

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Modernización al régimen de administración de los
fideicomisos mercantiles en Ecuador**

Jesús Cárdenas López

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogado

Quito, 28 de abril de 2023

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos:	Jesús Cárdenas López
Código:	00200966
Cédula de identidad:	1104981483
Lugar y Fecha:	Quito, 28 de abril de 2023

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

MODERNIZACIÓN AL RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS MERCANTILES EN ECUADOR¹

MODERNIZATION OF THE ADMINISTRATION REGIME OF TRUSTS IN ECUADOR

Jesús Cárdenas López²
jesus-cl2011@hotmail.com

RESUMEN

El fideicomiso mercantil en Ecuador es una figura jurídica que no ha sido reformada desde hace más de tres décadas, dejando de ser atractiva para los empresarios por el excesivo imperativismo normativo con el que ha sido regulada. Así, lo que hizo este trabajo fue proponer una adaptación del trust anglosajón a la figura del fideicomiso mercantil, con un especial énfasis en el régimen de administración de la figura. Durante el trabajo se puso en evidencia que, aunque ambas figuras son esencialmente iguales y persiguen el mismo fin, se las ha regulado con enfoques muy distintos, como la designación del fiduciario, donde el fideicomisario delega a una entidad administradora, mientras que el trust lo hace con cualquier persona natural. Así, después de un análisis comparativo, lo que hace el trabajo es proponer una reforma al régimen de administración del fideicomiso mercantil, donde exista una mayor libertad para designar al fiduciario.

PALABRAS CLAVE

Fideicomiso mercantil, fiduciario, negocios, control estatal, autonomía.

ABSTRACT

The commercial trust in Ecuador is a legal figure that has not been reformed for more than three decades, ceasing to be attractive to businessmen due to the excessive regulatory imperative with which it has been regulated. Thus, what this work did was propose an adaptation of the Anglo-Saxon trust to the figure of the mercantile trust, with special emphasis on the administration regime of the figure. During the work it became clear that, although both figures are essentially the same and pursue the same purpose, they have been regulated with very different approaches, such as the appointment of the trustee, where the trust delegates to an administrative entity, while the trust delegates it. does with any natural person. Thus, after a comparative analysis, what the work does is propose a reform to the commercial trust administration regime, where there is greater freedom to designate the trustee.

KEY WORDS

Trust, trustee, business, state control, autonomy.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Paul Noboa Velasco.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4. MARCO NORMATIVO.- 5. DE LA FIGURA DEL FIDEICOMISO MERCANTIL EN ECUADOR.- 6. EL TRUST ANGLOSAJÓN COMO FIGURA REFERENTE.- 7. ADAPTACIÓN DEL RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN DEL TRUST ANGLOSAJÓN A LA FIGURA DEL FIDEICOMISO MERCANTIL ECUATORIANO.- 8. RECOMENDACIONES.- 9. CONCLUSIONES.

1. Introducción

En Ecuador durante años ha existido un desinterés jurídico por parte del legislador para modernizar las herramientas que permiten a los empresarios hacer negocios, de modo que, incluso, indicadores comparativos (como el *Doing Business*) han ubicado a Ecuador en una desfavorable posición con relación a la facilidad para realizar negocios³. Como consecuencia, no ha existido el incentivo suficiente para que se desarrollen nuevas formas de hacer negocios.

Por medio de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, el rumbo que ha emprendido Ecuador en materia legislativa con relación a las sociedades mercantiles ya es distinto, pero aún queda mucho por hacer al tenor de las distintas relaciones jurídicas de las que puede beneficiarse un empresario, como sucede en el caso del fideicomiso mercantil, figura que en la actualidad ha dejado de ser atractiva para los empresarios y así lo reflejan los datos de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, que se analizarán a lo largo de este trabajo, ya que hemos pasado de un pico de 256 constituciones en 2012, a 59 en el año 2022⁴.

El fideicomiso mercantil en Ecuador es una figura que, en la actualidad, mantiene el mismo espíritu con el que fue concebida por el legislador hace más de tres décadas, que además de confundir la figura y concebirla como una herramienta bursátil,

³ Banco Mundial, “Clasificación de las economías *Doing Business*”, recuperado de: <https://archive.doingbusiness.org/es/rankings>, (último acceso:19/03/2023).

⁴ Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros de Compañías, Valores y Seguros, “Listado de negocios fiduciarios inscritos”, recuperado de: <https://appscvsconsultas.supercias.gob.ec/consultaCompanias/mercadoValores/listadoEntesMv.jsf?p=k90YKlgYIzoQ1kQ5TEb3S6jAbTxwkpq7K8J8SdJiI08U5VG2sZJug==>, (último acceso: 12/02/2023).

el Estado se inmiscuye en este contrato, para decidir, a través de disposiciones normativas, quién puede actuar como fiduciario y administrar el fideicomiso. Lo que provoca elevadísimos costos de transacción innecesarios.

A diferencia de lo que sucedía en legislaciones pasadas con la sociedad mercantil, dónde los costos de transacción y las trabas administrativas se presentaban en el momento de la constitución, en el caso del fideicomiso mercantil, estos costos aparecen durante todo el desarrollo del negocio fiduciario, pues el empresario se ve obligado a incurrir en los gastos que demanda la contratación de una entidad administradora de fondos y fideicomisos, determinada por la ley.

Al respecto, los problemas que aparecen sobre esta figura no son descubrimientos modernos, sino que son evidencias claras de cómo el legislador ha querido concebir un propio fideicomiso mercantil, alejado de la figura del *trust* anglosajón, pese a ser la figura que se ha tomado como referencia. A partir de aquí, se buscará identificar las razones por las que el legislador, dispuso, de manera imperativa, que la administración fiduciaria sea efectuada por las compañías administradoras de fondos y fideicomisos autorizadas y supervisadas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros⁵.

Este trabajo buscará resolver la siguiente pregunta de investigación; ¿De qué manera se puede adaptar el régimen de administración del *trust* anglosajón a la figura del fideicomiso mercantil en Ecuador? Así, se abordarán ambas figuras con especial énfasis en los caracteres que guardan relación con el fiduciario que actúa como administrador del patrimonio autónomo. De esta manera, se intentará encontrar el modo en que estas dos figuras puedan entrelazarse dentro del ordenamiento nacional, en beneficio de quiénes conviven en el mundo de los negocios.

Con el fin de encontrar un camino adecuado, se ha determinado el análisis sobre dos teorías que a simple vista se pueden identificar: la primera que tiene que ver con la perspectiva del legislador, que busca tener siempre vigilado al empresario en control de todas sus actividades; la segunda relacionada con la influencia del derecho anglosajón, promoviendo la libre actuación de las partes que establecen vínculos⁶. En vista de ello, el trabajo buscará plantear al legislador ecuatoriano, suficientes razones para reformar la figura del fideicomiso mercantil en nuestro ordenamiento.

⁵ Artículo 109, Ley de Mercado de Valores, R.O. Suplemento 215 de 22 de febrero del 2006, reformado por última vez, R.O. Suplemento 215 de 22 de diciembre de 2022.

⁶ Philip Pettit, *Equity and the law of trusts* (Oxford, Oxford University Press, 2012), 30-32.

2. Estado del arte

A continuación, se presenta un examen literario con relación a las obras más relevantes del derecho societario que analizan la figura del fideicomiso mercantil desde la perspectiva anglosajona y romano-germánica, con especial énfasis en los principios de actuación de los administradores. De modo que, a partir de aquí se desarrollará la investigación sobre la base de los criterios expuestos.

