

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO FINANCIERO,
BURSÁTIL Y DE SEGUROS**

**“NATURALEZA JURÍDICA DEL ENCARGO FIDUCIARIO EN LA LEGISLACIÓN
ECUATORIANA”**

DANIELA IRIGOYEN SAMANIEGO

2010

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

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

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

Daniela Irigoyen Samaniego

Septiembre del 2010

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO FINANCIERO,
BURSÁTIL Y DE SEGUROS**

**“NATURALEZA JURÍDICA DEL ENCARGO FIDUCIARIO EN LA LEGISLACIÓN
ECUATORIANA”**

DANIELA IRIGOYEN SAMANIEGO

TUTOR: DR. DIEGO GARCÉS

QUITO, 2010

El presente estudio denominado “Naturaleza Jurídica del Encargo Fiduciario en la Legislación Ecuatoriana” recoge en primer lugar una breve reseña del origen de la figura, tanto a nivel mundial como en los países latinoamericanos y por supuesto de manera especial en Ecuador.

Una vez señalados los antecedentes históricos de la figura y su evolución en el ordenamiento jurídico, haremos un análisis de sus características y regulación en la Ley de Mercado de Valores, lo cual nos permitirá diferenciarla de otras instituciones jurídicas que en principio parecerían similares.

Los elementos antes señalados nos permitirán determinar la naturaleza jurídica del encargo fiduciario y en base a esto señalar sus fortalezas, limitaciones e incluso realizar las respectivas consideraciones y críticas sobre la utilidad y regulación de la figura.

El propósito de este trabajo es precisamente desarrollar y analizar una figura que poco ha sido explorada y discutida, dejada de lado en muchas ocasiones por el fideicomiso mercantil, razón por la cual hemos decidido centrarnos en la misma. Figura que para algunos constituye una institución sui generis, un híbrido o una mezcla de varias instituciones legales; esto es lo que pretendemos concluir.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION	06
ANTECEDENTES, DEFINICIÓN Y CARÁCTERÍSTICAS DEL ENCARGO FIDUCIARIO	
1.1. ORIGEN DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS	09
1.1.1. Derecho romano	09
1.1.2. Derecho anglosajón	11
1.1.3. Derecho ecuatoriano	13
1.2. LEGISLACIÓN COMPARADA	16
1.2.1. Antecedentes en Latinoamérica	16
1.2.2. Caso colombiano	17
1.2.3. Caso peruano	22
1.2.4. Caso paraguayo	23
1.3. PARTICULARIDADES SEGÚN LA LEY DE MERCADO DE VALORES ECUATORIANA	23
1.3.1. Definición de Encargo Fiduciario	23
1.3.2. Características del Encargo Fiduciario	24
1.3.3. Irrevocabilidad y naturaleza de las instrucciones fiduciarias	25
1.3.4. Relación y semejanzas con el Fideicomiso Mercantil	26
1.3.5. Aplicación a la figura del Mandato Civil	28

1.3.6. Aplicación a la figura de la Comisión Mercantil	31
1.4 CONSIDERACIONES EN RELACIÓN A LA NATURALEZA DEL ENCARGO	33
2. IMPLICACIONES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS: BENEFICIOS Y LIMITACIONES DEL ENCARGO FIDUCIARIO	
2.1. TITULARIDAD Y RÉGIMEN DE LOS BIENES ENTREGADOS EN ENCARGO	38
2.1.1. Consecuencias y validez frente a terceros	39
2.2. CONSIDERACIONES TRIBUTARIAS Y CONTABLES	42
2.2.1. Régimen contable y tributario de los bienes entregados en encargo	42
2.2.2. Confusión de patrimonios	46
2.3. REPRESENTACIÓN LEGAL	48
2.4. RESPONSABILIDAD DE LA FIDUCIARIA	49
2.5. ALCANCE DE LA FIGURA	52
2.5.1. Utilidad del encargo fiduciario	52
2.5.2. Limitaciones	54
2.5.3. Posibles reformas legales	56
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	60
BIBLIOGRAFÍA	65

NATURALEZA JURÍDICA DEL ENCARGO FIDUCIARIO EN LA LEGISLACION

ECUATORIANA

INTRODUCCIÓN

En nuestro ordenamiento jurídico el encargo fiduciario se encuentra recogido y regulado muy brevemente en la Ley de Mercado de Valores, la cual se refiere al mismo como un “contrato escrito y expreso por el cual una persona llamada constituyente instruye a otra llamada fiduciario, para que de manera irrevocable, con carácter temporal y por cuenta de aquél, cumpla diversas finalidades”.

En el mismo cuerpo legal se señala que son aplicables al encargo fiduciario, aquellas normas del Código Civil y del Código de Comercio relativas al mandato y a la comisión mercantil respectivamente, siempre que éstas fueren compatibles con la naturaleza del negocio fiduciario.

Varios tratadistas sostienen que el origen de esta institución se debe, en la mayoría de países latinoamericanos¹, a la legislación norteamericana, la cual a su vez se inspiró en la figura del *trust*² inglés. Así vemos que, una figura tratada en nuestra legislación con elementos de derecho anglosajón relativos al *trust* –el encargo fiduciario concebido como un acto de confianza encomendado a un

¹En Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, México, Panamá.

² Sergio Rodríguez Azuero, en *Negocios Fiduciarios*, Bogotá, Legis, 2005, pp. 16, 17 señala que los antecedentes del trust deben buscarse en los *uses*, en los cuales se verificaba la transición de un bien a un tercero con obligación de conciencia a favor del transmisor u otro beneficiario.

fiduciario profesional– es asimilado o al menos se remite a una institución propia del derecho romano como es el mandato. En este punto se genera la principal discusión materia de nuestra investigación, ¿es en realidad el encargo un negocio fiduciario y como tal resulta correcta su regulación en la Ley de Mercado de Valores; es un mandato de carácter especial, o por el tipo de fines que pretende, podría tratarse de una comisión mercantil; u, obedece a una actividad netamente financiera – bursátil?³

Como podemos observar, en cuanto al origen del encargo fiduciario existe una larga reseña histórica, una gran evolución y derivaciones, sobre todo en el derecho inglés y norteamericano; sin embargo en nuestra legislación poco se dice sobre el mismo y en la práctica ha generado varias discusiones y dificultades de aplicación.

De manera especial en los últimos años, se ha cuestionado la naturaleza jurídica del encargo fiduciario, asimilándolo en algunos casos al mandato civil, en otros, a un mandato mercantil; sin embargo, es importante tomar en cuenta que esta figura posee características propias que la distinguen de las instituciones antes mencionadas. Lo último también ha generado confusión, pues en muchos casos se lo ha querido asimilar al fideicomiso mercantil, considerándolo como un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica, situación que en concepto y en la práctica genera varios inconvenientes.

Por otro lado, tenemos el particular que el encargo fiduciario no ha sido tomado en cuenta en muchas legislaciones en las que sí se contempla el fideicomiso

³En otras legislaciones y anteriormente en la nuestra, los negocios fiduciarios únicamente o también pueden ser administrados por instituciones financieras; y, se encuentran regulados en normas bancarias.

mercantil. Lo anterior posiblemente porque el encargo surgió como una facultad de determinadas instituciones o entidades financieras y se fue perfeccionado y regulando hasta llegar al fideicomiso mercantil. Para muchos el encargo es la forma primitiva del fideicomiso mercantil.

Por lo anterior y por todo lo que veremos más adelante, incluso podemos cuestionarnos sobre la utilidad y beneficios del encargo fiduciario, así como de las restricciones y falencias de la figura, ante lo cual intentaremos presentar las conclusiones y recomendaciones que fueran del caso.

Dicho esto, entremos al estudio detallado de cada uno de los puntos que han sido brevemente mencionados.

1. ANTECEDENTES, DEFINICIÓN Y CARÁCTERÍSTICAS DEL ENCARGO FIDUCIARIO.-

1.1. ORIGEN DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

1.1.1. Derecho romano

El encargo fiduciario, como lo conocemos en la actualidad, pertenece a los denominados negocios fiduciarios o negocios de confianza. Para la mayoría de tratadistas estos negocios encuentran su origen y raíces más remotas en el derecho romano, el cual recogía dos figuras importantes cuales eran el “fideicommissum” y el “pactumfiduciae”.

El primero data del antiguo derecho romano, el cual era utilizado como un mecanismo de transferir la propiedad por causa de muerte, pues de esta forma el testador encargaba o rogaba a una persona determinada que ejecutara su voluntad a favor de un tercero, a fin de entregarle un bien en particular, la sucesión o parte de ella.⁴

Al contrario del anterior, el pactumfiduciae se manifestaba como un acto entre vivos, mediante el cual el propietario de los bienes encargaba a un tercero la administración; y, en ciertos casos la disposición de los mismos, con un fin determinado, hasta el cumplimiento de cierta condición, plazo o en beneficio de un tercero.

⁴Oderigo Mario, *Derecho Romano*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1973, pág.427.

Evidentemente esta última figura fue perfeccionada y tuvo mayores aplicaciones; así por ejemplo se utilizaba como una forma de garantía, en virtud de la cual el deudor transfería la propiedad de un bien al fiduciario con cargo de que le fuera restituida una vez honradas las obligaciones a favor de su acreedor. Si el deudor no pagaba la deuda conforme lo establecido, el acreedor tenía el derecho de retener la cosa para sí o de venderla. Esta forma de fideicomiso se denominó *fiducia cum creditore*, muy similar a lo que hoy utilizamos como un encargo o fideicomiso en garantía.

Así también se utilizaba como una forma de administración de los bienes – con amplias facultades- cuando el propietario de los mismos no podía hacerlo o no se encontraba presente. Este tipo de mandato se aplicaba de igual forma para realizar un depósito o para regular un comodato.

Como podemos notar, cualquiera que sea el uso de esta institución, su característica principal radica en ser un *acto de confianza* que se otorga a quien desempeña las funciones de fiduciario; es por eso que la palabra fideicomiso encuentra su origen en las voces latinas “fidei” que quiere decir fe y “commisium” que significa comisión. Dicho en otras palabras un encargo o comisión de confianza.

De los actos señalados anteriormente y a medida de su evolución nace el concepto de “negocio fiduciario”, definido por la doctrina en general como “aquel acuerdo mediante el cual, un sujeto trasmite la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho a otra y éste se obliga a destinar lo transmitido a una

finalidad determinada que aquel señaló, con lo que corresponderá a la confianza que para ello tuvo el primero”⁵.

Sin embargo, algunas personas consideraban estos negocios como un mecanismo abusivo y exagerado para conseguir el objeto pretendido y que por tanto constituía una desproporción entre el fin y lo que efectivamente ocurría. Así por ejemplo Jordano Barea sostiene que a través del negocio fiduciario se transmitía una cosa para un fin de administración o garantía que en realidad no exigía dicha transmisión.⁶ En este mismo sentido, se decía que en lugar de preñar o hipotecar bienes, se transferían a un tercero en beneficio del acreedor, siendo esto abusivo para el deudor.

Aún cuando lo anterior fue visto como un fraude a la ley, puesto que sobrepasaba los límites que la norma exigía para determinado fin, dejó de lado dichos conceptos y prevaleció la confianza del enajenante para con el adquirente, a efectos de que éste cumpliera con las condiciones establecidas, de tal forma que la figura fue reconocida y regulada a través de las leyes romanas, precisamente para que tuviera un cumplimiento obligatorio y proteger los derechos de los beneficiarios de dichos negocios.

