte. En relación con el encargo fiduciario, que se rige por las normas del mandato siempre que sean compatibles con la naturaleza del encargo, se analizó una disposición del Código Civil que sugiere que el mandato (encargo) no se extingue por la muerte del mandante (constituyente). En consecuencia, el mandatario (fiduciaria) podría continuar desempeñando sus funciones, si éstas deben llevarse a cabo después del fallecimiento del mandante. Al resumir las principales características de los negocios fiduciarios, resaltando principalmente la definición de patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica que la Ley de Mercado de Valores, inserta en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, reconoce para los fideicomisos en el Ecuador; contrastando las facultades de la fiduciaria con las de un albacea; analizando los costos de uno y otro; se concluye que la elección entre un testamento que designa o no a un albacea, un fideicomiso mercantil testamentario o un encargo fiduciario a ejecutarse después de la muerte del constituyente, dependerá más de las necesidades específicas del causante que de una regulación precisa en nuestro país.

Palabras clave: fideicomiso mercantil, patrimonio autónomo, encargo fiduciario, testamento, albacea

Tabla de contenidos

Introducción.....	9
Capítulo primero: Negocios fiduciarios: fideicomiso mercantil y encargo fiduciario ...	11
1. Negocios fiduciarios.....	11
1.1. Fideicomiso mercantil	15
1.2. Encargo fiduciario	22
Capítulo segundo: Sucesión patrimonial a través de negocios fiduciarios.....	26
1. La sucesión testamentaria.....	26
2. El fideicomiso testamentario en experiencias latinoamericanas.	27
2.1. Perú.....	28
2.2. Argentina	32
2.3. Colombia	34
2.4. México.....	34
3. El fideicomiso civil en Ecuador	36
4. El fideicomiso mercantil constituido por testamento. Ventajas y desventajas bajo la legislación ecuatoriana	38
5. El encargo fiduciario constituido por testamento. Ventajas y desventajas bajo la legislación ecuatoriana	41
6. La transmisión de derechos fiduciarios a sucesores en derecho	45
Conclusiones.....	47
Bibliografía.....	51

Introducción

La Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, Tomo X, en el artículo 17 del Capítulo I “De los negocios fiduciarios”, Título XIII “Fideicomiso mercantil y encargo fiduciario”, prescribe que el fideicomiso mercantil puede ser: de administración, de garantía, inmobiliario, de inversión y de titularización, pero no menciona expresamente al fideicomiso testamentario. De la misma forma, el artículo 19 de la Codificación en mención, sobre las modalidades de encargos fiduciarios establece que pueden ser de gestión, inversión, tenencia o guarda y enajenación, y nada establece, sobre el encargo fiduciario a ejecutarse después de la muerte del constituyente. La inexistencia de estas figuras ha contribuido para que el testamento sea el único medio de sucesión patrimonial, designando en algunos casos, un albacea para garantizar que se cumpla la última voluntad del causante, albacea que, bajo las figuras mencionadas anteriormente, no podría asimilarse a la fiduciaria, principalmente por el profesionalismo especializado y reserva de la actividad de estas personas.

El fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario, entendidos como aquel contrato y mandato respectivamente, por medio de los cuales la fiduciaria cumple con el fin encomendado por el fideicomitente, no establecen una modalidad testamentaria que permita utilizarla en lugar del testamento. La falta de regulación del fideicomiso constituido mediante un testamento puede tener su justificación en que equivocadamente se piensa que estas figuras buscan afectar las legítimas previstas en la normativa civil cuando las experiencias latinoamericanas nos enseñan que es posible regularlas, respetando las normas de sucesión.

Mientras que, aunque el encargo fiduciario “testamentario” podría ser aplicado bajo el artículo 2073 del Código Civil, que prescribe que “no se extingue por la muerte del mandante el mandato destinado a ejecutarse después de ella”, hace falta que se norme más al respecto, no como parte del mandato sino del encargo fiduciario propiamente dicho, para que se brinde seguridad al utilizar esta figura.

La presente investigación está organizada en dos capítulos. En el primero de ellos se revisan las normas del Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores y la Codificación de Resoluciones expedidas por la Junta de Política, Financiera, a efectos de resumir, tanto para el fideicomiso mercantil como para el encargo fiduciario, las partes intervinientes con sus respectivas obligaciones; los tipos de fideicomisos y

modalidades de encargos; su forma de constitución y extinción; así como el tratamiento tributario para el fideicomiso mercantil, al ser considerada como una sociedad con personalidad jurídica propia. Estos temas deben ser atendidos para poder establecer diferencias con regulaciones de otros países, pero principalmente para tener una visión global acerca de los negocios fiduciarios.

En el capítulo segundo antes de analizar las regulaciones de Perú, Argentina, Colombia y México en relación con el fideicomiso testamentario, se repasan las normas del Código Civil respecto a la sucesión testamentaria que deben ser respetadas, ya sea en un testamento o frente a un fideicomiso mercantil. También se mencionan las diferencias que existen con el fideicomiso civil para no confundir figuras que incluso en otras legislaciones son similares. Se plantean dos opciones como respuestas a la interrogante planteada en esta investigación y finalmente se presentan las conclusiones.

Mediante este trabajo, se busca contribuir con un documento que ilustre la escasa exploración que ha recibido el tema de la sucesión patrimonial a través de negocios fiduciarios en nuestro país. A pesar de que el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario han sido estudiados de manera general, carecían de un enfoque como el que se presenta en esta investigación. En este sentido, la comparación entre estas figuras, en contraposición a lo que actualmente establece el Código Civil para la sucesión patrimonial, junto con las normativas vigentes en otros países y las contribuciones de la doctrina, tiene como propósito resaltar que estas son figuras que merecen ser consideradas, aunque no necesariamente en todos los escenarios.

Capítulo primero

Negocios fiduciarios: fideicomiso mercantil y encargo fiduciario

1. Negocios fiduciarios

Los negocios fiduciarios se definen como aquellos en los que una persona o entidad, denominada fiduciaria, asume la responsabilidad de administrar y proteger, basándose en el principio de confianza, bienes específicos pertenecientes a otra persona o entidad, conocida como constituyente o fideicomitente. En este proceso, la propiedad de los bienes puede ser transferida o no, para el manejo y administración de la fiduciaria. Si se lleva a cabo la transferencia de dominio, se trata de un fideicomiso mercantil que se convierte en el propietario de los bienes fideicomitados; si no se efectúa la transferencia, la fiduciaria ejerce la administración a través de un encargo fiduciario¹ o mandato.

Aunque existen aspectos comunes entre el fideicomiso y el encargo fiduciario, como las partes involucradas y las cuestiones relacionadas con su constitución y extinción, este trabajo se centrará en resumir de manera concisa varios artículos relevantes que regulan estas cuestiones en nuestro país. No se pretende proporcionar una explicación exhaustiva, ya que la doctrina y diversas investigaciones han abordado estos temas en profundidad.

(i) Las partes intervinientes

En estos negocios fiduciarios, intervienen tres partes: el constituyente o fideicomitente, la fiduciaria y el beneficiario. Los constituyentes pueden ser tanto “personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica”.² Principalmente, recaen sobre ellos dos responsabilidades clave: la transferencia de los bienes (en el caso del fideicomiso mercantil configurándose un patrimonio autónomo, mientras que en el encargo no, porque no se produce una transferencia de dominio), y el pago de los honorarios acordados en el contrato de constitución a la fiduciaria. Además, tienen el derecho de exigir el

¹ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores*, Registro Oficial 215, Suplemento, 22 de febrero de 2006, art. 112.

² *Ibíd.*, art. 115.

cumplimiento del contrato por parte de la fiduciaria, lo que incluye la rendición de cuentas, así como ejercer las acciones legales, tanto civiles como penales, en caso de dolo, culpa leve³ en el desempeño de la gestión de la fiduciaria.⁴

Los beneficiarios son las personas naturales o jurídicas (en los fideicomisos mercantiles vale designar a personas que se espera que existan) privadas, públicas o mixtas, de derecho privado con finalidad social o pública, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica. Estos beneficiarios son designados como tales por el constituyente en el momento de la creación del fideicomiso. Es importante destacar que no pueden ser beneficiarios de un fideicomiso la propia fiduciaria, sus administradores, representantes legales ni sus empresas vinculadas. En casos en los que no se haya especificado un beneficiario o cuando el beneficiario renuncia a su posición, y no existan beneficiarios sustitutos designados, se considerará como beneficiario al mismo constituyente o a sus sucesores si los hubiera.⁵

Los derechos de los beneficiarios son similares a los de los constituyentes, incluyendo el derecho a solicitar la sustitución de la fiduciaria a través de una sentencia ejecutoriada o un laudo arbitral, o en casos de disolución o liquidación. También tienen el derecho de impugnar los actos de disposición de bienes del fideicomiso.⁶ En términos de obligaciones, de manera subsidiaria, los beneficiarios están obligados a pagar los honorarios de la fiduciaria.

Es importante resaltar que únicamente los beneficiarios de un fideicomiso mercantil tienen derechos fiduciarios, que abarcan el conjunto de derechos y obligaciones que poseen en relación con el patrimonio autónomo constituido, y otorgan el derecho a que la fiduciaria les transfiera a título oneroso o gratuito, los activos o el producto de su administración.⁷

Por último, las fiduciarias son aquellas compañías anónimas constituidas con un objeto específico de administrar los negocios fiduciarios y que cuentan con la debida autorización otorgada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.⁸ Las

³ El Código Civil en el artículo 29 define a la culpa leve como la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

⁴ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores*, art. 126.

⁵ *Ibíd.*, art. 116.

⁶ *Ibíd.*, art. 127.

⁷ Ecuador, *Codificación de Resoluciones expedidas por la Junta de Política Monetaria, Libro Segundo, Tomo IX*, Registro Oficial 44, Edición Especial, 24 de julio de 2017, art. 1.

⁸ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores*, arts. 97 y 98.

entidades del sector público⁹ también pueden actuar como fiduciarias de conformidad con lo previsto en sus propias leyes.¹⁰ En función de otras legislaciones, las fiduciarias pueden ser diversas, incluyendo bancos,¹¹ compañías de seguros,¹² personas naturales,¹³ lo cual da lugar a tres sistemas que definen a las fiduciarias:¹⁴ (i) del profesionalismo especializado y reserva de la actividad (ii) operación de banco e instituciones financieras (iii) mixto. El primero de estos sistemas lo encontramos en el caso ecuatoriano,¹⁵ pues son compañías administradoras de fondos y fideicomisos, es decir, especializadas en estas áreas, como en el caso colombiano¹⁶ donde se diferencia porque también se permite a establecimientos de créditos actuar como fiduciarias. En Perú¹⁷ por su parte pueden ser tanto bancos como compañías de seguros; mientras que en Argentina¹⁸ cualquier individuo o entidad jurídica (sistema mixto). La reserva de la actividad que define al primer sistema de fiduciarias permite que estas empresas tengan un enfoque exclusivo en la administración fiduciaria, lo que significa que pueden dedicar más recursos y atención a esta actividad específica, además la especialización puede generar mayor confianza y credibilidad en el mercado, ofreciendo un servicio más especializado y adaptado a las necesidades de sus clientes.

Son obligaciones de la fiduciaria: cerciorarse que el negocio fiduciario no adolezca de ilicitud por causa u objeto,¹⁹ ejercer la representación legal del fideicomiso mercantil,²⁰ responder hasta por culpa leve²¹ en el cumplimiento de su gestión que es de medio y no

⁹ Ejemplos: Corporación Financiera Nacional, Banco Central del Ecuador o Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

¹⁰ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores*, art. 100.

¹¹ En México por ejemplo Bancomext, que ofrece servicios fiduciarios conforme consta en este enlace <https://www.bancomext.com/productos-y-servicios/servicios-fiduciarios>.

¹² En Venezuela por ejemplo Seguros Horizonte S.A., que ofrece servicios fiduciarios conforme consta en este enlace <https://www.seguroshorizonte.com/producto/fideicomiso/>.

¹³ La legislación en Panamá, en su Ley 21 de 10 de mayo de 2017, en su artículo 12 faculta a que las personas naturales puedan obtener una licencia fiduciaria.

¹⁴ Roberto González, “Aspectos Jurídicos del Fideicomiso en Latino América”, *Roberto González*, 15 de octubre de 2008, 9, <http://felaban.s3-website-us-west-2.amazonaws.com/memorias/archivo20141120202926PM.pdf>.

¹⁵ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores*, art. 97.

¹⁶ Colombia, *Código de Comercio*, Diario Oficial 33.339, 16 de junio de 1971, art. 1226.

¹⁷ Perú, *Ley 26702: Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros*, Diario Oficial El Peruano, 09 de diciembre de 1996, art. 242.

¹⁸ Argentina, *Ley 26.994: Código Civil y Comercial de la Nación*, Boletín Oficial, 1 de octubre de 2014, art. 1673.

¹⁹ Ecuador, *Codificación de Resoluciones expedidas por la Junta de Política Monetaria, Libro Segundo, Tomo X*, Registro Oficial 44, Edición Especial, 24 de julio de 2017, art. 14, num. 2, Subsección III, Sección I, Capítulo III, Título XII.

²⁰ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores*, art. 109.