Acercas de los orígenes del fideicomiso romano y su relación con el *trust* anglosajón, Suárez⁷ explica que las relaciones jurídicas que dieron origen al concepto de *equity and trust*, se tomaron a partir de las instituciones romanas que, aunque cumplían el propósito fiduciario, su rigidez jurídica era desconocida para la jurisdicción del *common law* medieval. Al respecto de la creación del fideicomiso mercantil como acto voluntario, Rocha explica que éste, al igual que el *trust*, se constituye por la decisión voluntaria de las partes; de esta forma el autor considera que se debe analizar el acto jurídico desde la perspectiva de la manifestación de voluntad, como un acto jurídico que la doctrina llama negocio jurídico o en este caso negocio fiduciario⁸.

Sobre el carácter fiduciario, en el caso del *trust* anglosajón existe una perspectiva diferente a la del fideicomiso mercantil; Petit indica que no existiría un impedimento para que el constituyente sea quién administre originalmente el *trust* que ha sido constituido en su propiedad⁹. Esta posición anglosajona es la que comparte el Código Civil ecuatoriano sobre la figura del fideicomiso civil, que no deja dudas sobre el carácter relevante del constituyente, así lo menciona Rodríguez Azuero¹⁰.

Así mismo, Hernández agrega que, sobre la constitución del *trust*, pueden existir solo dos partes, pues el *settlor* o constituyente, puede declararse *trustee* o fiduciario así mismo, sin embargo, en el caso del fideicomiso mercantil siempre deberá ser una tercera persona la que actúe en tal calidad, por ser el conducto legal indispensable para la realización del fin del fideicomiso mercantil¹¹.

El estándar de diligencia del fiduciario es de suma importancia, pues es el que garantiza la correcta actuación del administrador, así, Peña Nossa se refiere al fiduciario

⁷ Guillermo Suárez Blázquez, “Triángulo histórico jurídico mágico: fideicomiso & equity & trust”, *Quaestio Iuris* (2017), 2.

⁸ Eduardo Rocha Nuñez, *Trust y fideicomiso. Un contraste Jurídico* (Tirant lo Blanch, 2020), 39-40.

⁹ Philip Pettit, *Equity and the law of trusts*, 358-359.

¹⁰ Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios fiduciarios: su significación en América Latina* (Bogotá: Legis, 2005), 48.

¹¹ Joel Hernández Domínguez, “Comparación entre el fideicomiso y el trust angloamericano”, *Epikieia, revista del departamento de ciencias sociales y humanidades* (2008), 8.

como un gestor profesional que adquiere obligaciones de medio y no de resultado, de lo que se desprende la postura conservadora de prevención y cuidado del negocio, además sobre el estándar de actuación, el autor indica que el gestor de negocio ajeno debe actuar como el buen padre de familia¹².

Por su parte, Reyes Villamizar, que lo analiza desde la perspectiva societaria y no fiduciaria, parte del análisis anglosajón, considerando que entre el administrador y la sociedad existe una relación fiduciaria, sin embargo, su posición frente al estándar de actuación es distinto, pues considera que se debe observar el comportamiento del ordenado empresario, que no implica actuar con un criterio deliberado, sino que debe procurarse la misma intención que procuraría en sus negocios propios¹³.

Ambos autores, reconocen que las obligaciones del administrador son de medio y no de resultado, así el administrador puede actuar de forma autónoma en la toma de decisiones, siguiendo las disposiciones de aquello que la ley y el contrato le permiten hacer en beneficio del negocio, bajo otros estándares como lealtad y buena fe.

3. Marco teórico

El fideicomiso como institución civil tiene sus orígenes en el derecho romano-germánico, pero fue a partir del derecho anglosajón que esta relación jurídica tomó mayor relevancia y fue desarrollada con mayor alcance, debido a que en muchos casos no se entendían las angostas relaciones jurídicas del derecho romano¹⁴. El apartado siguiente expone las limitaciones del fideicomiso mercantil ecuatoriano, comparándolo con la relación jurídica del *trust* anglosajón.

La administración del fideicomiso mercantil en Ecuador ha sido atribuida exclusivamente para que la ejerza una compañía administradora de fondos y fideicomisos que actúa como fiduciaria¹⁵, lo que se contrapone con el principio de autonomía de la voluntad de las partes contratantes de elegir, de acuerdo con sus intereses, al representante legal del fideicomiso mercantil, de la misma forma en que los socios de una sociedad mercantil cualquiera, deciden quién administra su negocio en beneficio de sus intereses.

Con respecto a esta atribución, el administrador que actúa bajo mandato directo de los socios no actúa bajo una discrecionalidad sin control, pues está sujeto a los

¹² Peña Nossa, *De los contratos mercantiles: nacionales e internacionales* (Bogotá, Ecoe Ediciones, 2014), 581.

¹³ Reyes Villamizar, *Derecho Societario* (Bogotá, Temis, 2002), 446-447.

¹⁴ Guillermo Suárez Blázquez, “Triángulo histórico jurídico mágico: fideicomiso & equity & trust”, 1-2.

¹⁵ Artículo 109, Ley de Mercado de Valores, R.O. Suplemento 215 de 22 de febrero del 2006.

principios de actuación de los administradores, como el deber de buena fe, deber de diligencia y deber de lealtad¹⁶. Al respecto, la regla de la discrecionalidad propone que la actuación del administrador se evalúe de manera profesional, en base al análisis que hizo para tomar sus decisiones¹⁷, lo mismo sería tomando en cuenta el interés de obtener los mejores resultados en el negocio fiduciario que se emprenda.

A propósito del control gubernamental, en el caso del fideicomiso mercantil se ejerce un doble control, dado que la disposición del legislador es que la compañía administradora de fondos y fideicomisos que ejerce de fiduciaria, sea además controlada y supervisada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros¹⁸; Sin embargo, esto no sucede con las sociedades mercantiles; que, pese a ser figuras diferentes, comparten el carácter de realizar actividades empresariales, y para estas existe una supervisión directa por parte la entidad estatal de control.

4. Marco Normativo

Este apartado tiene como objetivo enunciar las normas nacionales más relevantes con respecto al fideicomiso mercantil. De esta manera se analizará la evolución normativa de la figura en el ordenamiento ecuatoriano, con el propósito de comprender el espíritu del legislador en un comienzo. Además, se abordarán las normas que regulan el fideicomiso mercantil y demás normas nacionales relacionadas con la figura. A continuación, la legislación nacional aplicable.

Con respecto a los orígenes romano-germánicos del fideicomiso, se analizará el título VIII, del libro II del Código Civil ecuatoriano¹⁹, que regula la propiedad fiduciaria a la que llama fideicomiso. Así, se pondrá en evidencia la gran importancia que le otorga la norma al constituyente, pues establece que sin la designación del fiduciario o en ausencia de este, el mismo constituyente gozará de la propiedad fiduciaria²⁰. Además, la misma norma determina que el constituyente de un fideicomiso puede nombrar a uno o

¹⁶ Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, 446.

¹⁷ Paul Noboa, “El reconocimiento de la ‘Business Judgment Rule’ en el Derecho Societario del Ecuador”, Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, 21 de diciembre de 2020, recuperado de: <https://www.derechoyfinanzas.org/el-reconocimiento-de-la-business-judgment-rule-en-el-derecho-societario-del-ecuador/>, (último acceso: 27/03/2023).

¹⁸ Artículo 130, Ley de Mercado de Valores.

¹⁹ Código Civil, R.O. Suplemento 46 de 24 junio de 2005, reformado por última vez, R.O. Suplemento 15 de 14 de marzo de 2022.

²⁰ Artículo 761, Código Civil.

más fiduciarios y a uno o más fideicomisarios²¹, concediéndole la facultad de decidir, bajo su criterio, quién recibirá la propiedad de uno de sus bienes.