1.1.2. Derecho anglosajón

En el derecho inglés encontramos también una antecedente un poco más mediato de lo que hoy conocemos como negocios fiduciarios. En Inglaterra se implantó la figura de los “uses”, utilizados como una institución jurídica que

⁵ Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *El Fideicomiso*, México, Ed. Porrúa, 2004, pág.169.

⁶ Jordano Barea, *El Negocio Fiduciario*, Barcelona, 1953, pág.12.

consistía en “un negocio de confianza (*trust*) a través del cual el “settlor” trasmitía bienes al “trustee”, el cual los administraba en beneficio del “cestui-que trust” o beneficiario”⁷. El settlor o fideicomitente y el beneficiario pueden ser la misma persona.

A partir de los usos, se desarrollaron varias modalidades de “*trust*”, mismos que son utilizados y coexisten tanto en el derecho inglés como en el derecho anglosajón. Entre los más importantes podemos hacer referencia brevemente al “contractual investment trust”, el cual consiste en que uno o más inversionistas entreguen dinero y títulos a un depositario a fin de que éste los invierta en beneficio de los primeros. A su vez el depositario entrega dichos recursos y títulos a un *trustee* con conocimiento en el tema, para que sea éste el que realice y controle las inversiones.

De igual forma podemos hacer referencia al “statutory investment trust”, también utilizado como un mecanismo de encargo de inversiones, mediante el cual un grupo de personas transfieren dinero al trustee directamente a fin de que éste los administre e invierta conforme el pacto del trust. A diferencia del primero, en este caso se conforma una suerte de corporación o fondo común, en el cual cada inversionista posee una participación.

De manera particular en la década de los años veinte, el trust fue utilizado en Estados Unidos como un instrumento para agilizar las inversiones y estimular la riqueza. En América Latina, el trust fue trasladado por una comisión especial en primer lugar a México, con el fin de dotar a las colectividades de un mecanismo económico a través del cual se confiaban los recursos de un grupo de personas

⁷ Mario BaucheGarcíadiego, *Operaciones Bancarias*, México, Ed. Porrúa, 1992, pág 364.

para que sean administrados por un tercero en beneficio de los inversionistas, separando dicho patrimonio de quienes lo aportaron. A este trust la doctrina lo describe como un patrimonio de afectación subordinado a la intencionalidad del constituyente.

Posiblemente la diferencia más importante que encontramos en el trust con relación al fideicomiso romano, es la existencia de dos tipos de propiedades que concurren sobre el mismo bien; lo cual implica que el trustee es el propietario legal, mientras que el cestui que trust o beneficiario es denominado como propietario en equidad y como tal es protegido en la legislación.

Lo anterior quiere decir que los bienes constituidos en fideicomiso son de propiedad del fiduciario, quien tiene la facultad de disponer de ellos conforme le ha sido instruido, sin embargo en equidad, el fiduciario queda subordinado a los derechos del propietario – equitativo (fideicomisario), quien goza del patrimonio constituido en su favor. Por esta razón en el derecho anglosajón el beneficiario goza de mayores privilegios y sobre todo de acciones legales específicas para reivindicar la propiedad de los bienes o solicitar la transferencia de los mismos, si el fiduciario ha hecho mal uso de ellos, ha incumplido o excedido las instrucciones que le han sido impartidas.

1.1.3. Derecho ecuatoriano

El antecedente directo a la aparición, no solamente de los encargos fiduciarios sino de los negocios fiduciarios en general, en la legislación ecuatoriana

según tratadistas nacionales⁸, se remonta a la antigua Ley General de Bancos, en virtud de la cual se atribuían facultades especiales a los bancos para actuar como mandatarios o ejecutores de encargos de confianza. De tal forma que los bancos podían desempeñar funciones de mandatarios, secuestres, depositarios, administradores de bienes, procuradores, entre otras.

En el año de 1993 la figura del fideicomiso mercantil se incorporó en la legislación ecuatoriana en el Código de Comercio, a través de la Ley de Mercado de Valores, al agregarse un título innumerado a continuación del artículo 409. En esta ocasión se reguló brevemente al fideicomiso mercantil, como un “acto el virtud del cual una o más personas llamadas constituyentes transfieren dineros u otros bienes a otra llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos por un plazo o para cumplir una finalidad específica”.

Adicionalmente, como efecto de tal incorporación, la Ley de Mercado de Valores de 1993 reformó el artículo 173 de la Ley General de Bancos, al establecer como facultad de las secciones y bancos comerciales la de actuar como fiduciario mercantil.

Posteriormente en 1994, la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero recoge como atribución específica de dichas instituciones la facultad de actuar como fiduciario mercantil, sobre la base del fideicomiso mercantil regulado en ese entonces en el Código de Comercio; además de mantener la posibilidad de los bancos de “obrar por cuenta de terceros”, eliminando la sección del mandato como tal.

⁸Roberto González Torre, *El Fideicomiso*, Guayaquil, Ed. Edino, 2000, pág 24; y, Víctor Cevallos Vásquez, *Contratos Civiles y Mercantiles III*, Quito, Ed. Jurídica del Ecuador, 2005, pág. 746.

En dicha norma se atribuyeron a las instituciones financieras una diversidad de funciones que anteriormente estaban encomendadas a subsidiarias o sociedades financieras, permitiendo que los bancos ampliaran sus negocios, cambiando un sistema de banca restringida a un concepto de banca universal o multibanca.

Pero no es sino hasta el año de 1998, en el que se recoge al encargo fiduciario como una figura típica y regulada por nuestra legislación, a través de la vigente Ley de Mercado de Valores, dentro del marco de negocios fiduciarios, conjuntamente con el fideicomiso mercantil. Es así que a partir de ese entonces el encargo fiduciario es jurídicamente definido como un mandato irrevocable, con características y particularidades específicas.

El encargo así concebido, fue tomado de la legislación colombiana, de las operaciones que pueden realizar las fiduciarias (antes destinadas a instituciones del sistema financiero de Colombia, como se verá más adelante). Sin embargo en la Ley de Mercado de Valores ecuatoriana no tuvo el mismo fin ni necesidad que en Colombia, razón por la cual durante los primeros años su aplicación no fue comprendida y en la práctica no fue muy utilizado.

Los antecedentes y evolución histórica que hemos estudiado de manera muy resumida, nos permiten comprender de dónde nace el encargo fiduciario y cuál fue su origen, pero más que ello, en concordancia con la institución jurídica que tenemos hoy, nos permiten reflexionar acerca de cómo se lo ha mantenido en nuestra legislación. Aparentemente y de lo que podemos notar, en la mayoría de legislaciones esta especie de “mandato irrevocable y negocios de confianza” se ha ido perfeccionando y adaptando a las necesidades de la sociedad, hasta contar

con la figura típica del fideicomiso mercantil; y, parecería que éste en realidad es una evolución de lo que en principio se tuvo como encargo fiduciario.

En este punto nos planteamos una interrogante, por qué en nuestro país (al igual que Colombia y Perú) se mantuvo la figura del encargo fiduciario, aún después de la introducción del fideicomiso en la Ley de Mercado de Valores, casi con las mismas características de aquellas atribuciones que constaban en la Ley General de Bancos.

¿Será que el legislador quiso mantener ambas figuras o fue una imitación de otras legislaciones? Precisamente por esto se pretende analizar si esta figura en realidad cumple una función y utilidad propia, es un rezago de antiguas normas o es una simple transcripción sin mucho análisis de otras legislaciones.

1.2. LEGISLACIÓN COMPARADA

1.2.1. Antecedentes en Latinoamérica

Como ya lo hemos mencionado, el primer país latinoamericano en importar una especie *trust* o negocios fiduciarios en su legislación fue México. Así, basados en el proyecto de Ricardo J. Alfaro, según el cual se consideraba al *trust* como un mandato irrevocable en virtud del cual se entregaban bienes con un fin determinado, en 1924 se crean los denominados “bancos de fideicomiso” que tenían por objeto precisamente realizar dichos tipos de encargos.

En 1926 se expide la Ley de Bancos de Fideicomiso y Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios. Por la falta de claridad y

entendimiento en relación al fideicomiso y al trust, este modelo no tuvo aplicación práctica.

Es solamente a partir del año 1932 con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que se regula específicamente el fideicomiso y se lo concibe como un “patrimonio de afectación”, lo cual según NicolasMalumián es un gran paso en el derecho latinoamericano por cuanto se rompe con la concepción del fideicomiso como “un mandato irrevocable”, sin la verdadera protección de la transferencia real.⁹ Es interesante detenernos en esta concepción, en virtud de la cual el fideicomiso es considerado como una evolución de un mandato, es decir del encargo.

Siguiendo la misma corriente, los negocios fiduciarios comienzan a recogerse por otros países como Panamá, Argentina, Guatemala, El Salvador, Paraguay, Honduras, Venezuela, Costa Rica, Colombia, Perú, Colombia, Ecuador, entre otros, siendo el último en hacerlo Uruguay. Para efectos de nuestro estudio del encargo fiduciario, a continuación nos centraremos en las legislaciones más significativas que lo contemplan.

1.2.2. Caso colombiano

Rodríguez Azuero, reconocido tratadista colombiano, explica de manera muy clara la aparición del encargo fiduciario en su país. En este sentido señala que la Ley 45 de 1923 sobre establecimientos bancarios fue un resultado de los estudios llevados a cabo por la Misión Kemmerer contratada por el Gobierno de aquella época.

⁹NicolasMalumián, *XVI Congreso Latinoamericano del Fideicomiso*, Lima, 2006.

La Ley 45 introdujo el concepto de “sección fiduciaria”, a la cual denomina como “una sección de un establecimiento bancario que hace el negocio de tomar, aceptar y desempeñar encargos de confianza que le sean legalmente encomendados” y se señala que “se entiende por fideicomiso todo encargo de confianza de los en ella expresados, y por fideicomisario el individuo o entidad a quien se encomienda tal encargo”.¹⁰

El autor antes citado, de manera acertada en mi opinión, cuestiona la norma de la Ley 45, pues al pretender importarse la figura del *trust* se creó confusión e incertidumbre en relación a lo que debía entenderse por “encargos de confianza”; y, parecería que se equipara al fideicomiso mercantil a un encargo, sin hacerse distinción alguna respecto de la propiedad y transferencia de los bienes.

La falta de claridad en la definición de estas figuras, sumada al desconocimiento de los legisladores y tratadistas de la época, no hicieron más que enredar los conceptos, de tal forma que si bien quedaba entendido que los Bancos podían desempeñar gestiones o encargos de confianza, en la práctica no sabían cómo ejecutarlos, incluso se pensaba que se hacía alusión a los fideicomisos recogidos en la legislación civil.

También podemos notar un error en la norma de la Ley 45, pues se atribuye al fideicomisario la calidad de fiduciario o quien ejecuta el encargo, cuando lo correcto es que éste es el beneficiario del negocio fiduciario.

