

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**El fideicomiso mercantil ecuatoriano: un análisis comparativo con el
trust anglosajón**

Marcos Andrés Maldonado Leigue

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito

para la obtención del título de

Abogado

Quito, 23 de noviembre 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: Marcos Andrés Maldonado Leigue

Código: 00204358

Cédula de identidad: 1718066713

Lugar y fecha: Quito, 23 de noviembre 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 COPE 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UNPUBLISHED DOCUMENT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. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. 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> .

**EL FIDEICOMISO MERCANTIL ECUATORIANO: UN ANÁLISIS COMPARATIVO
CON EL TRUST ANGLOSAJÓN¹**

**ECUADORIAN COMMERCIAL TRUST: A COMPARATIVE ANALYSIS WITH THE
COMMON LAW TRUST**

Marcos Andrés Maldonado Leigue²

RESUMEN

El fideicomiso mercantil ecuatoriano es una figura inédita proveniente del derecho anglosajón. Su adopción ha enriquecido el derecho ecuatoriano. Sin embargo, la adopción de una figura proveniente de un sistema legal distinto plantea serias incompatibilidades que deben ser atendidas. Este trabajo se encarga de analizar las consecuencias que esta adopción ha tenido, así como de demostrar los grandes beneficios jurídicos producto del desarrollo del fideicomiso mercantil en Ecuador, con especial énfasis en el fideicomiso mercantil inmobiliario.

ABSTRACT

The Ecuadorian Commercial Trust is an unprecedented figure adopted from the common law system. Its incorporation has enriched Ecuadorian law. However, the adoption of a figure from a different legal system implies serious incompatibilities that must be addressed. This work analyzes the consequences of this adoption, as well as demonstrate the great legal benefits that have risen from the development of the Ecuadorian commercial trust, with a special emphasis on the commercial trust in real estate.

PALABRAS CLAVE

Fideicomiso mercantil, Derecho empresarial, Derecho societario, Protección de activos, *Trust*

KEY WORDS

Commercial trust, Business Law, Trust Law, Asset Protection,

Fecha de Lectura: 23 de noviembre de 2023

Fecha de publicación: 23 de noviembre de 2023

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 Lizeth Torres Rivera.

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, a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. – 2. DEL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO JURÍDICO. - 2.1 DEFINICIÓN Y EVOLUCIÓN DEL FIDEICOMISO. – 2.2 REGLAS ESENCIALES DEL FIDEICOMISO. – 2.3 CARACTERÍSTICAS Y DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS. – 3. ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE EL FIDEICOMISO MERCANTIL ECUATORIANO Y EL TRUST ANGLOSAJÓN – 3.1 TITULARIDAD DE LOS BIENES. – 3.2 PERSONALIDAD JURÍDICA Y TRIBUTACIÓN – 3.3 SOBRE LA TRANSFERENCIA A TÍTULO DE FIDEICOMISO – 3.4 FIDUCIARIO CALIFICADO– 4. DEL FIDEICOMISO MERCANTIL INMOBILIARIO. - 4.1 EL PATRIMONIO AUTÓNOMO – 4.2 EL PUNTO DE EQUILIBRIO – 5. CONCLUSIONES

1. Introducción

El fideicomiso mercantil ecuatoriano es una figura jurídica que permite a una persona, denominada constituyente, transferir bienes a un patrimonio autónomo para que sean administrados por una persona de confianza, denominada fiduciario, en beneficio de una persona o para el cumplimiento de un fin. El fideicomiso mercantil es una figura jurídica, ahora ecuatoriana, cuyos orígenes están en el *trust* anglosajón. Su incorporación a nuestro sistema legal resulta de utilidad innegable para personas jurídicas y naturales, quienes encuentran una herramienta magnífica para un amplio espectro de negocios jurídicos. Sin embargo, puesto que el antecesor del fideicomiso mercantil ecuatoriano lo encontramos en el *trust* anglosajón, es de esperar que esta figure no encaje perfectamente en nuestro sistema de derecho civil sin algunos ajustes.

Cabe entonces preguntarse, ¿Qué consecuencia tiene para nuestro ordenamiento civilista la adopción de una figura jurídica que se desarrolló en un ordenamiento de derecho común? Con esta pregunta en mente, este trabajo se enfocará en el análisis de los beneficios y amenazas jurídicas que esta figura trajo consigo al ordenamiento ecuatoriano. De igual manera, se hará un análisis crítico respecto a las posturas que surgen para dar solución a las incompatibilidades que devienen de la introducción de la figura anglosajona en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por consiguiente, este trabajo partirá desde el origen del fideicomiso en su concepción más básica, remontándose a la época romana y posterior auge en el derecho anglosajón. A continuación, se sentarán las bases del fideicomiso según la teoría moderna, la cual es el resultado del recorrido del fideicomiso a través de la cultura jurídica romana e inglesa. Con este entendimiento abstracto del fideicomiso, que nos permite diferenciarlo de otras figuras jurídicas y apreciar su utilidad, se abordará el fideicomiso mercantil

ecuatoriano y su regulación normativa, puesto que esta figura tiene particularidades que la diferencian del *trust* anglosajón.

Finalmente, el análisis comparativo entre el fideicomiso mercantil ecuatoriano y el *trust* anglosajón arrojará notorias incompatibilidades que denotan una figura jurídica que no está en total armonía con el sistema jurídico ecuatoriano. Esta afirmación se sustentará ejemplificativamente en el fideicomiso mercantil inmobiliario. Se verá que la figura ha sido entorpecida con el control estatal propio del sistema civil, pero aun así logra mantener su utilidad sin romper el concepto civilista de propiedad.

2. Del fideicomiso como negocio jurídico

Dentro de los negocios jurídicos, el fideicomiso se ha catalogado como un contrato. Al estudiar el fideicomiso en distintas jurisdicciones encontraremos mayoritariamente similitudes. Sin embargo, hay dos variantes que frecuentemente cambian en cada sistema jurídico, las cuales son: la determinación del titular de la propiedad objeto del fideicomiso, y las solemnidades necesarias para la constitución del fideicomiso³.

2.1 Definición y evolución del fideicomiso

El fideicomiso se define, de forma casi universalmente aceptada, como una relación jurídica contractual que ocurre cuando una persona, denominada constituyente, entrega activos a otra persona de su confianza, denominada fiduciario, con el fin de que ésta los administre en favor de un beneficiario, o para alcanzar un fin determinado. Este concepto es aplicable desde la época romana hasta la actualidad, puesto que describe una misma necesidad⁴.