Con respecto a la incorporación del fideicomiso mercantil en el ordenamiento ecuatoriano y con el objetivo de comprender el espíritu del legislador, se analizará el primer intento del legislador por introducir la figura del fideicomiso mercantil en la ley de títulos de crédito de 1963²², que posteriormente fue derogada debido a su corto alcance. Además, se evaluará la Ley General de Operaciones de Crédito, que introdujo una definición del fideicomiso mercantil más acertada, otorgando el carácter de contrato a la figura y diferenciando a todas las partes que necesariamente deben actuar.

Después de varias leyes y reformas que han dado vida al fideicomiso mercantil en Ecuador, en la actualidad la figura se encuentra regulada en el título XV de la Ley de Mercado de Valores²³, desde el artículo 109 hasta el 137. Al respecto se hará un análisis especial con énfasis en aquellos artículos que se refieren al carácter fiduciario que otorga imperativamente la ley a una entidad administradora de fondos y fideicomisos que actuará como administradora del fideicomiso mercantil.

Desde el ámbito internacional, se recogerán los lineamientos establecidos en el Convenio sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento²⁴, pues establece que el *trustee* tiene la facultad y la obligación, de la que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del *trust* y las obligaciones particulares que la ley le imponga²⁵. Aquel aspecto deja en claro que el administrador debe actuar bajo el imperio de la ley, como lo haría en una sociedad mercantil cualquiera. Lo relevante además que prescribe el convenio con respecto a la propiedad de los bienes es que el fiduciario debe registrarlos como parte del *trust*²⁶, por lo tanto, el constituyente protege así los bienes que ha traspasado.

La jurisprudencia nacional no ha abordado de manera significativa el tema en cuestión, por eso no se incluye jurisprudencia relacionada a la administración del fideicomiso mercantil dentro de este trabajo, sin embargo, se analizará la relevancia que tiene el desarrollo de jurisprudencia que trate este y otros temas relacionados al derecho mercantil.

²¹ Artículo 756, Código Civil.

²² Ley de Títulos de Crédito, R.O. Suplemento 124 de 9 de diciembre de 1963, derogada.

²³ Ley de Mercado de Valores.

²⁴ Convenio sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento, La Haya, 1 de julio de 1985.

²⁵ Artículo 2, Convenio sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento.

²⁶ Artículo 12, Convenio sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento.

5. De la figura del fideicomiso mercantil en Ecuador

5.1. Nociones generales del fideicomiso mercantil

La figura del fideicomiso tiene sus orígenes en el derecho romano, como una figura de protección para el patrimonio, que en un comienzo no fue una herramienta que se utilizara en el comercio, sino que se limitaba a la protección de herencias y legados familiares²⁷. Lo particular de aquel contrato de fideicomiso tiene que ver con el acto de ceder la propiedad de los bienes a un tercero (*fides*) capaz de administrarlos en nombre del constituyente, sin que existiera una acción que obligara el cumplimiento, de tal modo que dependía de la buena fe y conciencia de la persona a la que se le encomendaba la administración²⁸.

Así, el acto voluntario de encomienda es el que da nombre al contrato de fideicomiso que proviene del vocablo *fiducia*, que significa ‘fe’ y ‘confianza’²⁹. De hecho, esta ha sido la esencia del contrato desde sus orígenes, la confianza que depositaba el constituyente sobre el fiduciario, al que consideraba capaz de manejar con buen criterio su patrimonio. La relación fiduciaria civil romana fue la que dio origen a la relación fiduciaria mercantil, que pese a ser distintas en su alcance y aplicación, en el fondo comparten el sentido fiduciario por el que se deposita confianza en la gestión de un tercero³⁰.

El Código Civil ecuatoriano determina que la constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso, que además estará sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición³¹. Ahora bien, aunque el análisis del fideicomiso civil no es el que interesa en esta investigación, si lo es el espíritu del legislador al tratar la propiedad fiduciaria, en donde prescribe que, si al momento de la constitución no se designa o falte por cualquier causa el fiduciario, gozará de la propiedad fiduciaria el mismo constituyente³².

Al respecto de la norma anterior, sobre la designación del fiduciario, Rodríguez Azuero considera que estos significativos aportes de Andrés Bello en el Código Civil, están profundamente anclados en el sistema anglosajón, que de forma análoga permite al *settlor* transferir bienes a un *trustee* o declararse a sí mismo *trustee* de dichos bienes,

²⁷ Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, Antonio Vodanovic, *Tratado de los derechos reales* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997), 88-89.

²⁸ Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, Antonio Vodanovic, *Tratado de los derechos reales*, 88-89.

²⁹ Id.

³⁰ Id.

³¹ Artículo 748, Código Civil.

³² Artículo 761, Código Civil.

separándolo de su patrimonio y asumiendo respecto a ellos todas las obligaciones a su cargo³³. De este modo, el autor justifica la influencia que ha tenido el derecho anglosajón sobre el negocio fiduciario civil, y posteriormente el fideicomiso mercantil.

El fideicomiso civil, tiene las mismas partes que el fideicomiso mercantil, el constituyente, el fiduciario y el beneficiario. El constituyente transfiere los bienes al fiduciario para que este los administre, convirtiéndose en titular de esos bienes. Para Larrea Holguín, el Código Civil ecuatoriano reconoce al fiduciario como verdadero propietario, aunque aclara que existen limitaciones al dominio de esos bienes, como el deber de conservar la cosa y no dividir el patrimonio, a menos que el constituyente haya establecido otra cosa³⁴.

El Código Civil, establece que el fiduciario tiene la libre administración de las especies comprendidas en el fideicomiso, bajo la premisa de su integridad y valor³⁵. Sobre esta limitación, Luis Parraguez indica que este carácter de mantener la integridad de los bienes se basa en el interés del beneficiario con el fin de no afectar de manera importante sus expectativas³⁶. Del mismo modo sucede en el fideicomiso mercantil, el fiduciario debe cumplir con las expectativas del constituyente³⁷.

Es imperativo marcar la diferencia del simple fideicomiso civil en contraste con el fideicomiso mercantil, ambas figuras muy relevantes, pero con aplicaciones distintas. El fideicomiso civil es en esencia gratuito, en cambio el fideicomiso mercantil, por su naturaleza es oneroso³⁸. Otra diferencia es que el constituyente desaparece en el fideicomiso civil, mientras que en el fideicomiso mercantil este se reserva el derecho de beneficiario, salvo el caso en que no se determine un beneficiario, será el constituyente el que ocupe esa calidad³⁹. Y aunque las diferencias son varias, una de las más relevantes es que en el fideicomiso civil los bienes son transferidos al patrimonio propio del fiduciario, mientras que, en el fideicomiso mercantil, los bienes se transfieren a una persona jurídica que constituye un patrimonio autónomo distinto al de todas las partes⁴⁰.

³³ Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios fiduciarios: su significación en América Latina*, 48.

³⁴ Juan Larrea Holguín, *Manual elemental de derecho civil del Ecuador* (Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2008), 491-492.

³⁵ Artículo 771, Código Civil.

³⁶ Luis Parraguez, *Régimen jurídico de los bienes* (Quito: Cevallos Editora Jurídica: Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, 2018), 532.

³⁷ Sergio Rodríguez Azuero, "El fideicomiso mercantil contemporáneo", *Icade. Revista De La Facultad De Derecho* (2013), 16.

³⁸ Peña Nossa, *De los contratos mercantiles: nacionales e internacionales*, 581.

³⁹ Artículo 116, Ley de Mercado de Valores.

⁴⁰ Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios fiduciarios: su significación en América Latina*, 49-50.