²¹ Ecuador, *Codificación de Resoluciones expedidas por la Junta de Política Monetaria, Libro Segundo, Tomo X*, art. 5, Sección I, Capítulo I, Título XIII. Existen posiciones que señalan que este tipo de

de resultado²² debiendo administrar prudente y diligentemente;²³ verificar que el fideicomiso mercantil no garantice rendimientos;²⁴ mantener el fideicomiso mercantil separado de su propio patrimonio y de los demás fideicomisos;²⁵ rendir cuentas comprobadas de sus actuaciones²⁶ de forma trimestral en caso de no haber establecido la periodicidad en el contrato.²⁷ Son derechos de la fiduciaria: renunciar a su gestión por los motivos indicados en el contrato y en las causas del artículo 131 Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores, recibir la remuneración estipulada en el contrato.²⁸ Son prohibiciones de la fiduciaria, entre otras: realizar cualquier acto, operación o negocio con cargo al patrimonio autónomo que la coloque en situación de conflicto de interés con respecto al constituyente, al beneficiario o con otros negocios fiduciarios que administre;²⁹ avalar, afianzar o garantizar el pago de beneficios o rendimientos fijos en función de los bienes que administra; invertir los recursos de los fideicomisos, en los fondos de inversión que administra; dedicarse a las actividades asignadas a las casas de valores.³⁰

(ii) Constitución y extinción de los negocios fiduciarios

El contrato del fideicomiso mercantil debe otorgarse mediante escritura pública y los del encargo fiduciario por instrumento privado o público³¹ y deberá estipular, entre otros temas: el objeto y finalidad, las instrucciones, el detalle de los bienes, las obligaciones y derechos de las partes, la remuneración a favor de la fiduciaria, los órganos que se contemplen (juntas, comités), los parámetros, forma y periodicidad de la rendición de cuentas, el procedimiento para las reformas al contrato, la forma en que se transferirán

responsabilidad es contradictorio al artículo 125 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Ley de Mercado de Valores que califica la actuación de la fiduciaria como profesional y por lo tanto debería encajar en la culpa levísima.

²² Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores*, art. 125.

²³ *Ibíd.*, art. 103, lit. a.

²⁴ Ecuador, *Codificación de Resoluciones expedidas por la Junta de Política Monetaria, Libro Segundo, Tomo X*, art. 14, num. 2, lit. e, Subsección III, Sección I, Capítulo III, Título XII.

²⁵ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores*, art. 103, lit. b.

²⁶ *Ibíd.*, art. 128.

²⁷ *Ibíd.*, art. 103, lit. c.

²⁸ *Ibíd.*, art. 132.

²⁹ Ecuador, *Codificación de Resoluciones expedidas por la Junta de Política Monetaria, Libro Segundo, Tomo X*, art. 15, Subsección III, Sección I, Capítulo III, Título XII.

³⁰ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores*, art. 105.

³¹ Ecuador, *Codificación de Resoluciones expedidas por la Junta de Política Monetaria, Libro Segundo, Tomo X*, art. 1, Sección I, Capítulo I, Título XIII.

los activos, tanto a la constitución como frente a la terminación del contrato, en los procesos de titularización la forma en cómo se emitirán los valores,³² causales de sustitución³³ y renuncia³⁴ por parte de la fiduciaria, causales y forma de terminación del fideicomiso, denominación del patrimonio autónomo en el caso de fideicomisos mercantiles.³⁵ En el contrato no se podrá estipular condiciones inequitativas o ilegales, por ejemplo, previsiones que disminuyan o acrecienten facultades a la fiduciaria; limitación de derechos del constituyente o beneficiario.³⁶

Al establecer todos estos elementos en la constitución de un fideicomiso, y especialmente uno testamentario, se protegerán los intereses del constituyente y los derechos de los beneficiarios, previniendo abusos, malentendidos o disputas por parte de terceros y se evitará que la fiduciaria se encuentre en una posible posición de conflicto. Que la regulación establezca este marco de requisitos brinda seguridad jurídica y esto es importante en el caso de fideicomisos testamentarios, donde la fiduciaria deberá cumplir las instrucciones impartidas en el contrato, respecto de los activos aportados por el constituyente, luego de su fallecimiento. Además, que desde un inicio, al prohibirse condiciones ilegales, no existe cabida para perjudicar a quienes por sucesión testamentaria tienen derechos, conforme se analiza en el segundo capítulo.

Con relación a la extinción, los negocios fiduciarios podrán terminar por las siguientes causales: cumplimiento de la finalidad; cumplimiento de las condiciones; cumplimiento o la falla de la condición resolutoria; cumplimiento del plazo contractual que no podrá ser superior a ochenta años;³⁷ imposibilidad absoluta de cumplir con la finalidad; sentencia ejecutoriada; resciliación del contrato de fideicomiso mercantil (que no es lo mismo a decir que el contrato es irrevocable, pues esto implica que su contenido no puede ser alterado ni modificado unilateralmente); y, quiebra o disolución del fiduciario, siempre que no exista sustituto.³⁸

1.1. Fideicomiso mercantil

³² *Ibíd.*, art. 4, Sección I, Capítulo I, Título XIII.

³³ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores*, art. 133.

³⁴ Ecuador, *Codificación de Resoluciones expedidas por la Junta de Política Monetaria, Libro Segundo, Tomo X*, art. 17, Subsección III, Sección I, Capítulo III, Título XII y Ecuador; *Código Orgánico Monetario y Financiero, Ley de Mercado de Valores*, art. 131.

³⁵ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores*, art. 120.

³⁶ *Ibíd.*, art. 120.

³⁷ *Ibíd.*, art. 110.

³⁸ *Ibíd.*, art. 134.

El fideicomiso mercantil es un negocio fiduciario en virtud del cual los constituyentes transfieren bienes a un patrimonio, con el objetivo de que la fiduciaria los administre de conformidad con la finalidad establecida por el constituyente.³⁹ El Libro Dos del Código Orgánico Monetario y Financiero – Ley de Mercado de Valores en su artículo 109 lo define en los siguientes términos:

Art. 109.- Del contrato de fideicomiso mercantil.- Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

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.

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.⁴⁰

A efectos de tener una visión más amplia del fideicomiso, se analizarán los siguientes temas: (i) el patrimonio (ii) los tipos de fideicomisos mercantiles (iii) tratamiento tributario.

(i) El patrimonio

Con relación a la naturaleza del patrimonio, en el Ecuador este es autónomo, de afectación y con personalidad jurídica.⁴¹

Patrimonio autónomo hace referencia a la teoría objetiva de las teorías del patrimonio. Esta teoría señala que el patrimonio no necesariamente necesita de una

³⁹ Sergio Rodríguez, *Negocios fiduciarios: Su significación en América Latina* (Bogotá: Ed. Legis, 2017), 186.

⁴⁰ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores*, art. 109.

⁴¹ Roberto González, “Aspectos jurídicos del fideicomiso en Latinoamérica”, *Felaban*, 15 de octubre de 2008, <http://felaban.s3-website-us-west-2.amazonaws.com/memorias/archivo20141120202926PM.pdf>, 17.

persona para existir por ello el patrimonio tiene una individualidad jurídica propia, con una afectación específica que destina los bienes que lo conforman; mientras que la teoría clásica o subjetiva que hace referencia a que cada persona posee su propio patrimonio y por lo tanto es un atributo de la personalidad, teoría que presenta una problemática cuando se trata del patrimonio de personas jurídicas.⁴² Patrimonio de afectación hace referencia a que “la administración de los bienes se vincula definitivamente a la consecución de la finalidad señalada en el contrato que no solo constituye su razón de ser, sino que delimita el alcance de las facultades del fiduciario”.⁴³ Patrimonio con personalidad jurídica es una definición que nace del artículo 109 del Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores y significa que la transferencia no se realiza a la fiduciaria (como ocurre en otras legislaciones latinoamericanas), sino a un patrimonio dotado de personalidad jurídica cuyo representante es la fiduciaria.⁴⁴

Este reconocimiento del patrimonio como autónomo y con personalidad jurídica tiene como consecuencia que los bienes que lo conforman no puedan ser embargados ni sujetos a medidas precautelatorias o preventivas por los acreedores del constituyente o del beneficiario, salvo pacto en contrario, así como tampoco por los acreedores del fiduciario.⁴⁵ No obstante, sí pueden ser embargados y objeto de medidas precautelatorias o preventivas por parte de los acreedores de fideicomiso (garantía general de prenda de acreedores) y los acreedores del beneficiario pueden perseguir los beneficios y derechos que a éste le corresponden, mas no sobre los bienes que integran el fideicomiso.⁴⁶ En protección a terceros por fraude del constituyente, o en acuerdo fraudulento con la fiduciaria, el contrato puede ser impugnado judicialmente mediante las acciones de nulidad, simulación o cualquiera otra prevista en la ley, sin perjuicio de la acción y responsabilidad penal a la que hubiere lugar.⁴⁷

(ii) Los tipos de fideicomisos mercantiles

⁴² Rodríguez, *Negocios fiduciarios: Su significación en América Latina*, 202.

⁴³ Sergio Rodríguez, “El fideicomiso mercantil contemporáneo”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 70 (2007): 31, <https://revistas.comillas.edu/index.php/revistaicade/article/view/637/528>.

⁴⁴ Juan Carlos Peralvo Molina, “Fideicomisos del Mercado de Valores y fideicomisos de titularización en el Ecuador”, *Revista del Instituto Iberoamericano de los Mercados de Valores*, n.º 30 (2010): 39, <http://www.rimv.org/es/descargar/499/mag>.

⁴⁵ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores*, art. 121.

⁴⁶ *Ibíd.*, art. 118 y 122.

⁴⁷ *Ibíd.*, art. 123.

Los fideicomisos dependen de su objeto y finalidad y pueden ser de administración, de garantía, inmobiliario, de inversión, de titularización; puede no existir un negocio fiduciario con una modalidad única.⁴⁸ (i) El fideicomiso de administración, como señala Casas Sanz de Santamaría⁴⁹ abarca una amplia variedad de modalidades, adaptándose a diversas necesidades humanas, así puede ser uno de mera tenencia, destinado a la custodia de bienes; un fideicomiso de administración de flujos, que involucra la gestión de ingresos y egresos; un fideicomiso de administración de acciones; o incluso un fideicomiso de administración de cartera. La fiduciaria custodia, administra y gestiona estos bienes muebles o inmuebles que le fueron transferidos en los términos del contrato. (ii) El fideicomiso de garantía es un contrato en virtud del cual el constituyente, generalmente un deudor, transfiere bienes para garantizar con ellos y/o su producto, el cumplimiento de una o varias obligaciones; la valoración de estos bienes deberá ser aceptada por los acreedores y la fiduciaria no puede convertirse en deudora, deudora solidaria ni avalista de las obligaciones garantizadas.⁵⁰ (iii) El fideicomiso inmobiliario es un mecanismo a través del cual el constituyente transfiere uno o varios inmuebles y/o dinero para que la fiduciaria los administre y realice gestiones necesarias para el desarrollo y ejecución de un proyecto inmobiliario,⁵¹ en este contrato se suele exigir a la fiduciaria el cumplimiento de un punto de equilibrio.⁵² (iv) El fideicomiso de inversión, además de la administración que la fiduciaria debe realizar a los valores o dineros transferidos, tiene como objetivo destinar estos activos a actividades que generen rendimientos.⁵³ (v) Por último, el fideicomiso de titularización es un proceso mediante el cual, flujos futuros o un activo susceptible de generar flujos, son transferidos por el originador a un patrimonio de propósito exclusivo, con cargo a los cuales este patrimonio emite títulos valores, que serán negociados en el mercado de valores para obtener

⁴⁸ Ecuador, *Codificación de Resoluciones expedidas por la Junta de Política Monetaria, Libro Segundo, Tomo X*, art. 17, Sección IV, Capítulo I, Título XIII.

⁴⁹ Eduardo Casas Sanz de Santamaría, *La Fiducia* (Bogotá: Editorial Temis, 1997), 67.

⁵⁰ Ecuador, *Codificación de Resoluciones expedidas por la Junta de Política Monetaria, Libro Segundo, Tomo X*, art. 17, num. 1, Sección IV, Capítulo I, Título XIII.

⁵¹ *Ibíd.*, art. 17, num. 3, Sección IV, Capítulo I, Título XIII.

⁵² El punto de equilibrio constituye el conjunto de condiciones técnicas, legales y financieras que habilitan al fideicomiso a iniciar la ejecución del proyecto inmobiliario. Estas condiciones incluyen la aprobación y entrega del presupuesto y cronograma del proyecto, la entrega de planos y la obtención de los permisos necesarios (técnicas), la transferencia de dominio del inmueble a favor del fideicomiso (legal) y la celebración de contratos de promesas de compraventa que aseguren flujos suficientes para cubrir los costos del proyecto además de los aportes realizados por los constituyente, línea de crédito aprobada por una institución del sistema financiero (financiera).