Posteriormente, mediante el Decreto 663 de 1993, se reformó la legislación y se limitó la gestión y administración de tales negocios a sociedades fiduciarias especializadas o filiales de instituciones financieras; en virtud de lo cual, de

¹⁰ Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios Fiduciarios*, Bogotá, Legis Editores, 2005, pág.55.

conformidad con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las fiduciarias debidamente autorizadas por la Superintendencia Bancaria pueden celebrar encargos de confianza para la realización de inversiones; para la administración de bienes; y, para desarrollar y ejecutar negocios de garantía.

Hoy en día se tiene claro que el encargo fiduciario se limita a una mera tenencia de bienes por parte del fiduciario, para el cumplimiento de una determinada finalidad. Vale la pena mencionar que el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero señala que son aplicables al encargo fiduciario, las normas del fideicomiso mercantil y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio relativas al mandato, en cuanto no se opongan a la naturaleza del mismo; tal y como se establece en nuestra legislación.

En el decir de Eduardo Casas Sáenz de Santamaría, se produjo una absorción de las “funciones fiduciarias” que tenían expresamente los bancos y corporaciones financieras por parte de las instituciones fiduciarias, las cuales en la actualidad manejan en forma total y plena la administración de negocios fiduciarios y realizan encargos fiduciarios como mecanismos especializados para la administración de fondos de inversión.¹¹

Es importante citar la norma que define al encargo fiduciario “es el negocio en virtud del cual una persona, llamada fideicomitente o encargante, entrega uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, sin transferir el dominio de los mismos, para que ésta última cumpla las instrucciones y finalidad determinada por el encargante. En este contrato a diferencia del de fiducia mercantil, el fiduciario no adquiere la calidad de propietario de los bienes que recibe, sino que reconoce

¹¹ Eduardo Casas de Santamaría, *La Fiducia*, Temis, Bogotá, 2000, pág. 15.

dominio ajeno”, definición muy parecida a la que tenemos en nuestra Ley de Mercado de Valores.

En la legislación colombiana encontramos una particularidad interesante que merece ser mencionada, relativa a la participación del Estado en negocios fiduciarios. Luego de varios años de discusión en la actualidad rige la Ley 80, según la cual se excluyó la posibilidad de que entidades y órganos del Estado transfieran la propiedad de bienes públicos a favor del fideicomiso y por ende no se permite la constitución de un patrimonio autónomo; lo único que puede hacer el Estado es entregar bienes en tenencia o custodia a favor del fiduciario. Para Sergio Rodríguez Azuero lo anterior constituye una desnaturalización de la figura de fiducia mercantil, “por lo que cabe admitir que, en el fondo, solo se consagró una forma de encargo fiduciario en cuanto el fiduciario es un mero tenedor de los bienes que reciba para adelantar la gestión”.¹²

Por lo antes señalado es que en Colombia el encargo fiduciario ha tomado mayor importancia que en años pasados, pues es el único negocio fiduciario que permite realizar transacciones y actos con el Estado, a partir de lo cual se distinguen dos tipos de encargo: encargo fiduciario estatal (con bienes o recursos públicos) y encargo fiduciario particular (con bienes o recursos privados).

Otro aspecto que vale la pena rescatar del derecho colombiano, posiblemente porque ha tenido una mayor evolución, desarrollo, discusión y aplicación en relación a los negocios fiduciarios que muchos de los países latinoamericanos, son los diversos fallos y pronunciamientos judiciales y arbitrales

¹² Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios Fiduciarios*, Bogotá, Legis Editores, 2005, pág.536.

sobre la materia, mismos que ya constituyen precedente y una importante fuente de derecho.

En este sentido, me parece vital mencionar una Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Sala de Casación Civil, de fecha 20 de julio de 2008 (Exp. No. 11001- 3103-036-1999-01458-01) según la cual se considera que aún cuando la ley señala que en el encargo fiduciario no existe una transferencia de dominio de los bienes, esta regla no es absoluta, pues cuando se trata de cosa de género o fungible, como lo es el dinero, tanto la fiducia mercantil como el encargo fiduciario envuelven la transferencia de la propiedad dada la naturaleza y características del bien, cuya entrega involucra de suyo la tradición.

Con los antecedentes señalados, es importante resaltar que de conformidad con la legislación colombiana vigente, las fiduciarias se encuentran facultadas a realizar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaiga y la realización o enajenación de los mismos.

En virtud de lo anterior, las fiduciarias hacen uso del encargo fiduciario, además del fideicomiso, para administrar fondos de inversión, los cuales pueden ser: fondos comunes ordinarios, especiales, de inversiones de capital extranjero, de pensiones voluntarias, entre otros.

Visto de ese modo el encargo fiduciario tiene una utilidad y uso mucho más práctico que el que encontramos en Ecuador, lo cual evidentemente no se obtuvo

con una transcripción sin mucho análisis de la figura a nuestra Ley de Mercado de Valores, tal como ha sido mencionado anteriormente.

1.2.3. Caso peruano

Tal como ocurrió en Colombia y Ecuador, debido a la influencia de la Misión Kemmerer, en el año de 1931 se faculta a los bancos aceptar y cumplir comisiones de confianza, cuando tuvieran autorización del Superintendente de Bancos.

Hoy en día los negocios fiduciarios se hallan regulados en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley General 26702). La actividad del fiduciario se reserva a determinadas entidades, incluyendo aseguradoras y a la Corporación Financiera de Desarrollo.

Es interesante observar que la Ley General, cuando se refiere a los encargos de confianza, regula y enuncia algunos de los casos en los que éstos se pueden aplicar y que pueden ser desempeñados por las entidades fiduciarias, sin perjuicio de aquellos que sean autorizados por la Superintendencia.

Así por ejemplo se señalan algunas comisiones de confianza: funciones de depositario e interventor de bienes embargados, administración de sociedades declaradas en quiebra, cargo de albacea testamentario o dativo, guardador de bienes, administrador de bienes dejados en testamento para obras públicas o de beneficencia o sujetos a un plazo o condición; entre los que más llaman la atención.

Resulta novedoso lo que la Ley peruana recoge en este sentido, pues como hemos señalado se enuncian algunos ejemplos y casos que pueden ser desempeñados como encargos de confianza, dejándose claro que no existe transferencia de dominio sino una mera tenencia.

1.2.4. Caso paraguayo

Por tener características bastante similares con las legislaciones ya mencionadas, haremos una breve referencia a la ley paraguaya, en la que también se tipifica y regula al encargo fiduciario como una figura independiente y distinta del fideicomiso mercantil, tal como ocurre en Ecuador. Así, la norma clasifica a los negocios fiduciarios: cuando conllevan la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos se denominará fideicomiso; en caso contrario se denominará encargo fiduciario.

De la misma forma la legislación paraguaya señala que serán aplicables a los encargos fiduciarios, en lo pertinente, las normas relativas al fideicomiso mercantil y subsidiariamente, las disposiciones del Código Civil que regulan el contrato de mandato, en cuanto no se opongan a la naturaleza del mismo.

1.3. PARTICULARIDADES SEGÚN LA LEY DE MERCADO DE VALORES ECUATORIANA

1.3.1. Definición de Encargo Fiduciario

La vigente Ley de Mercado de Valores en su artículo 114 define al encargo fiduciario como el “contrato escrito y expreso por el cual una persona llamada

constituyente instruye a otra llamada fiduciario, para que de manera irrevocable, con carácter temporal y por cuenta de aquél, cumpla diversas finalidades, tales como de gestión, inversión, tenencia o guarda, enajenación, disposición en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario”.

Como podemos apreciar de lo antes citado, el encargo fiduciario en palabras sencillas no es sino un mandato irrevocable que otorga una persona a un tercero a fin de que, en su nombre, cumpla con determinadas funciones o instrucciones específicas. Es precisamente de esta definición, que surgen ciertas inquietudes respecto del alcance, utilidad y práctica de esta figura; cuestiones que deberán ser analizadas una vez estudiadas las características que veremos a continuación.

1.3.2. Características del Encargo Fiduciario

Una vez esbozada la definición del encargo fiduciario en nuestra legislación y comprendida de alguna forma su origen y antecedentes, intentaremos recoger las características más importantes del mismo, que lo distinguen de otros tipos de negocios fiduciarios y otras figuras legales, características que serán desarrolladas y analizadas más adelante:

- a) Es de carácter irrevocable.
- b) No se produce una transferencia de dominio por parte del Constituyente, pues los bienes entregados en encargo, de ser el caso, únicamente se encuentran en custodia, vigilanciaoadministración del fiduciario.
- c) No se configura patrimonio autónomo o persona jurídica alguna.

- d) Se rige por las normas del Código Civil y del Código de Comercio, relativas al mandato y a la comisión mercantil en cuanto no se opongan a su naturaleza.
- e) Debe otorgarse por escrito, puede ser mediante contrato privado, no es necesaria escritura pública.
- f) Las funciones del fiduciario son remuneradas.
- g) El mandato se limita a las instrucciones constantes en el contrato de encargo.
- h) Si se entregan bienes o recursos para la finalidad pretendida, la Fiduciaria debe mantenerlos separados de sus propios bienes y los demás negocios que administra.
- i) Confianza: es un encargo de confianza para con la fiduciaria.
- j) Transparencia: todos los actos y transacciones de la fiduciaria son absolutamente transparentes.
- k) Herramienta de medio: la fiduciaria se limita a ejecutar los encargos fiduciarios, mas no puede garantizar rendimientos o resultados específicos.

1.3.3. Irrevocabilidad y naturaleza de las instrucciones fiduciarias

Posiblemente el elemento de mayor importancia que se presenta en los encargos fiduciarios, y que lo distingue notablemente de otras figuras, es el carácter de irrevocabilidad de las instrucciones contenidas en el contrato y de la finalidad pretendida por el constituyente; es decir que el encargo no puede ser revocado ni modificado de manera unilateral por el constituyente, sino en la forma

o por las causas establecidas en el contrato. Por lo antes señalado, el mandante no puede reivindicarse de sus instrucciones y del contenido del contrato, éste solamente podría modificarse en la forma que se establezca y por las partes que se señalen en el mismo.

Lo anterior es contrario a lo que ocurre en el mandato civil, en el cual el mandante puede revocarlo en cualquier momento, sin necesidad de aceptación o pronunciamiento del mandatario o de las personas en cuyo favor se otorgó el mandato. De esta manera, en principio se asegura que la finalidad pretendida por el Constituyente y lo que se ha previsto en beneficio de otra persona sea cumplido por un tercero (fiduciario) profesional y que lleve a cabo las funciones que le han sido encomendadas de manera específica.

Es importante recalcar que, como en cualquier negocio fiduciario, la Fiduciaria únicamente puede llevar a cabo aquellas funciones que le han sido instruidas, es decir únicamente a efectos de cumplir con el objeto determinado por el constituyente. En este sentido la ley en su parte pertinente señala: “el constituyente que conserva la propiedad de los mismos y únicamente los destina al cumplimiento de finalidades instituidas de manera irrevocable” (Art. 114 inciso segundo Ley de Mercado de Valores).

1.3.4. Relación y semejanzas con el Fideicomiso Mercantil

Como se desprende de la definición de “encargo fiduciario” que citamos anteriormente, en esta figura se presenta los mismos elementos subjetivos que en el fideicomiso mercantil. Es decir, interviene un constituyente o fideicomitente, el

fiduciario y un beneficiario o fideicomisario a favor de quien se cumplen las instrucciones.