Si bien la estructura general del fideicomiso puede ser definida como se ha indicado en el párrafo anterior, cada sistema jurídico ha hecho ajustes a esta figura para satisfacer las necesidades de sus ciudadanos y para armonizarlo con su derecho interno. Por ejemplo, si bien el fideicomiso existía en la época romana, este no tenía ningún respaldo legal, únicamente se estaba a merced de la buena fe de las partes. Esto no sucede

³ Daniel Clarry, “Fiduciary Ownership and Trusts in a Comparative Perspective”, *The International and Comparative Law Quarterly* 63 no. 4 (2014), 902.

⁴ Gilbert Verbit, *The Origins of the Trust* (Lexington: Xilibris US, 2021), 77.

en la actualidad, puesto que los sistemas legales han adoptado al fideicomiso otorgándole leyes especiales para que sea un negocio jurídico práctico.

Si bien el fideicomiso se entiende como un negocio jurídico proveniente de Roma, esto no significa que los romanos hayan desarrollado ampliamente la normativa concerniente al fideicomiso. Tal es así, que el fideicomiso nació como una herramienta que usaban los ciudadanos romanos para circunvalar la ley romana. En aquel entonces la entrega de bienes que una persona hacía a otra no tenía garantía alguna. Sin embargo, los ciudadanos romanos generalmente sentían la obligación moral de cumplir lo pactado, motivo por el cual el fideicomiso ocupó un lugar importante pese a no tener el respaldo legal. El constituyente únicamente era guiado en su actuar por la confianza que le generaba el fiduciario, de ahí su nombre, *fidei (fe) comissus* (comisión).

La falta de regulación en Roma sobre el fideicomiso puede atribuirse a que el fideicomiso ocurría con frecuencia para evitar la aplicación de la ley⁵. Por ejemplo, un ciudadano romano que quería transferir propiedad a sus hijos, quienes eran incapaces de recibir propiedad por no ser ciudadanos, entregaba la propiedad a otro ciudadano romano para que este se encargue de hacer la transferencia. El fideicomiso también adquirió fuerza puesto que el *praetor* generalmente aceptaba la transferencia de propiedad hecha de esta forma, aún cuando iba en contra de la regla general sobre propiedad, todo esto gracias a que el *praetor* podía también crear derecho a través de sus decisiones.

La principal diferencia entre el fideicomiso romano y el actual fideicomiso mercantil ecuatoriano radica en que este último ha sido adoptado por el sistema legal, de modo que los fideicomisos mercantiles celebrados en Ecuador generan obligaciones plenamente exigibles ante el juez común. De este modo, si bien el fideicomiso se mantiene como un negocio en el que la confianza en el fiduciario es clave, el fideicomitente ecuatoriano tiene acciones legales de las que auxiliarse.

Respecto al *trust* anglosajón, el cual se considera la mayor inspiración para los fideicomisos de países latinoamericanos, es posible afirmar que otorga protecciones básicas al ser coherente con el sistema jurídico, de modo que inicialmente no requiere

⁵ Goodwin, Iris. "Why civil law countries might forego the individual trustee: provocative insights from the new-to-the-fold", 370.

regulación especial que permita adaptarlo al ordenamiento jurídico. El *trust* anglosajón fue posible porque el sistema anglosajón permitía la justicia en equidad, de modo que los conflictos podían ser resueltos según lo que se considerase más justo y no únicamente lo legal; de este modo se permitió que el *trust* pueda ser conocido en las cortes. Aun así, el derecho anglosajón sí debió regular materias relacionadas al *trust* a través de su jurisprudencia, puesto que en ocasiones se intentó usar este instrumento para defraudar a los acreedores.

Consecuentemente, es común encontrar jurisprudencia y doctrina del *derecho anglosajón* que se refiere a criterios relacionados a la posibilidad que tienen los acreedores para perseguir los bienes del fideicomiso en tanto se cumplan ciertos supuestos, rompiendo la inicial inembargabilidad de los bienes. Uno de los supuestos más controversiales fue la decisión del caso *Sligh vs First National Bank of Holmes County*, en el cual el juez decidió que un fideicomiso inalienable podía ser alienado en tanto exista una razón de interés público para hacerlo⁶.

El caso mencionado se refiere al pago de daños producto de un delito, en donde el juzgado decidió alienar el fideicomiso inalienable puesto que, en su opinión, el no hacerlo era permitir al beneficiario actuar negligentemente sin repercusión, puesto que hiciera lo que fuera tendría garantizado un ingreso que le permita subsistir, sin riesgo alguno de perder su posición económica. Este caso es relevante para el desarrollo del fideicomiso mercantil ecuatoriano porque hay usos aún por explorar, los cuales pueden aprovechar la estructura única de esta figura jurídica para evadir la ley. Un posible caso donde se puede apreciar esto radica en la constitución de un fideicomiso con el fin de evadir la operación de asignaciones sucesorias forzosas.

Por otra parte, la mayor diferencia entre el *trust* anglosajón y el fideicomiso mercantil ecuatoriano radica en la flexibilidad que tiene el *trust* anglosajón respecto a las solemnidades, y consecuentemente el amplio uso que tiene para todo tipo de industrias. El hecho de que el fideicomiso mercantil ecuatoriano únicamente pueda ser administrado por una persona jurídica autorizada, sumado al hecho de que el fideicomiso mercantil ecuatoriano se entiende como sociedad para fines tributarios, hacen que el fideicomiso

⁶ *Sligh c. First National Bank of Holmes County*, Mississippi Supreme Court, 9 de Octubre de 1997, párr. 27

mercantil ecuatoriano sea en apariencia el mismo encargo a un tercero para administración de activos para un fin determinado, pero que en el fondo operen en una esfera muy distinta a la del *trust* anglosajón.

El fideicomiso en otros países de Latinoamérica es similar puesto que el fiduciario es una persona jurídica calificada para la mayoría de los supuestos. Sin embargo, no es común encontrar que el fideicomiso se convierta en un patrimonio con personalidad jurídica. Esto es algo único del Ecuador que conduce a un estudio particular a la luz de la legislación ecuatoriana.

En ese sentido, el fideicomiso es un negocio jurídico que se originó hace cientos de años pero que continúa teniendo trascendencia en la actualidad. Debido a esto, es importante analizar las transmutaciones que ha tenido en distintos sistemas legales y jurisdicciones, así como las particularidades que presenta el fideicomiso mercantil ecuatoriano.

2.2 Reglas esenciales del fideicomiso

Según Lusina Ho, el fideicomiso está conformado por elementos esenciales que le dan estructura y son comunes a todo fideicomiso. Esto es así porque todos los fideicomisos parten de la misma narrativa que implica transferir bienes a un tercero para que los administre en favor de un beneficiario o para determinado objetivo. En este sentido, existen derechos y obligaciones de las partes involucradas que serán comunes a todo fideicomiso. Estos elementos se pueden dividir en cuatro esferas que atienden a las relaciones jurídicas: 1) La relación entre el fiduciario y los bienes del fideicomiso, 2) La relación legal entre el fiduciario y el beneficiario, 3) La relación de terceras personas con los bienes del fideicomiso, y 4) La relación del beneficiario con los bienes del fideicomiso y terceros⁷.