⁵³ Rodríguez, “El fideicomiso mercantil contemporáneo”, 32.

liquidez, y pagados con los frutos generados por el patrimonio autónomo, lo que permite obtener financiamiento con base en los ingresos futuros.⁵⁴

Los fideicomisos destinados a procesos de titularización, inversiones con adherentes e inmobiliarios deben inscribirse en el Catastro Público de Mercado de Valores. Esta normativa también se aplica a los negocios fiduciarios relacionados con proyectos inmobiliarios financiados por terceros, aquellos con participación del sector público y los que integren recursos públicos en su patrimonio.⁵⁵

Esta inscripción en el Catastro Público brinda transparencia al permitir que inversionistas y participantes tengan información detallada sobre los negocios fiduciarios, asegura que estos negocios fiduciarios cumplan con las disposiciones y requisitos que la normativa exige al respecto, permite una supervisión y control por parte de las autoridades competentes, y proporciona una garantía adicional a través de la auditoría externa, porque los fideicomisos sujetos a inscripción en el Catastro Público, con la excepción de aquellos en los que el sector público sea parte, deben someterse a auditoría externa, a menos que se disponga lo contrario. Esta disposición se extiende a los fideicomisos que reciban recursos de terceros distintos de los constituyentes y a aquellos que contemplen la participación de adherentes, y en aquellos en los que se establezca esta contratación⁵⁶ lo cual asegura una revisión independiente de las operaciones y ayuda a detectar posibles irregularidades o riesgos de los negocios fiduciarios.

(iii) Tratamiento tributario

El fideicomiso mercantil es considerado como una sociedad al amparo del artículo 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno⁵⁷ y por lo tanto obligado a cumplir los deberes en esta materia, tiene la calidad de agente de recepción o de percepción respecto de los impuestos que le correspondan a cada fideicomiso.⁵⁸ Existen ciertas exenciones como por ejemplo: (i) al momento de la transferencia de bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo, ésta no es onerosa ni gratuita y por lo tanto, no se considera hecho

⁵⁴ Ecuador FIDEVAL, “Fideicomiso de Titularización”, *FIDEVAL*, accedido el 7 de marzo de 2023, <https://www.fideval.com/fideicomiso-de-titularizacion/>.

⁵⁵ Ecuador, *Codificación de Resoluciones expedidas por la Junta de Política Monetaria, Libro Segundo, Tomo X*, art. 6, Sección II, Capítulo I, Título XIII.

⁵⁶ *Ibíd.*, art. 21, Sección IV, Capítulo I, Título XIII.

⁵⁷ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores*, art. 135.

⁵⁷ Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*, Registro Oficial 463, Suplemento, 17 de noviembre de 2004, art. 98.

⁵⁸ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores*, art. 135.

generador de tributos que gravan la transferencia de dominio: impuesto a la utilidad o plusvalía y alcabalas⁵⁹ en el caso de inmuebles, conforme lo establece el segundo inciso del artículo 536 del COOTAD que prescribe: “están exonerados del pago de todo impuesto tasa o contribución provincial o municipal, inclusive el impuesto de plusvalía, las transferencias de dominio de bienes inmuebles que se efectúen con el objeto de constituir un fideicomiso mercantil”⁶⁰ y al impuesto al valor agregado⁶¹ en el caso de muebles; en ambos casos atendiendo lo señalado el tercer inciso del artículo 113 del Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores: “la transferencia de dominio de bienes muebles realizada a título de fideicomiso mercantil está exenta del pago del impuesto al valor agregado y de otros impuestos indirectos”,⁶² esto promueve la eficiencia en la gestión patrimonial al no incurrir en costos adicionales al establecer el fideicomiso; (ii) a los impuestos que gravan la transferencia de bienes inmuebles o muebles cuando esta transferencia sea por restitución al constituyente cuando se deba a fallas de la condición prevista en el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor o por efectos contractuales que determinen que los bienes vuelvan en las mismas condiciones en las que fueron transferidos;⁶³ (iii) impuestos de alcabala y utilidad frente a una cesión de derechos fiduciarios⁶⁴ lo que facilita la transferencia de estos derechos sin generar cargas tributarias adicionales.

La exoneración referida en el primer punto reduce significativamente los costos asociados con la constitución de un fideicomiso, y bajo una concepción de un fideicomiso testamentario, puede facilitar la planificación sucesoria de manera más flexible, sin embargo, dado que existen otros costos que debe asumir el constituyente, como por ejemplo honorarios de la fiduciaria, deja de ser una figura atractiva. Además, y pese a que existe una exoneración al momento de la constitución, esta exoneración no se replica al momento de transferir los bienes a los beneficiarios, en cumplimiento de las finalidades

⁵⁹ El hecho generador del impuesto a la utilidad o plusvalía y alcabala es la transferencia de inmuebles urbanos como lo establece el *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización* en sus artículos 527 y 556.

⁶⁰ Ecuador, *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010, art. 536.

⁶¹ El hecho generador del IVA conforme lo establece el artículo 61 de la Ley de Régimen Tributario Interno se verifica en las transferencias locales de dominio de bienes, sean éstas al contado o a crédito, en el momento de la entrega del bien, o en el momento del pago total o parcial del precio o acreditación en cuenta, lo que suceda primero.

⁶² Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores*, art. 113.

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ Ecuador, *Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito*, Registro Oficial 615, Edición Especial, 21 de noviembre de 2022, art. 1611.

del fideicomiso. Por ello, la normativa ecuatoriana señala que sí son objeto del pago de impuestos de alcabala y utilidad cuando las transferencias, gratuitas u onerosas, se realicen en favor de los beneficiarios, distintos de los constituyentes, en cumplimiento del contrato del fideicomiso.⁶⁵

Por otro lado, están exonerados del impuesto a la renta “los ingresos que obtengan los fideicomisos mercantiles, siempre que no desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, ni cuando alguno de los constituyentes o beneficiarios sean personas naturales o sociedades residentes, constituidas o ubicadas en un paraíso fiscal o jurisdicción de menor imposición”.⁶⁶ Esta exoneración, en el contexto de un fideicomiso testamentario, sí podría aplicarse, dado que el fideicomiso testamentario se utilizaría como mecanismo para administrar y distribuir los activos de una persona fallecida y no involucra actividades empresariales o negocios en marcha, pero ninguno de los constituyentes o beneficiarios deberá estar ubicado en un paraíso fiscal.

Asimismo, los fideicomisos mercantiles que no ejerzan actividad económica habitual y que se hubieren constituido dentro del territorio del Distrito Metropolitano de Quito⁶⁷ están exentos del impuesto de patente municipal y del 1.5 por mil sobre los activos totales. Esto incluye los fideicomisos de garantía; aquellos destinados a la administración de flujos y/o cartera; aquellos cuya gestión se limita a la tenencia de bienes fideicomitados y cuyo patrimonio no genera ingresos; los que no producen bienes o servicios; los que no reciben recursos de terceros distintos a los constituyentes; los que tienen fines comunitarios; los de titularización; y aquellos que no reciben ingresos operacionales.⁶⁸ Nuevamente y analizando la figura del fideicomiso testamentario, al ser una gestión que se limita a la tenencia de bienes fideicomitados y no se genera ingresos, estaría exenta de estos impuestos y se debería encontrar en esta clasificación de negocios fiduciarios, por su naturaleza. Lamentablemente no existe desarrollo normativo como este en otros cantones del país.

La fiduciaria es responsable solidaria con el fideicomiso por el incumplimiento de los deberes formales que le corresponda al fideicomiso,⁶⁹ como por ejemplo la

⁶⁵ Ecuador, *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, art. 527, lit. e) y *Código Orgánico Monetario y Financiero, Ley de Mercado de Valores*, art. 113, segundo inciso.

⁶⁶ Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*, art. 9, num. 15.

⁶⁷ Ecuador, *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, arts. 1593 y 1601.

⁶⁸ *Ibíd.*, art. 1613.

⁶⁹ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores*, art. 135.

presentación de declaraciones frente al SRI, emisión de comprobantes de ventas cuando corresponda y, con cargo a los recursos de cada patrimonio autónomo, el pago de los impuestos que se generen. Pero no es responsable solidaria de las obligaciones que se deriven de su gestión, que es de medio y no de resultado, en el ámbito tributario, salvo dolo o culpa grave,⁷⁰ esto significa que la fiduciaria solo será responsable si se demuestra que actuó con intención de cometer un fraude o con una negligencia grave.

1.2. Encargo fiduciario

El encargo fiduciario es un contrato mediante el cual la fiduciaria, actuando en nombre del constituyente, ejecuta diversas finalidades en beneficio del propio constituyente o de un beneficiario designado.⁷¹ A diferencia del fideicomiso mercantil, en el encargo fiduciario no se produce la transferencia de dominio de los bienes, sino simplemente la entrega de los mismos⁷² y la fiduciaria, al igual que en los fideicomisos mercantiles, debe mantener los bienes separados de sus propios activos y de los negocios fiduciarios que gestione en el ejercicio de su actividad. No obstante, a diferencia de lo que sucede en los fideicomisos mercantiles donde se forma un patrimonio autónomo que impide que los bienes sean embargados por los acreedores del constituyente, en los encargos fiduciarios nada impide que los bienes, que siguen siendo de propiedad del constituyente, sí puedan ser embargados por los acreedores del constituyente.

La existencia de un patrimonio autónomo en los fideicomisos mercantiles implica una regulación más detallada en términos tributarios. El Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores en el artículo 135 sobre los encargos, únicamente menciona que el fiduciario hará la retención a nombre de quien otorgó el encargo. Lo anterior constituyen las principales diferencias entre el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario; sin perjuicio que, a continuación, se señalen algunos aspectos adicionales del encargo, esto es: (i) normas aplicables (ii) modalidades:

(i) Normas aplicables

⁷⁰ Ecuador, *Código Tributario*, Registro Oficial 38, Suplemento, 14 de junio de 2005, art. 30.7.

⁷¹ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores*, art. 114.

⁷² *Ibíd.*, art. 112.

El Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores señala en su artículo 114 que le son aplicables al encargo fiduciario aquellas normas relativas al mandato (Código Civil) y a la comisión mercantil (Código de Comercio) siempre y cuando le sean compatibles con la naturaleza del encargo. A continuación, se comentará sobre algunos de los artículos que cita del Código Civil:

(i) artículos 2035,⁷³ 2052,⁷⁴ 2054⁷⁵ y 2064⁷⁶ hacen referencia a la obligación del mandatario (fiduciaria en los encargos) de cumplir el mandato (instrucciones que señale el constituyente) sin extralimitarse en las gestiones, y señalan además que, si el mandatario no puede cumplir con las instrucciones no está obligado a constituirse agente oficioso (actuar sin que exista un mandato expreso) pero sí se podrá interpretar las facultades concedidas con más amplitud, siempre y cuando no se alejen del objeto del negocio (encargo fiduciario);

(ii) el artículo 2067⁷⁷ que tiene bastante relación con la terminación de un fideicomiso mercantil, esto es por cumplimiento del objeto, del plazo o la condición resolutoria, estableciendo otras causales aplicables al encargo fiduciario, y por lo tanto al mandato: muerte, quiebra, insolvencia o interdicción del mandante (constituyente) o mandatario (fiduciaria); incluso al eliminar los numerales 3 (revocación del mandante), 4 (renuncia del mandatario) y 8 (cesación de las funciones del mandante) se ratifica el carácter irrevocable de las instrucciones en el encargo fiduciario, lo que no sucede en el mandato civil que puede ser revocado y modificado unilateralmente por el mandante;

⁷³ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 2035: “El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo”.

⁷⁴ *Ibíd.*, art. 2052: “Las facultades concedidas al mandatario se interpretarán con alguna más latitud, cuando no está en situación de poder consultar al mandante”.

⁷⁵ *Ibíd.*, art. 2054: “El mandatario que se halle en la imposibilidad de obrar con arreglo a sus instrucciones, no está obligado a constituirse agente oficioso; le basta tomar las providencias conservativas que las circunstancias exijan”.

⁷⁶ *Ibíd.*, art. 2064: “El mandante cumplirá las obligaciones que a su nombre ha contraído el mandatario dentro de los límites del mandato. Estará, sin embargo, obligado el mandante si hubiere ratificado expresa o tácitamente cualesquiera obligaciones contraídas a su nombre. Pero si no fuere posible dejar de obrar sin comprometer gravemente al mandante, el mandatario tomará el partido que más se acerque a sus instrucciones y que más convenga al negocio. Compete al mandatario probar la fuerza mayor o caso fortuito que le imposibilite llevar a ejecución las órdenes del mandante”.

⁷⁷ *Ibíd.*, art. 2067: “El mandato termina: 1. Por el desempeño del negocio para que fue constituido; 2. Por la expiración del término o por el cumplimiento de la condición prefijados para la terminación del mandato; 3. Por la revocación del mandante; 4. Por la renuncia del mandatario; 5. Por la muerte del mandante o del mandatario; 6. Por la quiebra o insolvencia del uno o del otro; 7. Por la interdicción del uno o del otro; y, 8. Por la cesación de las funciones del mandante, si el mandato ha sido dado en ejercicio de ellas”.

(iii) el artículo 2073⁷⁸ es una norma que parecería establecer una excepción a que frente a la muerte del mandante (constituyente) no se termine el mandato (encargo fiduciario) que está destinado a ejecutarse después de su fallecimiento, lo cual entonces podría aplicarse para hablar de una sucesión patrimonial a través de negocios fiduciarios, y más específicamente, a través de encargos fiduciarios.

