

**Universidad San Francisco de Quito**  
Colegio de Jurisprudencia

**Publicidad y Registrabilidad de los negocios fiduciarios en el Ecuador**

**Ana Belén Cordero Cuesta**

Tesis de grado presentada para la obtención del título de abogado

Director: Pablo Cevallos Fonseca

Quito, abril de 2011

© Derechos de Autor  
Ana Belén Cordero Cuesta  
2011

A la memoria de mi abuelo Gonzalo Cordero Crespo y a mis padres.

## **RESUMEN**

El presente trabajo plantea demostrar como la ausencia de un registro de títulos de dominio fiduciario podría generar inseguridad jurídica para terceros que eventualmente resulten afectados por la constitución de un fideicomiso mercantil. La legislación comparada en la materia ha demostrado que la ausencia de publicidad registral constituye un problema jurídico importante en la práctica del expediente fiduciario. Es así como en este estudio se recomienda la adopción a futuro de mecanismos de publicidad registral que permitan dotar de seguridad jurídica a terceros.

## **ABSTRACT**

This work is aimed to show how the omission of registration of fiduciary rights and titles generates legal uncertainty to third parties who would become affected by the conformation of a trust. Comparative law in the matter teaches us that the lack of registral publicity becomes an important legal problem in the practice of trusts. Therefore this thesis proposes and recommends the adoption in the future of registral publicity mechanisms that guaranty legal certainty to third parties.

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>Introducción</b> .....	1
<b>1 Fotografía histórica y normativa del expediente fiduciario en contraposición con la garantía constitucional de seguridad jurídica y la publicidad registral.</b>	
1.1 Antecedentes históricos y prácticos del fideicomiso mercantil en torno a la propiedad fiduciaria y su inscripción. ....	6
1.1.1 Regulación normativa de la inscripción de los negocios fiduciarios en el Ecuador. ....	14
1.1.2 Breve análisis de legislación comparada. ....	17
1.2 Diferencia sustancial entre fideicomisos mercantiles y encargos fiduciarios y su inminente necesidad de inscripción. ....	22
1.3 Garantía constitucional de la seguridad jurídica y la publicidad registral. ....	29
1.3.1 La inembargabilidad del patrimonio fideicomitado. ....	32
1.3.2 La seguridad jurídica como herramienta para combatir la simulación en torno al fraude a terceros. ....	39
1.4 La acción pauliana. ....	45
<b>2 Fideicomisos sujetos a inscripción, actos y bienes no sujetos a registro y su consecuente problemática</b>	
2.1 Fideicomisos sujetos a inscripción: La Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, el Reglamento a la Ley de Mercado de Valores y la Ley de Registro. ....	52
2.2 Actos y bienes no sujetos a registro. ....	64
2.3 Problemática de la inscripción y registrabilidad de los fideicomisos mercantiles. ....	67
2.3.1 La cesión de los derechos fiduciarios y su inminente necesidad de inscripción. ....	72

### **3 El rol del registro de datos públicos en relación a los fideicomisos mercantiles**

3.1 La Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos y la información reservada en materia fiduciaria. ....	81
3.2 Institucionalización de la propiedad fiduciaria en el orden registral. ....	85
3.2.1 Ventajas y desventajas. ....	90
3.3 Recomendaciones. ....	93
<b>4 Conclusiones.</b> .....	98
<b>Bibliografía.</b> .....	100



## INTRODUCCIÓN

Los negocios fiduciarios tienen sus orígenes en la antigua Roma, en el derecho continental y en los *uses* en el trust anglosajón. Esta figura ha ido evolucionando a lo largo de la historia siempre basándose en un encargo de confianza hacia un tercero para que éste último vele por el cuidado y administración de un determinado patrimonio.

En la legislación de origen romanístico latinoamericana dentro del género de los negocios fiduciarios existen los encargos fiduciarios y los fideicomisos mercantiles. Teniendo los dos como característica en común el cuidado, administración y custodia de un determinado patrimonio. Como diferencia fundamental existe en los segundos la transferencia de dominio de los bienes que se aporten, que constituye el patrimonio autónomo e independiente de aquel que los transfiere y, por supuesto de los de la fiduciaria. Este desplazamiento patrimonial no ocurre en la figura del encargo fiduciario.

Una de las carencias más serias de la figura del fideicomiso mercantil es la ausencia de una publicidad que proteja los derechos de terceros, es decir, de aquellos que no fueron parte del contrato pero que potencialmente se podría ver perjudicados por las consecuencias jurídicas que significa la instrumentación del negocio. A decir de Silvio Lisoprawski “Sin duda, la publicidad, como la inscripción en un registro u otros medios de difusión, tiende a dar a conocer la existencia y los alcances de un hecho jurídico cuyos efectos interesan al público.”<sup>1</sup>

En el presente trabajo se sostiene que la normativa vigente en relación a la no inscripción registral del dominio fiduciario podría vulnerar los derechos de los actuales y potenciales terceros afectados por la constitución de un fideicomiso mercantil. La legislación ecuatoriana únicamente prevé la inscripción en el denominado Registro de Mercado de Valores de los fideicomisos de inversión con adherentes, los que tengan fines comunitarios al amparo de lo dispuesto en la Codificación de Resoluciones del

---

<sup>1</sup> S. LISOPRAWASKI, *Práctica del Fideicomiso. Problemas y Soluciones. Aspectos, civiles, comerciales y penales*, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 2009. p. 1

Consejo Nacional de Valores, y los fideicomisos de titularización. Así mismo, siguiendo la normativa prevista en el artículo 702 del Código Civil, en concordancia con la Ley de Registro, aquellos fideicomisos mercantiles cuyo patrimonio se encuentra integrado por bienes raíces, deben también ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad de la jurisdicción cantonal en donde se encuentre ubicado el bien.

El planteamiento jurídico que solucione el potencial problema de la falta de inscripción se presenta cuando se analiza el patrimonio autónomo y los bienes fideicomitados, es decir, si aquellos fideicomisos integrados por derechos sobre bienes muebles que tienen un contenido patrimonial tales como los derechos de crédito, los derechos fiduciarios, los derechos de dominio sobre bienes muebles tales como vehículos, pólizas de acumulación, buques y aeronaves, obras de arte, maquinaria, joyas, acciones y participaciones de una compañía, derechos exclusivos de explotación sobre un derecho de propiedad intelectual, etc. deben o no ser inscritos en algún Registro Público.

Las actuaciones jurídicas propias de un fideicomiso mercantil no constan en registro alguno. Por ello, no existe una adecuada publicidad no sólo del acto jurídico que se ha llevado a cabo, sino también de la titularidad, tanto de dominio fiduciario como del plazo o condición al que se encuentra sujeto.

Según Lisoprawski “La ausencia de registración no sólo abre la puerta de la inoponibilidad, sino que permite alegar al tercero su buena fe, por la sencilla razón del desconocimiento de un contrato que permanece a las sombras”<sup>2</sup>.

En este momento es cuando surge la interrogante: ¿La normativa actual ecuatoriana protege derechos de terceros potencialmente afectados por la constitución de un fideicomiso mercantil?. Sostengo, que la regulación existente no cumple con las funciones propias de un registro que es el de dotar de publicidad a los actos jurídicos puesto que éste - me refiero al Registro de Mercado de Valores- únicamente es una dependencia adscrita a la Superintendencia de Compañías en donde participan ciertos

---

<sup>2</sup> *Ibidem.* p. 4

actores del mercado, pero no implica publicidad registral alguna, mucho menos seguridad jurídica para con terceros.

El autor Batiza<sup>3</sup> sostiene que “El crecimiento exponencial en la constitución de fideicomisos de diversas clases, sumado a las necesidades de tráfico comercial ha exigido y desarrollado un perfeccionamiento técnico en el régimen jurídico de dicho instituto por parte de los operadores jurídicos y contables”. Es por ello que, a raíz del problema planteado, señalo ciertos inconvenientes que presenta la actual Ley de Mercado de Valores en relación a la seguridad jurídica y publicidad registral que debería girar en torno a los negocios fiduciarios.

Si bien debe existir dinámica comercial en cuanto al crecimiento y desarrollo del fideicomiso, no menos cierto es que, junto con este deseado dinamismo vino aparejada cierta inseguridad jurídica, y de la misma mano, la potencial afectación de los derechos de terceros ajenos a la relación contractual propiamente dicha. Para evitar que la institución fiduciaria sea vista como un medio para defraudar a terceros y propiamente, en defensa a cabalidad de la misma, es que señalo este inconveniente y propongo soluciones para que la figura en mención no se desincentive o que los costos que ameritaría dicha inscripción encarezcan el producto para los constituyentes o beneficiarios.

Este tema se plantea dentro de algunas legislaciones que tienen inmersa la figura de los negocios fiduciarios en sus normativas como un grave problema que vulnera la garantía constitucional de la seguridad jurídica. De hecho, existen ya, legislaciones en Latinoamérica que han adecuado su regulación respecto a la registrabilidad de estos actos.

Por tanto, el problema jurídico que surge es la falta de regulación en el Ecuador respecto de la publicidad registral del dominio fiduciario y su consecuente inseguridad jurídica para terceros.

El primer capítulo de esta tesis analiza la evolución normativa en torno al expediente fiduciario y su inscripción registral a fines de dotar de publicidad a la figura.

---

<sup>3</sup> R. BATIZA, El fideicomiso, Teoría y práctica, Editorial Jus, México, 1995 citado por F. Juyent Bas y Carlos Molina, Bases y reflexiones para una futura reforma del régimen de fideicomiso. La Ley 25 de abril de 2007.

Así mismo, se procede a la búsqueda tanto de legislación nacional como comparada que regule el asunto en cuestión buscando de esta manera denotar la clara diferencia existente dentro del género de los negocios fiduciarios como lo son los encargos fiduciarios y los fideicomisos mercantiles y su inminente necesidad de publicidad registral. Todo esto con el único objetivo de comprobar que nuestro país se ha quedado atrás a la hora de legislar en esta materia y de prever ciertas situaciones que generan inconvenientes subyacentes a la constitución de un negocio fiduciario.

Finalmente se profundiza desde la perspectiva constitucional el principio de la seguridad jurídica y la publicidad registral contrastando con la inembargabilidad de los patrimonios que integran un patrimonio autónomo fideicomitado, valiéndonos de la garantía constitucional de la seguridad jurídica como pilar fundamental para combatir la simulación en relación a terceros a través del expediente fiduciario y las acciones legales para el efecto.

En el segundo capítulo se analizan los fideicomisos mercantiles sujetos a inscripción regulados por la legislación nacional. A continuación, hago una descripción de los actos y bienes que actualmente en nuestra normativa no se encuentran obligados a registro alguno y la problemática que esta ausencia de publicidad implica para terceros. Aquello con el fin de demostrar una vez más que las tres clases de fideicomisos mercantiles que obligatoriamente deben inscribirse previstas en la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores no implican un registro propiamente dicho del título de dominio fiduciario y que no contribuyen a los fines propios de un registro que es el de publicidad y que se vulneran los derechos de terceros al poder estructurarse fideicomisos mercantiles que versen sobre muebles y no que se encuentran sujetos a registro alguno.

Finalmente en el tercer capítulo se profundiza en la nueva normativa vigente en cuanto al registro de datos públicos aplicándolo en gran medida a la materia fiduciaria así como la institucionalización del dominio fiduciario en el orden registral con el fin de determinar cuáles son sus ventajas y desventajas a la hora de implementarlo. Quedando

comprobado una vez más que la normativa actual deja desprotegidos los derechos actuales y futuros de terceros.

# 1. FOTOGRAFÍA HISTÓRICA Y NORMATIVA DEL EXPEDIENTE FIDUCIARIO EN CONTRAPOSICIÓN CON LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y LA PUBLICIDAD REGISTRAL

## 1.1 Antecedentes históricos y prácticos del fideicomiso mercantil en torno al dominio fiduciario y su inscripción.

Dentro de los distintos análisis de antecedentes históricos que se pueden dar a lo largo del estudio del fideicomiso se encuentran presentes siempre las dos características principales de los mismos como lo son “la transferencia de la propiedad, el desplazamiento patrimonial que lo aleja de la figura del mandato, y por otro el encargo de confianza, la *fides* del transmitente en la gestión encomendada a este nuevo titular temporario de la propiedad”<sup>4</sup>.

De acuerdo a como se constituía el negocio fiduciario en Roma existieron dos instituciones muy importantes que han servido de precedente para su evolución normativa: la fiducia y los fideicomisos testamentarios mejor conocidos como *fideicomissums* – para Bauche<sup>5</sup> esta palabra proviene del latín “*fides*” que significa fe y de “*comissus*” que quiere decir comisión o encargo-. Siendo la figura que nos ocupa la primera podemos solamente mencionar que el fideicomiso con fines testamentarios tenía lugar por acto *mortis causa*. En Roma, los fideicomisos *mortis causa* o llamados hereditarios no tenían fuerza ejecutoria porque nadie podía ser obligado a cumplir aquello que se le había rogado y por eso precisamente se llamó a la figura “*fideicomissum, commitio* que quiere decir comisión o encargo de fe”<sup>6</sup>. Esto era porque la figura no se apoyaba en ningún tipo de normativa.

---

<sup>4</sup> E. CLUSELLAS, Contratos con garantía fiduciaria, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 29.

<sup>5</sup> Cfr. M. BAUCHE “Fideicomiso”, Fideicomiso de la Superintendencia de Compañías, 4ta edición, p. 12.

<sup>6</sup> J. LASCALA, Práctica del fideicomiso, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003. p. 3.

Esta figura tiene su origen en la edad media cuando los Señores partían para las Cruzadas y para el efecto de su ausencia dejaban el fideicomiso encargado a una persona que administraba sus bienes para transmitírselos a sus hijos y mujer en caso de que el Señor no regresase. Se dieron muchos casos en que el padre no regresaba o moría y la persona a quien se le dejó encargada no devolvía los bienes a los sucesores, estos últimos debieron acudir donde el Rey para dirimir este conflicto y fue así como se instauró el contrato de fideicomiso, produciendo como principal consecuencia la segregación de los bienes transferidos al patrimonio de los 3 sujetos: el disponente – quien transfiere sus bienes para que sean administrados por el fiduciario a favor del beneficiario quien podía ser el mismo constituyente<sup>7</sup>.

Para Rodriguez Azuero el *fideicomissum* parece haber tenido sus orígenes en las múltiples incapacidades de heredar que consagraba el Derecho romano y en la necesidad de poder realizar la voluntad del testador a través de la figura que, salvando los inconvenientes legales, pudiese hacer efectiva su última voluntad<sup>8</sup>.

Es así como en sus comienzos a esta figura se la utilizó para transmitir una herencia o un legado a personas que en el momento del fallecimiento del causante carecían de capacidad o aptitud suficiente para ser herederas o legatarias, pero a las que se las pretendía asegurar una transmisión.

Para Mario Carregal “El encargo se basaba en principio exclusivamente en la buena fe del fiduciario, sin que existiera acción que permitiera reclamar su ejecución”<sup>9</sup>. En la época de Augusto surgieron inconvenientes con la ejecución de estos fideicomisos fue así como el *Princeps* los hizo ejecutar a través de sus cónsules surtiendo gran efecto porque se les dotó a los fideicomisos de eficacia procesal gracias a la

---

<sup>7</sup> Cfr. “El Trust o la Planificación y protección patrimonial” Crónica económica. Disponible en: <http://cronicaeconomica.com/articulo.asp?idarticulo=23163> . Consultado el 23 de septiembre de 2010.

<sup>8</sup> Cfr. S. RODRIGUEZ AZUERO, Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina, Primera Edición, Legis Editores S.A.,2005, p.11

<sup>9</sup> M. CARREGAL, Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los Negocios, Heliasta, Buenos Aires, 2008, p.37

creación del *Praetor Fideicommissarius* establecido por Claudio, autoridad encargada de velar por el cumplimiento de dicha figura<sup>10</sup>.

Para Francisco Huber<sup>11</sup> el fideicomiso estaba exento de formalidades y debido a ello comenzó a ser utilizado para defraudar a la ley puesto que en Roma el instituir a una persona como heredero significaba que éste sería quien continúe con la personalidad del *De Cuius*, sin que por esa circunstancia deba ser beneficiado con alguna ventaja económica -situación que generó que se ponga en peligro el patrimonio familiar puesto que a finales de la República era muy común otorgar legados a extraños dejando así de cumplir con la Lex Falcidia<sup>12</sup>.

La fiducia por otra parte tenía lugar por acto inter vivos y consistía en la transmisión del derecho de propiedad siempre acompañado del *pactum fiduciae* que no era otra cosa que el acuerdo entre las partes. La una de transferir el dominio sobre la cosa y la otra de restituirla o transmitirla a terceros cuando se cumpla un determinado fin o plazo<sup>13</sup>. Dentro de los fines de esta figura se encontraba la *fiducia cum amico* y la *fiducia cum creditore*. A través de los múltiples usos de esta última figura sucedía en algunas ocasiones que un deudor celebraba fraudulentamente una *fiducia y precarium* en relación a un solo objeto, pero con diversos acreedores. En una situación análoga entonces el Derecho actual hace intervenir al registro público para la protección de acreedores<sup>14</sup>.

Alejandro Guzmán define a la fiducia en el Derecho Romano como

Un contrato formal y real al mismo tiempo, que consiste en la transferencia que el dueño de una *res mancipi*, al que llamamos fiduciante, hace a un fiduciario, mediante *mancipatio*, contrayendo éste la obligación de

<sup>10</sup> Cfr. F. HUBER OLEA, Diccionario de Derecho Romano, Editorial Porrúa. México, 2000, p.220

<sup>11</sup> Cfr. F. HUBER OLEA, Diccionario de ...Op. Cit, p. 13

<sup>12</sup> Plebiscito votado en el año 40 A.C. que prohibía al testador legar más de tres cuartas partes de la herencia, debiendo conservar el heredero cuando menos la cuarta parte restante. A esta porción se la llamó Quarta Falcidiana.

<sup>13</sup> Cfr. E. CLUSELLAS, Contratos con garantía fiduciaria, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003, p.31.

<sup>14</sup> Cfr. Artículo 2859 del Código Civil para el Distrito Federal de México publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928 citado por M. ACOSTA ROMERO, Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso, Editorial Porrúa. México, 1997. p.

comportarse de determinada manera con la cosa y de restituir el dominio de ella al fiduciante (o a un tercero) en un momento posterior predeterminado mediante una *in iure cessio*<sup>15</sup>.

Siendo así que, el carácter formal del negocio jurídico viene dado por la *mancipatio* y su naturaleza real por la transferencia es decir, la *datio*. Es así como el fiduciario adquiriría el derecho pleno de dominio con todas las facultades inherentes a éste tales como la reivindicación del dominio en defensa del bien a través de las *actio furti* y de la *condictio furtiva*<sup>16</sup>.

La *fiduciae cum creditore* funcionaba cuando se enajenaba un bien para garantizar el crédito, con la consecuente obligación que contraía el que lo adquiriría de efectuar su restitución cuando el fiduciante (constituyente) hubiere cumplido con la obligación de pago y así se conseguía el objetivo planteado por el *pactum fiduciae*<sup>17</sup>. Siendo éste entonces un negocio con causa onerosa donde el deudor transfería por *mancipatio* o *in iure cessio* la propiedad de un bien con cargo de que le fuera retransmitido una vez satisfecha la obligación<sup>18</sup>. Constituyendo así, éste el único derecho real de garantía que existió hasta la época antes de la aparición de la prenda y la hipoteca<sup>19</sup>.