1. Con respecto a la relación entre el fiduciario y los bienes fiduciarios, el fiduciario tiene facultades para administrar los bienes y enajenar los activos sin los derechos del beneficiario;
2. Con respecto a la relación entre terceros y los bienes fiduciarios, los bienes fiduciarios y las propiedades que los representan en cada momento son inmunes a las reclamaciones de los herederos, cónyuges y acreedores personales del fiduciario;
3. Con respecto a los derechos del beneficiario frente a los bienes fiduciarios y terceros,

⁷ Lusina Ho, "Trusts: The Essentials." en *The World of Trusts*, ed. de Lionel Smith (London: Routledge, 2023), 3-15 (traducción no oficial).

tiene derecho a obtener los bienes fiduciarios sujetos a los términos del fideicomiso y a presentar reclamaciones contra terceros que reciban propiedades fideicomisarias en caso de disposición no autorizada por el fiduciario; 4. Entre el fiduciario y el beneficiario, existe un mecanismo de control y equilibrio para garantizar que el fiduciario utilice tales poderes en el mejor interés del beneficiario y no en su propio beneficio.

Estas necesidades esenciales del fideicomiso deben ser respaldadas con regulación legal. Es decir, para que la figura del fideicomiso tenga éxito en una jurisdicción, es necesario que estos temas se hayan legislado, de modo que todas las partes involucradas tengan derechos y obligaciones accionables a través del sistema de justicia.

2.3 Características y diferencias con otras figuras jurídicas

Al establecer como función principal del fideicomiso la administración de bienes para un fin determinado, es posible hallar figuras jurídicas que son aparentemente igual de funcionales. Las principales figuras alternativas al fideicomiso son el mandato, la agencia, o la constitución de una compañía. Considerando estas posibilidades surge entonces la incógnita, ¿Por qué elegir el fideicomiso como herramienta para el manejo de activos? La respuesta a esta pregunta se verá al analizar el fideicomiso contra el mandato, la agencia, y la constitución de una compañía.

2.3.1 El mandato, la agencia y la protección de activos.

Respecto al mandato y a la agencia, estos son contratos de administración en donde se hace la mera entrega del bien al mandatario o agente para que este actúe bajo determinadas directrices. En estos contratos no hay una transferencia de bienes, por lo que el mandante continúa siendo el titular de los bienes. Tal es así, que en Panamá se creó una ley que regulaba al fideicomiso como ‘un mandato irrevocable, en virtud del cual se transfieren activos a una persona denominado fiduciario’⁸.

Esta ley panameña fue creada para satisfacer una de las características fundamentales del fideicomiso: la protección de activos. Si bien esta definición no fue ampliamente aceptada, sentó un precedente, puesto que aquella redacción pretendía conciliar el *trust* anglosajón con el derecho continental. Esta norma procuraba que los activos objeto del fideicomiso tengan la protección jurídica autónoma que un *trust* otorga.

⁸ Nicolás Malumian. “Trusts in Latin America.” *Trusts & Trustees* 16, no. 3 (2010), 143–154 (traducción no oficial).

La norma panameña buscaba proteger los activos del fideicomiso al separarlos del fideicomitente, de modo que un mal manejo económico no frustre los objetivos del fideicomiso. A la par, esta norma ataba al fiduciario a las reglas aplicables al mandato.

Esta norma permite ilustrar la distinción y la semejanza entre el mandato, la agencia y el fideicomiso. Debido a que el mandato y la agencia no están diseñados para transferencia de activos, estas figuras no resultan igual de efectivas que el fideicomiso porque los activos no están resguardados jurídicamente de forma independiente. Sin embargo, al estar enmarcado dentro de las leyes del mandato, el constituyente puede establecer límites claros a las actuaciones del fiduciario. El fideicomitente podría elaborar un esquema claro de instrucciones para el fiduciario y, similar al mandato, podría confiar en que las actuaciones del encargado se sujetarán estrictamente a los términos que han sido preestablecidos en el contrato.

En conclusión, el fideicomiso y el mandato son semejantes en tanto se puede establecer con anterioridad las actuaciones que se esperan del encargado. Por otra parte, un punto clave para optar por el fideicomiso radica en la titularidad de la propiedad. El fideicomiso permite que la propiedad fiduciaria salga del patrimonio del constituyente, otorgándole protección legal autónoma. Esta protección es especialmente útil en un ambiente en el cual el riesgo de incurrir en deudas aumenta día con día; ya sea producto de litigios por incumplimiento contractual, divorcios, delitos, entre otros⁹.

2.3.2 La constitución de una compañía y la consecución de un objetivo determinado

La segunda alternativa al fideicomiso es la constitución de una compañía. Los principales temas para el análisis de este apartado son: la separación de patrimonios, las solemnidades necesarias para la constitución de cada figura jurídica, y el control necesario por parte del constituyente para la consecución del objetivo.

En primer lugar, la compañía empata con el fideicomiso en tanto ofrece una separación de patrimonios. Gracias a la constitución de una persona jurídica, la compañía permite al constituyente separar su patrimonio personal de los activos que desea destinar

⁹ Charles D. Fox IV and Michael J. Huft, "Asset protection and dynasty trusts", *Real Property, Probate and Trust Journal* 37 no. 2 (2002), 291.

a la consecución de determinado fin. No obstante, la forma en la cual la compañía y el fideicomiso alcanzan la separación de patrimonios es esencialmente distinta. La compañía únicamente obtiene la protección de activos por ser una persona jurídica, con todas las implicaciones que conlleva la existencia de una persona jurídica. Mientras tanto, el fideicomiso no es una persona jurídica, al menos en la mayoría de las jurisdicciones.

Puesto que el fideicomiso no es una persona jurídica, no está sujeto a las regulaciones a las que una empresa está sujeta. Esto quiere decir que el fideicomiso no requiere todas las solemnidades que una empresa común necesitaría para ser constituida y mantenerse operativa. El fideicomiso, al menos inicialmente, tampoco sería objeto de supervisión por parte de un órgano estatal dedicado al control de las sociedades civiles. En el mismo sentido, el fideicomiso puede gozar de beneficios económicos en comparación a la empresa; esto es, ahorro en gastos en los que debería incurrir en caso de optar por la constitución de una persona jurídica.

Como segundo punto, existen diferencias entre el fideicomiso y la empresa respecto a la consecución de un objetivo determinado. El fideicomiso, al ser en parte similar al mandato, permite al constituyente declarar detalladamente los lineamientos que el fiduciario deberá seguir para la consecución del fin. De este modo, el fideicomitente puede limitarse a verificar periódicamente las actuaciones del fiduciario, determinar si estas han sido con sujeción a lo establecido en el fideicomiso, y despreocuparse del asunto. El fiduciario será quien se encargue de tomar las decisiones y acciones necesarias para alcanzar el objetivo.