Adicionalmente, la Fiduciaria tiene los mismos deberes y obligaciones que cuando administra un fideicomiso mercantil. De igual forma debe mantener los bienes que se le hubieran entregado en encargo, separados de los demás negocios fiduciarios que administra y aplicar los mismos criterios relativos a una administración diligente y profesional.

La principal diferencia que existe en relación al fideicomiso mercantil, es que en el encargo fiduciario no se produce una transferencia de dominio de los bienes por parte del constituyente, pues éste siempre conserva la propiedad sobre los mismos; por ende no se configura un patrimonio independiente dotado de personalidad jurídica como en el primer caso.

Lo antes indicado constituye la principal característica del encargo fiduciario, la cual debe ser tomada en cuenta para todos los aspectos y en todos los campos del derecho; se debe recordar que la fiduciaria actúa por cuenta y en nombre del constituyente y no como una persona distinta llamada “encargo fiduciario” como suele confundirse.

Si bien el hecho de no configurarse persona jurídica alguna y no realizarse una transferencia de bienes por parte del fideicomitente distingue al encargo fiduciario; es precisamente dicho particular el que en la práctica acarrea diversas dificultades y limitaciones en cuanto a su eficacia; y, lo que a mi criterio permite cuestionar la utilidad de la figura e incluso la existencia misma del encargo, tal como analizaremos más adelante.

1.3.5. Aplicación a la figura del Mandato Civil

Tal como lo hemos analizado anteriormente y partiendo del origen del encargo fiduciario, es evidente que existe una relación directa con la figura del mandato civil regulado en el Código Civil ecuatoriano. Es así que la misma Ley de Mercado de Valores en el precitado artículo 114 determina: “Son aplicables a los encargos fiduciarios el artículo 1464 del Código Civil y los artículos 2035, 2045, 2046, 2047, 2048, 2050, 2052, 2054, 2064, 2066, 2067, numerales 1, 2, 5, 6 y 7, 2072, 2073, 2074 del Título XXVII del Código Civil **referentes al mandato** y las normas de la Comisión Mercantil previstas en el Código de Comercio y, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en la presente Ley” (lo resaltado me corresponde).

En este sentido, el autor Rabasa sostiene que el encargo fiduciario guarda importantes similitudes con el contrato de mandato, pues en virtud de estas dos figuras “se encomienda tanto a los fiduciarios como al mandatario los intereses personales y patrimoniales de otras personas, para que lo conserven, administren o trasmitan a terceros en beneficio y provecho de aquellos a quienes pertenecen”.¹³

Ahora bien, analicemos lo que el Código Civil señala como mandato: “*Art. 2020.- Mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La*

¹³ Oscar Rabasa, *El derecho angloamericano, Estudio expositivo y comparado del commonlaw*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991, pág.296.

persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario”.

A simple vista las definiciones de las figuras mencionadas parecerían similares, en ambos casos el mandante o fideicomitente encomienda una gestión o funciones a un tercero, para que las ejecute por cuenta del primero; es decir el mandatario o fiduciario ejecuta los actos a nombre de quien se los encargo.

Es por esto que, a falta de una regulación extensa del encargo fiduciario en la Ley de Mercado de Valores, debemos recurrir a las normas antes señaladas del Código Civil. Precisamente aquellas normas, son las que se refieren en su mayoría a la administración del mandato, así el fiduciario debe ceñirse a lo establecido en el contrato de mandato o en este caso de encargo fiduciario, y las facultades de vender, comprometer, hipotecar y transigir deben ser expresas.

Encontramos una primer diferencia en cuanto a la norma contenida en el artículo 2048 del Código Civil, la cual señala que “No podrá el mandatario, por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar; si no fuere con aprobación expresa del mandante”. A mi criterio dicha disposición no es del todo aplicable al encargo, pues en la Ley de Mercado de Valores expresamente se prohíbe al fiduciario ser designado como beneficiario de los fideicomisos mercantiles que administra y haciendo una interpretación del espíritu de dicha limitación considero que también debería ser aplicable a los encargos, en los cuales la fiduciaria cumple con obligaciones de medio, mas no podría beneficiarse o adquirir los bienes que le ha sido entregados.

Otra norma de gran trascendencia es aquella que se refiere a la terminación del mandato, pues es interesante analizar las causales por las que según esta disposición podría darse por terminado el encargo, aun cuando debemos recordar que la Ley de Mercado de Valores si regula expresamente este tema, tanto para los fideicomisos mercantiles como para los encargos fiduciarios. Algunas de dichas causales coinciden en ambos cuerpos legales, como es el cumplimiento de la finalidad o negocio pretendido; el vencimiento del plazo o cumplimiento de condiciones señaladas en el contrato; y, la quiebra del fiduciario.

Con acierto, el legislador ha excluido del artículo 2067 del Código Civil, entre otros, al numeral 3, por cuanto este se refiere a la terminación del mandato por la revocación del mandante. Es precisamente a este punto al que se pretende llegar, pues esta es la principal diferencia y en la práctica la fortaleza del encargo fiduciario en relación al mandato civil; el primero es de carácter *“irrevocable”*, mientras que éste último puede ser revocado por el mandante en cualquier momento.

Resulta interesante detenernos en aquella causal que establece que el mandato –por tanto el encargo en este caso- termina con la muerte del mandante o del constituyente; y, únicamente si las funciones o instrucciones deben cumplirse luego de la muerte del causante, entonces los herederos suceden en los derechos y obligaciones establecidos en el mandato o en el encargo, respectivamente. Lo anterior querría decir que si una persona entrega a la fiduciaria, determinados bienes inmuebles por ejemplo, para que ésta los administre, los entregue en arriendo, reciba los frutos, etc.; al fallecer el fideicomitente, la Fiduciaria debe restituir inmediatamente dichos bienes a quienes

fueran los herederos en derecho y dejar de cumplir con las gestiones encomendadas.

Esta difiere totalmente del fideicomiso mercantil, precisamente porque en el encargo fiduciario no se configura patrimonio autónomo alguno y los bienes nunca dejan de ser de propiedad del constituyente. De todas formas es importante analizar esto pues podría pensarse que luego de la muerte del mismo, la Fiduciaria debe continuar con sus gestiones, lo cual no es así a menos que se establezca expresamente o que las funciones encomendadas debieran cumplirse luego de la muerte del fideicomitente.

Otra diferencia que podemos encontrar respecto al mandato, es que éste puede ser oneroso o remunerado, mientras que en el caso del encargo fiduciario las gestiones que realiza la fiduciaria deben ser siempre remuneradas, tan es así que deben constar en el respectivo contrato.

En este punto vale resaltar que las funciones que desempeña tanto el mandatario como el fiduciario, deben ser realizadas con el mayor cuidado, pues ambos responden hasta por culpa leve en el desempeño de sus gestiones. Más aun en el caso del encargo fiduciario, pues se nos encontramos frente a un profesional especializado en el manejo de este tipo de negocios; y, además en este sentido el Código Civil señala que dicha responsabilidad recae de manera estricta cuando el mandato es remunerado.

1.3.6. Aplicación a la figura de la Comisión Mercantil

El Código de Comercio, a partir del artículo 374 regula el contrato de comisión, y en dicha norma señala: “Comisionista es el que ejerce actos de comercio, en su propio nombre, por cuenta de un comitente”.

Como podemos observar y del texto de la ley, una de las principales diferencias con el mandato civil, es que el comisionista puede actuar en nombre del comitente o puede hacerlo en nombre propio pero por cuenta del mandante, es decir no está obligado a revelar la identidad de quien le ha otorgado la comisión o mandato.

Posiblemente la comisión mercantil se adecua más a las necesidades y naturaleza de las transacciones que se realizan a través del encargo fiduciario, pues éste es de naturaleza mercantil y al igual que la comisión las funciones del comisionista y del fiduciario son remuneradas.

Por esta razón las funciones y responsabilidades que se señalan en el Código de Comercio, a nuestro entender, se adaptan y deberían ser aplicadas a aquellas del fiduciario.

Así por ejemplo vemos que si la comisión requiriere provisión de fondos, el comisionista no está obligado a ejecutarla, mientras el comitente no provea la cantidad necesaria, y aún podrá suspender la ejecución cuando se haya agotado la provisión recibida. Lo anterior tiene concordancia con la norma de que la fiduciaria no debe comprometer sus recursos en la administración de los negocios; aún cuando existe discusión en este sentido dada la responsabilidad de la fiduciaria de proteger los bienes que le han sido entregados, debería ser la regla general.

De igual forma distinguimos en este caso, la principal diferencia y fortaleza del encargo fiduciarias, cual es la irrevocabilidad, pues en el caso de la comisión, el comitente tiene facultad, en cualquier estado del negocio, para revocar o modificar la comisión.

El Código de Comercio señala que la comisión no termina por la muerte del comitente. En este sentido es importante recordar que en el caso del mandato civil, la muerte del mandante si da término al mismo a menos que el encargo deba cumplirse después del fallecimiento. Ahora bien ¿qué deberíamos aplicar al encargo fiduciario, puesto que la Ley de Mercado de Valores nada dice al respecto?

En mi opinión la regla que debe aplicarse al encargo fiduciario es aquella del Código Civil, es decir que a la muerte del constituyente se termina el encargo, a menos que deba cumplirse luego del fallecimiento del mismo. Lo anterior puesto que dichas normas son a las que se hace referencia en primer lugar como supletorias en la Ley de Mercado de Valores; y, en segundo lugar y con más fundamento porque tanto en el caso del encargo como en el mandato, el fiduciario o mandatario actúan siempre en nombre y representación del mandante; no en su propio nombre, por lo que mal podrían actuar en nombre de quien ha fallecido; salvo la excepción antes señalada.

De igual forma el comisionista responde por los daños y perjuicios que ocasionara al comitente en el ejercicio de sus funciones y administración de bienes o recursos. En este aspecto queda claro que la fiduciaria responde hasta por culpa leve en la administración del negocio.

1.4. CONSIDERACIONES EN RELACIÓN A LA NATURALEZA DEL ENCARGO

Para iniciar el análisis de este tema, de trascendental importancia para efectos de las conclusiones que recoge el presente estudio, debemos analizar cuál

es la naturaleza jurídica del encargo fiduciario y en qué grupo –de los actos o negocios jurídicos reconocidos en nuestra legislación- lo podemos enmarcar.

En primer lugar diremos que el encargo fiduciario es un contrato, pues efectivamente es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, en los términos del Código Civil. Enunciaremos brevemente las características de este tipo de contrato:

- a) Bilateral: se realiza con la participación del constituyente y de la fiduciaria, los cuales se obligan o comprometen a cumplir determinadas obligaciones e instrucciones. El beneficiario no debe comparecer de manera obligatoria a la suscripción del contrato, puede ser designado posteriormente e incluso no existir en ese momento.
- b) Típico: pues se halla expresamente regulado en la Ley de Mercado de Valores.
- c) Aleatorio: los posibles resultados se obtienen de las gestiones que realice el fiduciario, se encuentra sujeto a una eventualidad. Como es de conocimiento, en este tipo de contratos existe una contingencia incierta de ganancia o pérdida, los beneficios esperados no pueden ser garantizados.
- d) Indirecto: las partes utilizan un medio distinto, no tradicional para obtener los resultados deseados y esperados.
- e) Intuitu personae: es un acto de confianza en el cual la calidad y cualidades propias de las partes cumplen un papel indispensable.
- f) Oneroso: las partes asumen obligaciones y el fiduciario debe ser retribuido por sus gestiones.