El régimen jurídico nacional, de forma correcta, distingue al fideicomiso civil del fideicomiso mercantil, el primero se encuentra prescrito en el Código Civil y su propósito se relaciona con la limitación de la propiedad, con el fin de proteger todo o parte de una herencia u otros bienes⁴¹, mientras que el segundo, se regula por la Ley de Mercado de Valores y su propósito se relaciona con las relaciones comerciales y la productividad de capitales⁴². A lo largo de este trabajo se abordará el fideicomiso mercantil, dejando de lado al fideicomiso civil, no porque sea menos relevante, sino porque el estudio se enfocará en el régimen de administración del fideicomiso mercantil.

5.2. El fideicomiso mercantil en la normativa nacional

El fideicomiso mercantil en Ecuador se introdujo por primera vez en el ordenamiento ecuatoriano hace ya varios años a través de la Ley de Títulos de Crédito⁴³, donde se intentó regular los certificados de participación sobre los rendimientos de los valores, derechos o bienes que se tengan en fideicomiso, atribuyendo el carácter de muebles a estos certificados, con los que se podría incluso negociar⁴⁴. Pese a que se introdujo la noción de fideicomiso mercantil, no se la regló de manera adecuada, pues se introdujo el termino sin siquiera entender la aplicación y alcance de esta figura jurídica.

Así mismo, tiempo después se publicó la Ley General de Operaciones de Crédito, donde se introdujo una definición de fideicomiso mercantil, como un contrato en el que se destinan ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de este fin a una institución fiduciaria⁴⁵. En cuanto a esta ley, los aciertos fueron mayores, ya que se le atribuyó al fiduciario el cargo que le ocupa que es el de ejercer todas las acciones y derechos con el propósito de cumplir con lo encomendado, para González Torre, se concibió de manera correcta a la institución jurídica de fideicomiso⁴⁶.

Sin embargo, pese al acierto de esta última definición, no fue suficiente para abordar la complejidad del fideicomiso mercantil que se intentaba introducir al ordenamiento. Por eso, tanto la Ley de Títulos de Crédito, como la Ley General de Operaciones de Crédito no se sostuvieron en el tiempo.

Desde un principio se ha considerado al fideicomiso mercantil en Ecuador, como un instrumento que debe ser regulado por el mercado de valores, siendo apreciado

⁴¹ Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios fiduciarios: su significación en América Latina*, 49-50.

⁴² Roberto González Torre, *El fideicomiso* (Guayaquil: Edino, 2000), 25-27.

⁴³ Artículo 70, Ley de Títulos de Crédito.

⁴⁴ Roberto González Torre, *El fideicomiso*, 33.

⁴⁵ Artículo 75, Ley General de Operaciones de Crédito, R.O. Suplemento 133 de 19 de diciembre de 1963, derogada.

⁴⁶ Roberto González Torre, *El fideicomiso*, 33.

únicamente por los rendimientos que produce, sin embargo, ese no es el carácter esencial del fideicomiso mercantil, porque como se mencionó anteriormente, a diferencia de las sociedades mercantiles, el fideicomiso mercantil busca la consecución de un negocio o fin determinado que se ha encargado⁴⁷.

No solo que se concibe la figura de manera equivocada, sino que se regula de manera equivocada, ya que la Ley de Mercado de Valores, prescribe que la entidad administradora debe estar inscrita en el catastro público de mercado de valores y debe tener un patrimonio mínimo exigido para gestionar⁴⁸. Así, la norma pone en evidencia que mira a los fideicomisos como herramientas bursátiles, algo que no son, por eso, en adelante se analizará la forma en que esta figura debe ser interpretada, proponiendo al legislador hacer un cambio desde la concepción que da la norma.

5.3. Sobre el uso y vigencia del régimen de administración del fideicomiso mercantil adoptado en Ecuador

El fiduciario o administrador del fideicomiso, actúa por encargo del constituyente cumpliendo a cabalidad las encomiendas a las que se ha comprometido por medio del contrato constitutivo. De esta manera, el administrador debe procurar la consecución del negocio encargado, adquiriendo una obligación de medio⁴⁹.

En el caso de Ecuador, la administración del fideicomiso mercantil ha sido atribuida exclusivamente a una compañía administradora de fondos y fideicomisos, así lo prescribe la Ley de Mercado de Valores, que la nombra fiduciaria y en tal calidad representante legal, para que cumpla con las finalidades específicas del contrato de constitución, en favor del mismo constituyente o en favor de un tercero⁵⁰.

De tal modo, el constituyente, de manera imperativa, debe transferir los bienes de su propiedad a un patrimonio autónomo representado legalmente por una compañía enlistada en un catálogo taxativo, sin tener la posibilidad de escoger libremente, de acuerdo con sus intereses, al representante legal que se hará cargo de su propio negocio fiduciario.

La existencia de este catálogo taxativo de compañías administradoras de fondos y fideicomisos, limita la autonomía de la voluntad de los contratantes para desarrollar actividades económicas, pues a diferencia de otras figuras, como las que operan en la

⁴⁷ Roberto González Torre, *El fideicomiso*, 19-20.

⁴⁸ Artículo 98, Ley de Mercado de Valores.

⁴⁹ Peña Nossa, *De los contratos mercantiles: nacionales e internacionales*, 581.

⁵⁰ Artículo 109, Ley de Mercado de Valores.

bolsa de valores, que de manera acertada son supervisadas minuciosamente debido al carácter complejo de su negocio, las administradoras de fondos y fideicomisos lo que hacen es actuar como bien podría hacerlo una persona natural en calidad de representante legal del fideicomiso mercantil constituido por un contrato entre privados.

Una sociedad mercantil que se constituye de la misma manera por contrato de privados, no se le exige ser administrada por una compañía de un catálogo taxativo, de tal modo que, carece de lógica legislativa que otra figura con el mismo carácter privado, se la trate de manera diferente. Este doble control que intenta imponer el legislador, es perjudicial para el empresario y para el Estado, para el primero implica elevados costos de transacción⁵¹ y para el segundo una carga administrativa que excede su capacidad.

Durante los últimos 10 años, según los datos que brinda el órgano de control, se han constituido 1297 fideicomisos mercantiles, administrados por una de las 35 compañías administradoras de fondos y fideicomisos⁵². Cifras que ponen en evidencia los altos costos que implica su contratación, pues cada una de estas entidades administradoras tiene a su cargo más de una decena de fideicomisos mercantiles, incrementando así sus costos de operación, que al final se traducen en un servicio que pagará el fideicomiso.

Al respecto de este doble control, la Ley de Mercado de Valores, cuando se refiere a la rendición de cuentas, prescribe que será indelegable a terceras personas y que la administradora de fondos y fideicomisos es a quién le compete demostrar, en favor de los beneficiarios, su cumplimiento en la labor ejecutada, de acuerdo con el contrato constitutivo y la ley⁵³. Pero a continuación, la misma ley, prescribe que el fiduciario debe presentar toda la información correspondiente a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros⁵⁴, así, el espíritu de la norma que reviste a la administradora de fondos y fideicomisos se ve anulado por el control posterior.

De tal modo que, existe un doble control sobre el fideicomiso mercantil, el primero que se ejerce de manera privada obligado a incurrir en los costos de transacción que correspondan y el segundo que lo lleva a cabo la administración estatal.