Alternativamente, el constituyente que ha decidido perseguir un objetivo a través de la creación de una empresa adquiere un mayor grado de responsabilidad. Esta responsabilidad debe entenderse en el contexto de la falta de control vinculante que otorga el fideicomiso en su constitución. Mientras que el fideicomiso permitía establecer de forma irrevocable los lineamientos que el administrador debe seguir de forma vinculante, la empresa es una estructura mucho más flexible en el día a día. Tal es así que una empresa puede cambiar sus objetivos, inclusive su giro de negocio, sin que esto conduzca necesariamente a su disolución.

Una empresa es una persona jurídica que inicialmente es igual, o muy similar, a todas las personas jurídicas. Esta característica hace necesario aportar grandes cantidades

de trabajo legal para que el constituyente pueda alcanzar el mismo grado de certeza jurídica que obtendría con la constitución de un fideicomiso. Si el constituyente de una persona jurídica tiene un propósito determinado, no tiene forma sencilla de limitar la amplia libertad inherente a la persona jurídica; esto hace necesario que supervise y dirija constantemente las acciones de la empresa para la consecución del fin.

En esta misma línea, una empresa puede ser ventajosa para la persecución de varios fines en simultáneo. Sin embargo, si lo que se busca es la consecución de un determinado fin, la libertad que otorga la personalidad jurídica puede ser contraproducente.

Finalmente, se deben considerar las solemnidades necesarias para la constitución de una empresa o para la celebración de un fideicomiso. En términos generales, una compañía requiere al menos la autorización por parte del Estado en el que se constituya. En el caso más extremo, la creación de una empresa puede abarcar meses de trámites burocráticos para alcanzar su constitución y un continuo trabajo para mantener la compañía operativa. En este mismo sentido, la disolución de una persona jurídica puede, de igual manera, traer consigo más requisitos legales que se deben cumplir. Estas solemnidades, atribuidas a las personas jurídicas en general, pueden incrementar innecesariamente la dificultad para alcanzar con fluidez el objetivo propuesto.

Por su parte, el fideicomiso también requiere solemnidades que varían acorde a la legislación en donde sea constituido, siendo esta una de las variables que más alteraciones tiene entre jurisdicciones. Es posible encontrarnos en la jurisdicción anglosajona, la cual es muy flexible en cuanto a las solemnidades requeridas para el *trust*, siendo por tanto un vehículo ideal para inversiones y proyectos¹⁰. En la jurisdicción anglosajona prima la libertad de las partes, por lo que el *trust* es usado para una amplitud creativa de negocios jurídicos.

El fideicomiso latinoamericano se encuentra en el otro extremo, puesto que generalmente se requiere un fiduciario calificado. Las legislaciones latinoamericanas son estrictas en cuanto a la persona con la que se puede constituir un fideicomiso. Si bien hay

¹⁰ Goodwin, Iris. "Why civil law countries might forego the individual trustee: provocative insights from the new-to-the-fold" en *The World of Trusts*, ed. de Lionel Smith (London: Routledge, 2023), 356-357

excepciones, la regla general es que el fiduciario debe ser una persona jurídica autorizada por el Estado: en algunos casos son bancos, en otros son instituciones cuyo único giro de negocio es la administración fiduciaria, entre otros. Este requisito hace que el fideicomiso latinoamericano sea distinto al anglosajón porque las instituciones calificadas son reguladas por el Estado, consecuentemente tendrán una mayor aversión al riesgo y pueden resultar menos idóneas para aceptar fideicomisos que puedan ser arriesgados¹¹.

3. Análisis comparativo entre el fideicomiso mercantil ecuatoriano y el trust anglosajón

A pesar de que el Ecuador usa el sistema de derecho continental, el fideicomiso mercantil ecuatoriano tiene su antepasado más cercano en el *trust* del derecho anglosajón. La adopción del *trust* por parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano acarrió modificaciones a esta figura jurídica, estas modificaciones fueron necesarias para armonizar la implementación de una figura del derecho anglosajón dentro de un ordenamiento jurídico de corte continental.

Vale la pena aclarar que el Ecuador tiene dos fideicomisos: el civil y el mercantil. En este trabajo se ha desarrollado el fideicomiso mercantil puesto que este es el que más se acerca al *trust* anglosajón, en el sentido de que la propiedad fiduciaria goza de protección autónoma frente a los acreedores, cuestión que no sucede en el fideicomiso civil, el cual tiene mayor similitud con el mandato.

La figura del fideicomiso mercantil debe ser regulada ampliamente en el ordenamiento. Esta necesidad se desprende de la incompatibilidad que tiene la figura con el sistema, se debe entender que el *trust* es una figura jurídica que se desarrolló con miras a otro ordenamiento. En este sentido, la ley ecuatoriana que regula al fideicomiso mercantil pretende limar las asperezas que surgen a raíz de la introducción del *trust* en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La regulación del fideicomiso mercantil ecuatoriano ha tenido una evolución desde su introducción en el año 1993. Sin embargo, en este apartado nos enfocaremos en la descripción de la legislación que regula al fideicomiso en la actualidad y las consecuencias que acarrea dicha normativa. Hoy, la norma que contiene las bases de esta

¹¹ Id., 358

figura jurídica es el Código Orgánico Monetario y Financiero, libro II, el cual a su vez contiene a la Ley de Mercado de Valores.

La Ley de Mercado de Valores define conceptos claves del fideicomiso mercantil en su artículo 109. Esta ley es necesaria puesto que da derechos y obligaciones a las partes involucradas en el fideicomiso mercantil, de modo que viabiliza el uso del fideicomiso mercantil en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Este artículo define al fideicomiso mercantil ecuatoriano como un contrato, a la vez que explica las características que lo distinguen de todo el resto de los fideicomisos, incluso a nivel latinoamericano.

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

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

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

El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato.¹²

El texto citado señala varias características inherentes a todo fideicomiso mercantil en Ecuador. Consecuentemente, analizaremos los caracteres más importantes de esta figura jurídica, su resultado práctico, y su contraste con el equivalente anglosajón. De este modo, podremos concluir si la legislación ecuatoriana está enfocada a obtener el máximo beneficio de esta figura jurídica.

3.1 Titularidad de los bienes

¹² Artículo 109, Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores. R.S. N°215 del 22 de Febrero del 2006

El primer tema para abordar atañe a la titularidad de los bienes en el fideicomiso mercantil ecuatoriano. En subtemas anteriores se ha aclarado que el derecho continental tiene una concepción unitaria del derecho de propiedad. Esta concepción unitaria de propiedad es la causante de un enredo al incorporar el *trust* en la legislación ecuatoriana.