(i) Modalidades de encargos fiduciarios

Las modalidades de encargos fiduciarios se dividen según su finalidad en las siguientes categorías: gestión, inversión, tenencia o guarda, y enajenación.⁷⁹ (i) En el caso de la modalidad de gestión, un ejemplo podría ser la instrucción a la fiduciaria para suscribir, en nombre del constituyente, actos y contratos que gestionen el procedimiento de guarda y enajenación de vehículos garantizados en convenios de adhesión. (ii) En cuanto a la modalidad de inversión, es esencial estipular claramente en el contrato el destino de los fondos y las políticas o condiciones de la inversión, y a falta de estipulación, se sujetará a los límites establecidos para los fideicomisos de inversión en valores. (iii) El encargo de tenencia y guarda, que no implica la transferencia de dominio, se utiliza, por ejemplo, para entregar dinero o bienes e instruir a la fiduciaria para que los guarde y/o administre. (iv) Finalmente, un encargo de enajenación es un contrato por medio del cual el propietario de un bien, con el fin de venderlo, instruye a la fiduciaria para que cumpla esta finalidad.

La Codificación de Resoluciones expedidas por la Junta de Política Monetaria, Libro Segundo, Tomo X menciona de forma general, y por lo tanto aplicable a fideicomisos mercantiles y encargos fiduciarios, que los negocios fiduciarios que tengan relación con un proyecto inmobiliario cuyo financiamiento provenga de terceros; en los que participa el sector público y en los que se encuentren integrados en su patrimonio con recursos públicos deben inscribirse en el Catastro Público de Mercado de Valores,⁸⁰ por lo que en caso de suscribir un encargo con las anteriores características se debe considerar esta inscripción.

⁷⁸ *Ibíd.*, art. 2073: “No se extingue por la muerte del mandante el mandato destinado a ejecutarse después de ella. Los herederos suceden, en este caso, en los derechos y obligaciones del mandante. Por la muerte del mandante no se extingue el mandato para pleitos, si se ha empezado a desempeñar; ni por la muerte del procurador, en el mismo caso, terminan las facultades del sustituto o delegado”.

⁷⁹ Ecuador, *Codificación de Resoluciones expedidas por la Junta de Política Monetaria, Libro Segundo, Tomo X*, art. 19, Sección IV, Capítulo I, Título XIII.

⁸⁰ *Ibíd.*, art. 6, Sección II, Capítulo I, Título XIII.

Por otro lado, los encargos fiduciarios que deben contar con auditoría externa son aquellos que reciban recursos de personas distintas de los constituyentes iniciales y aquellos en los que se prevean contar adherentes.⁸¹

⁸¹ *Ibíd.*, art. 24, Sección IV, Capítulo I, Título XIII.

Capítulo segundo

Sucesión patrimonial a través de negocios fiduciarios

1. La sucesión testamentaria

Es preciso iniciar este capítulo sintetizando lo que el Código Civil ecuatoriano prescribe sobre la sucesión por causa de muerte, y esto, por cuanto existen normas que deben ser observadas y respetadas ante una sucesión testamentaria. La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio; si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria; y si la sucesión opera en virtud de lo dispuesto en la ley, se denomina intestada o abintestato.⁸² En la sucesión intestada, son llamados a suceder en primer orden los hijos, quienes excluyen a los demás herederos, sin perjuicio de la porción conyugal;⁸³ en segundo orden sus ascendientes de grado más próximo y el cónyuge;⁸⁴ en tercer orden sus hermanos⁸⁵ y en cuarto orden los sobrinos y el Estado.⁸⁶

Mientras que en la sucesión testamentaria el testador debe cumplir con las asignaciones forzosas⁸⁷ que son:

1. Porción conyugal: destinada a la congrua sustentación del cónyuge sobreviviente⁸⁸ y es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta.⁸⁹ Esta porción es deducida del acervo del difunto para posteriormente conformar el acervo líquido que se dividirá en cuatro partes.⁹⁰
2. Legítimas: hijos y padres⁹¹ a quienes les corresponde la mitad del acervo, previas las deducciones y agregaciones indicadas en el artículo 1001.⁹² Su

⁸² Ecuador, *Código Civil*, art. 994.

⁸³ *Ibíd.*, art. 1028.

⁸⁴ *Ibíd.*, art. 1030.

⁸⁵ *Ibíd.*, art. 1031.

⁸⁶ *Ibíd.*, art. 1032.

⁸⁷ *Ibíd.*, art. 1194.

⁸⁸ *Ibíd.*, art. 1196.

⁸⁹ *Ibíd.*, art. 1201.

⁹⁰ *Ibíd.*, art. 1207.

⁹¹ *Ibíd.*, art. 1205.

⁹² El artículo 1001 señala que en toda sucesión por causa de muerte, para llevar a ejecución las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios:

1. Las costas de la publicación del testamento, si lo hubiere, las anexas a la apertura de la sucesión, lo que se debiere por la última enfermedad, y los gastos funerales;
2. Las deudas hereditarias;

incumplimiento faculta a los legitimarios a solicitar la acción de reforma al testamento, dentro de cuatro años desde que tuvieron conocimiento del testamento.⁹³ No se habla de nulidad porque esto procede cuando: (i) el testamento es otorgado por personas no hábiles para testar;⁹⁴ (ii) existencia de fuerza a su suscripción;⁹⁵ y, (iii) el testamento, cerrado o abierto, omite las formalidades para su otorgamiento.⁹⁶

3. Cuarta de mejoras: utilizada para favorecer a sus descendientes, sean o no legitimarios y les corresponde una cuarta parte del acervo líquido.⁹⁷

La otra cuarta parte del acervo líquido puede disponer el testador a su arbitrio.⁹⁸

2. El fideicomiso testamentario en experiencias latinoamericanas

El fideicomiso mercantil testamentario es un contrato a través del cual el constituyente (testador) entrega la totalidad o una parte de sus bienes a la fiduciaria, quien los administrará mientras viva el constituyente y a su muerte cumplirá las instrucciones, transmitiendo la propiedad de los bienes a los beneficiarios.⁹⁹ Esta institución, no regulada en el Ecuador, pero que podría implementarse a través de la figura de un fideicomiso de administración, tiene su antecedente en Roma con el *fideicommissum* que no exigía especiales requisitos de forma¹⁰⁰ y tenía aplicación en el contexto rígido del derecho sucesorio para otorgar en testamento a quienes eran incapacitados de heredar (peregrinos, esclavos manumitidos, las mujeres, solteros, casados sin hijos, entre otros)¹⁰¹ encontrando

3. El impuesto progresivo que causen las sucesiones indivisas; y,
4. La porción conyugal a que hubiere lugar en todos los órdenes de sucesión.
El resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley.

⁹³ *Ibíd.*, art. 1239.

⁹⁴ *Ibíd.*, arts. 1043 y 1044.

⁹⁵ *Ibíd.*, art. 1045.

⁹⁶ *Ibíd.*, arts. 1064 y 1054.

⁹⁷ *Ibíd.*, art. 1207, último inciso.

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ Mónica Bernarda Coello Pesantez, “El nuevo régimen del fideicomiso inmobiliario en el Ecuador” (tesis de pregrado, Universidad del Azuay, 2015), 18, <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/4207/1/10768.pdf>.

¹⁰⁰ Rosario Castro-Camero, “La recepción del fideicomiso romano en el Código Civil chileno”, *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*, (2021): 1900, https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=R_2021&fasc=8.

¹⁰¹ Oswaldo Aníbal Mendoza Popoca, “Fideicommissum romano y trust anglosajón. La semejanza de su desarrollo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º 67 (2017): 598-9, <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2017.268.61034>.

una figura a través de la cual, salvando los inconvenientes legales, permitiese al testador hacer efectiva su última voluntad.¹⁰²

Esta figura también podría implementarse a través de un testamento conforme las experiencias latinoamericanas nos enseñan, y para el efecto al redactar un testamento, éste debe determinar el contenido del fideicomiso mercantil y respetar las reglas de la sucesión por causa de muerte. En caso de que solo se redacte un testamento sin el contenido de un fideicomiso, serían los herederos o el albacea designado quienes tendrían la facultad y responsabilidad de constituir dicho fideicomiso mercantil, pero esto presenta varios inconvenientes legales y prácticos. Dado que tanto los herederos como el albacea están limitados a cumplir exclusivamente lo que consta en el testamento, no podrían constituir el fideicomiso testamentario de forma directa. Esto se debe a que el albacea no adquiere la propiedad de los bienes, y sin dicha titularidad no podría transferirlos a la fiduciaria para su administración. Por otro lado, si los herederos adquirieron la propiedad de los bienes y luego los transfieren a la fiduciaria, el fideicomiso ya no tendría un carácter testamentario puro, sino que se convertiría en un fideicomiso de administración. Esto implica una transformación en la naturaleza jurídica del fideicomiso, ya que la voluntad del testador no sería plenamente cumplida en el sentido original de un fideicomiso testamentario. Por ello, una correcta redacción del testamento que contempla el fideicomiso mercantil desde su origen es indispensable para asegurar que los bienes sean administrados según la voluntad del causante y en favor de los beneficiarios seleccionados.

A continuación, se revisa la normativa de cuatro países que sí prevén esta figura en su legislación.

2.1. Perú

La *Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros* prevé el fideicomiso testamentario y lo regula en pocos artículos que, a continuación, se transcribirán conforme se analice a la figura. Pero antes, es importante comprender el primer inciso del artículo 252 de la Ley en mención, que explica sobre el dominio fiduciario que la fiduciaria ejerce sobre el patrimonio autónomo:

¹⁰² Rodríguez, “El Fideicomiso Mercantil contemporáneo”, 9.

El fiduciario ejerce sobre el patrimonio fideicometido, dominio fiduciario, el mismo que le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, las mismas que son ejercidas con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, y con observancia de las limitaciones que se hubieren establecido en el acto constitutivo.¹⁰³

A diferencia de lo que sucede en el Ecuador, donde es el propio fideicomiso, con personalidad jurídica propia, el titular de los bienes, activos y/o derechos, en el Perú el fideicomiso no conforma un patrimonio autónomo y por lo tanto no tiene personalidad jurídica independiente, sino que es la fiduciaria la que ejerce el dominio fiduciario de los bienes fideicomitados, desde que se perfecciona la transferencia de los bienes objeto del fideicomiso a su favor. Y las empresas que están autorizadas para desempeñarse como fiduciarias en Perú son: Corporación Financiera de Desarrollo S.A. (COFIDE), Empresa Bancaria; Empresa Financiera, Caja Municipal de Ahorro y Crédito, Caja Municipal de Crédito Popular, Entidad de Desarrollo a la Pequeña y Mico Empresa (EDPYME), Cooperativas de Ahorro y Crédito autorizadas a captar recursos del público, Caja Rural de Ahorro y Crédito, empresas de servicios fiduciarios, empresas de seguros y/o reaseguros.¹⁰⁴

El tercer inciso del artículo 246 de la Ley mencionada establece que el fideicomiso puede ser establecido por el fideicomitente a través de su voluntad unilateral expresada en un testamento. Esto implica que el fideicomitente, quien es el testador, puede disponer en su testamento la transferencia de ciertos activos de su patrimonio a una entidad fiduciaria. Y al ocurrir su fallecimiento, la fiduciaria asume el dominio fiduciario de estos activos, distribuyéndolos entre los beneficiarios o fideicomisarios de acuerdo con las indicaciones previamente proporcionadas. El fiduciario, no es un heredero del causante, ni legatario, no adquirirá la titularidad real de los bienes, tan solo tiene una titularidad fiduciaria, es decir, una titularidad que vence al entregar los bienes a los beneficiarios.¹⁰⁵

Artículo 246.- FORMALIDAD

¹⁰³ Perú, *Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros*, art. 252.

¹⁰⁴ Este listado en razón del artículo 242 de la *Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros* que prescribe: “Están autorizadas para desempeñarse como fiduciarias, COFIDE, las empresas de operaciones múltiples a que se refiere el inciso A del artículo 16 y las empresas de servicios fiduciarios que señala el inciso b-5 del artículo mencionado, así como las empresas del numeral 1 del artículo 318”.

¹⁰⁵ Leonardo Pérez, “Fideicomiso constituido por testamento: Una mirada desde el derecho latinoamericano”, *Revista VIA IURIS*, n.º 11 (2011): 16, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273922799002>.

La constitución del fideicomiso se efectúa y perfecciona por contrato entre el fideicomitente y la empresa fiduciaria, formalizado mediante instrumento privado o protocolizado notarialmente.

Cuando el contrato comporta la transferencia fiduciaria de activos mobiliarios, debe ser inscrito en la Central de Riesgos de la Superintendencia, según lo considere el fideicomitente.

Tiene también lugar por voluntad unilateral del fideicomitente, expresada en testamento.

Para oponer el fideicomiso a terceros se requiere que la transmisión al fiduciario de los bienes y derechos inscribibles sea anotada en el registro público correspondiente y que la otra clase de bienes y derechos se perfeccione con la tradición, el endoso u otro requisito exigido por la ley.

Para los casos de fideicomiso en garantía, la inscripción en el registro respectivo le otorga el mismo orden de prelación que corresponde, en razón al tiempo de su inscripción.¹⁰⁶

Varios autores peruanos, como Ekaterini Kidonis Marchena, Augusto Ferrero Costa y Sergio Barboza Beraun entrevistados para el desarrollo de la tesis “El fideicomiso testamentario en el Perú y la intangibilidad de la legítima”¹⁰⁷ coinciden en que su legislación, el fideicomiso testamentario queda relegado únicamente a la porción de libre disposición del testador. Además, según Augusto Ferrero Costa, esta situación actúa como una restricción para la creación de este tipo de fideicomisos, principalmente porque la mayoría de las personas sí tienen herederos forzosos.¹⁰⁸ Esta perspectiva surge al analizar detenidamente el artículo 244 de la Ley en cuestión, el cual establece que los herederos forzosos conservan el derecho de solicitar la restitución de aquellos activos que afecten su legítima. Esto implica que no se puede disponer libremente de estos activos, a menos que se trate de bienes que afecten la legítima de herederos menores o personas incapaces, en cuyo caso, se permite la constitución de un fideicomiso.