- g) Principal: no requiere de otro contrato para su existencia, es independiente y autónomo.
- h) Solemne, pues no basta el consentimiento ni la entrega de la cosa, debe necesariamente constar por escrito para que surta validez y efectos frente a terceros.
- i) Sucesivo, se desarrolla durante un lapso, no se agota en un solo acto.
- j) Nominado, la ley expresamente lo denomina como “encargo fiduciario”.

Ahora bien en cuanto a sus particularidades, en un primer escenario, tal como está concebido el encargo fiduciario en nuestra legislación, diríamos que dicha figura encuadra dentro de los llamados “negocios fiduciarios”. Para confirmar lo anterior debemos remitirnos al concepto que la doctrina otorga a los mismos.

En palabras de Martorell Navarro, negocios fiduciarios son “aquellos en los cuales una persona (fiduciario) recibe de otra (fiduciante), que confía en ella, una plena titularidad de derecho en nombre propio, comprometiéndose a disponer de ella solo en lo preciso para el fin restringido y acordado”.¹⁴ Kiper afirma que de estos negocios, el fiduciario recibe el poder jurídico de la propiedad, y no ha de exceder del mismo sino para los fines propuestos por el constituyente.

De manera resumida podemos decir que gran parte de la doctrina coincide en que los negocios fiduciarios tienen como características principales que se tratan de “negocios de confianza” y que generan una “propiedad fiduciaria”, es decir la transferencia de dominio a favor del fiduciario, propiedad que únicamente

¹⁴Martorell Navarro, *La propiedad fiduciaria*, Barcelona, Ed. Bosch, 1990, pág 127.

se encuentra limitada por la voluntad del fiduciante en virtud de los fines pretendidos por éste.

Para reforzar lo anterior citamos al autor Guastavino quien señala: “el negocio fiduciario produce efectivamente la transferencia de dominio, con oponibilidad *erga omnes* (...) los terceros están obligados a respetar el negocio fiduciario por la efectividad de la transferencia real que se produce”.¹⁵

Tomando como punto de partida lo anterior, se concluye que efectivamente el encargo fiduciario es un negocio de confianza, de esto no cabe duda, pues el constituyente encarga determinada gestión a un tercero (fiduciario) por la confianza que deposita y los resultados que espera de éste.

Ahora bien si consideramos la premisa de que los negocios fiduciarios necesariamente conllevan la transferencia de dominio por parte del constituyente al fiduciario, entonces claramente se colige que el “encargo” no pertenecería a este grupo, lo cual a todas luces demuestra una contradicción e incoherencia respecto de cómo ha sido recogido en nuestra legislación. Es esto precisamente lo que debemos dilucidar en el presente estudio y que deberá ser recogido en las conclusiones del mismo.

Lo anterior incluso es reforzado con la teoría ya mencionada respecto de los negocios fiduciarios, que considera que por la transferencia de la propiedad se presenta una desproporción del medio empleado con el fin pretendido, confiriendo a un tercero atribuciones de propietario que normalmente no le correspondería. Si lo anterior es considerado como una característica del negocio fiduciario, el encargo tampoco encasillaría en este grupo.

¹⁵Guastavino, *Actos Fiduciarios*, Buenos Aires, La Liebre, 1995, pág 365.

Al respecto cabe mencionar aquella teoría sostenida por grandes tratadistas, según la cual el encargo fiduciario no es más que una figura híbrida, resultante del intento de trasladar el fideicomiso de origen anglosajón a un régimen jurídico germánico, de tal forma que desnaturalizaron la figura que se pretendía implantar. En este sentido Lisopraswski afirma que “se lo desnaturaliza cuando en lugar de respetar el elemento característico de la trasmisión fiduciaria, cual es la trasmisión del dominio, se le da el contenido de mandato, confusión en la cual incurrieron algunos países de Latinoamérica y destacados juristas”.¹⁶

Compartiendo ampliamente lo afirmado por Lisopraswski, me parece importante profundizar este punto. Queda claro que el encargo fiduciario tal como ha sido implementado, se lo puede entender como una desnaturalización de los negocios fiduciarios, pues comparten ciertas características y muchas veces el objeto; sin embargo se lo ha desprovisto de un elemento esencial, como es la transferencia de dominio por parte del constituyente.

Adicionalmente a lo antes señalado, a mi entender, lo que ahora conocemos como encargo fiduciario, no es únicamente producto de los negocios fiduciarios; es apenas evidente que ha existido una gran confusión y mezcla de varias normas, figuras y legislaciones, tomadas del trust, del fideicomiso romano, de normas y facultades relativas a instituciones financieras; y, por otro lado parecería que existió un desconocimiento por parte del legislador al expedir la norma. De lo anterior tenemos que en el derecho positivo el encargo fiduciario

¹⁶Silvio V. Lisopraswski y Claudio M. Kiper, *Tratado de Fideicomiso*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 2004, pág. 82.

aparece de igual forma como una figura sui generis, un híbrido difícil de descifrar; y, en la práctica muchas veces difícil de aplicar.

Debemos agregar que según otros tratadistas, también constituye característica esencial de los negocios fiduciarios, la capacidad, profesionalismo y calificación de quien desempeña las funciones de fiduciario. Al respecto Jorge Porras Zamora afirma que “un negocio fiduciario requiere para su administración de la labor de un administrador que tenga la capacidad y habilidad de ejercer su actividad de una manera prudente, generalmente estos administradores están designados y calificados taxativamente en la ley de la materia”.¹⁷

Este elemento si es aplicable al encargo fiduciario recogido no solamente en el Ecuador, sino en los negocios fiduciarios regulados en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, pues únicamente las administradoras de fondos y fideicomisos y las entidades establecidas por ley pueden actuar como fiduciarias y administrar negocios fiduciarios.

2. IMPLICACIONES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS: BENEFICIOS Y LIMITACIONES DEL ENCARGO FIDUCIARIO.-

2.1. TITULARIDAD Y RÉGIMEN DE LOS BIENES ENTREGADOS EN ENCARGO

Como ya lo hemos mencionado a lo largo del presente trabajo, a través del encargo fiduciario, a diferencia del fideicomiso, no se configura transferencia de dominio alguna a favor del fiduciario. Esto supone que los recursos y bienes en

¹⁷Jorge Porras Zamora, *Riesgos y Mejores Prácticas Fiduciarias*, San José, Ed. 2009, pág. 27.

general que sean entregados por el constituyente al fiduciario, para su administración o gestión, nunca salen de su patrimonio y mientras dure el encargo, dichos bienes siempre serán de propiedad del fiduciante.

Sin embargo, según lo que se establezca en el respectivo contrato, el fiduciario adquiere varias facultades irrevocables y obligaciones respecto de los bienes que le han sido encomendados, pues puede administrarlos, enajenarlos o disponer de ellos, sin necesidad de ratificación o autorización posterior del constituyente, pero siempre actuando en nombre y por cuenta de él.

En este sentido, podemos decir que en cuanto a la forma y al régimen de titularidad de los bienes, siempre se aplican las normas del mandato o la comisión, debe quedar claro que los bienes no son de propiedad o están a nombre del fiduciario ni de patrimonio autónomo alguno, sino de quien lo ha constituido.

En la práctica nos encontramos con varios casos en los que se presenta esta confusión, pues en contratos o documentos relacionados, podemos encontrar frases como: “el encargo fiduciario posee tales bienes”, “los bienes del Encargo Fiduciario”; lo cual a todas luces es incorrecto.

2.1.1. Consecuencias y validez frente a terceros

Una vez realizado un análisis breve de la naturaleza del encargo y sus características según nuestro ordenamiento jurídico, es importante y posiblemente lo que más interesa a este estudio, determinar cuáles son los efectos del encargo fiduciario y la validez y reconocimiento que tiene frente a terceros.

En el caso del fideicomiso es claro y así lo establece la ley, que los bienes que son transferidos al mismo, gozan del beneficio de ser inembargables y no

pueden ser perseguidos por acreedores del constituyente, de la fiduciaria o del beneficiario, únicamente podrían ser reclamados en virtud de obligaciones propias del fideicomiso. Esto se desprende evidentemente de que nos encontramos frente a un patrimonio autónomo distinto de las partes que lo conforman y que los bienes han salido del patrimonio del fideicomitente.

Ahora bien, nada dice la ley respecto de los bienes entregados o encomendados en virtud del encargo fiduciario. Sin embargo, es sencillo concluir que en razón de que dichos bienes siempre permanecen en el activo del constituyente y por tanto son parte de su patrimonio, podrían efectivamente servir y ser objeto de medidas cautelares, embargos, fuente de pago y ser perseguidos por acreedores del constituyente; aún cuando la custodia y administración de los mismos se encuentre a cargo de la fiduciaria.

En relación lo anterior, es importante señalar que nuestro Código Civil determina que toda obligación personal da derecho al acreedor a hacerla efectiva en los bienes muebles o inmuebles del deudor, salvo aquellos declarados como “inembargables” en la misma norma o en leyes especiales.

Ni en el Código Civil ni en la Ley de Mercado de Valores, los bienes materia de un encargo fiduciario han sido calificados como inembargables, como sí ocurre expresamente con los bienes aportados a un fideicomiso mercantil, razón por la cual no existe norma legal alguna que impida a los acreedores del constituyente perseguir o solicitar el embargo sobre los bienes que hubieren sido entregados en encargo, pero que siguen siendo propiedad del deudor.

Así por ejemplo, si en virtud de un contrato de encargo fiduciario, el constituyente instruye a la Fiduciaria que, una vez cumplidas determinadas

obligaciones, proceda con la transferencia de dominio y suscriba el contrato respectivo a favor de determinado beneficiario; mientras no se hubieran verificado las condiciones el inmueble sigue perteneciendo al constituyente.

En dicho lapso podría ocurrir que un acreedor del constituyente persiga el pago de obligaciones a su favor en los bienes del deudor, incluyendo el inmueble mencionado, sin que la Fiduciaria ni el beneficiario pudieran oponerse a tales acciones. Evidentemente el beneficiario tendrá derecho de instaurar cualquier tipo de acciones en contra del deudor, si así le corresponden.

Por lo antes expuesto, cuando el encargo pretende cumplir una finalidad de garantía o transferir un bien a un tercero contra un pago o cumplimiento de obligaciones, generalmente se acompaña con la constitución de una garantía real sobre los bienes materia del contrato, de tal forma que con una prenda o hipoteca por señalar un ejemplo, en primer lugar exista una prohibición de enajenar por parte del propietario; y, que el beneficiario pueda exigir el cumplimiento en su favor con la garantía real, de ser el caso. Así vemos que en dichas situaciones, el encargo fiduciario por sí solo no es suficiente para cumplir o asegurar el objeto pretendido.

En cuanto a las instrucciones y funciones que debe cumplir la Fiduciaria en razón del encargo fiduciario, sí es importante reiterar que éstas tienen el carácter de irrevocables, lo cual implica que el fideicomitente no podrá dejar sin efecto o revocar su mandato, a menos que existiera consentimiento expresa de todas las partes que han intervenido en el mismo o de acuerdo a lo que se establezca en el respectivo contrato.