En un lado del espectro, el derecho anglosajón cataloga a la propiedad como un conjunto de hasta 11 elementos que pueden recaer en una o más personas.¹³ Esta forma de entender el derecho de propiedad permite que el fideicomiso se integre sin mayor conflicto al sistema jurídico, siendo común que el fiduciario posea los derechos de propiedad correspondientes al manejo y administración, mientras que el beneficiario posea los derechos de propiedad que corresponden ulteriormente al provecho de la propiedad¹⁴.

Del otro lado del espectro, el derecho civil concibe a la propiedad como una unidad constituida por la capacidad de usar, gozar y disponer de un bien¹⁵. En este sentido, el *trust* es una institución que está en conflicto con la concepción civilista del derecho de propiedad. En el *trust* se espera que el constituyente transfiera totalmente la propiedad al fiduciario, pero a su vez aplica normativa especial para limitar la disposición del bien. Esta limitación, que en el derecho anglosajón es una mera distribución de los elementos de la propiedad, en el derecho civil se entiende como una desnaturalización el derecho de propiedad¹⁶. Esta incompatibilidad respalda la necesidad de que las jurisdicciones civilistas creen normativa específica cuando desean incorporar al *trust* en su sistema jurídico, puesto que el *trust* tiene elementos esenciales que deben ser legalmente respaldados para que sea un negocio jurídico efectivo.

Consecuentemente, en la mayoría de las legislaciones civilistas que adoptan al *trust*, el contrato de fideicomiso debe exigir al fiduciario que restituya la propiedad que le ha sido entregada con objeto del fideicomiso. Sin embargo, el fideicomiso entra en conflicto ya que si el fiduciario es dueño entonces tiene el derecho de disposición. El derecho de disposición le da la libertad de negarse a transferir su propiedad, tal como

13 Tony Honoré, *Making Law Bind* (Oxford: Oxford University Press, 1987), 166-179.

14 John Salmond, *Salmond on Jurisprudence* (London: Sweet & Maxwell, 1966), 227-232.

15 Johan Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law* (Antwerp: Intersentia, 2008) 91-99.

16 Vera Bolgár, "Why No Trusts in the Civil Law?" *The American Journal of Comparative Law* no. 2 (1953), 204.

sucedía en la época romana. Sin legislación especializada resulta inconcebible que una persona de derecho civil sea verdaderamente dueña de una propiedad y que en simultáneo tenga el gravamen de traspasar el dominio a otra persona.

Varias jurisdicciones civilistas dan distintas soluciones a este problema la titularidad de propiedad, algunas se inclinan a entregar la propiedad al encargado, otras por entregar la propiedad al beneficiario. Sin embargo, el Ecuador se ha decantado a una posición única respecto a la titularidad de la propiedad fiduciaria.

La solución adoptada por el Ecuador fue la creación del fideicomiso mercantil. El fideicomiso mercantil se define como la constitución de un patrimonio que goza de personalidad jurídica propia, y que es legalmente representado por un fiduciario. Esta institución jurídica evita la mutilación del concepto de propiedad civilista puesto que el derecho de propiedad se conserva como unidad, siendo el fideicomiso el dueño de los bienes. Respecto a este patrimonio autónomo el fiduciario es meramente el representante legal, lo cual guarda concordancia con la protección autónoma de la propiedad fiduciaria.

Esta decisión del legislador ecuatoriano, implementada en el año 1998, zanja la discusión que se llevaba a nivel internacional respecto a la titularidad del patrimonio fiduciario en legislaciones del derecho continental. Si bien esta solución resulta coherente con la separación de patrimonios requerida por el *trust*, esta decisión da paso a nuevas incógnitas únicas para nuestro ordenamiento jurídico.

El hecho de que el fideicomiso pueda ser el titular de bienes lo pone en una situación similar a la de la persona jurídica. El hecho de que el fideicomiso mercantil pueda ser titular de bienes resulta inconcebible en el derecho anglosajón, puesto que una de las reglas básicas del *trust* es que este no es una persona jurídica¹⁷. En el derecho anglosajón el *trust* no se concibe como persona jurídica puesto que esto requeriría intervención estatal para su regulación y regimentación similar a la de las empresas.

Si bien el desarrollo jurídico del *trust* es amplio, el hecho de que el fideicomiso mercantil ecuatoriano sea un patrimonio autónomo con personalidad jurídica propia da paso a preguntas y problemas que el *trust* anglosajón nunca debió topar. Algunas de estas

¹⁷ Ben Mcfarlane. "The trust and its civilian analogues", ed. de Lionel Smith (London: Routledge, 2023), 373.

cuestiones abarcan temas obligacionales, por ejemplo, surge la incógnita sobre si el fideicomiso puede obligarse a sí mismo, emitir acciones. Esto jamás se verá en el *trust*, puesto que quien se obliga y quien tiene la propiedad es el encargado¹⁸.

Si bien la solución del legislador ecuatoriano puede considerarse una excepción a la legislación habitual en el área del fideicomiso, la concepción del fideicomiso como un patrimonio autónomo independiente es útil para proteger a los activos del fideicomiso de acreedores del constituyente, fiduciario o beneficiario. Así mismo, el hecho de que el fiduciario no sea el dueño de los bienes evita la discusión sobre la limitación del derecho de propiedad.

3.2 Personalidad jurídica y tributación

Retomando el texto del artículo 109, una de las características que más llama la atención es la denominación del fideicomiso mercantil ecuatoriano como patrimonio autónomo que goza de personalidad jurídica, donde el fiduciario meramente es un representante legal y no dueño. Si bien el fideicomiso será el dueño de sus propios bienes y goza de personalidad jurídica, el mismo artículo es enfático al mencionar que el fideicomiso no es una sociedad civil ni una mercantil, sino un contrato.

Esta decisión del legislador tiene sentido puesto que permite mantener el concepto de propiedad del derecho civil intacto, a la vez que protege los bienes al incluirlos en una ficción jurídica separada de cualquier otro patrimonio. Esta decisión fue clave para adaptar el *trust* anglosajón en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Sin embargo, esta decisión es minoritaria dentro del derecho comparado, por lo que existen preguntas y problemas que el derecho ecuatoriano deberá considerar en su debido momento, puesto que esta decisión ha resultado en la mutación definitiva del *trust*, casi al grado de volverlo irreconocible a ojos de los juristas anglosajones.

Si bien la decisión de dotar de personalidad jurídica al fideicomiso soluciona el problema fundamental de la propiedad, la capacidad de contraer obligaciones altera sustancialmente la concepción generalizada que se tiene sobre lo que puede hacer un

¹⁸ David Hayton, Paul Matthews, y Charles Mitchell, *Underhill and Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees* (London: LexisNexis, 2010), 2.

fideicomiso. Tal es así que encontramos una excepción a la norma expresa de la Ley del Mercado de Valores, la cual indica que el fideicomiso no es una sociedad.