Por otra parte, la *fiducia cum amico* se celebraba a título no oneroso en interés del fiduciante (constituyente) y no del fiduciario y buscaba transferir la propiedad de los bienes para que este último pudiese disponer de ellos y ejercer las facultades inherentes al dueño tales como la administración, la celebración de contratos, su defensa contra ataques de terceros, etc. y tenía lugar cuando una persona dueña de un determinado bien contaba con la confianza de otra persona y, por ejemplo, debía ausentarse del país durante un largo periodo de tiempo y en vez de dejar el bien en manos de su amigo

---

<sup>15</sup> A. GUZMÁN BRITO, Derecho Privado Romano, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2001, p. 108

<sup>16</sup> Cfr. *Ibidem*. p. 109

<sup>17</sup> Cfr. J. LASCALA, Práctica del fideicomiso, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 3

<sup>18</sup> Cfr. S. RODRIGUEZ AZUERO, Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina. Primera Edición Legis Editores S.A. 2005. p. 8

<sup>19</sup> Cfr. SCHULZ, FRITZ. Derecho Romano Clásico. Ed. Bosch. Barcelona 1960. p. 387

instrumentándolo mediante un contrato de tenencia, utilizaba esta figura para que goce de todas las facultades de señor y dueño para dar una protección más amplia y eficaz<sup>20</sup>.

Dentro de las formalidades que tenía esta figura se puede decir que existía una ausencia de las mismas en Roma. Miguel Acosta Romero menciona que “el fideicomiso se realizaba de forma verbal, con absoluta libertad y la base del mismo era la buena fe del fiduciario, la ausencia de la cual no tenía sanciones jurídicas”<sup>21</sup>.

La fiducia desaparece en la época postclásica, conjuntamente con la *Mancipatio* y la *In Iure Cessio*, sobre las que se apoyaba<sup>22</sup>. Siendo Justiniano quien sustituyó sus referencias que aparecían en las obras de los juristas clásicos por el *pignus*, el *commodatum*, el *depositum* y el *mandatum*<sup>23</sup>.

El *trust* que es una institución legal perfilada como un precedente judicial inglés en el Common Law tiene su origen en las “instituciones fiduciarias del Derecho Romano que en Inglaterra evolucionaron sobre la base de la *equity*”<sup>24</sup> para así poder crear una estructura legal que permita al propietario de unos determinados bienes la transferencia de dominio de los mismos a una persona con el fin de que esta los administre en beneficio de un tercero.

El *trust* es un sucesor de una institución inglesa más antigua llamada “*use*” y era creado mediante convenio verbal; el *feoffee to use* (sujeto del derecho de uso) aceptaba conservar los bienes en custodia y permitía al *cestui* (el que tiene el uso de la cosa) tomar las utilidades; y se obligaba asimismo a transferir la propiedad o el título de ella tal como se instituyera. Sin embargo el sistema inglés estableció una serie de gravámenes y

---

<sup>20</sup> Cfr. S. SAAVEDRA Y EDUARDO BUENAVENTURA, citado por S. RODRIGUEZ AZUERO, Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina. Primera Edición Legis Editores S.A. 2005, p. 305

<sup>21</sup> ACOSTA ROMERO, MIGUEL. Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso. Editorial Porrúa. México, 1997. p. 1.

<sup>22</sup> Cfr. F. HUBER OLEA, Diccionario de Derecho Romano. Editorial Porrúa. México, 2000. p. 224.

<sup>23</sup> Cfr. A. Guzmán Brito, Derecho Privado Romano. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Chile, 2001. p. 110

<sup>24</sup> S. RODRIGUEZ AZUERO, Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina. Primera Edición Legis Editores S.A. 2005, p. 29

cargas para los propietarios de los bienes que por el hecho de haberlos transferido en *feoffee*, reservándose únicamente el uso, lo hacían para no pagar sus deudas<sup>25</sup>.

Así fue como a inicios del siglo XVI los *uses* y los *trusts* trajeron varios inconvenientes y fraudes que disgustaron a la Corona. Hubo muchas objeciones en contra de los mismos puesto que se utilizaron para defraudar a acreedores, herederos, compradores y sobre todo a los señores feudales que veían de esta manera perder sus derechos y asimismo la Corona que perdía sus derechos en sus calidades de lord<sup>26</sup>.

La mayor diferencia entre la fiducia y el trust fue que éste último se constituía por acto unilateral designando beneficiario, a diferencia de la fiducia que requería de pacto bilateral. Así como tampoco es compatible con los principios romanos la existencia de una doble jurisdicción y la posibilidad de que existiese dos propietarios sobre la misma cosa, uno *in law* y otro *in equity* como lo estatuye el trust<sup>27</sup>.

Andrés Bello se separó del modelo francés e introdujo en el Código Civil chileno la institución de la propiedad fiduciaria como una forma de limitar el derecho de dominio junto con el usufructo y las servidumbres<sup>28</sup>.

La mayoría de legislaciones latinoamericanas han legislado en torno a los negocios fiduciarios pero en algunos países aún queda sin dilucidar el carácter de la transmisión fiduciaria de los bienes y la naturaleza del derecho que tiene el fiduciario sobre éstos<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. M. ACOSTA ROMERO, Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso. Editorial Porrúa. México, 1997. p. 5

<sup>26</sup> Cfr. *Ibidem*. p. 9

<sup>27</sup> Cfr. M. CARREGAL, Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los Negocios. Heliasta. Buenos Aires, 2008. p.48

<sup>28</sup> Cfr. S. RODRIGUEZ AZUERO, Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina, Primer Edición Legis Editores S.A. 2005. p. 42

<sup>29</sup> Cfr. M. CARREGAL, Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los Negocios. Heliasta. Buenos Aires, 2008. p.50

Cierto sector de la doctrina<sup>30</sup>, con el cual concuerdo dice que lo propio es referirse a la propiedad fiduciaria, más no al dominio fiduciario aún cuando en la positivización del concepto se haga referencia al dominio fiduciario puesto que al referirse a la propiedad se abarca también los objetos inmateriales de contenido patrimonial perfectamente fideicomitibles. De hecho la mayor parte de la doctrina considera que el derecho de propiedad y de dominio son dos conceptos totalmente distintos. Es así como Lafaille establece que:

[...] la pureza del léxico jurídico impone reservar el segundo para el derecho real que se aplica tan sólo a cosas en el comercio; al paso que el sustantivo “propiedad” conviene a todo género de derechos, susceptibles de apreciación pecuniaria, es decir, a los bienes [...]”<sup>31</sup>.

De hecho esta posición la comparte el más alto tribunal argentino<sup>32</sup> en cuanto al concepto de propiedad. No compartir esta posición llevaría a pensar que quedan excluidos del “objeto del fideicomiso las transmisiones a título de confianza de créditos y de los otros derechos personales de contenido patrimonial”<sup>33</sup> tales como marcas de fábrica, patentes de invención, derechos de autor, etc.

Nuestro Código Civil<sup>34</sup> en su artículo 748 regula la propiedad fiduciaria diciendo que es aquella que se encuentra sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición.

En torno a un tema práctico sobre la instrumentación del fideicomiso mercantil quisiera llamar la atención y la discordancia en la que incurre la legislación ecuatoriana. Por una parte la Ley de Mercado de Valores<sup>35</sup> en su artículo 110 establece que el fideicomiso deberá constituirse mediante “instrumento público abierto” y que

---

<sup>30</sup> Cfr. M. CARREGAL, Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los Negocios, Heliasta, Buenos Aires, 2008, p.77

<sup>31</sup> H. LAFAILLE, Tratado de Derecho Civil argentino. Derechos reales, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1927. p. 335-336 citado por M. CARREGAL, Fideicomiso... Op. Cit p.80

<sup>32</sup> Cfr. B. CAMPOS, Derecho Constitucional II, Buenos Aires, Ediar, 1966, p.323 citado por M. Carregal, Fideicomiso... Op. Cit p.84

<sup>33</sup> B. CAMPOS, Derecho Constitucional... Ibidem. Pág. 83

<sup>34</sup> Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46 de 25 de junio de 2005.

<sup>35</sup> Ley de Mercado de Valores. Registro Oficial Suplemento 215 de 22 de febrero de 2006.

solamente cuando se aporten bienes inmuebles u otros para los cuales la ley exija la solemnidad de escritura pública se cumplirá con este requisito.

Por otra parte, el artículo 25 del Reglamento a la Ley de Mercado de Valores<sup>36</sup> estipula que todo contrato de fideicomiso mercantil debe otorgarse por escritura pública y deberá reunir los requisitos establecidos en la Ley. Y, finalmente la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores<sup>37</sup> en su Título V, Capítulo Primero, Artículo 1 establece lo siguiente: “Instrumentación del contrato.- 1. Fideicomiso mercantil.- El contrato de fideicomiso mercantil se otorga mediante la suscripción de escritura pública.”.

Por tanto, de acuerdo a la jerarquía normativa tenemos una Ley, un Reglamento que es inferior a la Ley y una Resolución que es inferior al Reglamento. En el estudio de jerarquía normativa se podría entonces llegar a que pensar que lo que prima aquí es la Ley de Mercado de Valores. Con lo cual, desde la doctrina y la ley, podría decirse entonces que ¿Los fideicomisos mercantiles podrán ser constituidos por “instrumento público abierto” y que solamente cuando se aporten bienes inmuebles u otros para los cuales la ley exija la solemnidad de escritura pública se cumplirá con este requisito? ¿Podría yo entonces constituir cualquier fideicomiso mercantil donde se aporten bienes que no sean inmuebles ni de los que exija la ley solemnidades mediante instrumento privado?. Queda sentada la interrogante para discusión.

La doctrina<sup>38</sup> se ha posesionado respecto a esta peculiaridad de la cual habla la Ley de Mercado de Valores en torno al tema del “instrumento público abierto” y ha dicho que este concepto surgió a raíz de una Circular numerada 1935/85<sup>39</sup>. del Banco de México donde se hacía mención a los fideicomisos abiertos de inversión en valores.

<sup>36</sup> Reglamento a la Ley de Mercado de Valores. Decreto Ejecutivo 390. R.O 87 de 14 de diciembre de 1998.

<sup>37</sup> Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores. R.O. Suplemento Número 1 de 8 de marzo de 2007.

<sup>38</sup> Cfr. R.GONZÁLEZ TORRE, Manual de Fideicomiso en Ecuador y América Latina, Edino, Guayaquil, 2009. p.184

<sup>39</sup> Cfr. Circular 1935/85 del Banco de México numeral M.51.32 disponible en [http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:n\\_\\_ftSrOnAYJ:www.banxico.org.mx/sistemafinanciero/disposiciones/circularesAbrogadas/1935-85/REMESA%25206.-%2520M-](http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:n__ftSrOnAYJ:www.banxico.org.mx/sistemafinanciero/disposiciones/circularesAbrogadas/1935-85/REMESA%25206.-%2520M-)

El jurista Lopez Roca<sup>40</sup> dice que cuando la ley requiere como solemnidad la escritura pública claramente emplea estas mismas palabras que subrayo, ya que cuando se omite el calificativo de “pública” para una escritura es porque se quiere hacer referencia a documentos privados<sup>41</sup>. Afirmación con la que concuerdo en gran medida.

### 1.1.1 Regulación normativa de la inscripción de los negocios fiduciarios en el Ecuador.

En todas las legislaciones que tienen inmersa la figura jurídica del negocio fiduciario regulan en una u otra medida la situación inminente de la inscripción de los mismos y su correspondiente registro y publicidad. Es así que en nuestro país la Ley de Registro<sup>42</sup> establece en su artículo 25: “Están sujetos al registro los títulos, actos y documentos siguientes:

- a) Todo contrato o acto entre vivos que cause traslación de la propiedad de bienes raíces;
- l) (sic) Cualquier otro acto o contrato cuya inscripción sea exigida por la Ley.”

En la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores<sup>43</sup> en su Título V Capítulo I llamado Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario en la Sección II:

Inscripción en el Registro del Mercado de Valores  
Art. 6.- Inscripción.- En el Registro del Mercado de Valores se inscribirán los

---

5.pdf+circular+1935/85+del+Banco+de+M%C3%A9xico+numeral+M.51.3&hl=es&pid=bl&srcid=ADGEEsGxsy89yAD-XLA\_CmxbJGJo50RgI00C2VU9GxirCBZj4586OD2M65sTy\_\_aWsOtFGnv9uBxHb7WBquLsynQB9ciKImYIgisJzUu962D oqHHjjRNWxUHTg6ivo5x85ijKVKgky3&sig=AHIEtbSC4NiB56x\_tA\_H046gVQits5ELHQ consultada el 13 de abril de 2011 M.51.33 Los fideicomisos abiertos de inversión en valores serán aquellos en los que se prevea la adhesión de terceros y se entreguen recursos en moneda nacional a la institución fiduciaria para que, a su vez, ésta los invierta discrecionalmente, en un fondo común, en los instrumentos o valores a los que se refiere

<sup>40</sup> Cfr. L. LOPEZ ROCA, “El Negocio fiduciario de inversión. Servicios fiduciarios y Banco de Inverisón”, Bogotá, 1998. p. 117 en Operaciones bancarias activas, pasivas y complementarias, 4ta edición, Editorial Porrúa, México 1981.

<sup>41</sup> Cfr. R. RENGIFO, La fiducia, Editora Ranco, Bogotá, 1984 en igual sentido ver ISAIAS CHAVEZ VELA. La fiducia en el derecho colombiano, “Revista de Derecho Económico”, no.2 Editorial Temis, Bogotá, 1984.

<sup>42</sup> Ley de Registro. Registro Oficial 150 de 28 de octubre de 1966.

<sup>43</sup> Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores. R.O. Suplemento Número 1 de 8 de marzo de 2007.

fideicomisos que sirvan como mecanismos para realizar un proceso de titularización y los fideicomisos de inversión con adherentes.

Y en la Sección IV del mismo capítulo se regula lo siguiente:

Artículo 18.- Disposiciones especiales sobre fideicomisos mercantiles con fines comunitarios: en su inciso final se establece lo siguiente: Estos fideicomisos mercantiles deben inscribirse en el Registro del Mercado de Valores, ya que reúnen los presupuestos establecidos en el artículo 6 de este capítulo.

El Registro de Mercado de Valores al que hacen mención las referidas normas no puede catalogarse como un “Registro” propiamente dicho puesto que, éste únicamente es una dependencia adscrita a la Superintendencia de Compañías conforme lo manda el artículo 18<sup>44</sup> de la Ley de Mercado de Valores en donde participan ciertos actores mencionados en el referido artículo pero no implica publicidad alguna, ni mucho menos seguridad jurídica para con terceros.

Este conjunto de disposiciones nos lleva a la siguiente conclusión:

- Los fideicomisos mercantiles en los cuales los constituyentes aporten al patrimonio autónomo inmuebles, deberán inscribir su tradición de dominio en el Registro de la Propiedad<sup>45</sup>. En el artículo 30 numeral 12 del Código de Comercio<sup>46</sup> se establece que en el Registro Mercantil se inscribirán las patentes de navegación de buques. El artículo 736 del referido cuerpo legal hace mención

---

<sup>44</sup>Artículo 18 “[...] En el Registro del Mercado de Valores deberán inscribirse:

1. Los valores que sean objeto de oferta pública y sus emisores;
2. Las bolsas de valores y sus reglamentos de operación;
3. Las casas de valores y sus reglamentos de operación;
4. Los operadores de las casas de valores;
5. Los operadores que actúen a nombre de los inversionistas institucionales;
6. Los depósitos centralizados de compensación y liquidación de valores y, sus reglamentos interno y de operación;
7. Los fondos de inversión, sus reglamentos internos y contratos de incorporación;
8. Las cuotas emitidas por los fondos de inversión colectivos;
9. Los valores producto del proceso de titularización;
10. Las administradoras de fondos de inversión y fideicomisos y sus reglamentos de operación;
11. Los contratos de fideicomiso mercantil y de encargos fiduciarios, de conformidad con las normas de carácter general que para el efecto dicte el C.N.V.;
12. Las calificadoras de riesgo, su comité de calificación, su reglamento interno y, procedimiento técnico de calificación;
13. Las compañías de auditoría externa que participen en el mercado de valores; y,
14. Los demás entes, valores o entidades que determine el C.N.V.

<sup>45</sup> Cfr. R. GONZALEZ, Manual de Fideicomiso en Ecuador y América Latina, Edino, Guayaquil, 2009, p. 185.

<sup>46</sup> Código de Comercio. R.O. Suplemento 1202 de 12 de agosto de 1960

a que toda persona con capacidad legal para adquirir puede ser propietaria de nave ecuatoriana por tanto, al parecer no habría limitación alguna para aportar a un fideicomiso un buque. El Reglamento a la Actividad Marítima<sup>47</sup> en su artículo 2 establece que la matrícula de una nave es un certificado por el cual se acredita que ha sido inscrita en los Registros de la Capitanía de Puerto correspondiente. El artículo 7 del referido Reglamento menciona que para matricular por primera vez una nave se debe acompañar el título de propiedad inscrito en la Capitanía de Puerto lo cual nos lleva a concluir que un requisito esencial para obtener la certificación correspondiente es inscribir el título de dominio en el referido registro de la propiedad naval que lo regula el artículo 66 del ya mencionado Reglamento: “Todo acto o contrato relativo a la propiedad naval se inscribirá en las Capitanías de Puerto Jurisdiccionales, las mismas que para el efecto llevarán los siguientes registros: DE PROPIEDAD; DE HIPOTECAS Y GRAVÁMENES; Y DE INTERDICCIONES.”. El siguiente artículo describe qué títulos deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad Naval siendo éstos todas las escrituras públicas o contratos privados de compraventa de naves; en el REGISTRO DE HIPOTECAS Y GRAVAMENES, se inscribirán todas las hipotecas, los contratos de prenda industrial y más gravámenes; en el REGISTRO DE INTERDICCIONES, se inscribirán todas las prohibiciones de enajenar, secuestros, embargos y todos los impedimentos que suspendan o limiten el derecho de enajenar y los que sean ordenados por Autoridad Competente.

- Los fideicomisos mercantiles de titularización deberán inscribirse en el Registro de Mercado de Valores.
- Los fideicomisos mercantiles de inversión con adherentes deberán inscribirse en el Registro de Mercado de Valores.
- Los fideicomisos mercantiles con fines comunitarios deberán inscribirse en el Registro de Mercado de Valores.

---

<sup>47</sup> Reglamento a la Actividad Marítima. Decreto No. 168. R.O. 32 de 27 de marzo de 1997

Por tanto los demás negocios fiduciarios no requieren de inscripción alguna.

### **1.1.2.- Breve análisis de legislación comparada.**

#### **Argentina**

La Ley 24.441<sup>48</sup> es la que institucionalizó el dominio fiduciario en el orden registral en Argentina. En su artículo 12 establece como requisito la inscripción del título fiduciario como condición para la oponibilidad a terceros más no para su constitución. Es así como

[...] la principal característica de la que está impregnada esta ley es la formación de un patrimonio separado y para que, como tal, opere sus efectos preventivos contra terceros, deviene inexcusable que resulta debidamente publicitado y se cumpla con las ritualidades específicas observables para cada bien en particular [...]<sup>49</sup>.

El artículo 2505 del Código Civil<sup>50</sup> argentino establece que:

La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas.

Es necesario advertir que la inscripción de un acto no es constitutiva del derecho, sino que genera la posibilidad de hacerlo valer frente a terceros. Por tanto desde el otorgamiento de la escritura traslativa, unido a la tradición, habrá transferencia de dominio fiduciario entre las partes<sup>51</sup>.

Pero existe una peculiaridad similar a la de nuestro país y es que el tema de la “registrabilidad” viene dado únicamente por la clase de bienes que vayan a ser fideicomitados. Por ejemplo: “respecto de muebles, se opera con título, y la simple

<sup>48</sup> Ley argentina de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción. Promulgada en el Boletín Oficial del 16 de enero de 1995.