Artículo 244.- DERECHOS DEL HEREDERO FORZOSO PERJUDICADO POR EL FIDEICOMISO.

Los herederos forzosos del fideicomitente pueden exigir la devolución de los bienes fideicometidos por su causante a título de fideicomiso gratuito, en la parte que hubiere perjudicado sus legítimas. La empresa fiduciaria tiene la facultad de elegir, entre los bienes fideicometidos, aquéllos que han de ser objeto de la devolución.

No obstante, puede el fideicomitente constituir en fideicomiso los bienes que toquen a la legítima de alguno de sus herederos menores o incapaces, en beneficio de ellos mismos y mientras subsista la minoridad o la incapacidad.

La prodigalidad se califica por el propio constituyente del fideicomiso. En este caso, el fideicomiso dura hasta cinco (5) años después del fallecimiento del causante,

¹⁰⁶ Perú, *Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros*, art. 246.

¹⁰⁷ Orlando Daniel Avilez López y Luis Errol Chacaliaza Garrido, “El fideicomiso testamentario en el Perú y la intangibilidad de la legítima” (tesis de maestría, Universidad de Lima, Perú, 2021), 51, <https://hdl.handle.net/20.500.12724/13767>.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, 48.

salvo que el presunto pródigo acredite ante el juez especializado estar capacitado para administrar sus bienes.

La empresa fiduciaria, en todo caso, debe atender al mantenimiento del menor o del incapaz, con cargo a las rentas o frutos del fideicomiso.

El art. 256 reafirma lo anterior al prescribir que:

Artículo 256.- OBLIGACIONES DE LA EMPRESA FIDUCIARIA.

Son obligaciones de la empresa fiduciaria:

[...] 9. Devolver al fideicomitente o a sus causahabientes, al término del fideicomiso, los remanentes del patrimonio fideicometido, salvo que, atendida la finalidad de la transmisión fideicomisaria, corresponda la entrega a los fideicomisarios o a otras personas; [...]

Por su parte, el último artículo que hace referencia a los fideicomisos testamentarios en la *Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros* es el artículo 247 que establece la no necesidad de aceptación por parte de la fiduciaria designada para validar el fideicomiso testamentario, puesto que de rechazar su designación, se le exige proponer un reemplazo; y, si ninguna otra entidad muestra disposición para asumir esta responsabilidad, el fideicomiso se considera extinto.

Artículo 247.- FIDEICOMISO TESTAMENTARIO NO REQUIERE ACEPTACION.

No es requisito para la validez del fideicomiso testamentario la aceptación de la empresa fiduciaria designada ni la de los fideicomisarios. Si aquella declinare la designación, debe proponer a quien la reemplace y si ninguna otra empresa aceptare el encargo, el fideicomiso se extingue.

Los fideicomisos a que se refiere este artículo se entienden constituidos desde la apertura de la sucesión.

Los anteriores cuatro artículos demuestran la poca regulación que existe en este país sobre los fideicomisos testamentarios, figura que no es ampliamente utilizada por las siguientes tres razones a decir de Orlando Daniel Avilez López y Luis Errol Chacaliaza Garrido:¹⁰⁹ (1) carece de una difusión adecuada a diferencia del testamento, que puede realizarse con facilidad, el fideicomiso suele ser percibido mayormente como una herramienta vinculada al ámbito bancario o financiero; (2) prevalece la preeminencia de la figura del albacea, como una opción más segura, puesto que desconocen de la eficiencia y el papel de las fiduciarias como garantes de la ejecución; y, (3) los costos inherentes a la formalización y gestión de este tipo de fideicomisos también desempeñan un rol

¹⁰⁹ Avilez López y Chacaliaza Garrido, “El fideicomiso testamentario en el Perú”, 47-8, 54.

determinante, pues están los honorarios de la fiduciaria desde su constitución, administración, extinción y otros gastos, como la asesoría legal.

2.2. Argentina

El fideicomiso testamentario está regulado en la sección octava, capítulo 30 “Contrato de fideicomiso”, Título IV “Contratos en particular”, Libro Tercero “Derechos Personales” del Código Civil y Comercial de la Nación:

ARTICULO 1699.- Reglas aplicables. El fideicomiso también puede constituirse por testamento, el que debe contener, al menos, las enunciaciones requeridas por el artículo 1667.

Se aplican los artículos 2448 y 2493 y las normas de este Capítulo; las referidas al contrato de fideicomiso deben entenderse relativas al testamento.

En caso de que el fiduciario designado no acepte su designación se aplica lo dispuesto en el artículo 1679.

El plazo máximo previsto en el artículo 1668 se computa a partir de la muerte del fiduciante.

ARTICULO 1700.- Nulidad. Es nulo el fideicomiso constituido con el fin de que el fiduciario esté obligado a mantener o administrar el patrimonio fideicomitado para ser transmitido únicamente a su muerte a otro fiduciario de existencia actual o futura.¹¹⁰

A continuación, se analizarán cada uno de los artículos señalados en el artículo 1699. Se establece que “las referidas [normas] al contrato de fideicomiso deben entenderse relativas al testamento”, y el artículo 1667 señala el contenido mínimo que debe contener el contrato de fideicomiso y por lo tanto el testamento: la identificación detallada de los bienes o los requisitos necesarios que deben cumplir; la especificación de cómo otros activos pueden ser incorporados al fideicomiso; el plazo o condición que rige el fideicomiso; la identificación del beneficiario; el destino final de los bienes, indicando expresamente al fideicomisario designado para recibirlos; los derechos y responsabilidades del fiduciario, así como el modo de sustituirlo.

También se hace referencia al artículo 2493 que establece la posibilidad de que el testador pueda disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, con la limitación que no se afecte la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso previsto en el artículo 2448,¹¹¹ esto es que sí se puede disponer, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas, con el propósito de

¹¹⁰ Argentina, *Ley 26.994: Código Civil y Comercial de la Nación*, arts. 1699 y 1670.

¹¹¹ *Ibíd.*, art. 2493.

destinarlas como una mejora a descendientes o ascendientes con discapacidad.¹¹² Lo anterior tiene fundamento porque el artículo 2247 prescribe que “El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, se tienen por no escritas”.¹¹³ Es decir que no es posible obligar a un heredero forzoso a aceptar un bien, sujetas a un plazo y/o condición, ya que esto conllevaría una condición o carga que está claramente vedada, por ello, el fideicomiso solo puede ser creado respecto a la porción de libre disposición.¹¹⁴

Con relación al plazo, el artículo 1668 preceptúa que el fideicomiso no puede durar más de treinta años, tiempo que se computa a partir de la muerte del fiduciante, excepto si el beneficiario es una persona incapaz o con capacidad restringida, caso en el que puede durar hasta el cese de la incapacidad o de la restricción a su capacidad, o su muerte.¹¹⁵

Por otro lado, se señala que si el fiduciario no acepta su designación se aplicará el artículo 1679, el cual dispone que lo reemplazará el sustituto indicado, y si este no existe o no lo acepta, el juez debe designar como fiduciario a una de las entidades autorizadas.

En la legislación argentina se aprecian diferencias significativas en cuanto a los actores involucrados en el fideicomiso: (i) en relación al beneficiario, se establece que este puede ser tanto una persona jurídica como física, independientemente de su existencia en el momento de otorgamiento del contrato. Además, puede coincidir con el fiduciante (constituyente), el fiduciario o incluso el fideicomisario (diferencia al beneficiario como aquel que recibe los beneficios, mientras que fideicomisario el destinatario final de la propiedad de los bienes fideicometidos). Se considera que si el beneficiario renuncia se entiende es el fideicomisario y que su derecho puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, a menos que el fiduciante disponga lo contrario;¹¹⁶ (2) en cuanto al fideicomisario, es la persona a la cual se transmite la propiedad al concluir el fideicomiso. Esta figura puede ser el mismo fiduciante, el beneficiario o incluso una persona distinta de ellos;¹¹⁷ y, (3) el fiduciario puede ser

¹¹² *Ibíd.*, art. 2448.

¹¹³ *Ibíd.*, art. 2447.

¹¹⁴ Kiper y Lisoprawski, *Fideicomiso testamentario en el Código Civil y Comercial* (Buenos Aires: Ediciones La Ley, 2015), 25 citado en Eugenia Jorgelina Corbalán, “Fideicomiso testamentario” (tesis de pregrado, Universidad Siglo XXI, Argentina, 2020), <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/18569>.

¹¹⁵ Argentina, *Ley 26.994: Código Civil y Comercial de la Nación*, art. 1668.

¹¹⁶ *Ibíd.*, art. 1671.

¹¹⁷ *Ibíd.*, art. 1672.

cualquier individuo o entidad jurídica, e incluso se le permite ser beneficiario.¹¹⁸ Respecto a la naturaleza jurídica del fideicomiso, su celebración no implica la creación de una nueva persona jurídica, sino un patrimonio de afectación.¹¹⁹

2.3. Colombia

En el contexto colombiano existen únicamente dos disposiciones normativas que rigen el fideicomiso testamentario. Estas regulaciones son especialmente escuetas y no proporcionan una guía completa sobre el funcionamiento y alcance de este tipo de fideicomiso. Además, en comparación con otras legislaciones examinadas, no se hace referencia explícita a restricciones sobre la disposición de las porciones legítimas a través de esta modalidad. Esto significa que, en la legislación colombiana, el fideicomiso testamentario parecería que no está prohibido como mecanismo para afectar las legítimas de los herederos. Aunque este enfoque puede brindar cierta flexibilidad, también crea un vacío que demanda una regulación más detallada y específica. La falta de lineamientos claros en torno a la utilización del fideicomiso testamentario en relación con las legítimas puede generar incertidumbre y dificultades de interpretación. Estas normativas deberían ser complementarias a las disposiciones establecidas en el derecho sucesorio, con el objetivo de garantizar una regulación adecuada en esta materia. El Código de Comercio prescribe:

ARTÍCULO 1226. <CONCEPTO DE LA FIDUCIA MERCANTIL>. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.¹²⁰

ARTÍCULO 1228. <CONSTITUCIÓN DE LA FIDUCIA>. La fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes. La constituida Mortis causa, deberá serlo por testamento.¹²¹

2.4. México

¹¹⁸ *Ibíd.*, art. 1673.

¹¹⁹ *Ibíd.*, arts. 1684 y 1685.

¹²⁰ Colombia, *Código de Comercio*, art. 1226.

¹²¹ *Ibíd.*, art. 1228.

En México, aunque no existe una regulación específica y explícita sobre el fideicomiso testamentario, esta figura se encuentra en uso en el ámbito legal y sucesorio. La normativa se orienta hacia los fideicomisos en general, y aunque no se hace mención directa al fideicomiso testamentario, es posible encontrar ciertas alusiones que podrían estar relacionadas. Por ejemplo, el artículo 394 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito prohíbe los fideicomisos en los cuales el beneficio pase a diferentes personas en sucesión, a menos que estas sustituciones estén previstas para personas que ya estén vivas o concebidas en el momento del fallecimiento del fideicomitente.¹²²

Esta situación es resultado de una reforma legislativa que tuvo lugar en junio de 2003, la cual modificó la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y los cambios en relación al fideicomiso tienen que ver con: (i) la aclaración que en virtud del fideicomiso, el constituyente transmite la titularidad de los bienes en favor del fiduciario, puesto que antes el artículo 381 únicamente establecía que los “aporta”; y; (ii) el cambio del artículo 387 de “El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento [...]” a “La constitución del fideicomiso deberá constar siempre por escrito”. Esta enmienda buscaba eliminar la consideración de que el fideicomiso podía ser un negocio jurídico unilateral y, por lo tanto, el razonamiento de estas reformas fue exigir la comparecencia de la fiduciaria en todos los fideicomisos, más no eliminar la posibilidad de un fideicomiso testamentario, sino más bien regular de manera más precisa la forma de constitución de los fideicomisos en general.¹²³

En este contexto, instituciones como el Banco BBVA en México ofrecen el fideicomiso testamentario como uno de sus productos, evidenciando que, aunque no haya una regulación específica para esta modalidad, se reconoce su utilidad y se promueve su uso en el ámbito testamentario, por ello comenta que es un:

Contrato que le permite llevar a cabo la administración de su patrimonio de acuerdo a su conveniencia, cuando falte, tendrá la certeza que el Fiduciario cumpla las instrucciones que haya establecido en favor de sus beneficiarios en los porcentajes determinados, evitando juicios sucesorios.

¹²² México, *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, Diario Oficial de la Federación, 27 de agosto de 1932, art. 394

¹²³ Marco Vaca, “El fideicomiso testamentario y la naturaleza de sus fideicomisarios”, *Homenaje al doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez* (2016), 410-13, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4290-homenaje-al-doctor-jorge-alfredo-dominguez-martinez>.