El problema mencionado anteriormente se ve reflejado en materia tributaria, por ende, está contenido en la Ley de Régimen Tributario Interno. Esta ley, en su artículo 98, indica que “Para efectos de esta Ley el término sociedad comprende la persona jurídica; la sociedad de hecho; el fideicomiso mercantil y los patrimonios independientes o autónomos dotados o no de personería jurídica [...]”¹⁹. De la lectura de la Ley del Mercado de Valores junto con la Ley de Régimen Tributario Interno, es posible notar una aparente contradicción entre estas dos áreas del derecho respecto a la misma figura del fideicomiso mercantil.

Esta contradicción aparente únicamente ejemplifica las dificultades con las que se enfrenta el legislador ecuatoriano como consecuencia de haber introducido una figura jurídica que inicialmente resultaba incompatible con el sistema jurídico. De este modo, el legislador se ve en la tarea de armonizar continuamente el fideicomiso mercantil ecuatoriano en función de las preguntas que surgen en la práctica del fideicomiso. Puesto que el *trust* fue desarrollado en el sistema de derecho anglosajón, naturalmente tiene un fuerte componente económico, esta es la principal causa de que una de sus primeras regulaciones especializadas en Ecuador sea en materia tributaria.

3.3 Sobre la transferencia a título de fideicomiso

Finalmente, el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores indica que “La transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita [...]”, y que “[...]está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones ya que no constituye hecho generador[.]”²⁰. Esta aseveración sobre la transferencia de activos tiene implicaciones importantes para varias materias. Esto se fundamenta en el entendimiento tradicional civilista de que los negocios jurídicos pueden ser a título gratuito o a título oneroso.

El sistema jurídico ecuatoriano se ha construido considerando que las transferencias siempre serán gratuitas u onerosas. En consecuencia, cada vez que se

¹⁹ Artículo 98, Ley de Régimen Tributario Interno. R.S. N° 463 del 17 de Noviembre de 2004.

²⁰ Artículo 113, Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores

quiere dar un efecto jurídico a la transferencia hecha a título de fideicomiso mercantil se debe crear una ley específica. Por ejemplo, en materia tributaria, se ha descrito específicamente el efecto que la transferencia a título de fideicomiso mercantil tiene para esta área del derecho.

Hoy en día no se califica a la transferencia de bienes hecha a título de fideicomiso mercantil con la clasificación clásica, es decir, a título gratuito u oneroso. Por el contrario, la norma ecuatoriana indica que esta transferencia no es ni gratuita ni onerosa. Al ser un acto jurídico que no es catalogado como gratuito ni oneroso, es imposible aplicarle normas preexistentes. Por tanto, no es suficiente que únicamente se regule la constitución del fideicomiso. Esta figura jurídica requiere un trabajo continuo por parte del legislador para regular situaciones imprevistas relacionadas a la transferencia de bienes a título de fideicomiso mercantil.

3.4 Fiduciario calificado

La legislación ecuatoriana prevé que el fiduciario de un fideicomiso mercantil ecuatoriano sea una persona que cumpla una serie de requisitos taxativos establecidos en la Ley del Mercado de Valores. Entre otros requisitos, la ley indica que serán compañías anónimas con objeto social limitado al giro de negocio de una fiduciaria con un capital mínimo. Sin embargo, surge la siguiente pregunta, ¿El hecho de tener un fiduciario calificado sirve como garantía para todos los inversores de que el proyecto tendrá una administración más segura? O formulada de otra manera, ¿Trae algún beneficio para el constituyente esta disposición legal?

La ley del mercado de valores, en su artículo 91, es el cuerpo que contiene los requisitos para fiduciarios. Las personas jurídicas serán autorizadas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Estas personas jurídicas podrán ser compañías o sociedades anónimas cuyo objeto social esté limitado a: “a) Administrar fondos de inversión; b) Administrar fondos fiduciarios [...]; c) Actuar como emisores en procesos de titularización; d) Representar fondos internacionales de inversión”²¹. Esta característica del fideicomiso mercantil ecuatoriano es habitual encontrarla en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

²¹ Artículo 91, Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores

Una ventaja de tener un fiduciario calificado es la aparente seguridad que otorga una compañía que cumple con los requisitos establecidos por el órgano estatal para regular su operación. Sin embargo, un fiduciario calificado presenta dos inconvenientes. El primer inconveniente tiene que ver con la observación estatal de la que es sujeto: puesto que el fiduciario tendrá interés en mantener su estabilidad, tomará decisiones que conlleven la menor cantidad de riesgo, lo que puede conducir a que la administración del fiduciario calificado obtenga menor rentabilidad en comparación al fiduciario que no tiene tanta aversión al riesgo.

Al establecer que exclusivamente las personas jurídicas que han sido aprobadas para ser fiduciarios pueden administrar un fideicomiso, el legislador ha cerrado la puerta a que los fideicomisos mercantiles alcancen el grado óptimo de funcionamiento por especialidad sin incurrir en costos más elevados. Esto se entiende mejor al concebir que un fideicomiso alcanza un grado óptimo de funcionamiento cuando éste es administrado por una persona con experiencia en el área.

Muchas veces esta experiencia provendrá de la toma de decisiones riesgosas. Ya que el fiduciario en Ecuador es una persona jurídica adversa al riesgo, producto del control estatal, la única forma en la cual el fideicomiso podrá obtener la administración o asesoría de una persona experimentada en el área es a través del pago de elevadas sumas de dinero a consultores externos, o contratando profesionales experimentados, de modo que el servicio fiduciario se encarece.

El segundo inconveniente tiene que ver con la disminución de la oferta de servicios fiduciarios. El requisito legal en Ecuador hace que varias personas quedan fuera de ser elegibles para ocupar un puesto de fiduciario porque, a menos que la fiducia sea su giro de negocio único y estén establecidos a través de una compañía anónima, no podrán ser fiduciarias de un fideicomiso mercantil ecuatoriano.

Respecto a este punto, se ha mencionado que los fideicomisos sirven como vehículos para inversión que dan seguridad a las partes de que se logrará la consecución de un proyecto o se alcanzará un fin determinado. Los negocios que pueden beneficiarse del uso de un fideicomiso son de lo más variados. Por ende, una desventaja que acarrea la disminución de la oferta de servicios fiduciarios, o la dificultar para ser fiduciario calificado, es que el grado de especialidad que las empresas fiduciarias pueden alcanzar

a precios asequibles disminuye. En contraste, un profesional independiente puede tener más pericia en el manejo de un determinado negocio que un fiduciario calificado, a un menor costo, pero no puede actuar como tal ya sin cumplir los requisitos formales del fiduciario calificado.