<sup>49</sup> J. LASCALA, Práctica del fideicomiso, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 2003. p.179

<sup>50</sup> Código Civil argentino. Ley n.º 340, de 1 de enero de 1871

<sup>51</sup> Cfr. M. CARREGAL, Fideicomiso, teoría y aplicación a los negocios, Heliasta, Buenos Aires, 2008. p.109

tradición de la cosa; respecto de inmuebles, con la transmisión por escritura pública y la consecuente inscripción registral; respecto de otros bienes registrables, deberán observarse las formas que rigen en cada uno de los registros declarativos o constitutivos, según se trate, por ejemplo, de automotores, buques, aeronaves, caballos de carrera, etc., publicitando el carácter fiduciario de los bienes<sup>52</sup>. Por tanto, en Argentina aunque existe un avance significativo respecto a la oponibilidad del fideicomiso frente a terceros no hay un registro único de bienes fideicomitados ni mucho menos títulos de dominio fiduciario.

El Proyecto de Ley de Fideicomiso de los delegados de Tucumán<sup>53</sup> disponía el registro del acto constitutivo en el Registro Público de Comercio.

## México

La Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera<sup>54</sup> crea el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras en el que deberán inscribirse, entre otros, los fideicomisos en que participen extranjeros y cuyo objeto sea la realización de actos regulados por dicha ley.

Por otra parte el Proyecto Vera Estañol de 1926 en su artículo 16 señala que el fideicomiso de muebles surtirá efectos contra terceros desde la fecha en que se cumplan los siguientes requisitos: si se trata de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que la constitución del fideicomiso fuere notificada al deudor, si se trata de un título nominativo, desde que éste se endose a la institución fiduciaria y se

---

<sup>52</sup> *Ibídem.*

<sup>53</sup> Proyecto de Ley de Fideicomiso de los delegados de Tucumán, XX Jornada Notarial Argentina, Corrientes, 19/9/1985. citado por S. LISOPRAWSKI, *Práctica del Fideicomiso. Problemas y soluciones. Aspectos civiles, comerciales y penales*, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 2009.

<sup>54</sup> Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera. Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 1973 Conforme al art. 24 de la ley, “El Registro Nacional de Inversiones Extranjeras dependerá de la Secretaría de Industria y Comercio y estará bajo la dirección del Secretario Ejecutivo de la Comisión” citado por R. BATIZA, *El Fideicomiso. Teoría y práctica*, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1980. p. 201.

haga constar en los registros del emisor, si se tratase de una cosa corporal o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria<sup>55</sup>.

## **Panamá**

Es importante mencionar que el Proyecto Alfaro elaborado por el estudioso jurista Ricardo Alfaro de nacionalidad panameña establece en su artículo 21 que los bienes raíces fideicomitidos deberían inscribirse en el Registro a nombre del fiduciario y como gravámenes las disposiciones del fideicomiso en virtud de las cuales se limitará la facultad del fiduciario para enajenar o gravar los inmuebles. Todo esto con el efecto de que el tercero que vaya a contratar con el fiduciario pueda conocer si éste tiene o no facultad para enajenar o gravar<sup>56</sup>. Este mismo proyecto establece que un fideicomiso podrá producir sus efectos contra terceros en el caso de inmuebles únicamente desde la fecha de su inscripción y que en la misma deberán constar las instrucciones dadas por el fideicomitente al fideicomisario para la ejecución del mismo, así como las facultades que le hubiera concedido.

En mi parecer, el hecho de inscribir las disposiciones del fideicomiso como gravámenes para limitar la facultad del fiduciario es innecesario puesto que una vez inscrito el fideicomiso los terceros tienen una adecuada publicidad acerca de la finalidad del mismo y las facultades que tiene el fiduciario.

## **Uruguay**

La legislación uruguaya<sup>57</sup> advierte en cierta medida los inconvenientes que trae la falta de registro y procuró establecer la obligatoriedad de inscripción<sup>58</sup> y a mi criterio

---

<sup>55</sup> Cfr. R. BATIZA, *El Fideicomiso...* Op. Cit. p. 202

<sup>56</sup> Cfr. R. BATIZA, *El Fideicomiso. Teoría y práctica*, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1980. p. 199

<sup>57</sup> Ley 17.703 de fideicomiso en Uruguay publicada el 4 de noviembre de 2003.

<sup>58</sup> Artículo 6 párr. 2do “[...] el conjunto de bienes y derecho fideicomitidos deberá individualizarse en el instrumento que lo determine y que deberá ser inscripto en la Dirección General de Registros del Ministerio de Educación y Cultura” y el art 17 de la misma norma dice que “el fideicomiso inscripto en el mencionado registro será oponible a terceros conforme a los

buscó brindar seguridad jurídica dentro del intercambio comercial y de bienes. Yéndose por la vía de la inoponibilidad y una posterior revocabilidad por parte de terceros de los actos realizados dentro de un negocio fiduciario sin la debida publicidad<sup>59</sup>.

## Colombia

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero<sup>60</sup> en su artículo 146 numeral 3 regula la publicidad de los contratos de fiducia mercantil diciendo que :

Los contratos que consten en documento privado y que correspondan a bienes cuya transferencia esté sujeta a registro deberán inscribirse en el registro mercantil de la cámara de comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante, sin perjuicio de la inscripción o registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, deba hacerse conforme a la ley.

Al respecto existe una doctrina de la Superintendencia Financiera colombiana que establece que es obligación del constituyente registrar el contrato de fideicomiso. En caso de que no exista estipulación expresa en el mismo sobre quien recae esta obligación deberá hacérselo en la Cámara de Comercio de su domicilio. En virtud del Concepto colombiano se señala que “[...] es claro que en la búsqueda de la protección a terceros afectados con la transferencia (acreedores del fideicomitente que puedan verse afectados al dejar de formar parte de su garantía general los bienes fideicomitados)”<sup>61</sup> es por ello, que los actos que afecten a la garantía general de los acreedores del fideicomitente deberán estar disponibles para conocimiento de aquéllos y por ese motivo, dichos actos, en la medida en que recaigan sobre bienes objeto de registro, se deben registrar también en el Registro Mercantil de su domicilio.

---

principios generales. En consecuencia, los actos y contratos celebrados por el fiduciario en infracción de las restricciones dispuestas o excediendo sus facultades serán inoponibles en perjuicio del fideicomitente y del beneficiario. Tratándose de fideicomisos no inscriptos, las restricciones a las facultades del fiduciario serán oponibles a terceros, salvo que los actos realizados por este sean notoriamente extraños a la finalidad del fideicomiso o que el tercero tenga conocimiento de la infracción”

<sup>59</sup> Ley 17.703 uruguaya de fideicomiso publicada el 4 de noviembre de 2003. Artículo 2

<sup>60</sup> Estatuto Orgánico del Sistema Financiero colombiano. Decreto 663 de 2 de abril de 1993. Publicado en Diario Oficial No. 40.820 de 5 de abril de 1993.

<sup>61</sup> Concepto 2010051611-001 de 2010 Septiembre 27. Superintendencia Financiera. Disponible en <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/PrincipalesPublicaciones/boletinej/boletin2810/fiducia.html>. Legis consultado el 8 de abril de 2011.

Resulta interesante este nuevo concepto que introduce la legislación y el criterio colombiano, puesto que no sólo existe una obligatoriedad de registro en función de la clase de bienes fideicomitidos, sino que también se da en función del negocio jurídico a constituirse por una posible afectación a terceros y por ello se pide además la inscripción en el Registro Mercantil que dota de publicidad a todos los actos comerciales.

## **Perú**

Con mucho acierto la normativa peruana<sup>62</sup> establece que la publicidad que expida el registrador indicará el titular del dominio fiduciario y los datos del acto jurídico que origina su derecho. En el artículo 3 de la referida norma se establece que el fideicomiso o sus modificaciones se inscriben como documento privado con firmas legalizadas, con protocolización notarial o por escritura pública a criterio de las partes. Y en el artículo siguiente se establece que en el documento a registrar deberá enumerarse detalladamente los bienes fideicomitidos.

El avance legislativo más significativo es el que consagra el artículo 5 de la referida norma donde establece la posibilidad de inscribir fideicomisos que versen sobre inmuebles cuando no cuenten con un registro jurídico específico, así mismo fideicomisos que transfieran créditos. Siendo así que en el contenido del asiento de la inscripción registral deberá constar: los datos del titular del dominio fiduciario, el bien transferido y el instrumento en el que consta. No siendo necesaria la inscripción de las cláusulas contractuales para salvaguardar la confidencialidad que debe mantener el fiduciario y la autonomía de la voluntad de las partes.

---

<sup>62</sup> Cfr. Directiva 007-2008- SUNARP-SN. Resolución de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos No. 316-2008 SUNARP-SN Disponible en <http://www.sunarp.gob.pe/Legislacion00.asp?ID=377> consultado el 9 de abril de 2011.

## 1.2 Diferencia sustancial entre fideicomisos mercantiles y encargos fiduciarios y su inminente necesidad de inscripción.

Tanto el fideicomiso mercantil como el encargo fiduciario pertenecen a la categoría de los negocios fiduciarios definidos por el artículo 112 de la LMV:

Negocios fiduciarios son aquéllos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos para que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del constituyente o de un tercero. Si hay transferencia de la propiedad de los bienes el fideicomiso se denominará mercantil, particular que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los que sólo existe la mera entrega de los bienes.

Según Clusellas<sup>63</sup> el negocio fiduciario es un conjunto de actos jurídicos diversos, necesarios y útiles para el cumplimiento de una finalidad determinada, que se logra por vía indirecta, por actos entre vivos a partir de la constitución por el fiduciante, de un patrimonio de afectación en cabeza del fiduciario, quien ejercerá la propiedad conforme las instrucciones recibidas, y operará la atribución final de la propiedad plena a su destinatario.

El contrato de fideicomiso mercantil a diferencia de un encargo fiduciario tiene como una de las características principales el de la transferencia de dominio a título de fideicomiso mercantil<sup>64</sup>, como lo establece el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores “La transferencia es a título de fideicomiso mercantil, no es onerosa ni gratuita [...]”. Es así como esta transferencia no se la mira como el objeto mismo del contrato sino que ésta constituye el medio necesario para el cumplimiento de un fin determinado en el contrato de fideicomiso. Es por ello que dentro de las consideraciones a tomarse en cuenta a la hora de definir conceptualmente el contrato mediante el cual se constituye un fideicomiso mercantil en torno a la naturaleza del negocio jurídico a celebrarse se tomaron en cuenta las siguientes: si se trata de un mandato irrevocable, si

<sup>63</sup> Cfr. E. CLUSELLAS, Contratos con garantía fiduciaria, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2003. Pág. 74

<sup>64</sup> Ley de Mercado de Valores. Artículo 120.- Contenido básico del contrato.- El contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios deberá contener por lo menos lo siguiente:

[...]

c) La transferencia de los bienes en fideicomiso mercantil y la entrega o no cuando se trate de encargos fiduciarios

es mas bien un patrimonio de afectación, si es una transmisión de la propiedad u otros derechos con el objetivo único de cumplir con ellos un determinado fin querido por el constituyente<sup>65</sup>.

Uno de los elementos principales que forman parte de la esencia de los contratos de fidecomisos mercantiles es el elemento real; aquel que implica una traslación de dominio sea sobre derechos reales – sobre cosas- o sobre derechos personales – sobre un derecho de crédito- a un patrimonio autónomo llamado fideicomiso mercantil que ostente todas las características de un derecho de dominio pleno con personalidad jurídica capaz de poder adquirir derechos y contraer obligaciones.

Es por ello que, la causa de esta transferencia de dominio fiduciario es el contrato de fideicomiso mercantil y la razón de existir de la propiedad fiduciaria de la cual hablaré más adelante.

Para el autor Eduardo Clusellas el contrato de fideicomiso es

[...] un acto de disposición con finalidad múltiple, que puede combinar un negocio de gestión patrimonial y administración de los bienes fideicomitidos con fines de garantía, típico, bilateral de contenido patrimonial, consensual, neutro, conmutativo, de ejecución continuada, unitario, paritario, o de adhesión, formal, no solemne<sup>66</sup>.

El artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores<sup>67</sup> establece que

[...] 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 incorporales, 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

---

<sup>65</sup> Cfr. R. GONZÁLEZ TORRE, Manual de Fideicomiso en Ecuador y América Latina, Edino, Guayaquil, 2009. p.182

<sup>66</sup> E. CLUSELLAS, Contratos con garantía fiduciaria, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2003

<sup>67</sup> Ley de Mercado de Valores. Codificación. R.O. Suplemento No. 215 de 22 de febrero de 2006.

contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

Además podemos decir que la forma representativa del fideicomiso es mediante un contrato principal y conmutativo, de ejecución instantánea, por excepción o de tracto sucesivo. A la vez es bilateral y solemne<sup>68</sup>.

Un negocio fiduciario busca obtener una finalidad determinada, en el momento en que se pierde de vista este fin la figura jurídica perdería su razón de ser<sup>69</sup>. Por ello, el objeto de un negocio fiduciario constituye pieza medular del negocio jurídico. De ahí que concuerde con la postura de Rodríguez Azuero<sup>70</sup> donde critica la posición doctrinaria que dice que las obligaciones derivadas del contrato de fideicomiso mercantil son de medio y no de resultado porque al sostener ello la responsabilidad de la fiduciaria tiene un alcance únicamente a través los medios necesarios para la vigencia del negocio y no para conseguir el fin para el cual se constituyó y por ende se estaría desnaturalizando la figura jurídica.

Ya se adelantó el autor Bauche al decir que “el negocio fiduciario es secreto, mientras que el fideicomiso no lo es, ya que cuando se trata de inmuebles debe inscribirse en el Registro Público”<sup>71</sup>. Solo concuerdo en parte con la mencionada acotación puesto que los fideicomisos no sólo versan sobre inmuebles y en el caso de que estos no sean de aquellos exigibles de inscripción siguen siendo secretos. Aún cuando la normativa ecuatoriana<sup>72</sup> expresamente prohíba los negocios fiduciarios secretos y haga énfasis en que debe existir una prueba escrita de la finalidad para la cual

---

<sup>68</sup> Cfr. S. RODRIGUEZ AZUERO, *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, Primer Edición Legis Editores S.A. 2005, p. 182. Más países: El Salvador, Bolivia, Perú, Paraguay, México, p.186

<sup>69</sup> Cfr. S. RODRIGUEZ AZUERO, *Negocios fiduciarios...* Op. Cit. p. 131

<sup>70</sup> Cfr. *Ibidem*. p. 131

<sup>71</sup> M. BAUCHE, *El fideicomiso. Operaciones Bancarias Activas, Pasivas y Complementarias*. 4ta edición. Editorial Porrúa. México 1981. Pág. 31

<sup>72</sup> Ley de Mercado de Valores. Artículo 114 “[...] Quedan prohibidos los encargos fiduciarios y fideicomisos mercantiles secretos, esto es aquellos que no tengan prueba escrita y expresa respecto de la finalidad pretendida por el constituyente en virtud del contrato, sin perjuicio de la obligación de reserva del fiduciario en atención a características puntuales de determinadas finalidades así como a los negocios finales de estos contratos.”

fueron constituidos. Aquellos que sean secretos y no exista una prueba expresa de su finalidad serán sancionados conforme lo establece igualmente la normativa expresa<sup>73</sup>.

El autor Giraldi sostiene que

[...] la inscripción del dominio fiduciario en los “registros correspondientes” (del artículo 13 de la ley uruguaya) no se refiere a la del acto constitutivo, cuyo conocimiento es necesario para protección de terceros y básicamente conveniente para cuidar de la seriedad del instituto y no propagar su uso, olvida la ley que existen bienes no registrables<sup>74</sup>.

El autor continúa diciendo que es grave pasar por alto estos supuestos ya que pueden tratarse de fideicomisos no obligados a ser inscritos y que existen datos importantes a conocer por los terceros tales como: la inalienabilidad de los derechos del beneficiario, la especificación del plazo o la condición resolutoria a la que está sujeto el negocio fiduciario, aportes suplementarios en caso de insolvencia, condicionamiento de los actos de disposición o gravamen de los bienes afectados, causas convencionales de extinción, facultad de revocación del fiduciante, etc.

El artículo 114 de la LMV regula el encargo fiduciario diciendo que es el

[...] contrato escrito y expreso por el cual una persona llamada constituyente instruye a otra llamada fiduciario, para que de manera irrevocable, con carácter temporal y por cuenta de aquél, cumpla diversas finalidades, tales como de gestión, inversión, tenencia o guarda, enajenación, disposición en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario. En este contrato se presentan los elementos subjetivos del contrato de fideicomiso mercantil, pero a diferencia de éste no existe transferencia de bienes de parte del constituyente que conserva la propiedad de los mismos y únicamente los destina al cumplimiento de finalidades instituidas de manera irrevocable. Consecuentemente, en los encargos fiduciarios, no se configura persona jurídica alguna. Cuando por un encargo fiduciario se hayan entregado bienes al fiduciario, éste se obliga a mantenerlos separados de sus bienes propios así como de los

<sup>73</sup> Ley de Mercado de Valores. Artículo 213: Defraudaciones.- Serán sancionados con prisión de uno a cinco años y multa de doscientos sesenta y dos 89/100 (262,89) a dos mil seiscientos veintiocho 90/100 (2.628,90) dólares de los Estados Unidos de América:

6. Los que hubieren celebrado fraudulentamente contratos de fideicomiso mercantil en perjuicio de terceros.

<sup>74</sup> P. GIRALDI, Fideicomiso, Depalma, Buenos Aires, 1998 citado por S. LISOPRAWSKI. Práctica del Fideicomiso. Problemas y soluciones. Aspectos civiles, comerciales y penales, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 2009.

fideicomisos mercantiles o de los encargos fiduciarios que mantenga por su actividad, aplicando los criterios relativos a la tenencia y administración diligente de bienes de terceros. [...].

El referido artículo continúa diciendo que al encargo fiduciario le son aplicables las reglas constantes en el Código Civil en relación al mandato y las constantes en el Código de Comercio en relación a la comisión mercantil. Como características importantes propias de este negocio jurídico se encuentra el hecho de que deba constar por escrito, el cumplimiento de un fin establecido contractualmente de manera temporal e irrevocable, la no transferencia de dominio y por ende no se configura una persona jurídica distinta donde se encuentran los bienes, si procede. Eso sí, deja claro que cuando el encargo fiduciario verse sobre bienes estos deberán permanecer separados de la esfera patrimonial de la fiduciaria.

El hecho de que no exista un requisito de registro de los encargos fiduciarios y fideicomisos en general abre la puerta a que exista una inoponibilidad por parte de terceros y a la vez autoriza a éstos a alegar su buena fe, porque desconocían de la existencia mucho menos del contenido del contrato<sup>75</sup>.

Considero que en principio, cuando entró en vigencia la Ley de Mercado de Valores en el Ecuador esta ausencia de registros tuvo su origen en el hecho de dar mayor dinámica, rápida implementación, menos rigidez y mayor flexibilidad a la figura fiduciaria que recién comenzaba a ser conocida en el país. Pero por este objetivo se ha llegado a sacrificar la seguridad jurídica y los derechos de terceros que podrían ser potenciales afectados por la implementación de esta figura al desconocer los alcances de los derechos de un beneficiario o constituyente, el plazo o condición al se encuentra sujeto el negocio fiduciario, aportes posteriores que se hagan, limitaciones y gravámenes a los bienes fideicomitidos o encargados, causales de terminación y sustitución

---

<sup>75</sup> Cfr. S. LISOPRAWSKI, *Práctica del Fideicomiso. Problemas y soluciones. Aspectos civiles, comerciales y penales*, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 2009. p.5

fiduciaria, etc. El conocimiento de estos hechos, resulta de vital importancia para futuros o potenciales afectados por el nacimiento de estos negocios jurídicos y su derecho de prenda.