Dirigido a clientes de la Banca Patrimonial, Privada o UHN que deseen asegurar su patrimonio.¹²⁴

Recalca el Banco BBVA en México, como parte de sus características, que es un contrato privado estandarizado, que se crea un patrimonio autónomo, flexible para el cambio de fideicomisarios y porcentajes y que puede ser revocable e irrevocable al momento del fallecimiento del fideicomitente.¹²⁵

3. El fideicomiso civil en Ecuador

La propiedad fiduciaria o fideicomiso civil consta regulado en el Código Civil en el Título VIII “De las limitaciones del dominio y primeramente de la propiedad fiduciaria”. El fideicomiso civil es distinto al fideicomiso mercantil revisado en el primer capítulo; el artículo 748 del Código Civil señala: “Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición;¹²⁶ por lo tanto, a diferencia del fideicomiso mercantil, éste no configura o conforma un patrimonio autónomo distinto del constituyente, fiduciario o beneficiario, sino que se trata de una limitación al dominio en virtud de la cual un bien se transfiere de manera directa al patrimonio del fiduciario, quien se convierte en el titular de dicho patrimonio hasta que se cumpla la condición establecida. El fideicomiso civil es un contrato que se constituye sobre la totalidad de una herencia, sobre una cuota determinada de ella, o sobre cuerpos ciertos¹²⁷ y debe constituirse por acto entre vivos, otorgado en instrumento público o por testamento.¹²⁸

Dentro de las personas que intervienen en esta figura, tenemos al (i) constituyente, que sería aquella persona que grava su derecho de dominio a favor de un (ii) beneficiario o fideicomisario, quien, de verificarse la condición impuesta por el constituyente, ostentará la calidad de propietario; el beneficiario puede no existir, pero cuya existencia se espera a la época de restitución;¹²⁹ y, (iii) el propietario fiduciario o simplemente

¹²⁴ México BBVA, “Fideicomiso Testamentario”, BBVA, accedido el 11 de marzo de 2023, <https://www.bbva.mx/personas/productos/patrimonial-y-privada/fideicomiso/testamentario.html#:~:text=Contrato%20que%20le%20permite%20llevar,porcentaje%20determinados%2C%20evitando%20juicios%20sucesorios>.

¹²⁵ *Ibíd.*

¹²⁶ Ecuador, *Código Civil*, art. 748.

¹²⁷ *Ibíd.*, art. 749.

¹²⁸ *Ibíd.*, art. 750.

¹²⁹ *Ibíd.*, arts. 752 y 753.

fiduciario, quien es la persona física o jurídica (en el fideicomiso mercantil solo pueden ser las personas jurídicas debidamente autorizadas para realizar esta actividad, llamadas fiduciarias), que asumirán la propiedad de la cosa hasta que se cumpla la condición¹³⁰ y entonces deba restituir al beneficiario la propiedad. De acuerdo con nuestra legislación, toda condición debe cumplirse en un máximo de quince años, so pena de convertirse en una condición fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución, este tiempo se cuenta desde la delación de la propiedad fiduciaria, que equivale a la muerte del constituyente.¹³¹

El fiduciario es un auténtico dueño de la cosa gravada hasta que se ejecute la restitución,¹³² se lo asimila a un usufructuario¹³³ y por lo tanto puede percibir los frutos de la cosa, si el constituyente no instruyó que se reserven los mismos para el beneficiario,¹³⁴ y también está facultado a la libre administración del bien fideicomtido¹³⁵ y por ello puede, a menos que el constituyente lo haya prohibido, enajenar el bien, pero con cargo de mantenerlo sujeto al gravamen de restitución.¹³⁶ Está obligado a cumplir obligaciones tendientes al cuidado de la cosa gravada como: cancelar las expensas extraordinarias para la conservación de la cosa, incluso deudas e hipotecas; pero con el correlativo derecho de antes de la restitución, solicitar se le paguen dichas expensas;¹³⁷ responsabilizarse por los menoscabos y deterioros que provengan de su hecho o culpa.¹³⁸

El beneficiario por su parte no tiene derecho alguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo; pero sí goza de un derecho, que incluso pueden ejercerlo sus ascendientes cuando todavía no existe el beneficiario y es el solicitar providencias conservatorias si el bien pareciera peligrar o deteriorarse en manos del fiduciario.¹³⁹

El fideicomiso civil se extingue por: 1. restitución; 2. resolución del derecho de su autor, como cuando se ha constituido el fideicomiso sobre una cosa que se ha comprado con pacto de retroventa, y se verifica ésta; 3. destrucción de la cosa; 4. renuncia del fideicomisario antes del día de la restitución; sin perjuicio de los derechos de los

¹³⁰ La condición es un hecho futuro que puede suceder o no (Código Civil, artículo 1489) este hecho debe ser física y moralmente posible (Código Civil, artículo 1491) y del cual pende el nacimiento o la extinción de un derecho (Código Civil, artículo 1490).

¹³¹ Ecuador, *Código Civil*, art. 754.

¹³² Luis Parraguez, *Régimen jurídico de los bienes* (Quito: Cevallos Editorial Jurídico, 2018), 512.

¹³³ Ecuador, *Código Civil*, art. 767.

¹³⁴ *Ibíd.*, art. 762.

¹³⁵ *Ibíd.*, art. 771.

¹³⁶ *Ibíd.*, art. 764.

¹³⁷ *Ibíd.*, art. 769.

¹³⁸ *Ibíd.*, art. 771.

¹³⁹ *Ibíd.*, art. 774.

sustitutos; 5. faltar la condición, o no haberse cumplido en tiempo hábil; 6. confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario;¹⁴⁰ y fallecimiento del fideicomisario antes de la restitución, en cuyo caso no transmite, por testamento o abintestato, derecho alguno sobre el fideicomiso, que pasa ipso jure al sustituto designados por el constituyente, si los hubiere,¹⁴¹ caso contrario se consolida con el constituyente.

Este tipo de fideicomiso no se analiza a profundidad, únicamente se presenta un resumen de lo que el Código Civil prescribe, y esto principalmente por las dos diferencias antes señaladas con el fideicomiso mercantil, es decir que en fideicomiso civil no existe un patrimonio autónomo y la fiduciaria no necesariamente debe ser una persona jurídica debidamente autorizada, características que son relevantes a la hora de confiar la “propiedad fiduciaria” de los bienes a heredar o donar.

4. El fideicomiso mercantil constituido por testamento. Ventajas y desventajas bajo la legislación ecuatoriana

La motivación para un individuo, al establecer su plan sucesorio mediante un testamento puede variar ampliamente y reflejar las diversas dimensiones que conforman la vida y las relaciones humanas, podría abarcar desde motivos culturales y familiares arraigados en las tradiciones generacionales del testador, hasta razones de naturaleza moral que impulsan al reconocimiento de descendientes previamente no reconocidos. Este acto también puede estar fundamentado en consideraciones de índole económica, que busca garantizar la conservación adecuada de las riquezas acumuladas a lo largo del tiempo, cuando aún si los herederos son plenamente capaces, pudieran carecer de la suficiente experiencia para llevar a cabo la administración adecuada de los activos. Además, no se puede pasar por alto el componente de protección, donde el testador puede sentir la necesidad de salvaguardar a sus herederos forzosos, especialmente si estos se ven confrontados por incapacidades físicas o mentales¹⁴² que es una de las principales razones por las que legislaciones como Perú o Argentina facultan la constitución de un fideicomiso testamentario.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, art. 776.

¹⁴¹ *Ibíd.*, art. 775.

¹⁴² Avilez López y Chacaliza Garrido, “El fideicomiso testamentario en el Perú”, 38.

El propósito fundamental de este fideicomiso reside en la salvaguardia de intereses familiares. Tal como ilustran ejemplos proporcionados por García Daniela y García Roxana, sus objetivos se desprenden de situaciones específicas, tales como:¹⁴³ (i) el caso donde el causante carece de herederos forzosos y su deseo es beneficiar a menores de edad, pero existe el prejuicio de que los padres de dichos menores no administren adecuadamente el capital. En respuesta, se constituye un fideicomiso por medio de testamento, otorgando la responsabilidad al fiduciario de preservar los bienes hasta que los menores alcancen la mayoría de edad; (ii) en situaciones donde existen descendientes con incapacidades, el propósito es que el fiduciario administre los activos, generando beneficios que garanticen su futuro; (iii) si el causante cuenta con herederos capaces pero inexpertos en la gestión financiera, el fideicomiso rescata la competencia de la entidad fiduciaria; (iv) cuando los herederos forzosos enfrentan insolvencia y sus futuras adquisiciones corren el riesgo de ser afectadas por demandas de acreedores, se establece un sistema donde estos herederos recibirán rentas periódicas del fideicomiso. En resumen, este fideicomiso busca evitar una gestión inadecuada de los bienes y garantizar el cumplimiento de la última voluntad del causante respecto al destino de su patrimonio.

En un contexto más amplio, el fideicomiso testamentario responde a un compromiso de protección y garantía hacia sus beneficiarios. Se establece una estructura que brinda seguridad frente a potenciales circunstancias adversas o inadecuadas administraciones, y, al mismo tiempo, asegura la concreción de los deseos y disposiciones del causante en relación con la disposición de sus activos. A través de esta figura, se logra una armonización entre la preservación de la integridad del patrimonio y la viabilidad de proveer a los beneficiarios con recursos y condiciones que les permitan asegurar su futuro y bienestar. Estas características permiten que se discuta su aplicabilidad, se plantea que el fideicomiso testamentario resulta especialmente valioso cuando el patrimonio del causante abarca una extensa variedad de bienes y los beneficiarios (tanto herederos forzosos como no forzosos) carecen de la experiencia requerida para gestionar y hacer rendir adecuadamente dichos activos heredados o cuentan con alguna discapacidad. En esta perspectiva, el fideicomiso cobra relevancia al permitir la participación activa de la entidad fiduciaria, la cual opera bajo una regulación rigurosa y se encuentra debidamente capacitada para asegurar la correcta conservación y potencialización del patrimonio

¹⁴³ Daniela García y Roxana García. “Fideicomiso Testamentario” (trabajo de investigación, Universidad Nacional De Cuyo, Argentina, 2011), 25-6, https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/4869/garciagarciacetrabajodeinvestigacion.pdf.

legado hasta que los beneficiarios se encuentren en la capacidad de hacerse cargo por ellos mismos.¹⁴⁴

Sin embargo, esta figura pierde su pertinencia cuando los activos del causante son limitados y tanto los herederos forzosos como cualquier otro individuo a quien se quiera legar un patrimonio poseen la capacidad necesaria para gestionar eficientemente los bienes heredados. En estas circunstancias, el fideicomiso testamentario carece de utilidad y es preferible optar únicamente por el testamento tradicional. Además, es esencial considerar otro factor determinante que podría influir en la elección de establecer un fideicomiso: los costos inherentes a esta figura.

Por otro lado, aun cuando en legislaciones como las de Perú o Argentina, el fideicomiso testamentario parece limitarse exclusivamente a la porción de libre disposición, un fideicomiso mercantil testamentario podría abarcar todo el patrimonio del causante siempre y cuando se adecúe a las normas del derecho sucesorio, al ser reglas de orden público, y no pueden ser modificadas a la sola voluntad del causante ni por la constitución del fideicomiso. Es decir, es crucial respetar las legítimas y no perjudicar a los herederos forzosos en relación con la parte de los bienes hereditarios que la ley garantiza en su favor.¹⁴⁵ En este contexto, la figura del fideicomiso testamentario no puede ser utilizada para desheredar y beneficiar a terceros; el Código Civil ecuatoriano también en el artículo 1215 establece que “la legítima rigurosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno”.¹⁴⁶ Existe condiciones si, por ejemplo, se estipula que el hijo, antes de recibir la herencia, obtenga una maestría en la carrera de administración de empresas; plazo cuando se establece que cumpla la mayoría de edad; modo o gravamen si se dispone que todo el dinero recibido sea invertido en fundaciones, y estas últimas podrían reclamar su cumplimiento. No obstante, existe una perspectiva divergente que sostiene que los constituyentes/causantes pueden imponer limitaciones y restricciones (mediante condiciones y modos) para el ejercicio de los derechos fiduciarios, sin que esto contradiga las reglas de sucesión dispuestas por el Código Civil. Esto se fundamenta en que las asignaciones en la sucesión se asignan sin condiciones ni restricciones (deben ser entregadas tal como están reguladas por la ley en cuanto a legítimas, mejoras, y libre disposición), y las limitaciones tienden a ser más bien de

¹⁴⁴ Avilez López y Chacaliza Garrido, “El fideicomiso testamentario en el Perú”, 47.

¹⁴⁵ Rodríguez, *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*, 211.

¹⁴⁶ Ecuador, *Código Civil*, art. 1215.

naturaleza contractual y se aplican a cómo y cuándo el beneficiario puede acceder a los bienes, sin afectar el orden de la sucesión.