Por lo anterior, la Fiduciaria tiene plenas facultades para actuar en nombre del constituyente, incluso frente a terceros, pues se halla investida de poderes suficientes para hacerlo, bastando para ejercer tales funciones, la designación que el fideicomitente realiza en el respectivo contrato y las instrucciones que constan en el mismo.

Para llevar a cabo las gestiones de administración por parte de la Fiduciaria no es necesario contar con la autorización, firma o ratificación posterior del constituyente; en este caso, tal como en el mandato, se cuenta con la autorización y delegación expresa de quien lo ha constituido; y, es precisamente esta la fortaleza o beneficio del encargo. Es decir en cuanto a las funciones y facultades del fiduciario, éstas son perfectamente oponibles erga omnes.

Por su parte, el beneficiario que hubiere sido designado como tal en el contrato de encargo fiduciario, tiene plenos derechos para solicitar y exigir al fiduciario el cumplimiento de las instrucciones y actos de gestión y administración que le correspondan realizar en su favor, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el contrato.

2.2. CONSIDERACIONES TRIBUTARIAS Y CONTABLES

2.2.1. Régimen contable y tributario de los bienes entregados en encargo

La Ley de Mercado de Valores regula de manera más extensa el régimen contable y tributario de los fideicomisos mercantiles, lo cual es evidente tomando en cuenta que en este caso nos encontramos frente a un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica, el cual para efectos tributarios debe cumplir con todas las obligaciones y deberes impositivos como si se tratase de una sociedad.

En el caso del encargo fiduciario el panorama es totalmente distinto, pues como hemos mencionado no se configura persona jurídica alguna, por tanto mal podríamos hablar de un patrimonio independiente, menos aun de un encargo como si se tratase de una persona distinta.

Sin embargo queda claro que la Fiduciaria debe mantener de igual forma un registro de todos los bienes y activos que le han sido entregados; llevar un control de ingresos, egresos, gastos y en general todos aquellos actos que realiza en nombre del constituyente; pero bajo ningún concepto podemos hablar por ejemplo de un balance, de un patrimonio compuesto por activos, pasivos y patrimonio; estos son conceptos que únicamente pueden aplicarse cuando se administra un fideicomiso.

Sin embargo y no obstante la claridad del concepto antes señalado, el legislador ecuatoriano cometió un grave error en este sentido, seguramente por tratar de regular simultáneamente al fideicomiso y al encargo; pues en el artículo 103 de la Ley de Mercado de Valores se establece:

“Art. 103.- De las obligaciones de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos como fiduciario.- Sin perjuicio de los deberes y obligaciones que como administradora de fondos tiene esta sociedad, le corresponden en su calidad de fiduciario, además de las disposiciones contenidas en el contrato de fideicomiso mercantil, las siguientes: (...)

b) Mantener el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario separado de su propio patrimonio y de los demás fideicomisos mercantiles y encargos

fiduciarios que mantenga, llevando para el efecto una contabilidad independiente para cada uno de éstos.

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

Es indudable que el concepto de “contabilidad” no es aplicable al encargo fiduciario, por los argumentos que ya han sido expuestos de manera repetida. Al hablar de un encargo, es como si estariamos frente a un mandato, a una encomienda, se trata de un contrato o un acto más no de un patrimonio, una sociedad, ni persona alguna distinta al propio constituyente, cual es el propietario de los bienes. ¿Cómo entonces se puede señalar que el encargo fiduciario deba llevar contabilidad? ¿Qué bienes deberán registrarse en los activos o en el patrimonio del Encargo, los mismos del constituyente?

Solamente al plantearnos estas preguntas resulta ilógico que dicha norma deba ser aplicada, pues lo que la Fiduciaria debe mantener es únicamente un registro de los ingresos y egresos que administra en nombre del constituyente; sin embargo en la práctica muchas instituciones, órganos de control, e incluso las propias fiduciarias han mal interpretado la disposición y peor aún han intentado exigir el cumplimiento de la misma.

Por otro lado, la Ley de Mercado de Valores en su artículo 114, relativo específicamente a los encargos fiduciarios, establece: “En este contrato se presentan los elementos subjetivos del contrato de fideicomiso mercantil, pero a diferencia de éste **no existe transferencia de bienes** de parte del constituyente

que conserva la propiedad de los mismos y únicamente los destina al cumplimiento de finalidades instituidas de manera irrevocable. Consecuentemente, en los encargos fiduciarios, no se configura persona jurídica alguna. Cuando por un encargo fiduciario se hayan entregado bienes al fiduciario, éste se obliga a mantenerlos separados de sus bienes propios así como de los fideicomisos mercantiles o de los encargos fiduciarios que mantenga por su actividad, ***aplicando los criterios relativos a la tenencia y administración diligente de bienes de terceros***” (las negrillas y el subrayado me pertenecen).

A mi criterio las disposiciones antes citadas son lo suficientemente claras como para concluir que el encargo fiduciario no constituye un patrimonio separado, por tanto es imposible que el mismo lleve contabilidad y menos aún que se constituya en sujeto pasivo de impuestos. En base a lo expuesto, debería primar el espíritu de la ley y no regirse a una norma que a todas luces es inaplicable.

Como complemento a lo anterior podemos citar lo que Rodríguez Azuero sostiene al respecto: “desde el punto de vista fiscal, el tema se regula en Colombia bajo las reglas del contrato de mandato. En tal virtud, el fideicomitente –mandante para el efecto- cumplirá con las obligaciones formales y materiales a que haya lugar, con base en las informaciones que le suministre el fiduciario, quien jugará el papel de mandatario”.¹⁸

No obstante lo antes señalado, es importante recalcar que todos aquellos bienes que reciba la Fiduciaria en virtud del encargo fiduciario, y aun cuando no deban ser registrados o materia de contabilidad, éstos deben permanecer

¹⁸Sergio Rodríguez Azuero, opcit, pág.617.

separados de los demás bienes de la Fiduciaria y de aquellos negocios fiduciarios que ésta administra. Queda claro que la Fiduciaria debe mantener un detalle o registro especial de dichos bienes, de tal forma que pueda cumplir con una administración y cuidado diligente de los mismos.

2.2.2. Confusión de patrimonios

Queda claro que en virtud del contrato de encargo fiduciario, la Fiduciaria actúa en nombre y por cuenta del constituyente, tal como ocurre en el mandato civil; y, que además es obligación de la Fiduciaria mantener los bienes entregados en encargo, separados de su patrimonio y de los demás negocios fiduciarios que ésta administra.

Pero ¿qué sucede cuándo en la práctica la Fiduciaria no puede actuar en nombre del constituyente para realizar determinados actos que exigen la presencia o algún requisito adicional por parte del mandante? En estos casos comúnmente el contrato de encargo fiduciario no es suficiente para que la fiduciaria pueda actuar en determinados casos frente a terceros, sin que esto implique que no esté facultada.

Así por ejemplo, si el contrato establece que la Fiduciaria deberá abrir cuentas bancarias, realizar declaraciones u otras gestiones ante terceros u autoridades, muchas veces quien tiene la facultad de autorizar tales actos no lo permite o solicita por parte del constituyente, requisitos adicionales. En este caso podríamos tomar la norma del Código de Comercio que establece que el mandatario podrá realizar los actos encomendados por el mandante, sin que tenga

que revelar o expresar el nombre del mismo, aún cuando actúe por cuenta de aquel.

Sin embargo, volviendo al ejemplo antes citado, imaginemos que la Fiduciaria no puede abrir una cuenta a nombre del constituyente por cualquier impedimento práctico o porque la institución financiera no lo permite. Supongamos que la Fiduciaria con el afán de cumplir la instrucción impartida por el constituyente, abre una cuenta bancaria a nombre propio -aun cuando su fin sea el de cumplir el objeto del encargo- y se depositan en dicha cuenta los recursos entregados por el constituyente.

Evidentemente en este caso se produciría una confusión de patrimonios entre el de la fiduciaria como tal y el del constituyente, pues solamente la fiduciaria conoce que tales recursos pertenecen a un tercero que los ha “encargado”; sin embargo frente a terceros dichos recursos o cualquier tipo de bienes figuran como propiedad de la fiduciaria.

Lo anterior podría resultar peligroso, incluso ocasionar la pérdida de tales recursos, por acciones en contra de la fiduciaria, retenciones, embargos, etc. por parte de acreedores; lo cual sin duda generaría una enorme responsabilidad civil por parte del fiduciario, aún cuando su intención habría sido la de cumplir con las gestiones encomendadas.

En este caso vale resaltar que, aún cuando en el contrato se hubieran establecido las instrucciones en forma clara, se hubiera implementado el encargo y otorgado un mandato suficiente; y, la fiduciaria actúe en forma diligente; no es esto lo que impide ejecutar el encargo; en el ejemplo antes citado lo que limita el actuar de la fiduciaria es que el “encargo fiduciario” no es entendido en otras

legislaciones, carece de los elementos básicos del *trust* y por tanto no resulta suficiente para ejecutar ciertos actos en nombre del constituyente.

Como podemos notar la falta de independencia y autonomía del “encargo fiduciario” y el hecho de que no exista una transferencia real de la propiedad de los bienes por parte del constituyente, indudablemente constituyen una gran limitación al actuar de la fiduciaria y a los fines pretendidos por el fideicomitente, además de los riesgos que se pueden presentar.

2.3. REPRESENTACIÓN LEGAL

La Ley de Mercado de Valores señala que la fiduciaria ejerce la representación legal del fideicomiso mercantil, por lo que interviene con todos los derechos y obligaciones respecto del mismo como sujeto procesal y frente a terceros.

En el caso del encargo fiduciario no podemos hablar de una “representación legal”, ¿pues ésta solamente aplica cuando una persona actúa por un tercero que no tiene capacidad o se halla legalmente impedido para hacerlo por sí mismo. En el este caso, la Fiduciaria actúa como **mandatario** del constituyente, en nombre y por cuenta del mismo, lo cual no implica que sea su representante legal, pues sus facultades de representación y mandatario se limitan a las gestiones que han sido señaladas en el respectivo contrato de encargo.

En el caso del encargo fiduciario, aún cuando la ley no lo dice expresamente, es importante que la fiduciaria actúe siempre en nombre del constituyente, expresando por cuenta de quien lo hace; pues de esta forma los

actos y resultados que se obtengan quedarán perfectamente identificados; incluso para diferenciarlos del resto de negocios que administra la Fiduciaria.

Al respecto, Sergio Rodríguez Azuero sostiene: “en nuestra opinión el fiduciario debe actuar, invariablemente, en nombre y por cuenta explícita del negocio fiduciario, lo cual supone automáticamente que lo hace en interés de un tercero y no en su propio beneficio (...) la posición del fiduciario puede comprometerse gravemente si no ha habido absoluta claridad frente a terceros por cuenta de quien se está actuando”.¹⁹

Finalmente en este aspecto, es importante enfatizar que las actuaciones de la fiduciaria al llevar a cabo un encargo fiduciario, aún cuando no ejerza la representación legal de un patrimonio autónomo, son de igual forma de alta responsabilidad, deben siempre limitarse a la finalidad pretendida por el constituyente y a las instrucciones señaladas en el respectivo contrato. Debemos recordar que en este tipo de negocios prima el grado de confianza en la fiduciaria y es por esto que se han previsto cargas de conducta y responsabilidad de culpa leve para las administradoras, como lo veremos a continuación.