Es así como resulta inminente la publicidad de todos los negocios fiduciarios que impliquen mandatos de administración o transferencias de dominio de derechos reales o personales. De los encargos fiduciarios que conlleven a una administración de bienes: porque aún cuando no exista una transferencia de dominio si hay una transferencia del deber de guarda y custodia de los bienes que, a la hora de implementar y llevar a cabo acciones judiciales para el cobro de una deuda se ve imposibilitado el acreedor puesto que desconoce el paradero de los mismos por la ausencia de publicidad. Y de los fideicomisos mercantiles: con mayor razón al existir una transferencia de dominio a un patrimonio autónomo e independiente tanto del constituyente como del beneficiario y de la fiduciaria. La incompleta regulación que contempla la Compilación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores no tiene su razón de ser con fines publicitarios. Por ello resulta útil que el acreedor de las partes que forman parte del contrato de fideicomiso mercantil conozca qué bienes tienen en su patrimonio, a qué título y sujetos a qué plazo o condición, etc. Este registro es útil “no con el fin de reconocer la existencia o validez del contrato en sí sino con el fin único de dotarlo de publicidad y que se pueda volver oponible a terceros”<sup>76</sup>.

Concuerdo con la postura de los autores anteriormente citados en que el esquema que más se adecúa a la publicidad que requieren las figuras fiduciarias es aquella establecida para los esquemas societarios donde se establece que: las modificaciones no inscriptas sólo obligan a las partes pero no a los terceros. Por tanto la inscripción del fideicomiso generará que un tercero no podría alegar desconocimiento ni escudarse en la buena fe, puesto que existe una debida publicidad del mismo.

---

<sup>76</sup> F. JUYENT Y CARLOS MOLINA. Bases y reflexiones para una futura reforma del régimen de fideicomiso. p. 7. Revista LA LEY, 25 de Abril de 2.007

Otro aspecto que resulta importante resaltar es el hecho de la modificación contractual dentro del documento de constitución de fideicomiso y la publicidad del mismo. Esto dentro de bienes registrables tales como inmuebles<sup>77</sup>, vehículos<sup>78</sup> – en cierta medida- no existe inconveniente pero en el caso de bienes no registrables el tercero afectado no tendrá manera de conocer sobre las modificaciones contractuales que se han dado y podrían vulnerarse sus intereses. Las modificaciones contractuales a las que me refiero son aquellas que afecten los intereses y derechos del beneficiario que ya mencioné con anterioridad y que por cierto, son susceptibles de cesión.

En muchos fideicomisos y en especial en los cuales existen adherentes hay decisiones que toma un determinado órgano del fideicomiso. Aquí se toman decisiones como extensiones de plazos, cuando por ejemplo, un determinado fideicomiso inmobiliario no alcanzó su finalidad y para ello se requiere una extensión temporal mayor a la inicialmente prevista. En nuestra legislación no existe una obligación legal de publicitar a terceros este “libro especial” donde se plasman las actas de decisión de órganos cuando las decisiones que ahí se tomen pueden afectar sustancialmente derechos e intereses de terceros. Esas decisiones importantes que reformen en alguna medida el contrato de fideicomiso y que afecten de alguna manera los derechos de los beneficiarios para efectos de oponibilidad a terceros y publicidad deberían constar en este registro de contratos. Siendo lógico que resulte poco pragmático registrar todas aquellas actas que tomen decisiones trascendentales lo propio será marginar en el registro correspondiente aquellas alteraciones en la inscripción registral del título de dominio fiduciario tales como el cambio del plazo, adherencia de un beneficiario,

---

<sup>77</sup> Código Civil Artículo 702.- Se efectuará la tradición del dominio de bienes raíces por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registro de la Propiedad.

<sup>78</sup> Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial. R.O. Suplemento 398 de 7 de agosto de 2008 Artículo 102.- Al propietario del vehículo se le otorgará una sola matrícula del automotor, que será el documento habilitante para su circulación por las vías del país, y en ella constará el nombre del propietario, las características y especificaciones del mismo y el servicio para el cual está autorizado. La matrícula del vehículo registra el título de propiedad. La Comisión Nacional o sus órganos desconcentrados conferirán certificaciones sobre la propiedad del vehículo. La matrícula será emitida en el ámbito de sus competencias por la Agencia Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial

sustitución fiduciaria, incorporación de nuevos bienes que “se esperó que existan” al patrimonio autónomo, etc.

Por lo anteriormente esgrimido es necesaria una reforma a la ley que establezca un registro de contratos de fideicomiso mercantil para aminorar los riesgos existentes con la publicidad.

### **1.3 Garantía constitucional de la seguridad jurídica y la publicidad registral.**

La seguridad jurídica es un elemento importante de la doctrina constitucional que propugna las garantías constitucionales siendo que ésta pueda ser presentada como un objetivo del sistema político constituyéndose en un instrumento necesario para la salvaguarda de los derechos constitucionales y del sistema constitucional<sup>79</sup>.

Las garantías constitucionales surgen como instrumentos idóneos para la seguridad jurídica y como protecciones y medios jurídicos eficaces y expeditivos para tutelar o amparar en su integridad todos los derechos enumerados o implícitos, a fin de que tengan realidad en la vida cotidiana. Por tanto, el objetivo final de una Constitución consiste en la garantía o seguridad que depara que la persona logre el goce y ejercicio efectivo de sus derechos apareciendo así como la ley fundamental de garantías<sup>80</sup>.

El autor Badeni la asimila como una “consecuencia del Estado donde impera la ley estableciendo las reglas de juego a las cuales deberá adaptarse la conducta de los hombres para que ellos no sufran consecuencias lesivas para sus intereses”<sup>81</sup>.

El artículo 82 de la Constitución ecuatoriana<sup>82</sup> establece el derecho a la seguridad jurídica fundamentándolo en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. Si se trata de una garantía constitucional que emana del estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico tiene por tanto, como consecuencia imprescindible, la

---

<sup>79</sup> Cfr. G. BADENI, Instituciones de Derecho Constitucional. Ad-hoc. Abril 1997. Buenos Aires. Pág. 640

<sup>80</sup> H. ZARNI, Derecho Constitucional. II edición. Astrea. Buenos Aires, 1999. Pág. 583

<sup>81</sup> G. BADENI, Instituciones de Derecho Constitucional. Ad-hoc. Abril 1997. Buenos Aires. Pág. 640

<sup>82</sup> Constitución de la República del Ecuador 2008. R.O. 449 de 20 de octubre de 2008

previsibilidad legal de los actos ilegales o arbitrarios ejecutados tanto por los individuos como por las autoridades gubernamentales.

El autor Isidre Molas define a la seguridad jurídica como la “suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de arbitrariedad...”<sup>83</sup>. Por tanto, si este principio establece la predeterminación del Derecho aplicable a cada caso concreto resulta bastante lógico que las normas jurídicas sean públicas.

Conuerdo con el autor Molas<sup>84</sup> en que uno de los primeros combates en la construcción del Estado liberal fue conseguir la publicidad de las decisiones públicas: a los juicios, de los debates parlamentarios, etc. Por tanto, frente a esta exigencia se encuentra amarrada la de la publicidad normativa y a esto precisamente se refiere este trabajo. Al mero hecho de que tanto normativas, como decisiones judiciales no solamente sean de conocimiento público y se encuentren difundidas en los boletines estatales sino también que las actividades que sean de interés tanto legal como económico de los terceros – llámense estos particulares o Estado- se encuentren ampliamente difundidas para su conocimiento.

De aquí surge la necesidad de publicidad registral de los distintos actos de los sujetos, entre estos, la adquisición o transmisión de dominio sobre distintos bienes generando así la posibilidad de hacer valer estos actos frente a terceros. Esta necesidad nace con el fin de proteger los derechos de terceros no partes de la figura contractual pero que directa o indirectamente se puedan ver perjudicados por el nacimiento de esta figura. Sin duda la publicidad en general, sea esta la inscripción en un registro u otros medios de difusión (Registro Oficial), tiende a dar a conocer la existencia y alcances de un determinado acto jurídico.

---

<sup>83</sup> I. MOLAS. Derecho Constitucional. Tecnos. Madrid, 1998. Pág. 56

<sup>84</sup> Cfr. *Ibidem*.

El artículo 5 de la Ley del Sistema Nacional del Registro de Datos Públicos<sup>85</sup> establece el concepto de publicidad diciendo que:

El Estado, de conformidad con la Ley, pondrá en conocimiento de las ciudadanas o ciudadanos, la existencia de registros o bases de datos de personas y bienes y en lo aplicable, la celebración de actos sobre los mismos, con la finalidad de que las interesadas o interesados y terceras o terceros conozcan de dicha existencia y los impugnen en caso de afectar a sus derechos.

Según el autor Carregal esta inscripción registral deberá contener una

Síntesis clara y precisa de las limitaciones que afectan al dominio del adquirente fiduciario para que los terceros puedan conocer con certeza las modalidades que lo condicionan redactando así los “asientos” con la debida especificación de las circunstancias particulares que resulten de los respectivos documentos, especialmente con relación al derecho que se inscriba<sup>86</sup>.

Por tanto, resulta pertinente que en el respectivo registro se deje constancia específica de las distintas modalidades contractuales que pueden afectar al dominio fiduciario.

Los autores Kiper y Lisoprawski<sup>87</sup> sostienen que en el régimen civil no surge con claridad, si la calidad fiduciaria de la transmisión debía ser inscrita en el Registro, pues no había certeza de que también debiera acceder al Registro la imperfección del dominio transferido. Respecto a esta aseveración en cambio, yo concuerdo con el autor Carregal que argumenta que la limitación temporal sujeta a un plazo o condición a la que se encuentra limitado el dominio fiduciario no es una modalidad de dominio pleno sino justamente una característica propia del dominio fiduciario resultando así una categoría distinta con entidad jurídica propia. Por lo cual, el pacto de temporalidad no resulta ajeno a la naturaleza del derecho real y así debe constar claramente en la inscripción registral.

---

<sup>85</sup> Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos. R.O. Suplemento 162 de 31 de marzo de 2010

<sup>86</sup> M. CARREGAL. Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los Negocios. Heliasta. Buenos Aires, 2008. Pág. 109-110.

<sup>87</sup> *Ibidem*. p. 111-112

Por tanto, la ausencia de registraci3n como diría Lisoprawski “no solo abre la puerta de la inoponibilidad, sino que permite alegar al tercero su buena fe, por la sencilla raz3n del desconocimiento de un contrato que permanece en las sombras”<sup>88</sup>.

### 1.3.1.- La inembargabilidad del patrimonio fideicomitado.

La administradora de fideicomisos tiene la responsabilidad de desempeñarse su cargo de buena fe segùn y no podr3 apropiarse de los bienes fideicomitados ni usarlos en su propio provecho. Sus percepciones se reducir3n exclusivamente a sus honorarios pactados en el contrato de fideicomiso<sup>89</sup>.

Dentro de las obligaciones de la administradora de fideicomisos al administrar un patrimonio se encuentran:

- La lealtad: podrían sobre entenderse pactos de buena fe en torno a este adjetivo pero lo principal en ella es que “se pacten las cláusulas con el propósito de que lo previsto se obtenga, esto es, para que el negocio llegue a un buen fin y no con la pretensi3n oculta de traicionar la confianza depositada en el acuerdo”<sup>90</sup>.
- La informaci3n: se deriva de la obligaci3n de mantener lealtad y se subsume a confiar informaci3n al cliente sobre los distintos riesgos que pueden presentarse en un determinado portafolio financiero. En esta obligaci3n viene intrínseca la de la rendici3n de cuentas<sup>91</sup> contemplada en el artículo 128 de la Ley de Mercado de Valores<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> Cfr. S. LISOPRAWSKI, *Práctica del Fideicomiso. Problemas y Soluciones. Aspectos civiles, comerciales y penales*. Aberlardo Perrot. Buenos Aires, 2009. Pág. 5

<sup>89</sup> Cfr. R. CERVANTES, “Títulos y Operaciones de Crédito”. Fideicomiso de la Superintendencia de Compañías. Pág. 62.

<sup>90</sup> S. RODRIGUEZ AZUERO, *Negocios Fiduciarios y su significaci3n en América Latina*. Editorial Legis. Primera Edici3n Pág. 268

<sup>91</sup> Ver más *Ibíd.* p. 307. Ley de Mercado de Valores Artículo 103 c) Rendir cuentas de su gesti3n, al constituyente o al beneficiario, conforme a lo que prevea el contrato y con la periodicidad establecida en el mismo y, a falta de estipulaci3n la rendici3n de cuentas se la realizar3 en forma trimestral;

<sup>92</sup> Ley de Mercado de Valores artículo 128 [...] Es a la sociedad administradora de fondos y fideicomisos a quien le compete demostrar su cumplimiento en la labor ejecutada, de acuerdo con lo dispuesto en el contrato constitutivo y las normas de carácter general que determine el C.N.V.

- Representar el patrimonio y dentro de ello está el mantener los bienes objeto de la fiducia, separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios<sup>93</sup>. Puesto que estos bienes no forman parte de la garantía general de los acreedores de la fiduciaria sino de un patrimonio autónomo independiente del patrimonio personal de administradora de fideicomisos. Esta obligación se encuentra regulada en el artículo 103 literal b) de la Ley de Mercado de Valores<sup>94</sup>.
- Administrar los bienes en la forma establecida contractualmente conforme lo establece el artículo 103 literal a) de la Ley de Mercado de Valores<sup>95</sup>.
- Realizar los actos necesarios conducentes a la consecución de la finalidad y esto incluso implica llevar a cabo reparaciones, obras, etc. imprescindibles para mantener en buen estado el patrimonio y así cumplir su finalidad económica<sup>96</sup>.
- Responsabilidad por manejo: esta tiene que ver con la culpa imputada a la administradora de fideicomisos por una determinada acción o conducta siendo que responde hasta por culpa leve contemplada en el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> *Ibidem* p. 291 citando el artículo 1234 del Código Civil de Colombia.

<sup>94</sup> [...] b) Mantener el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario separado de su propio patrimonio y de los demás fideicomisos mercantiles y encargos fiduciarios que mantenga, llevando para el efecto una contabilidad independiente para cada uno de éstos. La contabilidad del fideicomiso mercantil y de los encargos fiduciarios deberá reflejar la finalidad pretendida por el constituyente y se sujetarán a los principios de contabilidad generalmente aceptados;

<sup>95</sup> Artículo 103.-: a) Administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos en fideicomiso mercantil, y los bienes administrados a través del encargo fiduciario, pudiendo celebrar todos los actos y contratos necesarios para la consecución de las finalidades instituidas por el constituyente;

<sup>96</sup> Cfr. S. RODRIGUEZ AZUERO, *Negocios Fiduciarios y su significación en América Latina*. Editorial Legis. Primera Edición p. 296-297

<sup>97</sup> [...] El fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, que es de medio y no de resultado; esto es, que su responsabilidad es actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan.

- Transferir los bienes a quien corresponda: esto es conforme lo establezca el contrato constitutivo de fideicomiso mercantil siempre que esto no contravenga el ordenamiento jurídico vigente<sup>98</sup>.
- Terminar el contrato de fideicomiso mercantil o el encargo fiduciario, por el cumplimiento de las causales y efectos previstos en el contrato conforme lo establece el literal e) del artículo 103 de la Ley de Mercado de Valores.

Estas obligaciones no son taxativas, podrán existir muchas más y nacerán tanto de la ley como del contrato y la jurisprudencia.

Ahora bien, existe el principio jurídico general según el cual todo patrimonio de un deudor constituye prenda general a favor de sus acreedores por tanto, uno de los riesgos derivados de las primeras formas contractuales en Roma era el de la posibilidad de que el dueño de un determinado patrimonio, por causa de transmisión fiduciaria, dispusiese abusivamente de un bien.

El artículo 2367 del Código Civil ecuatoriano establece que “toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1634”<sup>99</sup>. El primer inciso del referido artículo habla de una manera muy vaga de la “propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente”. En caso de que el deudor fuese el fideicomitente, éste último no tiene la propiedad de los objetos – ni aún fiduciariamente hablando – quien tiene el derecho de dominio de los bienes es el fideicomiso. Lo que tiene el constituyente es un derecho fiduciario sobre ese patrimonio fideicomitado.

---

<sup>98</sup> Artículo 103 de la Ley de Mercado de Valores [...] d) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al contrato;

<sup>99</sup> Código Civil ecuatoriano. Artículo 1634 inc 8: la propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente. Inc. 12: Los demás bienes que las leyes especiales declaren inembargables.

El jurista Rodríguez Azuero sostiene con gran acierto que este riesgo subsiste en aquellos países de orientación continental europea en los cuales no se ha reconocido la figura. Por ello, los negocios quedan librados a la confianza depositada en el adquirente, en este caso en el fiduciario, y a la asunción del riesgo de la inoponibilidad del acto frente a terceros<sup>100</sup>. Por ello, tras una larga evolución normativa se ha establecido que los bienes fideicomitidos no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciario<sup>101</sup> aún cuando funja como titular de los mismos. Aludiendo, como bien dice Rodríguez Azuero, al principio del trust en el Derecho Inglés que el constituyente vendría a constituirse en un “propietario en equidad” de los bienes fideicomitidos<sup>102</sup>.

Por tanto, constituye un patrimonio separado totalmente del patrimonio fiduciario, tan es así que “[...] en los estados contables del fiduciario, los bienes constituirán una simple cuenta de orden y no deberán confundirse con otros bienes del fiduciario, ni con bienes de otros fideicomisos”<sup>103</sup>.

La norma antes citada deja suficiente claridad respecto a la inembargabilidad de los bienes que se encuentran en este patrimonio autónomo sin distinguir si los acreedores fueron anteriores o posteriores al nacimiento del fideicomiso, gran diferencia que existe con la legislación colombiana la cual, más adelante menciono.

Se deja sentado que en cuanto el fideicomitente se reserve derechos en el negocio sin desaparecer la relación, si bien es cierto ,se desprende de los bienes que constituyen el patrimonio autónomo y estos se sustraen, el principio de la prenda general de los acreedores, conserva en su activo unos derechos fiduciarios cuyo valor económico es

---

<sup>100</sup> Cfr. S. RODRIGUEZ AZUERO, *Negocios Fiduciarios y su significación en América Latina*. Editorial Legis. Primera Edición Pág. 199.

<sup>101</sup> Ley de Mercado de Valores: Artículo. 121.- Inembargabilidad.- Los bienes del fideicomiso mercantil no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario, salvo pacto en contrario previsto en el contrato. En ningún caso dichos bienes podrán ser embargados ni objeto de medidas precautelatorias o preventivas por los acreedores del fiduciario. [...] (el subrayado es mío).

<sup>102</sup> Cfr. S. RODRIGUEZ AZUERO, *Negocios Fiduciarios y su significación en América Latina*. Editorial Legis. Primera Edición Pág. 200

<sup>103</sup> Clusellas, Eduardo. *Contratos con garantía fiduciaria*. Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma. Buenos Aires, 2003. Pág. 109

reconocible patrimonialmente y viene intrínseco el derecho residual a recibir los bienes al fin de un plazo o condición o lo que reste de ellos al fin del negocio<sup>104</sup>.

Lisoprawski sostiene que el artículo 4 de la ley argentina 24.441 anteriormente citada establece que “cuando se tome razón de medidas cautelares, se advertirá en la nota de inscripción del documento respectivo, que se trata de dominio fiduciario.” Por tanto el patrimonio fideicomitado no puede ser agredido por los acreedores del fiduciante<sup>105</sup>, ni por los personales del fiduciario. Está reservado para responder solamente frente a los acreedores del fideicomiso<sup>106</sup>. Si se llegase a obtener una medida cautelar sobre tales bienes deberá advertirse como cita la norma que se trata de un dominio fiduciario. Esto porque seguramente quien ordenó esta medida no reparó este particular por cuanto se inscribirá en el registro únicamente de forma provisional.