4. Del fideicomiso mercantil inmobiliario

Una vez analizadas las características y particularidades del fideicomiso mercantil ecuatoriano, pasamos a una sección de análisis de una de sus formas más comunes, el fideicomiso mercantil inmobiliario. Esta figura jurídica es ampliamente usada para el desarrollo de proyectos de inversión inmobiliaria en Ecuador. Como se ha mencionado anteriormente, la figura jurídica otorga beneficios considerables a los inversionistas, quienes depositan su confianza en la constitución de un fideicomiso que aumenta la probabilidad de éxito del proyecto gracias a las características y efectos prácticos que se señalan a continuación.

4.1 El patrimonio autónomo

Primero, el fideicomiso mercantil inmobiliario posee un patrimonio autónomo destinado específicamente al a consecución del proyecto. A diferencia de una compañía, los activos que ingresan al fideicomiso mercantil se vuelven inembargables respecto a cualquier obligación ajena al propio fideicomiso. Esta característica permite que aún cuando los inversores incurran en deudas, los bienes que se destinaron con anterioridad al proyecto inmobiliario se mantendrán destinados a la consecución del proyecto inmobiliario.

Respecto a este punto, es menester mencionar que la legislación ecuatoriana meramente prevé el supuesto del uso indebido de esta característica en el artículo 120, literal C, del código que contiene la regulación del fideicomiso mercantil, en donde el constituyente jura que su fideicomiso mercantil no irroga perjuicios a acreedores o a terceros²². El Ecuador todavía no cuenta con legislación o jurisprudencia referencial lo suficientemente desarrollada como para resolver casos en los que la característica de patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil es usada para perjuicio de acreedores.

²² Artículo 120, Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores

Sin embargo, los acreedores del constituyente sí pueden perseguir los derechos o beneficios que a este le correspondan producto del fideicomiso que constituyó.

Esta característica también permite un mejor control de activos, puesto que los bienes solo podrán salir del patrimonio con un acto del representante legal, quien necesariamente debe actuar acorde a las instrucciones plasmadas en la constitución del fideicomiso. En el caso ecuatoriano, el representante legal es una compañía fiduciaria, la cual es regulada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. A diferencia de un gerente común, el fiduciario calificado otorga mayor seguridad a los inversores puesto que tienen la certeza de que el fideicomiso es administrado por un tercero que es sujeto de regulación y supervisión por parte del propio Estado.

No obstante, el hecho de que el fiduciario deba ser un sujeto calificado no debe ser considerado como algo positivo para el constituyente. Si bien el fiduciario calificado puede aparentar mayor confiabilidad por ser sujeto de regulación, el fideicomiso es un negocio jurídico que se basa en la confianza que el constituyente tiene respecto al fiduciario. Tal es así que en el derecho anglosajón este requisito del fiduciario calificado no existe, el sistema permite al constituyente elegir al fiduciario de su preferencia sin que este deba ser aprobado previamente por un órgano estatal. Aún así, el fiduciario o *trustee* del fideicomiso anglosajón igual está sujeto a lo dispuesto por el constituyente. Consecuentemente, es posible afirmar que la ley ecuatoriana reduce la libertad de elección del fiduciario por parte del constituyente sin otorgarle a este último un beneficio palpable.

Por otra parte, en caso de que se decida no hacer un fideicomiso y simplemente se ejecute el proyecto inmobiliario a través de la gestión ordinaria de una empresa, los inversores están expuestos a que los bienes invertidos y los ingresos económicos sean usados para otro fin. Esta inseguridad para el inversor deviene de que el dominio de los bienes no estará en un patrimonio autónomo administrado por un tercero con sujeción a instrucciones predefinidas, sino bajo el dominio de una persona jurídica o natural con un rango de discrecionalidad mucho más amplio.

De todas formas, el *trust* anglosajón y el fideicomiso mercantil ecuatoriano no discrepan ampliamente por este punto. De hecho, el que el fideicomiso mercantil en Ecuador sea un patrimonio autónomo deviene principalmente de la necesidad de

armonizar el *trust* con el sistema de derecho civil. Esto es así porque en el *trust* puede haber un dueño de los derechos de administración y un dueño de los réditos económicos.

Puesto que el sistema civil no permite dicha división, el fideicomiso se constituye como un patrimonio autónomo de modo que pueda haber un administrador fiduciario que no es dueño de las cosas y un beneficiario que tampoco es dueño de las cosas. Esta solución no hace que el *trust* y el fideicomiso mercantil ecuatoriano sean la misma figura, pero al menos armoniza el dilema de la propiedad de los bienes sin romper la concepción civilista de propiedad y permite que el fideicomiso mercantil ecuatoriano opere de forma similar al *trust*.

4.2 El punto de equilibrio

Segundo, el fideicomiso mercantil inmobiliario puede establecer un punto de equilibrio que debe ser alcanzado antes de que se le exija pagar impuestos. Si bien el fideicomiso mercantil es considerado como sociedad según la ley tributaria, y por ende debe pagar impuestos, el fideicomiso mercantil inmobiliario tiene la ventaja de poder fijar un punto de equilibrio técnico o económico que, en caso de no alcanzarse, permite retrotraer el fideicomiso sin consecuencias tributarias.

En este sentido, si no se alcanza el punto de equilibrio, el fideicomiso puede devolver a cada inversor sus bienes aportados, de modo que no se habrá generado impuesto, protegiendo a los inversores en materia tributaria en caso de que el proyecto no se desarrolle según lo esperado, un beneficio que no tienen con la constitución de una empresa.

Respecto al análisis comparativo con el *trust* anglosajón, es necesario enfocar esta discusión en el sistema legal que usará cada sistema jurídico. En Ecuador, es menester que la norma legal contemple la posibilidad de establecer un punto de equilibrio que delimite la obligatoriedad del pago de impuestos porque el juez decidirá con sujeción a la ley. Por otra parte, en el sistema anglosajón no se hace énfasis en la norma escrita, ya que será el juez quien verifique los hechos y decida si un fideicomiso ha cumplido o no con la obligación tributaria. No obstante, ambos sistemas concuerdan en que el fideicomiso inmobiliario no debe pagar impuestos desde su constitución, sino desde el momento en el que generan ingresos o rentas catalogados como hechos generadores.

En este apartado no hay mayor crítica a la norma ecuatoriana puesto que es beneficioso para el constituyente que el pago de impuestos únicamente ocurra cuando el hecho generador esté atado al avance del proyecto. No obstante, la definición de este hecho generador se define a través del punto de equilibrio, mismo que se encuentra regulado en la ley. Desde el punto de vista del constituyente, no es lo más cómodo tener el punto de equilibrio definido en una ley ya que esta es naturalmente inflexible y no está hecha para contemplar el abanico de posibilidades relacionadas al punto de equilibrio.