2.4. RESPONSABILIDAD DE LA FIDUCIARIA

Como ya lo hemos anotado, la participación del fiduciario en este tipo de negocios es particularmente importante, precisamente por la confianza que depositan las partes en ésta. Es así que, en el derecho anglosajón por ejemplo se

¹⁹ Sergio Rodríguez Azuero, *Responsabilidad del Fiduciario*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1997, pág. 57.

establece que el incumplimiento del trustee es aún más grave que el incumplimiento de cualquier contratante.

Nuestra Ley de Mercado de Valores es clara al establecer en su artículo 125 que *“el fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, que es de medio y no de resultado; esto es, que su responsabilidad es actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan”*.

Evidentemente este principio se aplica de igual manera a los fideicomisos mercantiles como a los encargos fiduciarios, pues aún cuando no se conforme patrimonio autónomo alguno, la fiduciaria debe velar por los bienes que le han sido entregados en custodia así como realizar su mejor gestión para cumplir con las instrucciones y objeto pretendido por el constituyente.

Podemos dividir a las obligaciones de la fiduciaria en tres grupos: legales, contractuales y profesionales²⁰. Las primeras son aquellas de carácter general que se encuentran expresamente señaladas en la ley, deberes y requisitos que deben cumplir las fiduciarias en el cumplimiento de su gestión; así como aquellos actos que les están prohibidos.

Las obligaciones contractuales son todas aquellas que se establecen en el contrato de encargo fiduciario, los mandatos y gestiones especiales y específicos que son encomendados e instruidos por el constituyente para la consecución del objeto que se pretende.

²⁰Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios Fiduciarios*, Bogotá, Legis Editores, 2005, págs., 366-371.

Finalmente las profesionales son aquellas que, no estando previstas ni en la ley ni en el contrato, son inherentes a la calidad de fiduciario, por su profesionalismo, experiencia y aptitud para desempeñar sus funciones y administrar negocios. Seguramente estas son aquellas obligaciones más difíciles de cumplir, pues existe un grado de discrecionalidad respecto de los actos de la fiduciaria, generalmente son decisiones que la fiduciaria debe tomar para precautelar los intereses de los constituyentes y de los bienes que le han sido entregados.

En este punto podemos mencionar que la responsabilidad de la fiduciaria ha sido asimilada, tanto en la doctrina como en jurisprudencia extranjera, a aquella que tiene un tutor, un curador o un guardador. Al respecto, Rodríguez Azuero sostiene: “Se observa que el particular celo con el cual los jueces vigilan el comportamiento del fiduciario exigen una actuación de ubérrima buena fe, absoluta dedicación y particular prudencia, acercan la figura de manera significativa a la de los guardadores que, con idéntico celo y particular cuidado, son obligados a actuar por la legislación civil”.²¹

En lo principal podría decirse que el fiduciario está íntimamente ligado por su obligación administrativa como gestor y naturalmente, por la necesidad de poner toda su capacidad y esfuerzo a la consecución de la finalidad prevista en el contrato de encargo fiduciario.

Sobre este particular es importante mencionar aquella norma y principio que establece que “las obligaciones del fiduciario son de medio y no de resultado”;

²¹Sergio Rodríguez Azuero, *Responsabilidad del Fiduciario*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1997, pág. 35.

esto quiere decir que la obligación se traduce en la realización de los mejores esfuerzos profesionales encaminados a obtener un resultado; pero de ninguna manera puede pensarse que exista el compromiso o garantía de obtenerlo.

Para ejemplificar lo anterior, algunos tratadistas han utilizado el caso del médico que al recomendar y asumir el compromiso de intervenir quirúrgicamente a un paciente se comprometen a poner lo mejor de su expertice pero no pueden garantizar el resultado de la operación; o, el de los abogados que al aceptar la representación judicial se obligan a hacer lo propio, sin garantizar al cliente un resultado favorable del litigio.

Finalmente y para reforzar la importancia de la actuación de la fiduciaria, a continuación señalaré los principales atributos y principios-recogidos y resumidos de la doctrina- que se deben emplear a la hora de administrar un negocio fiduciario; prudencia, diligencia, profesionalismo, gestión personal y lealtad.

2.5. ALCANCE DE LA FIGURA

2.5.1. Utilidad del encargo fiduciario

Una vez desarrollado el primer capítulo del presente trabajo y en especial habiendo analizado la naturaleza del encargo fiduciario, la gran conclusión en cuanto a la utilidad y beneficios que se puede extraer del encargo fiduciario, es sin duda su carácter de “irrevocable”.

Dicha característica es la que, más allá de otras consideraciones teóricas y doctrinarias, lo distingue del mandato civil y mercantil. A mi criterio en la práctica es esta la razón por la cual la mayoría de personas eligen constituir un encargo

fiduciario en lugar de otorgar un simple poder o mandato, pues de esta manera se asegura que las instrucciones impartidas en condiciones normales se cumplan de manera incondicional, no así en los mandatos civiles o mercantiles que pueden ser revocados por el mandante en cualquier momento.

Este particular es aún más relevante cuando existe más de una parte en el contrato y el objeto que se pretende depende de una o más de ellas o el hecho que se busca debe verificarse una vez cumplida una condición, en virtud de lo cual la actuación de la fiduciaria es trascendental para que se cumpla el negocio perseguido.

Generalmente lo que se persigue a través del encargo fiduciario es que el constituyente no se retracte de las instrucciones que ha impartido a la fiduciaria o que el mandato que ha otorgado no se cumpla por cualquier razón. Por otro lado el constituyente busca que los encargos encomendados sean ejecutados por un tercero profesional en condiciones de confianza o una vez que se han cumplido determinadas condiciones o supuestos determinados por el mandante.

Queda claro que la intervención de una fiduciaria *–profesional e imparcial–* también constituye un elemento primordial para la celebración de estos contratos, pues cabe recordar que el fiduciario debe ser una institución especializada y debidamente autorizada para actuar como tal, lo cual no sucede en el mandato.

Por lo anterior en un primer término diríamos que el encargo fiduciario efectivamente es una figura que cumple una utilidad en el ámbito de los negocios civiles y mercantiles, más aún puede ser utilizado por personas naturales, jurídicas e incluso instituciones del sector público.

Ahora bien pensemos que las gestiones que se encargan a la fiduciaria no constituyen obligaciones de entregar o transferir determinado bien, sino que se tratan de actos de administración, por lo que no se involucra la entrega de bienes; en este caso dichas obligaciones o encargos bien podrían cumplirse a través de un fideicomiso mercantil –dotado de personalidad jurídica- y respecto del cual la fiduciaria pueda ejercer tales actos. Lo anterior se explica claramente atendiendo a lo que sucede en la mayoría de legislaciones, en las que el encargo fiduciario no existe o fue dejado atrás hace varios años con la evolución del fideicomiso mercantil.

2.5.2. Limitaciones

Sin lugar a duda las limitaciones más importantes que se presentan en un encargo fiduciario son aquellas que se derivan del hecho que en este tipo de negocios no se constituye un patrimonio autónomo y por tanto no existe una transferencia de bienes por parte del constituyente.

Si bien lo anterior es una característica básica del encargo –la única que lo diferencia del fideicomiso mercantil- para efectos prácticos constituye una gran limitación en el actuar de la fiduciaria.

El problema nos encontramos cuando muchas veces la fiduciaria no puede actuar en nombre del constituyente para el cumplimiento de sus gestiones, ya sea porque el contrato de encargo fiduciario no es reconocido o porque su calidad de mero tenedor de los bienes no le es suficiente para ejecutar los actos encomendados.

Por citar algunos ejemplos, encontramos que la fiduciaria no puede o no tiene la facultad de abrir cuentas en el exterior a nombre del constituyente en virtud del encargo fiduciario, pues no cumple con los requisitos exigidos por las instituciones financieras para tales transacciones; e incluso en algunos casos -no tan comunes- ni siquiera puede hacerlo dentro del país.

Lo anterior no sucede cuando la fiduciaria actúa en nombre de un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica, que tiene un Registro Único de Contribuyentes, del cual la fiduciaria es representante legal y tiene facultades más amplias en estos casos.

En este escenario es importante cuestionarse ¿qué pasa si la fiduciaria no puede cumplir con las instrucciones impartidas por tales situaciones ajenas a su voluntad, por falta de suficiencia o desconocimiento del encargo o por falta de instrucciones en este caso? Recordemos que la fiduciaria en estos casos es un mandatario que no puede extralimitarse de las gestiones que le han sido conferidas; sin embargo por otro lado bien podría alegarse un incumplimiento de la fiduciaria por no cumplir con las instrucciones impartidas.

Es claro que el actuar de la fiduciaria, al ser un mandatario y en ningún caso tener la propiedad de los bienes que le han sido entregados o que son objeto del encargo, se encuentra totalmente limitada a las instrucciones impartidas por el constituyente, incluso frente a terceros, lo cual podría impedir u obstaculizar el cumplimiento de las finalidades pretendidas.

En este punto y para evidenciar los inconvenientes que se pueden presentar por la falta de titularidad de los bienes por parte de la fiduciaria, supongamos que el constituyente entrega “acciones en una compañía anónima”, a

fin de que la fiduciaria las mantenga en custodia; y que, cumplido un plazo o condición sean transferidas por su cuenta a un tercero (beneficiario).

Si bien la fiduciaria debe mantener los títulos representativos de dichas acciones en custodia y separados de los demás bienes de su propiedad; y, verificar que se cumpla el plazo o condición señalado; también es claro que nada garantiza que el constituyente en su calidad de titular de las acciones pueda transferirlas o enajenarlas a un tercero (*por ejemplo en caso de desmaterialización de acciones o que simplemente lo haga mediante anotación en los libros sociales*).

En este caso evidentemente existe un incumplimiento y mala fe por parte del constituyente, por lo que el afectado podría instaurar las acciones legales que correspondan; sin embargo el resultado final es que no se ha cumplido el objeto pretendido en el contrato de encargo fiduciario y que su irrevocabilidad no ha sido suficiente para alcanzar la finalidad esperada. Y de este tipo, podríamos citar varios ejemplos, en todos aquellos casos en los que los bienes que se encomiendan a la fiduciaria, pero al no existir una transferencia de dominio, ésta no puede velar o no tiene las facultades suficientes para verificar o garantizar que dichos bienes no sean dispuestos o utilizados por su propietario en una forma o para una finalidad distinta de la pretendida en el contrato de encargo fiduciario.

2.5.3. Posibles reformas legales

Para desarrollar este punto, en primer lugar me parece importante analizar el cuerpo normativo que actualmente regula la figura del “encargo fiduciario”, es decir la Ley de Mercado de Valores.

Como bien lo indica su nombre “mercado de valores”, es aquel en el cual se intercambian y negocian valores, para lo cual intervienen varios actores: oferentes, demandantes e intermediarios de tales bienes.

De conformidad con la Ley de Mercado de Valores, se considera valor al “derecho o conjunto de derechos de contenido esencialmente económico, negociables en el mercado de valores, incluyendo, entre otros, acciones, obligaciones, bonos, cédulas, cuotas de fondos de inversión colectivos, contratos de negociación a futuro o a término, permutas financieras, opciones de compra o venta, valores de contenido crediticio de participación y mixto que provengan de procesos de titularización y otros que determine el Consejo Nacional de Valores”.