En cuanto a la embargabilidad se dice que los bienes transferidos al patrimonio autónomo del fideicomiso son inembargables puesto que la titularidad de dominio de los mismos ya no corresponde al constituyente y por ello los bienes no pueden ser perseguidos por los acreedores y deben figurar en su contabilidad como bienes distintos a los propios<sup>107</sup>. Por ello, se dice que todo negocio fiduciario constituido en fraude de acreedores puede impugnarse y será sancionado conforme lo establece el artículo 213 numeral 6 de la Ley de Mercado de Valores<sup>108</sup>.

Se podrán preguntar algunos estudiosos del tema qué ocurre con el patrimonio fideicomitado en un proceso concursal. Pues siguiendo la misma lógica argumental ya citada y la de la doctrina de Mercado de Valores que establece que:

---

<sup>104</sup> Cfr. S. RODRIGUEZ AZUERO, *Negocios Fiduciarios y su significación en América Latina*. Editorial Legis. Primera Edición p. 208

<sup>105</sup> Sin embargo, podría ser atacado por las deudas propter rem que pesen sobre el inmueble. Ver Ruiz de Erenchun, A. *Nuevas especies de derechos reales en la Argentina* citado por Lisoprawski en su libro ya citado p. 272

<sup>106</sup> Cfr. S. LISOPRAWSKI, *Práctica del Fideicomiso. Problemas y soluciones. Aspectos civiles, comerciales y penales*. Buenos Aires, Abelardo Perrot, 2009. p. 272

<sup>107</sup> Cfr. H. Leal Díaz, “Negocio Fiduciario o Fiducia”. *Fideicomiso de la Superintendencia de Compañías*. p. 104 Ver además la *Doctrina de Mercado de Valores IV*.

<sup>108</sup> Ley de Mercado de Valores: Artículo 213: Serán sancionados con prisión de uno a cinco años y multa de doscientos sesenta y dos 89/100 (262,89) a dos mil seiscientos veintiocho 90/100 (2.628,90) dólares de los Estados Unidos de América: 6. Los que hubieren celebrado fraudulentamente contratos de fideicomiso mercantil en perjuicio de terceros;”

[...] Los bienes que integran el patrimonio autónomo de un fideicomiso mercantil, no son objeto de medidas preventivas o precautelatorias, ni de embargo, por los acreedores del constituyente o del beneficiario, con excepción de existir un pacto que lo permita, previsto en el respectivo contrato. Dichos bienes en ningún caso podrán ser objeto de embargo o de medidas preventivas o precautelatorias por deudas u obligaciones del fiduciario. [...] <sup>109</sup>.

Por eso sostengo la independencia del patrimonio del fideicomiso del patrimonio de la fiduciaria. El patrimonio fideicomitado nunca podrá ser atacado por los acreedores del fiduciario, ni siquiera en caso de su concurso o quiebra, pues le son ajenos <sup>110</sup>. En cuanto al concurso o quiebra del fiduciante surge también la interrogante pero no queda más que continuar con la misma línea de razonamiento donde se sostiene que los bienes que integran el fideicomiso no son objeto de embargo, únicamente los derechos fiduciarios.

Es evidente entonces que los bienes no pueden ser perseguidos ni embargados pero lo que queda más claro aún es que los derechos y beneficios producto del fideicomiso es decir, los derechos fiduciarios si pueden ser objeto de un embargo siempre y cuando provengan de “los efectos propios del contrato de fideicomiso”. Es así como lo sostiene la Doctrina IV de Mercado de Valores: “Los acreedores del beneficiario, sí pueden perseguir los beneficios y derechos que a éste le corresponden en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso, mas no sobre los bienes que integran el patrimonio autónomo, pues son de propiedad del fideicomiso” <sup>111</sup>. Por ello los derechos fiduciarios que emanan de tal calidad en el patrimonio autónomo de un fideicomiso sí son objeto de embargo. Concuero con la doctrina IV de Mercado de Valores cuando hace referencia a que “[...] nadie puede alejar los bienes que constituyen su patrimonio

---

<sup>109</sup> Doctrina IV de Mercado de Valores.  
[http://www.supercias.gov.ec/Documentacion/Mercado%20Valores/Marco%20Legal/Doctrinas/doctrina\\_iv.pdf](http://www.supercias.gov.ec/Documentacion/Mercado%20Valores/Marco%20Legal/Doctrinas/doctrina_iv.pdf)

<sup>110</sup> Cfr. E. CLUSELLAS, Contratos con garantía fiduciaria. Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma. Buenos Aires, 2003. Pág. 111

<sup>111</sup> Doctrina IV de Mercado de Valores.  
[http://www.supercias.gov.ec/Documentacion/Mercado%20Valores/Marco%20Legal/Doctrinas/doctrina\\_iv.pdf](http://www.supercias.gov.ec/Documentacion/Mercado%20Valores/Marco%20Legal/Doctrinas/doctrina_iv.pdf)

“Los acreedores del beneficiario, sí pueden perseguir los beneficios y derechos que a éste le corresponden en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso, mas no sobre los bienes que integran el patrimonio autónomo, pues son de propiedad del fideicomiso”.

de la esfera de acción de sus acreedores, si no es por principios legales imperativos que así lo dispongan, como acontece con la figura en estudio.”<sup>112</sup>; es decir que los bienes que conforman el patrimonio autónomo del fideicomiso responderán de manera general, solamente por las obligaciones que éste contraiga.

Siendo así que, cualquier deuda que contraiga la fiduciaria sea de índole civil, tributaria o laboral en representación del fideicomiso mercantil para su funcionamiento y consecución de sus respectivos fines es decir, que provengan de los efectos propios del contrato, puede ser cobrada y perseguida por sus acreedores sobre los bienes fideicomitados. Dejando claro que estas obligaciones solamente han nacido de la ejecución del fideicomiso de fideicomiso mercantil.

Concuerdo con la opinión de Roberto Gonzalez<sup>113</sup> en que la norma ha dejado abierta la posibilidad para que no solo los beneficios puedan ser perseguidos por los acreedores sino que también los derechos, que tienen como fuente o nacimiento el contrato de fideicomiso a favor del constituyente o el beneficiario según sea el caso.

Es así como en la legislación de Costa Rica<sup>114</sup> se prevé una obligación para las fiduciarias en el sentido de que cuando exista amenaza de terceros pretendiendo un derecho sobre los bienes fideicomitados, las fiduciarias deberán ponerlo en conocimiento del constituyente y de los beneficiarios para que ellos ejerciten las acciones correspondientes. Siendo así que en la legislación argentina<sup>115</sup> se contempla la obligación de la fiduciaria de defender los bienes que forman parte del fideicomiso dando la posibilidad al Juez de que se subroguen en acciones procesales el fiduciante o el beneficiario.

---

<sup>112</sup> Doctrina IV. Op. Cit 109.

<sup>113</sup> Cfr. R. GONZÁLEZ TORRES, Manual de Fideicomiso en Ecuador y América Latina. Edino 2009. Guayaquil. p. 154-155

<sup>114</sup> Cfr. R. GONZÁLEZ TORRES, Manual de Fideicomiso en Ecuador y América Latina. Edino 2009. Guayaquil. p. 152

<sup>115</sup> Artículo 18 de la Ley argentina 24.441 citada por González Torres, Roberto. Manual de Fideicomiso en Ecuador y América Latina. Edino 2009. Guayaquil. p. 153

En este caso lo propio es interponer a una acción pauliana donde se acude a un juez para dejar sin efecto la transferencia realizada y ordenar el completo reintegro de los bienes al patrimonio del deudor/constituyente<sup>116</sup>.

Rodriguez Azuero acota con gran orgullo, y no es para menos, que no son pocas las legislaciones que se han ocupado de la materia para brindar a los negocios fiduciarios una adecuada protección estableciendo mecanismos publicitarios, otorgando entonces una natural oponibilidad a terceros del acto, junto con el señalamiento de un plazo razonable para la impugnación del negocio<sup>117</sup>. Estas legislaciones son las de Perú, Paraguay y Colombia – que analicé con anterioridad. Lastimosamente aún nuestro país, incluso en el nuevo proyecto de Ley de Mercado de Valores se queda atrás.

Por tanto, haciendo alusión al artículo 121 de la Ley de Mercado de Valores, concluyo diciendo que los bienes fideicomitidos solamente serían embargables en caso de que así se prevea expresamente en el contrato. Pero, persiste mi duda: ¿Cómo se enteran los terceros interesados de esta disposición contractual sin una adecuada publicidad?

### **1.3.2 La seguridad jurídica como herramienta para combatir la simulación en torno al fraude a terceros.**

La seguridad constituye un deseo arraigado en la vida anímica del hombre, que siente terror ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido<sup>118</sup>. Es por ello que, mediante el pacto social de Rosseau, los mandantes saben a qué atenerse y por tanto, les será posible calcular las consecuencias de sus actos y prever los beneficios del ejercicio de sus derechos, ahora tutelados.

---

<sup>116</sup> Cfr. S. RODRIGUEZ AZUERO, *Negocios Fiduciarios y su significación en América Latina*. Editorial Legis. Primera Edición p. 335

<sup>117</sup> *Ibidem*. p. 201

<sup>118</sup> Cfr. A. PEREZ, *La seguridad jurídica*. 2da edición. Ariel Derecho. p. 24

Razón de sobra para combatir la simulación de actos y contratos que bajo la figura de negocios fiduciarios puedan generar perjuicios a terceros. El concepto que acertadamente da el autor Gustav Radbruch al decir que “la seguridad jurídica exige positividad del Derecho: si no puede fijarse lo que es justo, hay que establecer lo que debe ser jurídico”<sup>119</sup>. Y es justamente a este precepto que me refiero, si lo que se encuentra actualmente legislado en el Ecuador respecto a la publicidad de los negocios fiduciarios no es suficiente para garantizar la publicidad y conocimiento de terceros de la existencia de los mismos, entonces habrá que normar al respecto y como dice Radbruch positivizar para poder conseguir lo que es justo.

Es clarísima la cita del autor Beccaria<sup>120</sup> en una traducción del italiano cuando menciona que la escritura responde a la demanda de publicidad de la norma, a la posibilidad de ser conocida por aquellos a quienes obliga su cumplimiento. Por tanto, no sólo la falta de publicación de las leyes, sino de los actos jurídicos tanto entre particulares como entre los mismos y el Estado la que sume al destinatario en una carencia de certeza.

Son evidentes las diferencias existentes entre un negocio fiduciario y otro constituido en fraude de ley puesto que el negocio fiduciario fraudulento bien lo dice Arespacochaga es aquel que se

[...] se utiliza para eludir la invalidez de un acto o negocio al pretender conseguir un fin prohibido en la ley acudiendo a normas dictadas para regular otro negocio distinto pero con las que se alcanza el mismo resultado y, en el negocio fiduciario sólo existe una desproporción entre la forma jurídica y el fin práctico que se pretende alcanzar, resultando de ello no los efectos jurídicos que le son propios, sino otros de menor condición.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> Citado por Perez, Antonio. La seguridad jurídica. 2da edición. Ariel Derecho. p. 31

<sup>120</sup> Cfr. Citado por Perez, Antonio. La seguridad jurídica. 2da edición. Ariel Derecho. p. 32

<sup>121</sup> J. DE ARESPACOCCHAGA, El trust, la fiducia y figuras afines. Marcial Pons. Madrid 2000. p. 26

Cualquier negocio fiduciario debe seguir el fin para el cual ha sido constituido mediante el contrato y no se puede utilizar la figura para obtener resultados que sean prohibidos por el ordenamiento jurídico.

Visto de otro modo, el autor Sergio Rodriguez Azuero lo plantea diciendo que existen finalidades económicas que se pueden conseguir a través del expediente fiduciario pero que

[...] esa amplia gama de posibilidades que deja, prácticamente, librada a la imaginación la determinación del objeto perseguido, debe entenderse limitada, de manera natural, por la imposibilidad de buscar a través de un mecanismo oblicuo, la obtención de una finalidad que no sería lícito obtener al fideicomitente, si actuara en forma directa<sup>122</sup>.

La infracción que nos ocupa la regula la Ley de Mercado de Valores<sup>123</sup> en su artículo 213 numeral 6:

Art. 213.- Defraudaciones.- Serán sancionados con prisión de uno a cinco años y multa de doscientos sesenta y dos 89/100 (262,89) a dos mil seiscientos veintiocho 90/100 (2.628,90) dólares de los Estados Unidos de América:

6. Los que hubieren celebrado fraudulentamente contratos de fideicomiso mercantil en perjuicio de terceros

Lo que no dejó claro el legislador en este artículo es la configuración del elemento fraudulento dentro del contrato de fideicomiso mercantil así como tampoco la definición del perjuicio que se generaría hacia un tercero. Por otra parte, a mi criterio excluye del mismo a los encargos fiduciarios. Es en este momento, cuando surgen interrogantes en la misma Ley de Mercado de Valores puesto que hay normas que de alguna manera excluyen a los encargos ¿debe entonces interpretarse de manera extensiva a estos también? ¿o sobreentendemos que no los menciona por una razón expresa?. Me inclino por la segunda, puesto que como ya se analizó con anterioridad los encargos fiduciarios excluyen a la transferencia de dominio y por tanto lo que hace la

---

<sup>122</sup> S. RODRIGUEZ AZUERO, Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina. Primer Edición Legis Editores S.A. 2005. p. 222

<sup>123</sup> Ley de Mercado de Valores. Codificación. R.O. Suplemento No. 215 de 22 de febrero de 2006.

fiduciaria es prestar un servicio únicamente así que mal podría el constituyente distraer sus bienes de su patrimonio personal para con sus acreedores.

Discrepo mucho con lo que opina el profesor Jorge Mosset<sup>124</sup> al señalar que la concepción liberal-individualista repudia la dicotomía entre la letra de ley y el espíritu de la misma, y que pregona al mismo tiempo una interpretación de manera literal o al pie de la letra por parte de los jueces puesto que en aras de la seguridad jurídica deben establecerse claramente cuáles serían los elementos configurativos de la celebración fraudulenta de este contrato y no dejar a discrecionalidad de los jueces tan trascendente valoración. No se trata, por tanto, de una posición política ni mucho menos iusnaturalista o positivista de interpretación normativa sino más bien de no dejar lagunas legales que entorpezcan los procedimientos contractuales.

Existen dos requisitos básicos en todo negocio fraudulento y son el *fraus* y el *eventus damnis* es decir, el fraude y el daño. Algunos autores también recalcan el *animus nocendi* es decir, el ánimo de defraudar<sup>125</sup>.

Concuerdo con Mosset en que la mayor preocupación de los juristas es la vaga configuración de la figura del fraude en el espíritu de la ley por las siguientes razones:

“1.- La expresión es demasiado vaga o genérica y de ahí que puedan invocar el espíritu de la ley los más acérrimos enemigos del fraude a la ley;  
2.- La expresión, por el carácter señalado, es válida para comprender tanto a los negocios contra la ley como a los fraudulentos;  
3.- Pero, a la vez, la invocación del espíritu de la norma no pone de resalto lo más característico del negocio en fraude, su imprevisión, su autonomía respecto de aquel prohibido por la letra o el espíritu.”<sup>126</sup>

---

<sup>124</sup> Cfr. J. MOSSET ITURRASPE, Contratos Simulados y fraudulentos. Tomo II. Contratos fraudulentos. Rubinza-Culzoni Editores. Buenos Aires. p. 24

<sup>125</sup> Cfr. Ibídem. p. 211

<sup>126</sup> Ibídem p. 74

Tanto el título fiduciario, el acto y sus consecuencias, quedan excluidos del ámbito patrimonial de la fiduciaria y de su responsabilidad a “título personal”. Por tanto la administradora de fideicomisos es la principal interesada en que exista este deslinde de patrimonios para impedir cualquier reclamo de terceros. Y por el contrario, si el fiduciario obra, sin hacer mención al fideicomiso que representa, quiere decir que está celebrando un negocio jurídico a título personal y por ende compromete su propio patrimonio<sup>127</sup>.

Para Ferrara<sup>128</sup> los negocios en fraude a la ley son negocios reales indirectos, que tienden a conseguir, con la combinación de diversos medios jurídicos seriamente realizados, el mismo resultado que la ley prohíbe, o, al menos, uno equivalente. Por tanto, es bastante clara la diferencia con un negocio fiduciario simulado, el primero es aquel en el que existe una divergencia entre la voluntad interna y la declarada, en cambio el negocio fiduciario en fraude de ley es un concepto más positivista: “si se trata de un fin lícito, de un resultado permitido tenemos un negocio fiduciario, si se trata de un fin ilícito, de un resultado prohibido, tenemos un negocio fraudulento”<sup>129</sup>. Es decir, tienden a la consecución de un fin que no puede alcanzarse por la vía directa

Por lo anteriormente dicho, cabe señalar que la inscripción registral que dota de publicidad a los negocios jurídicos es necesaria para los terceros de buena fe. Esto implica que, aún cuando no se registre la modalidad fiduciaria de la transmisión, ésta es oponible a aquellos terceros que obrando con diligencia, es decir, los que hicieron un estudio de los títulos de dominio, debieron conocer la existencia del pacto fiduciario<sup>130</sup>. Aseveración última con la que no concuerdo plenamente, porque el estudio de los títulos de dominio es únicamente viable con aquellos títulos que requieren un registro como los títulos de dominio sobre bienes raíces.

---

<sup>127</sup> Cfr. KIPER Y LISOPRAWSKI citados por Jorge Hayzus. p. 176-177

<sup>128</sup> CFR. FERRARA, F. La simulación de los negocios jurídicos. P.89 citado por Claudio Kiper y Silvio Lisoprawski. Tratado de Fideicomiso. Lexis Nexis. Depalma. Buenos Aires. p. 26

<sup>129</sup> *Ibidem*. p. 27

<sup>130</sup> Cfr. *Ibidem*. p. 102

La interrogante queda sentada al cuestionarse ¿Qué ocurre con aquellos bienes que no son legalmente exigibles de un registro?, ¿Cual es la vía para que un tercero diligente pueda conocer de la existencia de un fideicomiso mercantil? y ¿Qué ocurre en el caso de un encargo fiduciario donde no existe transferencia de dominio?, son algunas de las interrogantes que surgen a lo largo de este trabajo. Por tanto, sí concuerdo con los autores Claudio Kiper y Silvio Lisoprawski <sup>131</sup> al decir que la falta de publicidad registral no siempre determinará que el acto sea inoponible, sino que habrá de ponderar la posibilidad que haya tenido el tercero de conocer la transmisión fiduciaria. La oponibilidad de terceros depende enteramente de la buena fe y además de la diligencia con la que estos pueden actuar, y de la ignorancia o conocimiento de la situación existente, etc.

Por ello, la oponibilidad de terceros a la que hace referencia el presente trabajo deberá interpretarse en función a lo anteriormente esgrimido en virtud de que la transmisión fiduciaria haya sido debidamente publicitada o en su defecto si los terceros tuvieron los medios para poder conocer de ella actuando de manera diligente. Por poner un ejemplo, en el caso de que el propio constituyente tenga acreedores y opere la constitución de un fideicomiso mercantil, una vez que los bienes fideicomitidos formen parte del patrimonio separado, éstos no podrán ser atacados, salvo en caso de fraude. Es por ello que para que el acto sea oponible a terceros debe ser imprescindible el registro.

En todo caso, concluyo en que para poder encasillar un negocio jurídico dentro de la celebración fraudulenta de un contrato de fideicomiso mercantil en perjuicio de terceros deberá probarse el fraude y el perjuicio y sostengo que se podrá y se deberá acudir a la justicia haciendo alarde de la doctrina acuñada como *clean hands* que pregona

[...] la conducta ética, responsable y solvente de la persona natural, desde el individuo al Estado en el cumplimiento de sus obligaciones y compromisos; la ausencia de la doble intención, simulaciones, reservas o finalidades inconfesables; la recta

---

<sup>131</sup> Cfr. *Ibidem*. p. 103

aplicación del provecho legítimo al objeto de la negociación; la escrupulosa observancia de lo pactado [...]<sup>132</sup>.