En el Ecuador “se limita el fideicomiso mercantil solamente como contrato, no cabiendo fideicomisos mercantiles a través de testamento, sólo asignaciones testamentarias civiles que conformen fideicomiso [civil]”,¹⁴⁷ es decir, no existe la figura del fideicomiso testamentario, pero se podría constituir un fideicomiso de administración, sin que exista un testamento, y se transfieren todos los bienes al fideicomiso, designando como beneficiarios a todos los herederos forzosos y no, para que una vez el constituyente fallezca, se restituyan a los beneficiarios, recordando que se deberán pagar los impuestos, tasas o contribuciones. Pero no resulta atractivo ni siquiera para las personas con un gran patrimonio porque implicaría gastos de administración, mientras vive el constituyente, y el testamento evitaría estos costos, quizá innecesarios. Sin embargo, considerar que la confianza depositada en la fiduciaria, debido a su profesionalismo, es el factor primordial para establecer un fideicomiso, en virtud de garantizar el cumplimiento y el respeto de la voluntad del causante, tampoco resulta determinante. Esto se debe a que, como se analiza a continuación, existen alternativas como la figura del albacea, e incluso, sin la necesidad de constituir un fideicomiso con personalidad jurídica propia del Ecuador, se puede recurrir al encargo fiduciario.

5. El encargo fiduciario constituido por testamento. Ventajas y desventajas bajo la legislación ecuatoriana

En el Ecuador, la sucesión testamentaria contempla la opción de nombrar a un albacea, quien asume la responsabilidad de llevar a cabo las disposiciones establecidas por el causante en su testamento,¹⁴⁸ y a falta de este, la carga recae en los herederos, quienes deben ejecutar dichas disposiciones.¹⁴⁹ Esta figura se encuentra regulada en el Título VIII del Código Civil, titulado “De los ejecutores testamentarios” y establece una serie de obligaciones para el albacea como, por ejemplo: velar por la seguridad de los bienes, resguardar el dinero, muebles y documentos bajo llave y sello hasta la realización de un inventario solemne;¹⁵⁰ pagar las deudas del testador asegurándose de que en la

¹⁴⁷ González, *Aspectos Jurídicos del Fideicomiso en Latino América*, 7.

¹⁴⁸ Ecuador, *Código Civil*, art. 1293.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, art. 1293.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, art. 1305.

partición se destine un lote o hijuela suficiente para el pago de las deudas conocidas¹⁵¹ so pena de asumir la responsabilidad por cualquier perjuicio causado a los acreedores;¹⁵² vender, en pública subasta, los muebles y en última instancia los inmuebles, con el consentimiento de los herederos, para cubrir las deudas si no se dispone de suficiente efectivo;¹⁵³ ser responsable hasta de la culpa leve en el desempeño de su cargo;¹⁵⁴ rendir cuentas de su administración.¹⁵⁵ Esta figura sería utilizada cuando el patrimonio de una persona sea complejo, cuando los herederos puedan entrar en conflicto al respetar la voluntad del causante o cuando existan menores de edad o incapacitados.¹⁵⁶ A diferencia del albacea, existe también la figura del albacea fiduciario quien es el encargado de ejecutar encargos secretos y confidenciales del testador¹⁵⁷ y no está obligado a dar cuenta de su administración,¹⁵⁸ pero este albacea fiduciario regulado en el Título IX del Código Civil, titulado “De los albaceas fiduciarios” no debe ser confundido con el fiduciario que es una parte interviniente en el contrato de fideicomiso mercantil testamentario.

El albacea, por lo tanto, refleja la preocupación por garantizar la ejecución adecuada de la voluntad del causante, protegiendo los derechos de los herederos y acreedores. Sin embargo, es importante tener en cuenta que existen alternativas adicionales que pueden considerarse al planificar la sucesión, por ejemplo, a través de un encargo fiduciario constituido por testamento, pero es importante señalar diferencias con el albacea pues parecerían ser figuras similares en cuanto a los deberes que se les impone. A continuación, se presentan algunas:

(i) El albacea tiene la responsabilidad de garantizar la realización de un inventario solemne de los activos del causante, convocando a los herederos y otros interesados en la sucesión. El inventario tiene como objetivo principal la catalogación y valoración de los bienes y se lleva a cabo mediante un proceso judicial, tal como lo estipulan los artículos 341 a 346 del Código Orgánico General de Procesos. Es importante señalar que la realización de un inventario solemne es necesaria únicamente en los casos específicamente requeridos por la ley. Por lo tanto, si el causante ha establecido un

¹⁵¹ *Ibíd.*, art. 1307.

¹⁵² *Ibíd.*, art. 1308.

¹⁵³ *Ibíd.*, art. 1314.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, art. 1320.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, art. 1330.

¹⁵⁶ Arantxa Tobaruela, “El albacea testamentario como cargo de confianza”, *Garrigues*, 11 de marzo de 2019, párr. 8, https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/el-albacea-testamentario-como-cargo-de-confianza.

¹⁵⁷ Ecuador, *Código Civil*, art. 1332.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, art. 1337.

encargo fiduciario para la distribución de sus activos en su testamento, la fiduciaria no está obligada a llevar a cabo un inventario, sino a cumplir con el mandato dispuesto por el causante en su testamento.

(ii) El Código Civil dispone que la remuneración del albacea será el cuatro por ciento de los bienes que administre, si el testador no hubiere señalado ninguna, pero que nunca excederán de la cuarta de libre disposición y se deducirán del acervo total de bienes.¹⁵⁹ Los honorarios de la fiduciaria dependerán de cada administradora de fondos y fideicomisos, existen honorarios para su constitución, administración, liquidación que se encuentran publicados en sus páginas web.

(iii) Tanto el albacea como el fiduciario no adquieren la propiedad de los bienes. En el caso del albacea, puede tener la tenencia de los bienes solo si el testador lo especifica así en su testamento.¹⁶⁰ Pero el fiduciario, frente a un encargo fiduciario mediante testamento, parecería que no podría realizar la repartición de los bienes. Recordemos que, a diferencia del fideicomiso mercantil, donde se configura un patrimonio autónomo con transferencia de los bienes por parte de los constituyentes, en el encargo dado que la propiedad continúa en el constituyente, la fiduciaria bajo el artículo 2067 numeral 5 del Código Civil que prescribe que “El mandato termina: [...] 5. Por la muerte del mandante o del mandatario”¹⁶¹ debería entregar todos los bienes a los herederos una vez fallezca el constituyente, por lo que la fiduciaria no estaría obligada a discriminar la forma de restitución.¹⁶²

Sin embargo, el artículo 2073 del Código Civil, plantea una perspectiva diferente, ya que establece que “*no se extingue por la muerte del mandante el mandato destinado a ejecutarse después de ella*”. Esta disposición sugiere que el encargo no se extinguiría automáticamente por la muerte del constituyente, en cambio, la fiduciaria debería continuar desempeñando sus funciones, siempre y cuando éstas deban llevarse a cabo después del fallecimiento del fideicomitente. En este sentido, dado que el encargo fiduciario se rige por las normas relacionadas con el mandato, en el caso del encargo

¹⁵⁹ *Ibíd.*, art. 1323.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, art. 1317.

¹⁶¹ *Ibíd.*, art. 2067.

¹⁶² Daniela Irigoyen, “Naturaleza jurídica del encargo fiduciario en la legislación ecuatoriana” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010), 30, <http://hdl.handle.net/10644/2904>.

fiduciario mediante testamento estaríamos ante un “mandatum post mortem”, es decir, un mandato que se ejecuta después de la muerte del mandante.¹⁶³

Esta perspectiva introduce una consideración relevante en cuanto a la continuidad de las funciones de la fiduciaria en el encargo fiduciario mediante testamento, especialmente cuando las obligaciones y disposiciones del fideicomitente se extienden más allá de su fallecimiento y por lo tanto una opción de utilizarlo en lugar de designar a un albacea en el testamento, que, si bien puede ser una persona de confianza del causante, no siempre tendrá la especialización de una fiduciaria. Pero antes, es necesario superar el conflicto normativo que existe en comprender si el mandato, en efecto, termina por la muerte del mandante o no lo hace porque en este caso, para ser una alternativa viable, el mandato está destinado a ejecutarse después de su muerte. La consideración de la viabilidad del artículo 2073 del Código Civil plantea varias preguntas adicionales que pueden variar según las circunstancias y las intenciones del causante: (i) Si el objetivo principal es cumplir con la voluntad del causante, ¿por qué optar por un encargo fiduciario cuando un testamento, incluso sin la presencia de un albacea, puede ejecutarse simplemente con su inscripción en el Registro de la Propiedad, como lo establece el artículo 704 del Código Civil en referencia a inmuebles?;¹⁶⁴ (ii) Dado que en un encargo fiduciario, la fiduciaria no adquiere la propiedad de la misma manera que en un fideicomiso mercantil, ¿no sería más conveniente establecer un fideicomiso mediante testamento para permitir que la entidad fiduciaria administre los bienes en situaciones donde existan herederos forzosos con discapacidades u otras necesidades especiales?

Las preguntas anteriores encuentran respuestas específicas según las circunstancias particulares, ya que no es posible establecer un criterio único. La elección variará según lo que el causante busque lograr. Si su principal objetivo es asegurar una administración a largo plazo, entonces un fideicomiso mercantil podría ser la opción más adecuada. Por otro lado, si el causante no cuenta con un albacea en quien confiar, el encargo fiduciario podría ser la elección apropiada, pero si dispone de alguien de confianza, un testamento podría ser suficiente. En última instancia, la selección entre estas

¹⁶³ Elena Sánchez, “El mandatum post mortem de Roma al Derecho civil moderno”. *Fundamentos del derecho sucesorio actual*, (2017), 2863, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8164657>.

¹⁶⁴ El artículo 704 prescribe que “En el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero; pero esta posesión legal no habilita al heredero para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no preceda: 1. La inscripción del testamento, si lo hubiere; [...]”.

alternativas debe fundamentarse en las circunstancias específicas y las necesidades tanto del causante como de los beneficiarios.

6. La transmisión de derechos fiduciarios a sucesores en derecho

Aunque en el Ecuador no exista regulación sobre el fideicomiso mercantil testamentario o encargo fiduciario con dicho fin, tanto el contrato de constitución como el contrato de encargo, deberían contemplar instrucciones claras sobre cómo debería actuar la fiduciaria frente a la muerte del constituyente, pues puede ser sujeto a varias interpretaciones dada la falta de normativa al respecto, así, el artículo 116 del Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores establece que “no existiendo beneficiarios sustitutos o sucesores de sus derechos, se tendrá como beneficiario al mismo constituyente o a sus sucesores de ser el caso”, por lo que, al transferir la propiedad de un inmueble a un fideicomiso mercantil y al fallecer el constituyente, se podría pensar que pueden darse dos situaciones: (i) que la fiduciaria, en representación del Fideicomiso, debería restituir la propiedad de los inmuebles a los sucesores en derecho del constituyente y dar por terminado el fideicomiso, aunque esto no se contemple como una causal en el artículo 134 del Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores para la terminación del fideicomiso mercantil; o que, (ii) opere una transmisión de los derechos fiduciarios observando las reglas de la sucesión intestada, sin que el fideicomiso mercantil se termine, y puedan los herederos solicitar se continúe con el cumplimiento de las instrucciones encomendadas por el causante. En cualquiera de los dos escenarios, y si no existe un testamento, serían los hijos, respetando el orden de la sucesión intestada, quienes deberían presentar la posesión efectiva y el pago del impuesto a la renta de ingresos provenientes de herencias aun cuando no se realice la restitución o la transmisión de los derechos fiduciarios, pues de conformidad con el artículo 36 de la Ley de Régimen Tributario Interno¹⁶⁵ el fallecimiento del causante es el hecho generador y, por lo tanto, se causa este impuesto sobre los bienes o derechos del causante a favor de sus beneficiarios.

Refiriéndonos a un encargo fiduciario, y conforme se comentó en la sección anterior, si bien el mandato termina por la muerte del mandante (entiéndase constituyente),¹⁶⁶ el artículo 2073 del Código Civil permitiría que no se extinga por la

¹⁶⁵ Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*, art. 36, literal d.

¹⁶⁶ Ecuador, *Código Civil*, art. 2067.

muerte del mandante si el mandato está destinado a ejecutarse después de ella, los herederos sucederían en los derechos y obligaciones establecidos en el encargo y la fiduciaria debería continuar desempeñando sus funciones. En este caso dado que no se transfiere la propiedad al patrimonio autónomo, la fiduciaria no tiene una obligación de “restituir” los inmuebles a los sucesores, sino de ejecutar las instrucciones fiduciarias del constituyente incluso después de fallecido.

Conclusiones

La distinción fundamental entre el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario radica en la transferencia de propiedad. En el fideicomiso mercantil, se transfiere la propiedad de los bienes al patrimonio autónomo, mientras que, en el encargo fiduciario, los bienes permanecen bajo la propiedad del constituyente. Esta diferencia tiene implicaciones significativas en términos de protección y responsabilidad frente a los acreedores. El patrimonio autónomo brinda una protección efectiva de los bienes transferidos, ya que estos no pueden ser embargados por los acreedores del constituyente, lo cual no sucede en el encargo fiduciario, porque sí están sujetos a posibles embargos, al mantenerse la propiedad en el constituyente.

Los fideicomisos mercantiles además son instrumentos versátiles que pueden cumplir diferentes finalidades, como la administración de activos, la garantía de obligaciones, la gestión de proyectos inmobiliarios, la inversión de valores, la titularización de flujos futuros e incluso se adaptan a una amplia gama de motivaciones y consideraciones personales que varían desde aspectos culturales, familiares, económicas y de protección, que puede llevar a constituir un fideicomiso mercantil testamentario en el cual un testador busca la salvaguarda de los intereses de sus herederos forzosos. Este fideicomiso no debe confundirse con el fideicomiso civil que el Código Civil lo regula como un contrato que se constituye sobre la totalidad de una herencia, sobre una cuota determinada de ella, o sobre cuerpos ciertos y debe celebrarse por acto entre vivos, otorgado en instrumento público o por testamento, pues las principales diferencias entre uno y otro es que no se crea un patrimonio autónomo y la propiedad fiduciaria se transfiere directamente al patrimonio del fiduciario, quien no es necesariamente una persona jurídica debidamente autorizada..