En este punto cabe preguntarse ¿Es el encargo fiduciario un negocio enmarcado dentro del mercado de valores y por tanto su regulación en dicho cuerpo normativo es correcta?

A simple vista podríamos colegir que no, su naturaleza no es intervenir necesariamente en el mercado de valores, pues en estos casos queda claro que la fiduciaria no puede actuar como originador de valores pues no existe un patrimonio autónomo en función del cual hacerlo; y, tampoco puede actuar como intermediaria de valores. Lo único que podría hacer la fiduciaria, en virtud del mandato que reciba, es invertir o comprar valores, en cuyo caso su tratamiento sería exactamente igual al de cualquier demandante en este mercado, sin que el “encargo” como tal constituya una figura que se utilice como mecanismo para intervenir o para emitir valores de ninguna naturaleza.

Es claro que el encargo se encuentra regulado en dicha norma, como complemento al fideicomiso mercantil a partir de 1998 y posiblemente por ser uno

de los negocios propios de las Administradoras de Fondos y Fideicomisos, cuya regulación también se recoge en la misma norma.

En este punto cabe mencionar, aún cuando no es tema principal en el estudio que nos compete, que tampoco el fideicomiso mercantil en todas sus formas se halla totalmente ligado al mercado de valores, pues muchas veces su objeto ni siquiera involucra valores o su participación en este mercado; sin dejar de lado por supuesto los procesos de titularización que se realizan mediante fideicomisos mercantiles y aquellos fideicomisos de inversión que actúan como partes en el mercado de valores.

Una vez mencionado lo anterior y mucho más importante que eso, habiendo estudiado la naturaleza del encargo fiduciario y sus limitaciones, me atrevo a sugerir a priori que dicha institución no es realmente necesaria y que incluso podría ser eliminada de nuestro ordenamiento jurídico, o al menos de la Ley de Mercado de Valores que nada tiene que ver con el mismo.

El mandato simple y puro ya existe; y, cualquier otro encargo irrevocable que quiera encomendarse puede realizarse a través del fideicomiso mercantil, aun sin transferir la propiedad de un determinado bien si ese no es el objeto que se busca.

Por otro lado, si la finalidad pretendida tiene que ver o persigue proteger, administrar o disponer determinado bien, constituyendo éste último el núcleo del negocio y el objeto primordial alrededor del cual giran los intereses de las partes; la propiedad de dicho bien necesariamente debe ser transferida, para que la fiduciaria pueda cumplir a cabalidad y ejercer las atribuciones que como titular del

domino tiene derecho. Caso contrario no nos encontramos frente a un negocio fiduciario y no se cumple la esencia y naturaleza de tales negocios.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El presente trabajo surgió de una interrogante bastante sencilla, cual fue: ¿por qué en nuestra legislación (que forma parte de una minoría bastante diferenciada) existe el encargo fiduciario, a diferencia de otras en las que únicamente se contempla el fideicomiso mercantil?

Lo anterior puede comprenderse a raíz del estudio de los antecedentes y la evolución de la figura a lo largo de los años, detalles que se han recogido en el primer capítulo del presente trabajo.

Bajo las teorías allí enunciadas resulta claro que el encargo fiduciario en nuestra legislación,²² fue el inicio de la adaptación de los negocios fiduciarios o del trust en el Ecuador, siendo una facultad de los Bancos ejecutar determinados encargos por parte de sus clientes. Sin embargo con la evolución del derecho y de la figura se ha llegado a perfeccionar el contrato de fideicomiso mercantil con elementos y características aun más fuertes que las del encargo y su esencia radica precisamente en la transferencia de dominio de los bienes por parte del constituyente.

Como podrá notarse, en relación a esto último, comparto fielmente la opinión de varios tratadistas, citada en el presente estudio, de que la característica fundamental de los negocios fiduciarios constituye la transferencia de dominio de los bienes, lo cual cumple con el fin que desde el origen de dichas figuras se buscaba, cual era separar del patrimonio del fideicomitente determinados bienes,

²²Al igual que en Colombia, Perú, Paraguay y aquellos países en los que aún subsiste el encargo fiduciario.

ya sea con el objeto de destinarlos a otro fin o de asegurarlos en beneficio del mismo constituyente o de terceros.

En virtud de lo anterior considero que efectivamente el encargo fiduciario, tal como se encuentra regulado en la actualidad, es un rezago de lo que en su momento contemplaba la Ley General de Bancos y de los negocios de confianza y atribuciones de instituciones financieras que se incorporaron en nuestra legislación; pero que ahora en realidad no reviste mayor utilidad y sentido. Esto explica fácilmente porque la figura solamente existe en contados países de Latinoamérica.

Lo anterior sumado a que la figura incorporada en nuestra ley fue influenciada en gran medida por la legislación colombiana, trasladándose o casi transcribiéndose una norma de otra realidad jurídica, sin el mayor análisis, a una Ley de Mercado de Valores, cuyo ámbito de aplicación y regulación ni siquiera coincide con el encargo fiduciario

Distinto sería si se hubiese mantenido la figura del encargo fiduciario en el Código de Comercio, tal como se contemplaba anteriormente. Esto sí tiene un sentido lógico, pues el contrato de mandato irrevocable así concebido encuadra perfectamente en un acto de comercio, similar a la comisión mercantil, pero con las particularidades que hemos anotado en este estudio.

Una de las conclusiones que salta a la vista a lo largo del presente análisis y que a todas luces constituye a mi criterio el único beneficio del encargo fiduciario es su irrevocabilidad, de tal forma que las instrucciones y gestiones encomendadas al fiduciario no pueden ser modificadas ni revocadas por el constituyente, salvo consentimiento de todas las partes involucradas o en la forma

que se establezca en el respectivo contrato. Es definitivamente esta característica la que lo diferencia del mandato civil y mercantil.

Sin embargo lo anterior puede ser superado, a través del fideicomiso mercantil, el cual también constituye en cierta forma un mandato irrevocable, que no es susceptible de alteración y que no puede ser dejado sin efecto por la simple voluntad del constituyente. Es decir el mismo fin que se pretende a través del encargo puede llevarse a cabo mediante la constitución de un fideicomiso mercantil, aún más fuerte y con sustento en la esencia de los negocios fiduciarios.

Pensemos que si se elimina el encargo fiduciario de la legislación ecuatoriana no se impide la ejecución de negocios específicos, pues siempre tendremos la opción del fideicomiso mercantil, que cumple con la misma finalidad; incluso creo que bien podría constituirse un fideicomiso mercantil al que no necesariamente deban transferirse los bienes, si ésta no es la intención del constituyente, pero que de igual forma será irrevocable y administrado por un profesional.

Ahora bien, si el objeto e interés principal de las partes constituye determinado bien, éste deberá ser transferido al patrimonio autónomo necesariamente a efectos de cumplir con el fin pretendido.

Finalmente vale la pena señalar que en nuestro país no existe doctrina respecto del encargo fiduciario –sí del fideicomiso mercantil-, la mayoría de libros únicamente hacen referencia a sus antecedentes históricos y la forma en la cual se halla regulados en la legislación hoy en día.

Más allá de lo anterior no existen estudios profundos respecto de dicha figura, por lo que el presente trabajo ha sido desarrollado en función de la

información histórica en comparación con otras legislaciones; y, muchas experiencias tomadas de la práctica, para finalmente realizar un análisis del encargo en contraste con su naturaleza, esencia de los negocios fiduciarios y utilidad de la referida institución.

En base a estos elementos y al análisis realizado, para fines prácticos me permito resumir las conclusiones que a mi criterio son las más relevantes:

- a) Los antecedentes históricos demuestran que el encargo fiduciario no fue recogido en nuestra legislación como respuesta a una necesidad, ni en función de un análisis del legislador. Al contrario es una consecuencia de rezagos normativos (funciones de instituciones financieras) mezclada con una copia de la norma colombiana que respondía a una realidad y evolución distinta a la nuestra.
- b) El beneficio más importante que presenta el encargo fiduciario frente al mandato civil o comercial es su carácter de irrevocabilidad y que la fiduciaria sea un tercero profesional e imparcial.
- c) El encargo fiduciario tal como se encuentra regulado en nuestra legislación no reviste una importancia o utilidad de trascendencia dentro de los negocios mercantiles, menos aún de mercado de valores. Como se ha sostenido, existe el fideicomiso mercantil que suple estas necesidades y que además cumple con la principal característica de un negocio fiduciario, cual es la transferencia de propiedad del bien.
- d) El encargo fiduciario se encuentra regulado de manera errónea en la Ley de Mercado de Valores, cuyo ámbito nada tiene que ver con la figura. De mantenerse esta institución debería ser considerada como un contrato

mercantil, por lo que en este caso debería contemplarse en el Código de Comercio.

Finalmente quisiera resaltar que no se han realizado estudios profundos ni desarrollado doctrina en relación a esta figura legal, por lo que se considera importante y enriquecedor que se detenga en el análisis realizado, que se tomen en cuenta las recomendaciones presentadas y que de esta forma se contribuya en algo al orden y sobre todo a la utilidad de nuestro ordenamiento jurídico, a fin de que realmente responda a las necesidades de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta Romero Miguel y Almazán Alaniz P. Roberto, *Tratado Teórico del Fideicomiso*, México D.F., Editorial Porrúa, 2002.

Barea Jordano, *El Negocio Fiduciario*, Barcelona, 1953.

Bauche Garcíadiego Mario, *Operaciones Bancarias*, México, Ed. Porrúa, 1992.

Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, México, Harla S.A. de C.V., 1980.

Borja Gallegos, Ramiro Alfonso, *La Fiducia o Fideicomiso Mercantil y la Titularización*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 1995.

Carregal, Mario Alberto, *El Fideicomiso*, Buenos Aires, Editorial Buenos Aires, 1995.

Casas Sanz de Santamaría, Eduardo, *La Fiducia*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1997.

Cevallos Vásquez, Víctor, *Contratos Civiles y Mercantiles*, Tomo II y III, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2005.

Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski, Tratado del Fideicomiso, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2004.

Dolly Bauza de Pina (o Pablo Bressan y otros), Tratado Teórico Práctico del Fideicomiso, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2000.

Domínguez Martínez Jorge Alfredo, El Fideicomiso, México D.F., Editorial Porrúa, 2004.

González Torre Roberto, El Fideicomiso, Guayaquil, Ed. Edino, 2000.

Guastavino, Actos Fiduciarios, Buenos Aires, La Liebre, 1995.

Gutiérrez, Pedro F. Los Fideicomisos y las Obligaciones Negociables, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998.

Hayzus, Jorge Roberto, Fideicomiso, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004.

Malumián, Nicolás, Fideicomiso y Securitización, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2006.

Malumián Nicolás, XVI Congreso Latinoamericano del Fideicomiso, Lima, 2006.

Martorell Navarro, La propiedad fiduciaria, Barcelona, Ed. Bosch, 1990.

Oderigo Mario, Derecho Romano, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1973.

Rabasa Oscar, El derecho angloamericano, Estudio expositivo y comparado del commonlaw, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.

Rodríguez Azuero, Sergio, La Responsabilidad del Fiduciario, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1999.

Rodríguez Azuero, Sergio, Negocios Fiduciarios, Medellín, Legis, 2005.

Soltero Peralta Rafael, Derecho Mercantil, San Juan, South- Western Publishing Co., 2001.