#### **1.4 La acción pauliana.**

El origen de esta acción surge en el momento en que el patrimonio de una persona natural o jurídica constituye prenda general de sus acreedores y tiene su fundamento en la responsabilidad patrimonial del deudor. Es por ello que, cuando un deudor pretende distraer de su patrimonio determinados bienes para el incumplimiento de sus obligaciones contractuales y extracontractuales la normativa entra a regular esta situación dotándole al acreedor de esta acción para restablecer el equilibrio patrimonial de su deudor.

El nombre de esta acción aparece en un único texto en el Digesto<sup>133</sup> y se afirma que esta expresión fue inventada por un pretor llamado Paulos Rutilio, con posterioridad a la redacción de dicho cuerpo legal<sup>134</sup>.

El autor Ospina Fernandez<sup>135</sup> define a la acción pauliana como un medio que otorga la ley a los acreedores para obtener la restitución del patrimonio del deudor, deteriorado por actos fraudulentos.

El Código Civil uruguayo en su artículo 2372 establece que “Los bienes todos del deudor, exceptuándose los no embargables, son garantía común de sus acreedores [...]”<sup>136</sup>. En su artículo 1296 menciona que “Podrán también los acreedores pedir a nombre propio que se rescindan o revoquen las enajenaciones otorgadas por el deudor

---

<sup>132</sup> Cfr. S. RODRIGUEZ AZUERO, citando a Antonio Rodriguez Sartre en “Las obligaciones en moneda extranjera” Editorial de Derecho Financiero. Madrid 1968

<sup>133</sup> Digesto. L. 38, parág. 4, D, XXII, 1 y en el Título 8 del libro XLII

<sup>134</sup> Cfr. L. LABAURE, Acción Pauliana o revocatoria, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006, p. 4

<sup>135</sup> G. OSPINA FERNANDEZ, Régimen general de las obligaciones, p.1980 citado por Luciano Labaure, Acción Pauliana o revocatoria, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006, p. 1

<sup>136</sup> Código Civil uruguayo. Texto aprobado por la Ley 16.603 citado por Luciano Labaure, Acción Pauliana o Revocatoria, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006, p. 2

con fraude y en perjuicio de ello [...]”. Para la normativa uruguaya éste es el remedio contra los actos fraudulentos de los deudores y en perjuicio de sus acreedores.

El Código Civil colombiano en su normativa<sup>137</sup> regula el derecho que tiene todo acreedor a perseguir los bienes de su deudor y en su artículo 2491<sup>138</sup> respecto de la acción de la acción pauliana que la doctrina también la conoce como la acción de rescisión.

En Colombia el artículo 1238 del Código de Comercio<sup>139</sup> establece que los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo. La Superintendencia Bancaria aplicó literalmente la norma y le permitió a un acreedor anterior a la constitución del fideicomiso demandar por vía ejecutiva los bienes fideicomitidos para la restitución de su acreencia. Posterior a esta postura la Circular Básica Jurídica<sup>140</sup> sentó un nuevo precedente recogiendo los principios de la antes citada normativa y se posesionó al respecto diciendo en lo fundamental que un potencial ataque de un acreedor debe ir contra el fideicomitente o contra el fideicomiso más no contra los bienes, estableciendo el daño sufrido<sup>141</sup>, sin que se requiera probar

---

<sup>137</sup> Código Civil colombiano. Artículo 2488: Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677

<sup>138</sup> Código Civil colombiano. Artículo 2491: Acción de rescisión. En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o a la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes:

1. Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, siendo de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero.

2. Los actos y contratos no comprendidos en el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindible, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores.

3. Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores, expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato.

<sup>139</sup> Ver más “Este despacho, refiriéndose al contenido y alcances del artículo 1238 expresó que “los bienes fideicomitidos podrán ser perseguidos en cabeza del fiduciario por los acreedores del fideicomitente, empleando para ello la vía ejecutiva siempre que se trate de obligaciones adquiridas con anterioridad a la constitución de la fiducia” C.B.J. T. V, Cap. I, N 1.9 citado por Rodríguez Azuero. p. 202

<sup>140</sup> C.B.J. T. V, Cap. I, N 1.9 citado por Rodríguez Azuero. p. 202-203

<sup>141</sup> *Ibidem* “si con ocasión a la celebración del contrato no se produjo un desequilibrio en el patrimonio del deudor-fideicomitente que le impida satisfacer las obligaciones contraídas con anterioridad a dicha celebración, la acción de persecución no está llamada a prosperar porque es claro que no se configura un *eventus damni* sin el cual no existiría interés jurídico para incoar la acción”.

acuerdo fraudulento alguno con la fiduciaria, con lo que surge una primera y clara diferencia con la acción pauliana general<sup>142</sup>.

En la causa “Banco Mayo s/liquidación judicial”<sup>143</sup> existía gran interés público en el valor realizado de los bienes fideicomitidos porque éste iba a incidir en la cuantía del activo del Banco Mayo al momento de liquidarse sin embargo, el juez del caso dijo que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante y quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Que tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción en fraude.

Para el autor argentino Jorge Hayzus<sup>144</sup> lo que le corresponde recibir al beneficiario de un fideicomiso está sujeto a un plazo o condición determinada el interés que tenga un tercero en el contrato y podría ser catalogado como un “derecho en expectativa”, sin embargo este derecho tiene un contenido económico que eventualmente podría influir en la calificación crediticia del mismo beneficiario. Por tanto, la normativa argentina<sup>145</sup> permite que los acreedores del beneficiario ejerzan sus derechos “sobre los frutos de los bienes fideicomitidos” aún cuando en la misma no se regule expresamente el principio de “prenda general de los acreedores” sobre los patrimonios la doctrina lo ha sobrentendido regulado en el artículo 505 del Código Civil argentino<sup>146</sup>. Lo mismo ocurre en la normativa ecuatoriana cuando tuvo la

---

<sup>142</sup> Ver laudo Leasing Mundial vs. Fiduciaria FES que se aparta de esta posición citado por Rodríguez Azuero. p. 203

<sup>143</sup> Cfr. CNCom, Sala C, 17/8/99. JA. Y.2000-II, P.477 citada por Eduardo Clusellas en su libro Contratos con garantía fiduciaria.

<sup>144</sup> Cfr. J. HAYZUS, Fideicomiso. 2da edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2004. p. 146-147

<sup>145</sup> Código Civil argentino. Artículo 961: “Todo acreedor quirografario puede demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o en fraude de sus derechos”

<sup>146</sup> Código Civil argentino. Sanción Ley 340 Artículo 505.-Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son: 1ro. Darle derecho para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado; 2ro. Para hacérselo procurar por otro a costa del deudor; 3ro. Para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes. Respecto del deudor, el cumplimiento exacto de la obligación le confiere el derecho de obtener la liberación correspondiente, o el derecho de repeler las acciones del acreedor, si la obligación se hallase extinguida o modificada por una causa legal.

oportunidad de hablar sobre la inembargabilidad del patrimonio fideicomitado en este trabajo.<sup>147</sup>

La acción revocatoria, como recurso frente a una operación fraudulenta, viene a ser la contracara de la inmunidad de los bienes fideicomitados ante el ataque de los acreedores quirografarios del fiduciante, cuando la transferencia ha sido legítima señala Jorge Roberto Hayzus<sup>148</sup>.

El caso en cuestión ocurre cuando una persona que tiene deudas enajena sus bienes para sustraerlos de su esfera de dominio personal y poder distraerlos de sus acreedores. En este momento es cuando las legislaciones procuran remediar esta situación otorgándoles la acción revocatoria o pauliana.

La normativa civil española<sup>149</sup> califica esta acción como la acción rescisoria de contratos válidamente celebrados pero que pueden devenir ineficaces exclusivamente en atención a los resultados que produce o que pueden contribuir a producir, que en el caso que nos ocupa es el fraude de acreedores<sup>150</sup>. Es por ello que los autores Díez-Picazo y Antonio Gullón mencionan que si el deudor utiliza la simulación (finge una transferencia de dominio) no deben utilizar la acción pauliana sino la acción de simulación (inexistente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano).

Dentro de los requisitos doctrinarios para que esta acción sea propuesta se encuentran:

1.- Que el deudor realice un acto que cause perjuicio de sus acreedores y ventajas para un tercero, perjuicio que consiste en la disminución de su garantía patrimonial hasta el punto de provocar la insatisfacción de aquéllos.

---

<sup>147</sup> Artículo 121 de la Ley de Mercado de Valores: Los acreedores del beneficiario, podrán perseguir los derechos y beneficios que a éste le correspondan en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso mercantil. (lo subrayado es mío)

<sup>148</sup> Cfr. J. HAYZUS, Fideicomiso. 2da edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2004. p. 125-126

<sup>149</sup> Código Civil español artículo 1291: “Son rescindibles [...] 3.- Los celebrados en fraude de acreedores cuando éstos no pueden de otro modo cobrar lo que se les deba”.

<sup>150</sup> Cfr. DIEZ-PICAZO Y ANTONIO GULLÓN. Sistema de Derecho Civil. Tecnos. 9na Edición, 2005 España. p. 215

2.- Que ese acto merezca la calificación de fraudulento, lo que ocurrirá cuando el deudor actúe con el propósito de defraudar a sus acreedores.

Por ello la jurisprudencia española<sup>151</sup> ha dado al fraude el significado de que el deudor, de ser consciente del perjuicio que causa, ha de conocer que después de realizado el acto no le quedan bienes suficientes para satisfacer sus compromisos. Y la prueba principal del fraude es la comprobación de la situación de insolvencia en la que se colocó intencionalmente el deudor.

3.- Insolvencia del deudor: se busca básicamente que no queden bienes libres para satisfacerse después del acto<sup>152</sup>.

Los autores Planiol, Ripert y Boulanger<sup>153</sup> distinguen a la acción pauliana de las acciones dirigidas a lograr la anulación de un acto, en aplicación del principio consagrado jurisprudencialmente *fraus omnia corrumpit*<sup>154</sup>. Los referidos autores sostienen que como en la acción pauliana no hay nulidad la cosa enajenada no vuelve efectivamente al patrimonio del enajenante sino que solo puede ser atribuida al acreedor ejecutante y a aquellos que se asociaron en su accionar por haber sido víctimas del fraude<sup>155</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico se encuentra establecida en el artículo 2370<sup>156</sup> del Código Civil cuando hace mención a que los acreedores tienen derecho a que se

---

<sup>151</sup> Cfr. SS. De 7 de enero de 1958 y de 6 de abril de 1992 citadas por Díez- Picazo.

<sup>152</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>153</sup> Cfr. PLANIOL, RIPERT Y BOULANGER, *Traité...* citado por L. Labaure, *Acción Pauliana o revocatoria*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006, p. 5

<sup>154</sup> El fraude todo lo corrompe.

<sup>155</sup> Cfr. L. LABAURE, *Acción Pauliana o revocatoria*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006, p. 6

<sup>156</sup> Código Civil ecuatoriano. Artículo 2370: En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes:  
 1. Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas, anticresis o constitución de patrimonio familiar, que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero;  
 2. Los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores; y,  
 3. Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato.

rescindan los contratos onerosos y demás actos que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, estando de mala fe, el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos, el mal estado de los negocios del primero. El contrato de fideicomiso no es a título gratuito puesto que la fiduciaria siempre percibe un honorario por sus servicios y en contra partida existe una transferencia de dominio a un determinado valor pecuniario. Tampoco es a título oneroso puesto que el valor del patrimonio fideicomitado jamás será igual al valor que perciba la fiduciaria por concepto de sus honorarios por ello no tiene la característica propia de un contrato oneroso que es el que sea conmutativo y exista un sinalagma de prestaciones. Por ello, el contrato de fideicomiso es a título de fideicomiso conforme lo establece la Ley de Mercado de Valores por tanto no se encasilla en este supuesto del primer inciso que establece el citado artículo del Código Civil.

En el segundo inciso habla de los actos o contratos no comprendidos en el numeral precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores. En este supuesto se encasilla entonces la acción para el caso que nos ocupa.

En nuestro país el artículo 123 de la Ley de Mercado de Valores prevé la acción procesal para los contratos fraudulentos:

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

En este caso la norma prevé la posibilidad de acción de los acreedores del constituyente o del beneficiario o terceros en general, sólo si se encuentra presente el elemento subjetivo del fraude<sup>157</sup>.

---

<sup>157</sup> Cfr. R. GONZÁLEZ TORRES, Manual de Fideicomiso en Ecuador y América Latina. Edino 2009. Guayaquil. p. 157

Luego de este pequeño análisis respecto de las acciones procesales con las que cuenta un tercero perjudicado por la constitución de un fideicomiso mercantil podemos concluir que éste puede acudir tanto a la acción pauliana regulada por nuestra normativa civil como a la acción en fraude que prevé la ley especial, nuestra Ley de Mercado de Valores.

## 2 FIDEICOMISOS SUJETOS A INSCRIPCIÓN, ACTOS Y BIENES NO SUJETOS A REGISTRO Y SU CONSECUENTE PROBLEMÁTICA

### 2.1 Fideicomisos sujetos a inscripción: La Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, el Reglamento a la Ley de Mercado de Valores y la Ley de Registro.

Según la Enciclopedia Jurídica Omeba el carácter público de los registros no significa que estén a disposición de cualquiera que desee examinar lo registrado, pues sólo es pertinente el pedido formulado por quien tenga interés legítimo, mandato o representación, o por quien ejerza función pública, o esté autorizado por la ley<sup>158</sup>. Lo importante, en términos de la Ley del Sistema Nacional de Datos Públicos <sup>159</sup> que se analizará más adelante, es que un registro pueda emitir la certificación correspondiente dotada de fe pública y que constituya prueba en un proceso judicial o coactivo. Aquellos actos y documentos que se registren en él deben entenderse por públicos y podrán consultarse sin más restricciones que la propia ley imponga. La inscripción en este registro desplegará los efectos que le son propios frente a terceros desde la fecha de su inscripción y dotará de oponibilidad *erga omnes* a los actos y documentos.

La política de transparencia de un mercado de valores manda a que los documentos y actos jurídicos inscritos en él puedan ser conocidos por aquellos terceros interesados que justifiquen su requerimiento de información. Esta información se torna necesaria no sólo para la toma de decisiones de inversión sino también para dotar de certeza jurídica a los terceros llámense particulares o Estado.

---

<sup>158</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXIV. Driskill S.A. Argentina. p. 515-516

<sup>159</sup> Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos. R.O. 162 de 31 de marzo de 2010

A través del título V artículo 16 de la Ley de Mercado de Valores se crea el Registro de Mercado de Valores como organismo adjunto a la Superintendencia de Compañías. La referida norma establece que se inscribirá la información pública respecto de los emisores, los valores y las demás instituciones reguladas por la LMV siendo éste un requisito previo para participar en los mercados bursátiles y extrabursátiles. El mencionado artículo<sup>160</sup> establece qué y quiénes deberán inscribirse en el Registro de Mercado de Valores.

La Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores<sup>161</sup> en su Título V Capítulo I llamado Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario en la Sección II establece:

Inscripción en el Registro del Mercado de Valores  
 Art. 6.- Inscripción.- En el Registro del Mercado de Valores se inscribirán los fideicomisos que sirvan como mecanismos para realizar un proceso de titularización y los fideicomisos de inversión con adherentes.

Y en la Sección IV del mismo capítulo se regula lo siguiente:

Artículo 18.- Disposiciones especiales sobre fideicomisos mercantiles con fines comunitarios: en su inciso final se establece lo siguiente: Estos fideicomisos mercantiles deben inscribirse en el Registro del Mercado de Valores, ya que reúnen los presupuestos establecidos en el artículo 6 de este capítulo.

---

<sup>160</sup> Ley de Mercado de Valores. Artículo 16: En el Registro del Mercado de Valores deberán inscribirse:

1. Los valores que sean objeto de oferta pública y sus emisores;
2. Las bolsas de valores y sus reglamentos de operación;
3. Las casas de valores y sus reglamentos de operación;
4. Los operadores de las casas de valores;
5. Los operadores que actúen a nombre de los inversionistas institucionales;
6. Los depósitos centralizados de compensación y liquidación de valores y, sus reglamentos interno y de operación;
7. Los fondos de inversión, sus reglamentos internos y contratos de incorporación;
8. Las cuotas emitidas por los fondos de inversión colectivos;
9. Los valores producto del proceso de titularización;
10. Las administradoras de fondos de inversión y fideicomisos y sus reglamentos de operación;
11. Los contratos de fideicomiso mercantil y de encargos fiduciarios, de conformidad con las normas de carácter general que para el efecto dicte el C.N.V.;
12. Las calificadoras de riesgo, su comité de calificación, su reglamento interno y, procedimiento técnico de calificación;
13. Las compañías de auditoría externa que participen en el mercado de valores; y,
14. Los demás entes, valores o entidades que determine el C.N.V.

<sup>161</sup> Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores. R.O. Suplemento Número 1 de 8 de marzo de 2007.

La norma es clara al establecer que únicamente existe la obligatoriedad de inscripción para tres clases de fideicomisos: el de titularización, el de inversión con adherentes y el fideicomiso con fines comunitarios.

En el Reglamento a la Ley de Mercado de Valores<sup>162</sup> en el artículo 9 se estipula:

Art. 9.- Inscripción en el Registro del Mercado de Valores.- La inscripción en el Registro de Mercado de Valores no sustituye a la inscripción que debe hacerse en otros registros conforme otras disposiciones legales y los efectos de estas inscripciones no se suplen por la realización de aquéllas. La inscripción en el Registro del Mercado de Valores implica la aceptación y obligación de difundir por parte de los registrados, en la forma y con la periodicidad que determine el C.N.V., toda información que éstos generen. Esta información puede ser de orden legal, económico-financiero, entre otras, que de alguna manera pueda incidir en la decisión de invertir en valores de un emisor.

En este punto es en donde planteo mi mayor crítica. En relación al primer párrafo del referido artículo se hace mención a que la inscripción en el Registro de Mercado de Valores no sustituye a la inscripción que deberá hacerse en otros registros. En relación a las palabras “otros registros” se presume que se hace referencia al Registro de la Propiedad donde deben registrarse las transferencias de dominio de bienes raíces y cuya inscripción es requisito *sine qua non* para el perfeccionamiento de la transferencia de dominio. Insisto, como lo hice en el anterior capítulo, el objetivo de dotar de publicidad a determinados actos y la situación de oponibilidad frente a terceros viene dada por la posibilidad que estos tuvieron para conocer la transmisión fiduciaria.

Entonces, ¿Qué ocurre pues con los bienes muebles no sujetos a registro alguno en un fideicomiso de titularización, de inversión con adherentes o fideicomiso con fines comunitarios?, ¿Con aquellos derechos sobre muebles que tienen un contenido patrimonial tales como los derechos de crédito, los derechos fiduciarios, los derechos de dominio sobre bienes muebles tales como vehículos, pólizas de acumulación, buques y aeronaves, obras de arte, maquinaria, joyas, acciones y participaciones de una

---

<sup>162</sup> Reglamento a la Ley de Mercado de Valores. Resolución CNV 95-011 (Registro Oficial 778, 11-IX-95).

compañía, derechos exclusivos de explotación sobre un derecho de propiedad intelectual?. Todo esto sin hacer mención a las demás clases de fideicomisos que prevé la legislación ecuatoriana y que no tienen obligatoriedad de inscripción en registro alguno.

El artículo 8 del Reglamento para la Emisión de Pólizas de Acumulación<sup>163</sup> establece que la transferencia de pólizas de acumulación se sujetará a las siguientes normas: a) Las pólizas nominativas de acuerdo a lo dispuesto en el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil para la cesión de derechos créditos, b) Las pólizas a la orden, se transferirán por el simple endoso, c) Las pólizas al portador serán transferidas por la entrega del título. Nada dice la normativa al respecto de si se deberá tomar razón de la misma por parte de la institución de financiera o en algún organismo que dote de publicidad al acto jurídico.