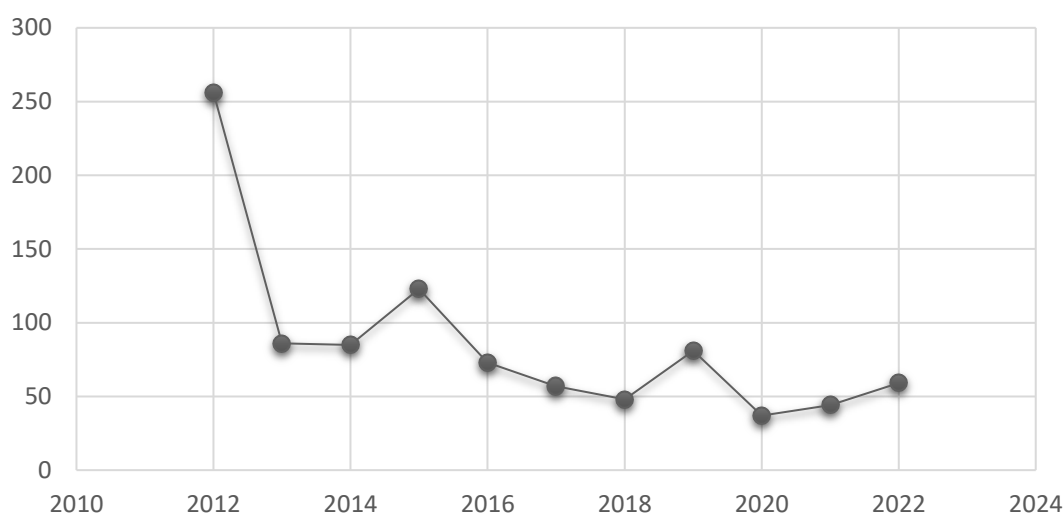
⁵¹ Oliver Williamson, “The theory of the firm as governance structure: From choice to contract”, *Journal of Economic Perspectives* (2002), 179-184.

⁵² Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros de Compañías, Valores y Seguros, “Listado de administradoras de fondos y fideicomisos”, recuperado de: <https://appscvsconsultas.supercias.gob.ec/consultaCompanias/mercadoValores/listadoEntesMv.jsf?p=k90YKlgYIzpWJuaOZPz6GvqizVa0V5k%20IXLnkecnuz7tRlpZGShDeQ==>, (último acceso: 12/02/2023).

⁵³ Artículo 128, Ley de Mercado de Valores.

⁵⁴ Artículo 130, Ley de Mercado de Valores.

Gráfico No. 1 Fideicomisos mercantiles constituidos en Ecuador



Fuente: Elaboración propia, a partir de datos de la Superintendencia de Compañías⁵⁵.

El gráfico muestra el número de fideicomisos mercantiles constituidos en los últimos 10 años, donde se observa que, si bien comenzó siendo una figura atractiva para los empresarios, ahora no lo es, dado que ha existido un decrecimiento acelerado que se ha mantenido constante, al pasar de 256 fideicomisos mercantiles constituidos en el año 2012 a tan solo 59 en el año 2022.

Acercas de las responsabilidades del fiduciario, existen distintas posiciones que discuten el carácter de la obligación. Por mandato de la Ley de Mercado de Valores, el fiduciario responde hasta por la culpa leve en el cumplimiento de su gestión, adquiriendo una obligación de medio, por la cual debe actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir lo establecido en el contrato de constitución⁵⁶. Si bien, la norma establece que las obligaciones adquiridas por el fiduciario son de medio, no es correcto entender ese concepto como el único, ya que el fiduciario adquiere obligaciones de resultado en el desempeño de su gestión, como el pago a acreedores, rendición de cuentas, mantener separado el patrimonio del fideicomiso, entre otros⁵⁷.

⁵⁵ Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, “Listado de negocios fiduciarios inscritos”, recuperado de: <https://appscvsconsultas.supercias.gob.ec/consultaCompanias/mercadoValores/listadoEntesMv.jsf?p=k90YKIgYIzoQ1kQ5TEb3S6jAbTxwkpaq7K8J8SdJiI08U5VG2sZJug==>, (último acceso: 12/02/2023).

⁵⁶ Artículo 125, Ley de Mercado de Valores.

⁵⁷ Roberto González Torre, *El fideicomiso*, 114.

Aun así, el cargo que ocupa al fiduciario está revestido por una obligación de medio, ya que no puede obligarse a conseguir el resultado deseado por el constituyente, sobre todo en negocios complejos o que dependan de la intervención de terceros⁵⁸.

Sobre estos deberes, la doctrina discute el estándar con el que deben actuar los administradores, Peña Nossa describe al fiduciario como un gestor profesional de negocios ajenos que debe actuar como lo haría un buen padre de familia⁵⁹, postura que se apega mucho a una línea conservadora que busca el cuidado del negocio y prevención del riesgo. Por otro lado, el estándar del buen empresario, no se refiere a aquel que asume riesgos a la espera de obtener grandes réditos económicos, sino que toma sus decisiones de una forma razonada e informada.

Al respecto, Noboa expone la regla de la discrecionalidad en el contexto societario, por la cual se presume que siempre el administrador de una compañía ha actuado de manera diligente como lo haría un ordenado empresario, salvo que se demuestren actuaciones ilegales, abusivas o viciadas con un conflicto de interés⁶⁰. Este último estándar, que ocupa la administración de una compañía, también debería ser aplicable al fiduciario, ya que ambos tienen la representación legal y son los responsables de tomar las decisiones que corresponden al desarrollo del negocio.

5.4. Semejanzas y diferencias entre el fideicomiso mercantil y la sociedad mercantil

El fideicomiso mercantil y la sociedad mercantil son figuras jurídicas que se utilizan en el ámbito empresarial que comparten el objetivo de lograr la consecución de negocios, y ambas tienen características únicas que las hacen útiles en distintas circunstancias dependiendo el propósito del negocio⁶¹. Por ejemplo, ambas instituciones mercantiles suponen la existencia de un centro de imputación diferenciado, dotado de personalidad jurídica independiente de sus constituyentes. Sin embargo, pese a tener caracteres similares, no se las debe confundir como instituciones mercantiles iguales.

El fiduciario, en su calidad de representante legal del fideicomiso mercantil, tiene la obligación de administrar los bienes fideicomitados bajo el mandato del contrato constitutivo en favor del beneficiario⁶². Por su parte, los administradores de las sociedades mercantiles, además de ser libremente escogidos por los socios y accionistas, en el

⁵⁸ Roberto González Torre, *El fideicomiso*, 114.

⁵⁹ Peña Nossa, *De los contratos mercantiles: nacionales e internacionales*, 581.

⁶⁰ Paul Noboa, "El reconocimiento de la 'Business Judgment Rule' en el Derecho Societario del Ecuador".

⁶¹ Kristine Tran, "What is the difference between a trust and a company?", OpenLegal, 23 de noviembre de 2020, recuperado de <https://openlegal.com.au/what-is-the-difference-between-a-trust-and-a-company/>, (último acceso: 27/03/23).

⁶² Peña Nossa, *De los contratos mercantiles: nacionales e internacionales*. 581.

Ecuador, bajo el alcance del deber de lealtad consagrado en la Ley de Compañías⁶³, tienen la obligación de desempeñar sus funciones en el mejor interés de la compañía, en lugar de promover el mejor interés de los asociados, como sujetos de derecho independientes.

Así mismo, en la sociedad mercantil, cada socio tiene voz y voto en la toma de decisiones empresariales que se manifiestan en el seno de una junta general, máximo órgano de gobierno social⁶⁴, mientras que, en el fideicomiso mercantil, no existe obligación de prever la existencia de una junta de beneficiarios o de una junta de constituyentes⁶⁵. En aquel caso, los beneficiarios no tendrían un espacio colegiado en el que puedan expresar su voz ni proferir votaciones, sino que sería el administrador el que actúa por su propio criterio apegado a lo establecido con anterioridad en el contrato que le encarga la administración fiduciaria.