A diferencia del sistema civil, en el sistema anglosajón el juez determina con mayor apertura y discreción si el fideicomiso ya está en condición de generar ingresos y con base a este hecho determina si el fideicomiso debe pagar impuestos. Una postura frente a esta afirmación es aseverar que el sistema anglosajón resulta más conveniente para el constituyente puesto que este último no se ve forzado a fijar un punto de equilibrio de antemano, sino que el juez podrá analizar posteriormente si está generando ingresos o rentas, lo cual constituye el hecho generador.

La segunda postura considera que en el sistema ecuatoriano el constituyente debe fijar el punto de equilibrio de antemano, motivo por el cual puede verse en la obligatoriedad de pagar impuestos una vez alcanzado el punto de equilibrio, aún cuando el punto de equilibrio pudo ser fijado imperfectamente y el fideicomiso no esté generando ingresos o renta. No obstante, esta consecuencia deviene del propio sistema civil en el cual la ley a priori es la base para la decisión judicial.

En este sentido, se puede afirmar que la legislación ecuatoriana es suficiente respecto a la regulación del punto de equilibrio y así mismo da una solución lo suficientemente satisfactoria al constituyente del fideicomiso. Un supuesto totalmente distinto fuese que el legislador no hubiese considerado el punto de equilibrio, ya que entonces el sistema civil no permitiría al constituyente exentarse del pago de impuestos por no haber alcanzado el punto de equilibrio. En este caso, el constituyente de un fideicomiso mercantil inmobiliario en Ecuador podría encontrarse en la situación donde debe pagar impuestos por un proyecto inmobiliario que finalmente fracasó y no generó renta, cuestión que no sucede en el *trust* anglosajón aún a falta de norma expresa.

5. Conclusiones

A través de este trabajo se han expuesto los principales problemas que el *trust* anglosajón trajo consigo cuando se incorporó al sistema de derecho civil bajo la figura del fideicomiso mercantil ecuatoriano. Varios de estos temas ya fueron atendidos a través de la Ley del Mercado de Valores, siendo los principales problemas: la definición de la titularidad de la propiedad, la concepción como patrimonio autónomo y personalidad jurídica, la transferencia de bienes a título de fideicomiso mercantil, y la existencia de un fiduciario calificado.

Con el fin de zanjar la discusión respecto a la titularidad del bien y la concepción civilista de propiedad, el fideicomiso mercantil ecuatoriano está concebido como un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica y con capacidad para ser dueño de bienes. Este concepto hace que el fideicomiso mercantil ecuatoriano sea claramente distinguible respecto al *trust* anglosajón, ya que el *trust* es solo un contrato y nunca un ente capaz de contraer obligaciones. En consecuencia, al fideicomiso mercantil ecuatoriano le es parcialmente aplicable la doctrina del *trust* anglosajón, pero también algunos aspectos del derecho de sociedades, por disposición expresa de la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno.

En la misma línea argumentativa, el hecho de que el fideicomiso mercantil ecuatoriano pueda actuar como sociedad lo liga a legislación aplicable a sociedades. Consecuentemente, el régimen tributario le será aplicable como si fuera una sociedad. Para fines de inversión empresarial, esta consideración tiene una amplia trascendencia y cambia el uso del fideicomiso. Sin embargo, esta característica debe ser aceptada por el constituyente del fideicomiso ya que no hay otra forma de armonizar esta institución con nuestro derecho civil.

El tercer aspecto para considerar responde a la transferencia hecha a título de fideicomiso mercantil. Esta transferencia es parte de un régimen especial y que debe ser continuamente desarrollado por los legisladores. Esta afirmación se sustenta en el hecho de que la legislación ecuatoriana estuvo diseñada para transferencias gratuitas u onerosas, jamás se tuvo en consideración transferencias que no sean catalogadas como tal. Sin embargo, con la legislación vigente es posible mantener un fideicomiso mercantil operativo puesto que la transferencia que se haga a este título estará exenta de pago de tasas e impuestos, por lo que resulta un vehículo útil para la inversión.

Finalmente, se concluye que el fiduciario calificado es una formalidad propia del fideicomiso mercantil ecuatoriano que no genera mayor beneficio al constituyente. Por una parte, el fiduciario calificado encarece el servicio fiduciario puesto que hay un costo económico asociado a la constitución y mantenimiento de una compañía. Así mismo, el capital mínimo que debe mantener el fiduciario aumenta el costo del servicio puesto que debe justificar el costo de oportunidad de mantener una cantidad determinada de capital disponible para tener autorización de operación.

De igual manera, el fiduciario calificado reduce la gama de opciones del constituyente sin darle un beneficio real. La libertad de contratación del constituyente puede verse mermada al no poder elegir el fiduciario de su elección, aún cuando este demuestre capacidad excepcional para la administración fiduciaria, simplemente por el incumplimiento de requisitos formales impuestos por la ley. El beneficio de esta disposición legal lo tienen las fiduciarias ecuatorianas, quienes logran conformar un oligopolio puesto que no es sencillo cumplir con los requisitos establecidos por la ley. Para un extranjero, o para un experto que no actúa como fiduciario ordinariamente, no es económicamente conveniente constituirse como fiduciario en Ecuador para un único proyecto. Consecuentemente, es posible afirmar que esta norma desincentiva la inversión extranjera y nacional en casos donde los constituyentes necesitan la libertad de elegir fiduciario específico. Esto es así porque, en determinados casos, los constituyentes podrán invertir en una jurisdicción que sí permita al fiduciario de su elección actuar como tal.

Una fiduciaria legalmente constituida puede no contar con la experiencia técnica más apta para administrar el negocio. Así mismo, puede existir un excelente administrador de negocios fiduciarios pero que no cuente con el capital o la intención de constituirse como empresa en Ecuador. Pese a que hay argumentos a favor de ambos lados, el *trust* anglosajón da la libertad al constituyente para asumir el riesgo y contratar al administrador experto basándose únicamente en su mérito y la confianza, mientras que el fideicomiso mercantil ecuatoriano limita la variedad de opciones a unas pocas empresas Fiduciarias cuyo único mérito es haber cumplido una serie de requisitos legales.

La eliminación de estas trabas permitiría al Ecuador constituir esta figura jurídica con mayor libertad, con menor costo y con mejores beneficios. En el caso del fideicomiso mercantil inmobiliario el derecho actúa a favor de los inversionistas. Esto se evidencia en el beneficio de establecer un punto de equilibrio que defina un antes y un después en el

pago de impuestos. Este es un beneficio que disminuye los costos del fideicomiso y le da más libertad al inversionista para hacer un uso eficiente de los recursos y consecuentemente un mejor uso de la figura jurídica. De igual manera, el legislador ecuatoriano debería usar el derecho para favorecer la inversión y mejorar el uso de la figura jurídica, no para encarecer el servicio fiduciario en favor de pocos.