El artículo 189 de la Ley de Compañías<sup>164</sup> establece que la transferencia de dominio de acciones no surtirá efecto contra la compañía ni contra terceros, sino desde la fecha de su inscripción en el Libro de Acciones y Accionistas. La norma antes citada deja expresa constancia que un requisito para que la transferencia de dominio surta efectos y sea oponible a terceros deberá inscribirse en el correspondiente libro. Pregunto: es que acaso ¿Este Libro es de conocimiento del público, llámese actuales o potenciales acreedores? Algo similar ocurre con las acciones inscritas en Bolsa de Valores con un requisito adicional, que la inscripción en el Libro de Acciones y Accionistas será hecho por el depósito descentralizado acota el referido artículo. El retraso de inscripción de dicha transferencia es sancionado con multa. Se agrega una prohibición el mismo artículo: la de establecer requisitos o formalidades para la transferencia de acciones que no se encuentren en la Ley de Compañías. Es justamente lo que pretende dejar claro el presente trabajo, que el hecho de inscribir, registrar,

---

<sup>163</sup> Reglamento para la emisión de pólizas de acumulación. Resolución de la Superintendencia de Bancos 754. R.O. 400 de 8 de agosto de 1990.

<sup>164</sup> Ley de Compañías. R.O. 312 de 5 de noviembre de 1999

publicitar no es un requisito para que opere la transferencia de dominio sobre un bien es únicamente con el fin de dotar de oponibilidad frente a terceros.

De igual manera el artículo 113 de la Ley de Compañías establece que una participación de una compañía de responsabilidad limitada es transferible por acto entre vivos, en beneficio de otro u otros socios de la compañía o de terceros con el consentimiento de todo el capital social de la misma. Esta transferencia deberá hacerse por escritura pública. Esta cesión deberá inscribirse en el libro respectivo de la compañía.

Conforme lo señala el artículo 21 de la Ley de Compañías toda transferencia de acciones y participaciones de compañías que hayan sido constituidas en el Ecuador deberán ser comunicadas a la Superintendencia de Compañías indicando el nombre y nacionalidad del cedente y cesionario dentro de los ocho días posteriores a la inscripción en el correspondiente libro. Este requisito no salva la exigencia de publicidad para la transferencia de dominio sobre acciones y participaciones es una mera notificación por el control que mantiene la Superintendencia de Compañías.

El artículo 27 de la Ley de Propiedad Intelectual<sup>165</sup> regula la transferencia del derecho exclusivo de explotación y establece que esta transferencia es posible bajo el Derecho Civil. No importa a qué título se haga la transferencia, quién adquiera este derecho gozará y ejercerá la titularidad. El mismo artículo sostiene que es válida la transferencia del derecho de explotación sobre obras futuras lo cual es totalmente viable cuando se transfiere a un fideicomiso mercantil bienes que “se espera que existan”. El artículo 281 de la referida Ley establece que todos los actos que afecten derechos de propiedad industrial deberán inscribirse en los registros respectivos en la misma fecha en que se presenta la correspondiente solicitud y los efectos de la misma se retrotraen a la fecha en que ésta fue solicitada surtiendo efectos frente a terceros a partir de la inscripción. No obstante establece que a falta de inscripción el acto no es

---

<sup>165</sup> Ley de Propiedad Intelectual. R.O. Suplemento 426 de 28 de diciembre de 2006

válido. Concepto que dista de la propuesta establecida en el presente trabajo puesto que se sostiene que el requisito de inscripción o registrabilidad solamente exista para efectos de oponibilidad más no de validez. De todas maneras, todos estos derechos de propiedad intelectual perfectamente fideicomitibles y sus transferencias de dominio deberán constar en el correspondiente registro como lo establece el referido artículo 281.

La Ley de Registro<sup>166</sup> establece lo siguiente: Artículo 25.- Están sujetos al registro los títulos, actos y documentos siguientes:

- a) Todo contrato o acto entre vivos que cause traslación de la propiedad de bienes raíces.
- l) (sic) Cualquier otro acto o contrato cuya inscripción sea exigida por la Ley.

En relación al primer literal no tenemos duda alguna, pero en cuanto al segundo parecería ser que los títulos de dominio fiduciario, sean estos productos de una titularización, de un fideicomiso de inversión con adherentes o de uno de índole comunitaria, deberían ser inscritos.

Esta inscripción en el Registro de Mercado de Valores no constituye un registro propiamente dicho con fines de brindar publicidad y seguridad jurídica a los terceros puesto que en el mercado bursátil participa un número restringido de actores y no cumple con la función buscada en este trabajo.

Esto nos plantea un dilema importante puesto que, en aras de la publicidad y transparencia que caracterizan a los procesos propios del mercado de valores, debería existir una certeza para terceros respecto de la titularidad de dominio fiduciario de cualquier bien que se encuentre fideicomitado.

---

<sup>166</sup> Ley de Registro. Decreto Supremo #1405. R.O. #150 de 28 de octubre de 1966

No basta la inscripción del contrato de constitución de un fideicomiso puesto que, como ya se conoce, los derechos fiduciarios que surgen con la constitución de un fideicomiso son perfectamente transferibles. Así mismo pueden surgir cambios en la estructura medular del fideicomiso tales como sustituciones fiduciarias, quiebra o renuncia de la misma<sup>167</sup>, adherencia de un beneficiario, en algunos casos embargo de las rentas que se generen de los derechos fiduciarios, extensión del plazo o del punto de equilibrio en el caso de los fideicomisos inmobiliarios. Estos, entre otros datos, son de suma relevancia para un tercero con un interés legítimo actual o potencial en el patrimonio fideicomitado o en el patrimonio personal tanto del constituyente como del beneficiario y de la fiduciaria.

Sobre los terceros que puedan tener un interés en la constitución o modificación de un fideicomiso mercantil se puede argumentar en abundancia pero lo primordial es dejar claramente establecido: ¿Quiénes? y ¿Qué tipo de interés? En cuanto a quienes podrían tener un interés en esta transferencia de dominio y sus posteriores modificaciones debemos dejar sentado claramente quienes sean actuales acreedores del constituyente, del fideicomiso mismo y de los beneficiarios de éste. Cuando en el presente trabajo se hace referencia a los actuales acreedores me refiero a aquellos quienes posean un derecho de crédito en virtud de una transacción comercial o un vínculo con el constituyente tales como un crédito con una institución financiera, una deuda con una tarjeta de crédito, etc. Cuando se menciona a potenciales acreedores hablamos de aquellos que se constituyen como tales por mandato legal tal como el derecho de alimentos que según el artículo 2 Código de la Niñez y Adolescencia<sup>168</sup> “es

---

<sup>167</sup> Ley de Mercado de Valores Artículo 131.- Renuncia del fiduciario.- El fiduciario solo podrá renunciar a su gestión, siempre que no cause perjuicio al constituyente, al beneficiario o a terceros vinculados con el fideicomiso mercantil y, por los motivos expresamente indicados en el contrato de fideicomiso mercantil o encargo fiduciario. A falta de estipulación son causas de renuncia las siguientes:

a) Que el beneficiario no pueda o se niegue a recibir los beneficios de conformidad con el contrato, salvo que hubiere recibido instrucciones del constituyente de efectuar pago por consignación siempre a costa del constituyente; y,

b) La falta de pago de la remuneración pactada por la gestión del fiduciario.

A menos que hubiere acuerdo entre las partes, el fiduciario para renunciar requerirá autorización previa del Superintendente de Compañías quien en atención a las disposiciones del contrato podrá resolver la entrega física de los bienes del patrimonio autónomo al constituyente o a quien tenga derecho a ellos o al fiduciario sustituto previsto en el contrato, al que designe el beneficiario o al que el Superintendente de Compañías designe, según el caso

<sup>168</sup> Código de la Niñez y Adolescencia. R.O. 737 de 23 de enero de 2003.

connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna”. El Código Civil en su artículo 349 menciona a quienes se deben alimentos: “Se deben alimentos: al cónyuge, a los hijos, a los descendientes, a los padres, a los ascendientes, a los hermanos y al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido revocada”.

Como potenciales acreedores también se incluye al Estado en el caso de acreencias de índole pecuniaria tales como tributos, aportaciones al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, etc.

Cuando se analiza que tipo de interés deberá tener este tercero en la constitución o modificación estructural de un fideicomiso mercantil se toma en cuenta el hecho de que éste sea de índole directa. Una persona que tiene un interés se la llama interesado y en materia jurídica evidentemente se habla de un interés jurídico y en el caso que nos ocupa un interés jurídico-económico - diría yo -. Por ello interés jurídico “lo constituye la existencia o actualización de un derecho subjetivo jurídicamente tutelado que puede afectarse, ya se por violación de ese derecho, o bien, por el desconocimiento del mismo por virtud de un acto de autoridad”<sup>169</sup>.

Según el autor Adolfo Ruiz de Velasco “se considera tercero a efectos registrales a toda persona distinta de la causante de la inscripción, o sea a quien perjudica la inscripción o a quien favorece la no inscripción”<sup>170</sup>. Revisando la normativa ecuatoriana podemos notar que el concepto de *interés directo* es un concepto jurídico indeterminado puesto que muchas regulaciones en distintas materias tanto de índole sustancial como material hablan de él pero ninguna de ellas lo define puntualmente. Al respecto puedo

---

<sup>169</sup> Tesis: II.2o.C.92 K, Novena Época. Emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Visible a fojas 1428, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, vol. XIX, Abril de 2004 citado por Luis Béjar en “El interés directo e indirecto para interponer el recurso de revisión consagrado en la Ley federal de Procedimiento Administrativo” en la Revista del Doctorado en Derecho de septiembre 24 de 2003 disponible en <http://revistabimensualup.wordpress.com/2007/09/24/el-interes-directo-e-indirecto-para-interponer-el-recurso-de-revision-consagrado-en-la-ley-federal-de-procedimiento-administrativo-2/> consultado el 15 de abril de 2011.

<sup>170</sup> A. RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE. Manual de Derecho Mercantil, tercera edición, 2007, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, p. 35

decir que el interés directo deberá ser aquel que pueda interponerlo la persona afectada y no por interpuesta persona.

La referida y antigua Ley de Registro en su artículo 16<sup>171</sup> llama mucho mi atención puesto que parecería ser que dentro de cada institución registral existe una sección referente a las personas, es decir, una compilación de los actos jurídicos que existen en relación a cada persona. Y es justamente a esto que hace alusión el presente trabajo: a una divulgación y debida publicidad de los actos jurídicos referentes a una persona, no necesariamente a bienes, puesto que las obligaciones las contraen siempre las personas sean estas personas naturales o jurídicas.

Es por ello que, al existir un ente que registre los actos jurídicos de las personas se podrá acudir al mismo para obtener una certificación para constatar qué bienes se encuentran en su patrimonio personal y que los terceros tengan la certeza de su titularidad de dominio y su característica primordial como lo es el caso de la prenda general de los acreedores en caso de un eventual incumplimiento contractual o extracontractual.

Así mismo el artículo 17<sup>172</sup> de la misma norma establece un sistema de registro en función no solo de los inmuebles, como ya existe, sino también de muebles y la historia de titularidades de dominio. Título causal, gravámenes, interdicciones, cancelaciones y constancia de quienes han solicitado certificados al respecto. Esto llama de igual manera la atención puesto que la antigua norma data del año 1966 y aún no existe el correspondiente registro de muebles ni se ha incorporado a este “folio real”

---

<sup>171</sup> Ley de Registro Artículo 16.- Folio Personal.- Es el sistema de anotación de hechos y actos jurídicos que se lleva de acuerdo a la persona que los causa o sobre quien recae. En este sistema la o el responsable del registro procederá a registrar: nombres, apellidos y datos del titular de la información y en el caso del registro de la propiedad, la descripción del inmueble, las titularidades concatenadas de dominio o condominio, y el título causal, los gravámenes, interdicciones y sus cancelaciones, las constancias de solicitudes de certificados; y en el caso de registro mercantil y civil, el nacimiento o creación de la persona, todas las modificaciones del estado civil o societarias y su muerte o extinción.

<sup>172</sup> Artículo 17 Folio Real.- Es el sistema de anotación de actos jurídicos que se llevan de acuerdo al objeto del que trata el registro. La información consistirá en la descripción del inmueble o mueble, las titularidades concatenadas de dominio o condominio, nombres, apellidos y datos de la o el titular y el título causal, los gravámenes, interdicciones y sus cancelaciones, y las constancias de solicitudes de certificados.

una división concerniente a bienes muebles en el Registro de la Propiedad ecuatoriano.

Igualmente lógica resulta la existencia de un “folio cronológico” como lo establece el siguiente artículo<sup>173</sup> de la Ley de Registro donde se unen los folios reales y personales y se anota de manera cronológica todos los datos de dominio relevantes y públicos de necesario conocimiento para los terceros interesados.

En el artículo 18 numeral segundo de la Constitución del Ecuador se establece el derecho de todas las personas al acceso a la información generada en instituciones públicas, o privadas que manejen fondos públicos o realicen funciones públicas. Éste constituye uno de los fundamentos para que los distintos registros mencionados en este trabajo donde se inscribe y maneja información respecto de derechos reales de las personas puedan garantizar el derecho de las personas al acceso a esta información.

De igual manera los numerales 19 y 28 del artículo 66 de la Carta Magna garantizan los derechos a la identidad personal y colectiva y a la protección de datos de carácter personal siendo que estos derechos implican no sólo el acceso y decisión sobre información y datos de este carácter sino que también su consecuente protección. En el mismo artículo en su numeral 26 de garantiza el derecho a la propiedad en todas sus formas, cuya conformación, transferencia y consolidación jurídica requiere de un registro fiable.

En la disposición transitoria primera en el numeral octavo de la Constitución se establece que en el plazo de 360 días se aprobaría la ley que organice los registros de datos, en particular: civil, de la propiedad, y mercantil y que en todos los casos se establecerán sistemas de control cruzado y bases de datos nacionales.

---

<sup>173</sup> Artículo 18 Folio Cronológico.- Es el registro de los títulos, actos y documentos cuya inscripción se solicita, que se efectúa de acuerdo al orden en que esta petición ocurre. Este sistema incluye al menos un libro índice y un repertorio, en ellos se asentarán todos los datos referentes a la persona, inmueble o mueble, las titularidades concatenadas de dominio o condominio, nombres, apellidos y datos de la o el titular y el título causal, los gravámenes, interdicciones y sus cancelaciones, y las constancias de solicitudes de certificados; así como en el caso de las personas jurídicas las modificaciones y todo acto societario que se presente.

Es así como la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos<sup>174</sup> crea el Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos con el fin de proteger los derechos constituidos, los que constituyan o modifiquen, extingan y publiciten por efectos de la inscripción de los hechos, actos y/o contratos determinados por las leyes y normas de registros; y además para coordinar el intercambio de información de los registros de datos públicos. Y establece que, en el caso de que entidades privadas posean información que por su naturaleza sea pública, en el caso que nos concierne parecería ser que las administradoras de fondos y fideicomisos, serán incorporadas a este sistema<sup>175</sup>. Pero la normativa no es del todo clara y no existen limitaciones y definiciones claras de qué tipo de bases de datos o registros deberán migrarse a este sistema. Tan es así que podrían existir otras entidades privadas que posean información o registren bases de datos de sus actuales y potenciales clientes en relación a su dirección, estado civil, etc. tales como almacenes comerciales, emisoras de tarjetas de crédito, concesionarios de vehículos o más aún, un estudio jurídico por el hecho de tener registrados a sus clientes o a potenciales clientes. Las interrogantes quedan sentadas.

En el artículo 3<sup>176</sup> de la referida norma en la ley que regula cada registro se establecerá que actos, contratos e instrumentos deben ser inscritos y/o registrados al igual que la obligación de las registradoras a la certificación y publicidad de los datos. Estos datos públicos deben ser completos, accesibles, en formatos libres, sin licencia alrededor de los mismos, etc. entre otras características.

---

<sup>174</sup> Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos. Registro Oficial Suplemento #162 de 31 de marzo de 2010

<sup>175</sup> Artículo 28 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos

<sup>176</sup> Artículo 3 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos. Art. 3.- Obligación.- En la ley relativa a cada uno de los registros o en las disposiciones legales de cada materia, se determinará: los hechos, actos, contratos o instrumentos que deban ser inscritos y/o registrados; así como la obligación de las registradoras o registradores a la certificación y publicidad de los datos, con las limitaciones señaladas en la Constitución y la ley. Los datos públicos registrales deben ser: completos, accesibles, en formatos libres, sin licencia alrededor de los mismos, no discriminatorios, veraces, verificables y pertinentes, en relación al ámbito y fines de su inscripción. La información que el Estado entregue puede ser específica o general, versar sobre una parte o sobre la totalidad del registro y será suministrada por escrito o por medios electrónicos.

El artículo 29 de la citada norma establece que el Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos lo conformarán los registros: civil, de la propiedad, mercantil societario, datos de conectividad electrónica, vehicular, de naves y aeronaves, patentes, de propiedad intelectual y todos los registros de datos de las instituciones públicas y privadas que mantuvieren y administren por disposición legal información registral de carácter público. Para el caso que nos concierne la información que reposa en el Registro de la Propiedad para los fideicomisos mercantiles que involucren bienes raíces no queda la menor duda que ingresará al Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos. Pero aquella que reposa en el Registro de Mercado de Valores concerniente a los fideicomisos mercantiles de inversión con adherentes, los de fines comunitarios y los de titularización me quedan mis dudas puesto que, como se analizó con anterioridad en el presente trabajo el Registro de Mercado de Valores no es un registro que dota de publicidad a los actos que en él se inscriben. No posee las características indispensables de generalidad es decir, no involucra al público en general sino a determinados participantes, el hecho de poder expedir una correspondiente certificación, no posee una ley especial que lo regulen ni formas de elección y sucesión de su “registrador”, etc. Porque se le haya dado el nombre de “Registro” no necesariamente quiere decir que lo sea.

Por otra parte, me surgen ciertas interrogantes en torno a la posibilidad o no de que determinados establecimientos mercantiles manejen “información registral” conforme lo establece la citada normativa. ¿Cual es el alcance o el límite de esta información registral? ¿Hasta que punto para las fiduciarias? ¿En qué momento un emisor de tarjeta de crédito o un concesionario posee o no información registral? ¿Cuál es la definición de la misma?

La disposición transitoria octava de la referida norma manda a que los organismos, instituciones y entidades privadas que posean información determinada como pública por esta Ley y su reglamento, deberán transferir dicha información a la

Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, de manera progresiva en plazo de tres años a partir de la vigencia de esta ley.

La Disposición General segunda de la referida ley establece que:

Será información pública los nombres de las propietarias o propietarios, tenedoras o tenedores, beneficiarias o beneficiarios y todas o todos aquellas o aquellos que sean titulares de algún derecho sobre acciones, participaciones, partes beneficiarias o cualquier otro título societario generado por una sociedad comercial, mercantil, civil o de cualquier otra especie. Esta información será de carácter público y podrá ser solicitada mediante petición motivada de su requerimiento.

El artículo 13 de la misma ley además se menciona que:

“[...] en lo relativo al cumplimiento de políticas, resoluciones y disposiciones para la interconexión e interoperabilidad de bases de datos y de información pública, conforme se determine en el Reglamento que expida la Dirección Nacional.”

Aún nos encontramos a la espera del respectivo reglamento que instrumente esta ley en la medida necesaria para poder entender los alcances de la obligación de migrar la información al Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos y quiénes son los obligados a hacerlo y la definición puntual del concepto de información registral.

Parecería ser que la redacción de esta norma estableciera que toda parte integrante de un negocio fiduciario deberá constar en el Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos por ser titular de un derecho de parte beneficiaria generado por una sociedad “de otra especie” tomando en cuenta que los negocios fiduciarios no son considerados ni como sociedades mercantiles ni civiles a efectos de la Ley de Mercado de Valores.