Ahora bien, a pesar de dichas diferencias, la principal semejanza entre los fideicomisos mercantiles y las sociedades mercantiles sería el encargo de confianza que los constituyentes de dichas personas jurídicas, ya sean los socios o accionistas o los fideicomitentes, efectúan en favor de terceras personas, los representantes legales de dichas personas jurídicas, para la gestión de aquellos patrimonios autónomos.

Por consiguiente, aquella semejanza, desde un enfoque funcional, justificaría una mayor flexibilización del régimen de administración de ciertos fideicomisos mercantiles, asimilando su régimen a aquel previsto, dentro de la Ley de Compañías, para las sociedades mercantiles. Para tales efectos, el presente trabajo planteará redefinir la regulación de los fideicomisos mercantiles en Ecuador, tomando en consideración la regulación de los *trusts* anglosajones.

El legislador ecuatoriano, durante mucho tiempo ha considerado a las compañías como figuras jurídicas de las que hacían uso únicamente las personas con grandes capitales, o en su caso, solo servían para grandes empresas. Con el tiempo, y gracias a la actual Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación⁶⁶, el legislador ha comprendido que incluso los pequeños negocios pueden beneficiarse de la constitución de una compañía. No es coincidencia que, a partir de la reforma mencionada, la Sociedad por

⁶³ Artículo 262.1, Ley de Compañías, R.O. Suplemento 312 de 5 de noviembre de 1999, reformado por última vez, R.O. Suplemento 269 de 15 de marzo de 2023.

⁶⁴ Artículo 230, Ley de Compañías.

⁶⁵ Artículo 120, Ley de Mercado de Valores.

⁶⁶ Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, R.O. Suplemento 151 de 28 de febrero del 2020, reformado por última vez, R.O. Suplemento 215 de 22 de diciembre de 2022.

Acciones Simplificadas, SAS, se haya convertido en la compañía elegida por los pequeños, medianos y grandes empresarios a la hora de comenzar un negocio.

Lo mismo ha sucedido con el fideicomiso mercantil, dado que el legislador ecuatoriano ha visto a esta figura jurídica como una herramienta que solo la usan quienes tienen grandes patrimonios, o empresarios que llevan a cabo enormes proyectos. Con esa premisa, se ha justificado que dependan de un administrador profesional que supervise esas operaciones de gran tamaño. Este pensamiento, ha alejado la inversión de pequeños y medianos empresarios, que bien podrían constituir fideicomisos mercantiles en distintas escalas de negocio y para varios fines.

6. El trust anglosajón como figura referente

6.1. Nociones generales del trust anglosajón

Los orígenes de la figura del *trust* anglosajón se relacionan con el derecho romano, pues existe una gran similitud entre el *fideicommissum* y el *trust*⁶⁷. Ambas figuras se han sostenido bajo la premisa de la confianza, que es traducción literal de la palabra *trust*. Tradicionalmente, los *trusts* otorgaban el derecho de uso sobre los bienes. Por ejemplo, con el fin de proteger su patrimonio y asegurar el prospero futuro de sus herederos, las personas transferían la titularidad de sus bienes a terceros en quienes confiaban, para que administraran los bienes en beneficio sus herederos⁶⁸.

Aunque la historia y evolución del *trust* es enorme, este trabajo se enfoca en la figura del *trust* moderno, entendiéndolo como una figura jurídica de gran alcance, cuya versatilidad permite su aplicación en distintos campos como la planeación patrimonial, el derecho de familia, el régimen de sucesiones y por supuesto el mundo de los negocios⁶⁹. Así, son varios los autores que consideran al *trust*, como el mayor logro realizado por los ingleses en el campo de la jurisprudencia⁷⁰, o también quienes piensan que ha sido el más grande aporte a la cultura jurídica universal⁷¹. Las características de esta figura, la convierten en una herramienta al alcance de todas las personas, pudiendo adoptarla bajo el supuesto de ser modificada según convenga a las partes que intervienen⁷².

⁶⁷ Milenka Villca Pozo, “El contrato fideicomiso: una visión histórica de sus antecedentes y evolución normativa”, *Revista em Direitos Fundamentais e Democracia* 23 (2018), 44-46.

⁶⁸ John Jolowicz, *Derecho Inglés* (Santiago: Ediciones Olejnik, 2021), 246.

⁶⁹ Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios fiduciarios: su significación en América Latina*, 23.

⁷⁰ Philip Pettit, *Equity and the law of trusts*, 13-14.

⁷¹ Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios fiduciarios: su significación en América Latina*, 23.

⁷² Sergio Rodríguez Azuero, “El fideicomiso mercantil contemporáneo”, 14-15.

Así, en la actualidad se puede definir al *trust* como una relación fiduciaria, mediante la cual una persona llamada *settlor*, transfiere la propiedad de determinados bienes a otra persona llamada *trustee*, que actúa como fiduciario, adquiriendo la obligación de administrar estos bienes, con el propósito de manejarlos en beneficio de un tercero, el beneficiario⁷³. Cabe señalar, que no es imperativa la existencia de tres personas distintas, ya que el *settlor* (constituyente), puede ser *trustee* (fiduciario) y administrar los bienes como un patrimonio separado del suyo propio⁷⁴.

El *trust* anglosajón, toma distancia del fideicomiso mercantil en varios aspectos, ya que en el *trust* no se tiene presente el carácter de contraprestación, que si es de la esencia de un contrato, dado que el fideicomiso mercantil determina que los fiduciarios tienen derecho a percibir una remuneración por el desempeño de sus funciones⁷⁵, mientras que existen casos en los que el *trustee* desempeña su cargo gratuitamente, cuando los fines del *trust* permiten designar a una persona de particular confianza y no a un profesional para que desempeñe el encargo⁷⁶.

6.2. Del régimen de administración del trust anglosajón

El fiduciario (llamado *trustee*), es la parte más importante de esta relación jurídica, dado que él es a quién le corresponde la gestión de los bienes que el *settlor* haya transferido, con el propósito de cumplir el encargo que se le ha encomendado. El *trustee* puede ser una persona natural o jurídica⁷⁷, diferencia sustancial de la legislación ecuatoriana, donde el administrador de un fideicomiso mercantil debe ser imperativamente una persona jurídica, y con precisión, una entidad administradora.

Sobre el nombramiento de este fiduciario, se enunció anteriormente, en el contexto de los *trusts* anglosajones, que no es imperativa la existencia de tres personas distintas al momento de constituir un *trust*, ya que puede ser el mismo *settlor* que actúe como *trustee*, no porque haya una falta de nombramiento o ausencia de *trustee*, sino porque nada impide que una persona constituya un *trust* con el fin de ser administrado por sí mismo, de acuerdo con sus propios intereses⁷⁸. Esta facultad que le otorga el *trust* al *settlor*, es similar a la que le otorga el fideicomiso civil al constituyente, en ambos casos, la misma persona puede actuar como fiduciaria del *trust*.

⁷³ Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios fiduciarios: su significación en América Latina*, 24.

⁷⁴ Philip Pettit, *Equity and the law of trusts*, 358-359.

⁷⁵ Artículo 132, Ley de Mercado de Valores.

⁷⁶ Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios fiduciarios: su significación en América Latina*, 41.

⁷⁷ Sergio Rodríguez Azuero, "El fideicomiso mercantil contemporáneo", 15.

⁷⁸ Philip Pettit, *Equity and the law of trusts*, 358-359.

Para designar como *trustee* a una persona, se debe observar su capacidad, ya que toda persona que tenga capacidad para poseer bienes, tiene capacidad para constituir y por ende administrar un *trust*⁷⁹, aunque en el caso específico del *trust*, a diferencia del fideicomiso mercantil, por su naturaleza tan versátil, incluso un juez puede nombrar a un *trustee* en casos específicos donde un *trust* constituido en beneficio de un menor, no tenga *trustee* por ausencia o muerte. Así es como funciona el *trust*, adaptándose a los casos en que se usa la figura.