Por su parte, los encargos fiduciarios también presentan diversas modalidades que incluyen la gestión, la inversión, la tenencia o guarda, y la enajenación; cada una de estas con sus propias características y objetivos. El marco legal que regula el encargo fiduciario se basa en las normas relativas al mandato y a la comisión mercantil. Estas normas establecen la obligación de la fiduciaria de cumplir con las instrucciones del constituyente sin extralimitarse en sus gestiones, destacando el artículo 2073 del Código Civil, que sugiere que el mandato (y por extensión, el encargo fiduciario) no se extingue por la muerte del mandante si está destinado a ejecutarse después de su fallecimiento. Esta

disposición podría tener implicaciones significativas en la sucesión patrimonial a través de encargos fiduciarios, de tal forma que no solamente se podría pensar en una sucesión a través de fideicomisos mercantiles.

La sucesión por causa de muerte en Ecuador se divide en dos categorías principales: la sucesión intestada y la sucesión testamentaria. La sucesión intestada sigue un orden de preferencia que incluye a los hijos, ascendientes, cónyuge, hermanos, sobrinos y el Estado. Por otro lado, la sucesión testamentaria implica que el testador debe cumplir con asignaciones forzosas, que incluyen la porción conyugal, las legítimas y la cuarta de mejoras. El incumplimiento de estas reglas en la sucesión testamentaria puede dar lugar a la acción de reforma al testamento mientras que la nulidad del testamento se reserva para casos específicos, como la incapacidad del testador, la existencia de fuerza en su suscripción o la omisión de formalidades. Estas normas de sucesión testamentaria serían pues la base para constituir un fideicomiso testamentario y al ser reglas de orden público no pueden ser modificadas libremente por el testador.

Revisando algunas experiencias latinoamericanas encontramos que, en el contexto peruano, la figura del fideicomiso testamentario es poco utilizada y enfrenta ciertas limitaciones, en parte a la presencia predominante del albacea como opción más común y segura en las sucesiones testamentarias, además que el fideicomiso parecería estar limitado a la porción de libre disposición pues la excepción es que se permite la constitución de un fideicomiso sobre bienes que afecten la legítima de herederos menores o incapaces, en beneficio de ellos mismos. En Argentina parecería igualmente que el fideicomiso testamentario se lo puede utilizar únicamente para la porción de libre disposición pues la excepción es que puede disponer de un tercio de las legítimas para mejorar a descendientes o ascendientes con discapacidad. Pero también se podría interpretar que los fideicomisos testamentarios en Perú y Argentina se pueden constituir sobre la totalidad de los bienes del causante sin afectar los derechos de quienes por ley les corresponde heredar y por lo tanto se hace énfasis en la necesidad de regular con mayor claridad en las normas que regulan al fideicomiso que se debe cumplir con las asignaciones forzosas. La regulación del fideicomiso testamentario en Colombia no establece restricciones claras en cuanto a la disposición de las legítimas de los herederos a través del fideicomiso, lo que parecería proporcionar cierta flexibilidad, pero también generar incertidumbre. En México, el fideicomiso testamentario no cuenta con una regulación específica y explícita, la normativa se centra en los fideicomisos en general, y aunque no se menciona directamente el fideicomiso testamentario, existen ciertas

alusiones que podrían estar relacionadas, además, que en la práctica sí es un mecanismo que ofrecen los bancos.

La pertinencia del fideicomiso testamentario resultaría especialmente valioso cuando el patrimonio es vasto y diverso, y los beneficiarios carecerían de experiencia para gestionar adecuadamente dichos activos o enfrentarían circunstancias que requieren una gestión cuidadosa. En estas situaciones, el fideicomiso brindaría una solución efectiva al permitir la participación de una entidad fiduciaria experta. Pero si los activos del testador son limitados y los beneficiarios son capaces de gestionarlos eficientemente, el fideicomiso testamentario podría carecer de utilidad y es preferible optar por un testamento tradicional.

Pese a que en el Ecuador no existe regulación expresa sobre el fideicomiso testamentario, parecería posible constituir uno a través de: (1) un fideicomiso de administración que duraría hasta la muerte del causante / constituyente y donde se incluyan las instrucciones a la fiduciaria para la transmisión la propiedad de los bienes a los beneficiarios; (2) encargo fiduciario constituido por testamento, que el artículo 2073 del Código Civil lo plantea como una perspectiva interesante, pues sugiere que este no se extinguiría automáticamente por la muerte del constituyente, siempre y cuando las obligaciones y disposiciones del fideicomitente se extiendan más allá de su fallecimiento. Esto introduce una consideración relevante en cuanto a la continuidad de las funciones de la fiduciaria en el encargo fiduciario y la posibilidad de utilizarlo en lugar de designar a un albacea en el testamento, que si bien comparte algunas similitudes con el rol del albacea en cuanto a sus deberes, también presenta diferencias significativas, como la necesidad de llevar a cabo un inventario solemne en el caso del albacea, que no se aplicaría al encargo fiduciario. Otra diferencia clave radica en la tenencia de los bienes, mientras que el albacea puede tener la tenencia de los bienes solo si el testador lo especifica en su testamento, el fiduciario no adquiere la propiedad de los bienes en el caso del encargo fiduciario.

Igualmente, es crucial que los contratos de constitución de un fideicomiso y encargo fiduciario incluyan instrucciones claras para la fiduciaria en caso de fallecimiento del constituyente, pues ante la ausencia de normativa, en un fideicomiso mercantil se podrían presentarse dos escenarios: (i) la fiduciaria, en representación del fideicomiso, restituya la propiedad a los sucesores en derecho del constituyente y termine el fideicomiso, a pesar de que el artículo 134 no lo contemple como causal de terminación; o que (ii) los derechos fiduciarios se transmiten según las reglas de sucesión intestada,

permitiendo a los herederos continuar con las instrucciones del causante, pues la fiduciaria no tiene una instrucción de restituir los inmuebles a los sucesores.

Que el testador pueda disponer de un fideicomiso testamentario, conlleva además un análisis sobre qué bienes conformarían el patrimonio objeto del fideicomiso: (i) si sobre toda la herencia y para ello se debería establecer con claridad dentro de las normas fiduciarias, pese a que el Código Civil ecuatoriano sí lo hace, que se debe respetar las reglas de la sucesión testamentaria; o, (ii) si únicamente se puede destinar un fideicomiso testamentario a la cuarta de libre disposición del acervo líquido, pero si se escoge esta opción entonces el fideicomiso testamentario deja de ser atractivo, y se recomendaría utilizar solamente un testamento, ya que el alcance de dicho fideicomiso estaría limitado y no permitiría una administración amplia de la herencia. Por otro lado, la elección de un encargo fiduciario, aplicable siempre y cuando se acepte la interpretación del artículo 2073 del Código Civil, puede ser una alternativa viable si el testador no cuenta con un albacea de confianza y desea que la fiduciaria administre sus bienes después de su muerte. Ya sea el encargo, un testamento o un fideicomiso testamentaria, la selección debería basarse en una cuidadosa consideración de las circunstancias personales y patrimoniales del testador y sus beneficiarios, así como en una evaluación de los costos y beneficios asociados con cada opción y la comprensión de las implicaciones legales y prácticas de cada uno.

Bibliografía

- Argentina. *Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación*. Boletín Oficial, 1 de octubre de 2014. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26994-235975/texto>.
- Avilez López, Orlando Daniel, y Luis Errol Chacaliaza Garrido. “El fideicomiso testamentario en el Perú y la intangibilidad de la legítima”. Tesis de maestría, Universidad de Lima, Perú, 2021. <https://hdl.handle.net/20.500.12724/13767>.
- Casas Sanz de Santamaría, Eduardo. *La Fiducia*. Bogotá: Editorial Temis, 1997.
- Castro-Camero, Rosario. “La recepción del fideicomiso romano en el Código Civil chileno”. *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*, (2021): 1897-932. https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=R_2021&fasc=8.
- Coello Pesantez, Mónica Bernarda. “El nuevo régimen del fideicomiso inmobiliario en el Ecuador”. Tesis de pregrado, Universidad del Azuay, 2015. <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/4207/1/10768.pdf>.
- Colombia. *Código de Comercio*. Diario Oficial 33.339, 16 de junio de 1971. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio_pr025.html#820.
- Corbalán, Eugenia Jorgelina. “Fideicomiso testamentario”. Tesis de pregrado, Universidad Siglo XXI, Argentina, 2020. <https://repositorio.21.edu.ar/handle/ues21/18569>.
- Ecuador FIDEVAL. “Fideicomiso de Titularización”. *FIDEVAL*. Accedido el 7 de marzo de 2023. <https://www.fideval.com/fideicomiso-de-titularizacion/>.
- Ecuador. *Codificación de Resoluciones expedidas por la Junta de Política Monetaria, Libro Segundo, Tomo IX*. Registro Oficial 44, Edición Especial, 24 de julio de 2017.
- Ecuador. *Codificación de Resoluciones expedidas por la Junta de Política Monetaria, Libro Segundo, Tomo X*. Registro Oficial 44, Edición Especial, 24 de julio de 2017.
- Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.

- Ecuador. *Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito*. Registro Oficial 615, Edición Especial, 21 de noviembre de 2022.
- Ecuador. *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*. Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010.
- Ecuador. *Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores*. Registro Oficial 215, Suplemento, 22 de febrero de 2006.
- Ecuador. *Código Tributario*. Registro Oficial 38, Suplemento, 14 de junio de 2005.
- Ecuador. *Ley de Régimen Tributario Interno*. Registro Oficial 463, Suplemento, 17 de noviembre de 2004.
- García, Daniela y García, Roxana. “Fideicomiso Testamentario”. Trabajo de Investigación, Universidad Nacional de Cuyo, Argentina, 2011. https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/4869/garciagarciacetrabajodeinvestigacion.pdf.
- González, Roberto. “Aspectos Jurídicos del Fideicomiso en Latino América”. *Felaban*. 15 de octubre de 2008. <http://felaban.s3-website-us-west-2.amazonaws.com/memorias/archivo20141120202926PM.pdf>.
- Irigoyen, Daniela. “Naturaleza jurídica del encargo fiduciario en la legislación ecuatoriana”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010. <http://hdl.handle.net/10644/2904>.
- Mendoza Popoca, Oswaldo Aníbal. “Fideicommissum romano y trust anglosajón: La semejanza de su desarrollo”. *Revista de la Facultad de Derecho de México* n.º 67 (2017): 595-624. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2017.268.61034>.
- México BBVA. “Fideicomiso Testamentario”. *BBVA*. Accedido el 11 de marzo de 2023. <https://www.bbva.mx/personas/productos/patrimonial-y-privada/fideicomiso/testamentario.html#:~:text=Contrato%20que%20le%20permite%20llevar,porcentajes%20determinados%2C%20evitando%20juicios%20sucesorios>.
- México. *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*. Diario Oficial de la Federación, 27 de agosto de 1932.
- Panamá. *Ley 21 “Que establece las normas para la regulación y supervisión de los fiduciarios y del negocio de fideicomiso y dicta otras disposiciones”*. Gaceta Oficial 28277, 12 de mayo de 2017.
- Parraguez, Luis. 2018. *Régimen jurídico de los bienes*. Quito: Cevallos Editorial Jurídico.

- Peralvo Molina, Juan Carlos. “Fideicomisos del Mercado de Valores y fideicomisos de titularización en el Ecuador”. *Revista del Instituto Iberoamericano de los Mercados de Valores* n.º 30 (2010): 38-44.
<http://www.rimv.org/es/descargar/499/mag>.
- Pérez, Leonardo. “Fideicomiso constituido por testamento: Una mirada desde el derecho latinoamericano”. *Revista VIA IURIS*, n.º 11 (2011): 11-36.
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273922799002>.
- Perú. *Ley 26702 “Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros”*. Diario Oficial El Peruano, 9 de diciembre de 1996.
[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/7B3154074498CD5E05257F030072F042/\\$FILE/26702.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/7B3154074498CD5E05257F030072F042/$FILE/26702.pdf).
- Rodríguez, Sergio. “El Fideicomiso Mercantil contemporáneo”. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 70 (2007): 7-55.
<https://revistas.comillas.edu/index.php/revistaicade/article/view/637>.
- Rodríguez, Sergio. 2017. *Negocios Fiduciarios: Su significación en América Latina*, 2.^a ed. Bogotá: Ed. Legis.
- Sánchez, Elena. “El mandatum post mortem de Roma al Derecho civil moderno”. *Fundamentos del derecho sucesorio actual* (2017): 2863-78.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8164657>.
- Tobaruela, Arantxa. “El albacea testamentario como cargo de confianza”. *Garrigues*. 11 de marzo de 2019. https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/el-albacea-testamentario-como-cargo-de-confianza.
- Vaca, Marco. “El fideicomiso testamentario y la naturaleza de sus fideicomisarios”. *Homenaje al doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez* (2016): 407-21.
<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4290-homenaje-al-doctor-jorge-alfredo-dominguez-martinez>.