Sobre la división de la propiedad de los bienes del *trust*, se muestra una de las características más relevantes de esta figura, ya que por una parte el *trustee* tiene la propiedad legal, *legal property*, sobre los bienes, mientras que el beneficiario, tiene un derecho de equidad, que es el que otorga el complejo sistema dual de jurisdicciones que existía en Inglaterra⁸⁰. Para Villca Pozo, cada uno de estos derechos es independiente y de distinto alcance, de tal modo, que el beneficiario solamente puede exigirle al *trustee* que cumpla con lo pactado en la constitución de *trust*, pero no puede darle instrucciones o indicar como debe gestionar el *trust*⁸¹.

Dentro de los deberes del *trustee* como fiduciario, está el de asegurar que los bienes se mantengan registrados a su nombre y que los títulos de propiedad de estos se mantengan bajo su control⁸². Al respecto, la Convención de la Haya indica que el fiduciario que se disponga a inscribir en un registro los bienes que se le han conferido por medio del *trust*, podrá solicitar la inscripción en calidad de *trustee* indicando que hacen parte de un *trust* o fideicomiso⁸³. Es así como, pese a ser una figura versátil en la que manda la autonomía de las partes, existe protección de los bienes que transfiere el constituyente a la propiedad autónoma del *trust*.

El *trustee*, no solo debe conservar el patrimonio, sino que debe incrementarlo y obtener los mejores rendimientos, siendo prudente, absteniéndose de hacer inversiones especulativas o irrazonablemente arriesgadas⁸⁴. Caracteres que se relacionan con la actuación del ordenado empresario, aquel que se aleja de la posición conservadora pero que toma sus decisiones basado en un criterio profesional. Así, el *trustee* debe obtener

⁷⁹ Philip Pettit, *Equity and the law of trust*, 45-46.

⁸⁰ Milenka Villca Pozo, “El contrato fideicomiso: una visión histórica de sus antecedentes y evolución normativa”, 54.

⁸¹ Milenka Villca Pozo, “El contrato fideicomiso: una visión histórica de sus antecedentes y evolución normativa”, 55.

⁸² Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios fiduciarios: su significación en América Latina*, 30.

⁸³ Artículo 12, Convenio de la Haya sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento.

⁸⁴ Sergio Rodríguez Azuero, “El fideicomiso mercantil contemporáneo”, 16.

ese incremento por medio de la habilidad y dedicación que ponga en el manejo de esos bienes, haciendo todo aquello que este a su alcance y que no se le haya prohibido, como enajenarlos para reemplazarlos por otros de mayor rendimiento⁸⁵.

El *trustee*, una vez nombrado, no actúa de manera deliberada, sino que se mantiene sujeto a un riguroso examen por parte de quiénes han constituido el *trust*, así, el *trustee* deberá presentar cuentas de su gestión a los beneficiarios para su consideración⁸⁶. Y en caso de ser necesario, este podrá acudir a la vía judicial para defender la correcta realización del negocio encomendado⁸⁷. De esta manera, se pone en evidencia nuevamente que el *trust*, pese a ser una figura versátil, no es una figura de la que las personas puedan aprovecharse de manera negativa, pues cuenta con las garantías suficientes que protegen el negocio y a las partes.

7. Adaptación del régimen de administración del trust anglosajón a la figura del fideicomiso mercantil ecuatoriano

Al hacer un análisis de estas figuras jurídicas, es posible que se dejen cuestiones sin abordar, debido a la extensión y complejidad de ambas, de tal modo que, únicamente se ha puesto en evidencia los principales caracteres que guardan relación con la administración del fideicomiso mercantil y el *trust*. Así, la adaptación que se propone a continuación, no considera toda la figura, sino únicamente el carácter del fiduciario como administrador del fideicomiso.

En el fideicomiso mercantil, solo pueden ser fiduciarias las entidades administradoras de fondos y fideicomisos, mientras que, en el *trust*, se puede nombrar *trustee* tanto a personas naturales como a entidades administradoras. Además, en el fideicomiso mercantil, el constituyente no puede nombrarse a sí mismo como fiduciario, mientras que, en el *trust*, el *settlor* si puede nombrarse a sí mismo como *trustee*⁸⁸.

Partiendo del hecho que ambas figuras comparten el mismo propósito, resulta difícil comprender que mientras una es versátil, otorgando mayores libertades a las partes, la otra restringe de varias formas la esencia de la figura, como la confianza en el encargo, ya que, en el caso del fideicomiso mercantil, al obligar al constituyente a elegir un

⁸⁵ Sergio Rodríguez Azuero, “El fideicomiso mercantil contemporáneo”, 16.

⁸⁶ Id.

⁸⁷ Sergio Rodríguez Azuero, “El fideicomiso mercantil contemporáneo”, 16.

⁸⁸ Milenka Vilca Pozo, “El contrato fideicomiso: una visión histórica de sus antecedentes y evolución normativa”, 65.

fiduciario de una lista taxativa, se vulnera la autonomía de la voluntad de los contratantes, tal como se analizó con anterioridad.

Por consiguiente, el presente trabajo sugiere reformar el régimen de administración de los fideicomisos mercantiles para permitir la administración de dichos patrimonios autónomos por un fiduciario libremente escogido por los constituyentes.

Ahora bien, si el fideicomiso mercantil permite que una persona natural ejerza de fiduciaria, esta deberá someterse a los mismos derechos y obligaciones que se establecen para las administradoras de fondos y fideicomisos, como ejercer la representación legal, administrando prudentemente los bienes, manteniendo el fideicomiso mercantil separado de su propio patrimonio, rindiendo cuentas de su gestión, e incluso informando a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en la forma y periodicidad que determine la norma, así como se establece actualmente⁸⁹.

La figura del *trust* que se toma como ejemplo para ser adaptada al ordenamiento nacional se caracteriza por su versatilidad, pero no por eso se convierte en una relación jurídica en la que el *trustee* actúa de manera deliberada, pues este debe presentar al constituyente o al beneficiario, depende la forma en que se haya establecido en el contrato de constitución, cuentas de su gestión, sujetándose a un examen por parte de quienes le han encomendado la consecución de un fin determinado⁹⁰.

De esta forma, el fiduciario actúa como lo haría cualquier representante legal de una persona jurídica, en la que este debe asumir la responsabilidad por las decisiones que toma⁹¹, incluso contando con la posibilidad de ir a la vía judicial a defender su actuación⁹². Y aunque lo que aquí se propone, no es convertir al fideicomiso mercantil en una sociedad mercantil, es útil tomar como referencia el carácter que otorga el legislador ecuatoriano a un administrador, haciéndolo responsable ante la compañía y ante terceros por el perjuicio causado, si su actuación no fuese prudente⁹³.

Así, la adaptación que este trabajo propone se sujeta a los mismos principios que el legislador ha determinado para figuras similares, por ende, es una reforma viable que beneficia a los empresarios, al Estado y al mercado; a los primeros porque ahorran los costos de operación que implica, al segundo porque omiten un doble control que supera

⁸⁹ Artículo 103 Ley de Mercado de Valores.

⁹⁰ Sergio Rodríguez Azuero, “El fideicomiso mercantil contemporáneo”, 16.

⁹¹ Artículo 125, Ley de Compañías.

⁹² Sergio Rodríguez Azuero, “El fideicomiso mercantil contemporáneo”, 16.

⁹³ Artículo 125, Ley de Compañías.

la capacidad administrativa y al tercero porque una mayor eficiencia tiene la capacidad de generar progreso y bienestar.

Lo que este trabajo propone es quitar las barreras legales establecidas sobre el fideicomiso mercantil. De esta manera, se plantea actuar según lo determina la regulación de los *trusts*, otorgando al constituyente la facultad de elegir bajo su criterio a la persona en quién confía la gestión de sus bienes en fideicomiso, cumpliendo con la naturaleza del contrato basada en la confianza, que en la actualidad no se cumple.

Para lograr estos cambios, debemos modernizar la legislación ecuatoriana con respecto al concepto de fideicomiso mercantil, ya que equivocadamente se ha considerado a esta figura como una herramienta bursátil. Por tal razón los fideicomisos han sido regulados a través de la Ley de Mercado de Valores. Además, pese a que ha existido una evidente influencia anglosajona, al adoptar la figura en Ecuador, se la concibió bajo el paradigma supra estatal con el que se acostumbra a legislar las relaciones jurídicas en Ecuador.

La regulación de los fideicomisos mercantiles debería fomentar las actividades empresariales presumiendo la buena fe de quienes las desarrollan, y no que actuarán de manera deliberada con el propósito de esquivar la ley, de tal modo, que las normas dejen de tener un carácter restrictivo y excesivamente regulatorio, con el fin de motivar el desarrollo de actividades empresariales, o en este caso, la constitución de fideicomisos mercantiles.

La legislación actual no anima a los empresarios a utilizar esta figura tan importante, pero una adaptación de la figura, devolvería la confianza de las personas, dejando de ver a esta importante figura como una relación jurídica que conlleva elevados costos en su operación, ya que, siendo reformada, no sería necesario contratar a una compañía administradora de fondos y fideicomisos.

Bajo aquel contexto, la propuesta de permitir al constituyente elegir al fiduciario de su confianza para la gestión de sus bienes en fideicomiso, se plantea como alternativa a la disposición legal actual, es decir, que el constituyente cuente con la libertad de elegir a una persona natural o jurídica para que se encargue de gestionar y administrar el patrimonio autónomo fiduciario.

8. Recomendaciones

El legislador ecuatoriano durante mucho tiempo ha considerado que las figuras jurídicas empresariales, están solo al servicio de las grandes empresas, sin tener en cuenta que también son útiles para los pequeños y medianos negocios. Sin embargo, en la

actualidad, el criterio ha cambiado en favor de las sociedades mercantiles, otorgando la ventaja de acceder a esta herramienta mercantil a todas las personas sin restricciones de mínimo capital o con el hecho de incurrir en gastos de constitución.

Lo que se ha logrado para las sociedades mercantiles, es un avance legislativo significativo, pues da muestra de la intención que tiene el Estado por promover el libre desarrollo de empresas formales. No obstante, aún queda un largo proceso normativo que incluya en la misma línea, a todas las figuras jurídicas que se emplean en el mundo de los negocios, como los fideicomisos mercantiles.

Lo que este trabajo recomienda al legislador, antes que una reforma al fideicomiso mercantil, es un cambio de concepción sobre cómo se ha reglado la figura, así, tomando en cuenta que la naturaleza de esta figura no es bursátil, se debería codificar nuevamente la Ley de Mercado de Valores excluyendo al fideicomiso mercantil, para introducirlo en otro ordenamiento acorde a la naturaleza de la figura, como sería el Código de Comercio.

Ahora bien, con respecto a la figura del fideicomiso mercantil, este trabajo ha dado muestra que en la práctica los empresarios no están haciendo uso de esta figura por verse en vueltos en altísimos costos de transacción, de esta manera, lo que se propone es eliminar el requisito imperativo de contratar como fiduciario a una entidad administradora de la lista taxativa aprobada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, dejando a discreción del constituyente la designación del fiduciario de su confianza en quién confíe la correcta gestión de sus bienes.

En relación con el trabajo que realiza la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, se ha puesto en evidencia a lo largo del trabajo que la carga administrativa que soporta este órgano de control es superior a su capacidad operativa. De tal modo, que una reforma normativa aliviará la carga administrativa de este órgano, ya que, de manera casi irracional, hace un doble control sobre el fideicomiso mercantil y sobre la entidad administradora de fondos y fideicomisos.

9. Conclusiones

El estudio que se realizó sobre el fideicomiso mercantil en Ecuador permitió llegar a las siguientes conclusiones. La figura jurídica del fideicomiso mercantil sigue siendo concebida igual que hace más de tres décadas, algo que carece de sentido, pues con el tiempo las relaciones culturales, la globalización y la manera en que las personas hacen negocios, ha cambiado drásticamente.

En este sentido, se evidenció que el legislador ecuatoriano ha establecido una cantidad excesiva de normas sobre la figura del fideicomiso mercantil, de tal manera que quién constituye uno, debe contratar a una compañía administradora de fondos y fideicomisos para que actúe como fiduciaria, actuando como titular del fideicomiso y convirtiéndose así en representante legal, lo que interfiere a toda regla con el principio de autonomía de la voluntad de quienes constituyen un negocio, ya que no pueden decidir bajo su propio criterio a que persona encargar la administración de los bienes fideicomitidos.

Al respecto, se evaluó el doble control que se ejerce sobre las actividades del fideicomiso mercantil, el que realiza la entidad administradora y el que realiza la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a partir de aquí se puso en evidencia el trámite que supone esta gestión, ya que la entidad administradora debe remitir a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros toda la información relacionada con sus actividades, cuando bien podría remitirse esta información por parte de cualquier persona que actúe como fiduciario.

Además, se analizaron las cifras publicadas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en cuanto a la cantidad de fideicomisos mercantiles que se han constituido y la cantidad de entidades administradoras que existen, tomando como referencia las cifras de los diez últimos años, desde el 2012 hasta el 2022. Fue así, que se observó un importante decrecimiento en la constitución de fideicomisos mercantiles, al pasar de 256 en 2012, a 59 en 2022. Cifras alarmantes que dan muestra del desinterés que tienen los empresarios en constituir fideicomisos mercantiles para hacer negocios.

Durante el trabajo, se analizó la figura del *trust* anglosajón como figura similar al fideicomiso mercantil, así, se expuso las principales características del *trustee* que actúa como fiduciario en el *trust*, resaltando las ventajas con las que cuentan las partes dentro de esta figura, dado que no existe un imperativismo normativo que regule todas sus actuaciones, sino que otorga mayor libertad a quién actúa como fiduciario para que cumpla con lo establecido en el encargo. No obstante, esta libertad de la que goza el fiduciario; está respaldada por la protección que otorga el *trust* a los bienes, pues, aunque se traspasan al *trustee*, estos se registran como bienes parte del *trust*, y así se protegen los intereses del *settlor*.

Al hacer un estudio comparativo del fideicomiso mercantil y el *trust* anglosajón, se pudo evidenciar como ambas figuras han sido influenciadas la una por la otra de distintas maneras. Sin embargo, las dos figuras no han evolucionado de la misma manera,

dado que las concepciones excesivamente normativas del legislador ecuatoriano no han permitido desarrollar la figura en beneficio de los empresarios, algo que en el *trust* si ocurre, ya que con el paso del tiempo ha tomado forma en torno al mundo de los negocios.

Así, a partir de los caracteres más relevantes del *trust* anglosajón en relación con el régimen de administración, se propuso una adaptación del fideicomiso mercantil, para que así, la figura del ordenamiento ecuatoriano adopte un carácter más versátil, que permita eliminar como requisito imperativo la contratación de una compañía administradora de fondos y fideicomisos, sino que sea el constituyente quién decida bajo su criterio, si escoge como fiduciario a una persona natural o a una entidad administradora, garantizando así la autonomía de la voluntad y eliminando los elevados costos de transacción que conlleva la figura actual.