## **2.2 Actos y bienes no sujetos a registro.**

La ausencia de registro del derecho de dominio sobre bienes muebles tales como obras de arte, joyas, automóviles, armas, maquinarias, dinero contenido en: pólizas de

acumulación, certificados de inversión, títulos valor, cesiones de créditos: de flujos de fondos, de derechos inmateriales de marcas y patentes, etc. genera un problema en cuanto a la publicidad de la transferencia de dominio de los mismos frente a terceros.

El artículo 577 del Código de Comercio<sup>177</sup> establece que cuando se utiliza la palabra muebles en esa sección comprenden los bienes que a continuación menciono contenidos en los artículos 578 y 579 de la referida norma: animales y sus aumentos; frutos de toda clase, pendientes o cosechados; productos forestales y de industrias agrícolas, maquinarias y aperos de agricultura, maquinarias industriales, instalaciones de explotación industrial, herramientas y utensilios industriales, elementos de trabajo industrial de cualquier clase, animales destinados al servicio de cualquier industria y productos que hayan sido transformados industrialmente.

Según el autor Roberto Gonzalez en su obra Manual de fideicomiso en Ecuador y América Latina:

La tradición del dominio constituyendo el patrimonio autónomo se da en función de la naturaleza del bien a transferirse. Si la cosa es mueble de naturaleza corporal se perfeccionará por la entrega por alguna de las formas contempladas en el Código Civil. Si se trata de derechos personales o créditos de carácter nominativo habrá que ceñirse a las reglas de la cesión de derechos, si estos se encuentran en documentos a la orden se procede con el endoso y si son al portador con la entrega de ellos en manos del fiduciario. Para la transferencia de cualquier otra clase de bienes, como por ejemplo, derechos intelectuales o de marcas habrá que ceñirse a lo que dispongan las leyes especiales que rigen la materia<sup>178</sup>.

Queda sumamente clara la forma de transferencia de dominio de los bienes o derechos antes mencionados, no así la publicidad de la referida transferencia de dominio ni tampoco como se transfieren derechos reales sobre cosas que no existen pero que se espera que existan<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup> Código de Comercio. Registro Oficial Suplemento #1202 de 20 de agosto de 1960

<sup>178</sup> R. GONZALEZ DE LA TORRE, Manual de fideicomiso en Ecuador y América Latina. Edino. Guayaquil, 2009. p. 184-185

<sup>179</sup> Ley de Mercado de Valores Art. 117.- Bienes que se espera que existan.- Los bienes que no existen pero que se espera que existan podrán comprometerse en el contrato de fideicomiso mercantil a efectos de que cuando lleguen a existir, incrementen el patrimonio del fideicomiso mercantil.

No concuerdo con el jurista Borda cuando sostiene que el derecho de propiedad únicamente se ejerce sobre una cosa y no sobre derechos y sí comparto con el jurista Carregal cuando acota que

[...] esto nos llevaría a sostener la inexistencia de la propiedad sobre derechos o bienes inmateriales, y así la consecuencia sería la necesidad de circunscribir la propiedad fiduciaria al dominio fiduciario únicamente sobre las cosas y quedarían entonces fuera del objeto del fideicomiso las transmisiones a título de confianza de los créditos y de otros derechos personales de contenido patrimonial (marcas de fábrica, patentes de invención, derechos de autor, etc.) con serio menoscabo para sus alcances y posibilidades<sup>180</sup>.

El pensar que únicamente son derechos de propiedad aquellos que se ejercen sobre las cosas dejaría únicamente como bienes fideicomitibles a las cosas y restaría dinamismo, flexibilidad y avance al expediente fiduciario. Así como también es totalmente viable la transferencia a título de fideicomiso mercantil según el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores la propiedad de bienes muebles o inmuebles que se espera que existan a un patrimonio autónomo. Estos bienes que se espera que existan según el artículo 117 de la Ley de Mercado de Valores son aquellos que podrán comprometerse en el contrato de fideicomiso mercantil a efectos de que cuando lleguen a existir incrementen el patrimonio del fideicomiso mercantil.

Por otra parte, el artículo 1570 del Código Civil permite la existencia de la promesa de celebrar un contrato concurriendo unos requisitos, entre ellos, el del numeral segundo declara la validez de la misma si el contrato prometido no sea de los que las leyes declaran ineficaces. Todo esto, concordado con el artículo 1752 del mismo cuerpo normativo que dice que la venta de cosas que no existen pero que se espera que existen se entiende hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte. No obstante, éste no es el caso al que hace mención la última parte del referido artículo porque la misma Ley de Mercado de Valores lo permite en su artículo 109 a la hora de constituir un

---

<sup>180</sup> M. CARREGAL, Fideicomiso. Teoría y aplicación a los Negocios. Heliasta. Buenos Aires, 2008. p. 79-80

fideicomiso

mercantil.

### **2.3 Problemática de la inscripción y registrabilidad de los fideicomisos mercantiles.**

La publicidad registral a la que hace alusión este trabajo es aquella mediante la cual el ciudadano tiene la facultad de examinar y comprobar los actos y las personas inscritas en un registro público. Por supuesto que este acceso debe tener ciertas limitaciones con el fin de salvaguardar la privacidad de las personas pudiendo ser éstas la constancia de los datos de la persona quien solicita la información, que se indiquen únicamente datos esenciales de un asiento registral, etc.

Los registros públicos son instituciones fundamentalmente públicas, a las que tienen acceso todo aquel que desee consultar los datos que en ellos figuran inscritos y que sean de obligatoria inscripción. Un registro tiene, por tanto un acceso al público y la publicidad se hace efectiva a través de una nota informativa que se remite a la información que reposa en un registro o mediante una certificación siendo ésta última el único medio de prueba para acreditar fehacientemente los asientos registrales<sup>181</sup>.

La inscripción produce efectos que no quedan alterados por la falta de una debida publicación ni por la discordancia que exista entre lo inscrito y lo publicado. La doctrina<sup>182</sup> ha definido clases de inscripciones: las constitutivas, siendo éstas las que sin ellas el acto no produce los efectos que le son propios, las declarativas son las que solamente producen los efectos propios de la publicidad material y las que dotan de presunción de validez siendo las ultimas las que presumen que las inscripciones practicadas son exactas y válidas.

---

<sup>181</sup> Cfr. A. RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE. Manual de Derecho Mercantil, tercera edición, 2007, Universidad Pontifica de Comillas, Madrid, p. 153

<sup>182</sup> *Ibidem.* p. 154-155

Se comprende que podría tornarse imposible el registro de todas los bienes muebles y derechos como ocurre con los bienes raíces sin embargo algunos de estos ya tienen su trascendencia jurídica en cuanto a registrabilidad y publicidad se refiere como se ha venido analizado en este trabajo haciendo referencia a los vehículos, a la prenda industrial y agrícola, etc. Así, para los demás puede irse creando un registro público conforme van surgiendo las relaciones jurídico-comerciales. De hecho, en España, mediante decreto<sup>183</sup>, se creó el Registro de Bienes Muebles que comprende secciones de buques y aeronaves, automóviles y otros vehículos de motor, maquinaria industrial, establecimientos mercantiles y bienes de equipo, sección de otras garantías reales, sección de otros bienes registrables y sección de registro de condiciones generales de la contratación. Este tipo de registro denota claramente lo que quiero demostrar en este acápite respecto a la diferencia entre inscripción y registro puesto que el artículo 4 del referido decreto menciona que una vez que se practique la inscripción en las secciones correspondientes el registrador remitirá una copia al registrador central dentro de dos días hábiles lo cual en el caso ecuatoriano ocurriría remitiendo al Registrador Nacional de Datos Públicos del cual hablaré más adelante.

Algunos estudiosos del Derecho han analizado la naturaleza jurídica del dominio fiduciario<sup>184</sup> concluyendo en su mayoría que se trata efectivamente de un derecho de dominio pleno pero sin la característica de perennidad puesto que la eficacia del negocio fiduciario se encuentra subordinada a un acontecimiento futuro o a una modalidad resolutoria<sup>185</sup>. Discrepo en cierta medida con lo que sostienen los autores referidos puesto que el carácter de perennidad propio de un derecho dominio tiene que ver con el bien sobre el que recae un derecho de real. Un derecho real subsiste siempre y cuando la cosa sobre la cual que éste recae exista más no porque ésta se transfiera de un propietario a otro.

---

<sup>183</sup> REAL DECRETO 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. BOE 306 de 23 de diciembre de 1999

<sup>184</sup> Ver Tratado de Fideicomiso de CLAUDIO KIPER Y SILVIO LISOPRAWSKI también Fideicomiso. Teoría y aplicación a los negocios de Mario Carregal

<sup>185</sup> Cfr. C. KIPER, Y SILVIO LISOPRAWSKI. Tratado de Fideicomiso. Lexis Nexis depalma. Buenos Aires. p. 89

La principal diferencia entre el dominio fiduciario y el dominio pleno es el llamado “título suficiente” siendo este aquel, como diría Pothier, que sea de naturaleza a hacer pasar de una persona a otra la propiedad de una cosa, *causae idoneae ad transferendum dominum*<sup>186</sup>. Este título es aquel que, al menos en materia de inmuebles basta para la transferencia de dominio. La palabra título corresponde al acto jurídico que sirve de causa para la tradición.

Por tanto, “este acto jurídico denominado título suficiente, que sirve de antecedente del acto de adquisición, es el que debe contener el negocio fiduciario que sirve de causa para la transmisión del dominio fiduciario<sup>187</sup>”.

En nuestra legislación en materia de inmuebles, en los fideicomisos de inversión con adherentes, de titularización y con fines comunitarios no basta el título suficiente es decir el documento por escrito o en su caso por escritura pública sino que también se requiere de la debida inscripción establecida por la ley para que despliegue todos sus efectos. Pero como dice el autor Lisoprawaski este título suficiente – que la doctrina lo llama *pactum fiduciae*- sí confiere derechos personales a los intervinientes<sup>188</sup> y estos se llaman derechos fiduciarios.

Pero así mismo, debe existir un análisis minucioso en el sentido dinámico de la figura y preguntarse ¿Qué hay detrás de lo contractualmente planificado? En ciertos casos, aún cuando exista plena validez de las cláusulas contractuales, la fiduciaria podría llevar a cabo determinados actos que produzcan efectos frente a terceros potencialmente perjudiciales<sup>189</sup>.

Dentro de un determinado fideicomiso mercantil podría darse el hecho de que la fiduciaria grave o enajene un determinado bien fideicomitado si este hecho se encuentra

---

<sup>186</sup> Cfr. POTHIER, E. J. Tratado de derecho de propiedad citado por Lisprawski y Kiper.

<sup>187</sup> S. LISOPRAWSKI Y CLAUDIO KIPER. Tratado de fideicomiso. Lexis Nexis depalma. Buenos Aires. p. 90

<sup>188</sup> Cfr. *Ibidem*

<sup>189</sup> Cfr. F. JUYENT BAS Y CARLOS MOLINA SANDOVAL. Bases y Reflexiones para una futura reforma del régimen de fideicomiso. (a propósito de la necesidad de “inscripción” del fideicomiso). La Ley. Ejemplar de 25 de abril de 2007. p. 4

claramente estipulado en el contrato y el constituyente dio su consentimiento expreso. La problemática consiguiente sería el conocimiento de un tercero potencialmente afectado por este acto de disposición si tuviese la capacidad de conocer sobre esta decisión.

Por ende esta publicidad registral a la que me refiero en el presente trabajo no solamente encierra al hecho de la transmisión de dominio sino que también a la existencia del llamado *pactum fiduciae*. Si el vínculo entre las partes contratantes fuese estrictamente personal y no real podría no existir esta publicidad. Pero tratándose de vínculos de derechos reales sobre un determinado patrimonio sea este material o inmaterial, sabiendo que el patrimonio personal constituye prenda general de los acreedores, si es de interés del público en general las limitaciones a su dominio o transferencias que surjan.

Lo propio es que deba hacerse un registro de títulos, entendido éste, no solo en su aspecto formal sino también en el sentido material es decir, la causa o razón jurídica que determina la adquisición extinción de un derecho real<sup>190</sup>.

La legislación argentina<sup>191</sup> sujeta los efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplen las formalidades necesarias pero omite mencionar a qué clase de terceros se refiere. Lo adecuado en este caso sería poner en un primer escalafón a los actuales o potenciales acreedores sean estos personas naturales, jurídicas o el mismo Estado.

¿Por qué un registro tanto de encargos fiduciarios como de fideicomisos mercantiles? Tanto los primeros como los segundos son negocios jurídicos típicos y consensuales y básicamente constituyen un mandato, en el primer caso sin transferencia de dominio y en el segundo caso si existe una transferencia de dominio de un

---

<sup>190</sup>Cfr. S. LISOPRAWSKI Y CLAUDIO KIPER. Tratado de fideicomiso. Lexis Nexis depalma. Buenos Aires. p. 91

<sup>191</sup> Ley 17.801 de Fideicomiso Argentina (artículo 12)

determinado bien sea este mueble o inmueble, material o inmaterial, que existen o se espera que existan.

En el caso de un encargo fiduciario conforme lo establece la Ley de Mercado de Valores<sup>192</sup> si bien es cierto que no se transfiere la propiedad de dominio sobre los bienes, si se transfiere su custodia, tenencia, encargo, administración y guarda. Esto genera para un tercero una incertidumbre sobre todo en tema de bienes muebles, puesto que estos al encontrarse en custodia y guarda de un tercero son distraídos de la esfera personal del dueño, lo que dificulta su ubicación frente a posibles medidas cautelares sobre ellos. Lo mismo podría ocurrir utilizando una figura societaria con terceras personas como socios o accionistas que simplemente figuren en la integración del capital, pero que en la práctica no constituyen los verdaderos interesados en la sociedad.

Sin embargo en este sentido hay una distinción; la legislación ya se ocupó de regularlo de alguna manera. La Ley de Compañías<sup>193</sup> en su artículo 443 establece: “El Superintendente de Compañías podrá suministrar información relativa a una compañía determinada, a pedido de cualquier persona. La información se concretará a los documentos señalados en los artículos 20.b) y 23. b), o datos contenidos en ellos. [...]”. El artículo 20 b) regula lo siguiente: “Las compañías constituidas en el Ecuador, sujetas a la vigilancia y control de la Superintendencia de Compañías enviarán a ésta, en el primer cuatrimestre de cada año: b) La nómina de los administradores, representantes legales y socios o accionistas; y,”. El artículo 23 b) establece lo propio para las compañías extranjeras que operen en el país y estén sujetas a la vigilancia de la

---

<sup>192</sup> Artículo 114: Llámase encargo fiduciario al contrato escrito y expreso por el cual una persona llamada constituyente instruye a otra llamada fiduciario, para que de manera irrevocable, con carácter temporal y por cuenta de aquél, cumpla diversas finalidades, tales como de gestión, inversión, tenencia o guarda, enajenación, disposición en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

En este contrato se presentan los elementos subjetivos del contrato de fideicomiso mercantil, pero a diferencia de éste no existe transferencia de bienes de parte del constituyente que conserva la propiedad de los mismos y únicamente los destina al cumplimiento de finalidades instituidas de manera irrevocable. Consecuentemente, en los encargos fiduciarios, no se configura persona jurídica alguna. (...)

<sup>193</sup> Ley de Compañías. R.O. 312 de 5 de noviembre de 1999

Superintendencia de Compañías. Resulta necesario recalcar que el Superintendente podrá hacerlo siempre que se encuentre motivado.

En el caso de los fideicomisos mercantiles es aún más claro el panorama puesto que en todas sus clases existe una transferencia de dominio. Como ya se ha analizado ampliamente en el caso de inmuebles no existe un mayor problema. En la *praxis* con un certificado de gravámenes obtenido en el Registro de la Propiedad se tiene la certeza de la titularidad de dominio de un determinado bien inmueble y si este se encuentra en el patrimonio tanto de una persona natural o jurídica puede ser objeto de una medida cautelar.

Pero la mayor incertidumbre y problemática surge en torno a los bienes muebles ya mencionados en el tema anterior. Cuando no sólo legalmente para su transferencia de dominio no existe ninguna formalidad sino que para que sean fideicomitados tampoco se solicite una inscripción o registro. Por tanto, todos los bienes muebles que se encuentran fideicomitados en el Ecuador se desconoce su titularidad por esta ausencia de publicidad registral que ya se ha mencionado a lo largo del trabajo.

### **2.3.1 La cesión de los derechos fiduciarios y su inminente necesidad de inscripción y registro.**

A lo largo del presente trabajo se he hablado sobre la existencia misma del dominio fiduciario y se analizó en su momento sobre la naturaleza del mismo. Como dije anteriormente, algunos autores sostienen que se trata de una propiedad plena, posición con la que concuerdo. Pero otros defienden el argumento sobre el cual el derecho de dominio fiduciario se encuentra inmerso entre la fiduciaria como titular del derecho real y el beneficiario como titular del derecho personal que surge en la relación fiduciaria.

El autor Enrique Gaviria en su libro *La Fiducia Mercantil* sostiene que el derecho de dominio fiduciario es una propiedad limitada y que se trata de una transmisión modal del derecho de propiedad de que surgen derechos para el beneficiario en la modalidad que se hayan establecido contractualmente quien tiene una tutela específica en cuanto a las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil. No comparto esta postura, ya que, sostenerla sería aparejar la fiducia mercantil de tradición romanística con el trust anglosajón que como se analizó en el primer capítulo guarda diferencias tales como el desdoblamiento del derecho de propiedad.

En este sentido el derecho de propiedad fiduciaria pleno radica en el fideicomiso mercantil – ficción jurídica con personalidad jurídica propia- cuyo representante legal y administrador del patrimonio es la fiduciaria quien debe ejercer este derecho con el fin de dar cumplimiento al fin pactado contractualmente. Por ello, se sostiene que los elementos esenciales del fideicomiso mercantil – el real y el personal – radican en dos personas distintas; en la fiduciaria y en el beneficiario correspondientemente.

Dentro de las características propias a la naturaleza del derecho de dominio que nos incumben en este trabajo se encuentran las de plenitud y perpetuidad. En cuanto a la primera lleva consigo el hecho de que el propietario tiene poderes de señor y dueño sobre la cosa aún cuando éste se encuentre sujeto a una condición a un plazo. Cosa que ocurre con el dominio fiduciario; aún cuando existan modalidades suspensivas o resolutorias no desaparece esta características imperante en el derecho de dominio pleno y absoluto puesto que aún cuando no se cumpla el plazo o la condición fijada en el contrato de fideicomiso quien es titular de dominio fiduciario goza de los efectos que tiene un titular de dominio pleno aún cuando sus actuaciones se vean limitadas al cumplimiento de la finalidad pactada en el *pactum fiduciae*.

En cuanto a la perennidad podemos decir que ésta no se ve afectada porque viene dada en función del bien sobre el cual recaiga el derecho real de dominio. La perennidad es propia de la cosa. Me explico mejor: el único motivo para que un derecho real de dominio pierda su carácter de perennidad sobre un determinado bien es que éste desaparezca del tráfico comercial o jurídico. El hecho de que este derecho real sobre una determinada cosa pase de un titular a otro no dota en sí de perennidad o no. Por tanto el derecho de dominio fiduciario sujeto o condicionado a un determinado plazo o condición no se ve afectado en esta característica porque el objetivo no es que el bien fideicomitado desaparezca del tráfico jurídico o comercial.

El contrato de fideicomiso mercantil a diferencia de un encargo fiduciario tiene como una de las características principales el de la transferencia de dominio a título de fideicomiso mercantil<sup>194</sup>, como lo establece el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores “La transferencia es a título de fideicomiso mercantil, no es onerosa ni gratuita [...]”. Es así como esta transferencia no se la mira como el objeto mismo del contrato sino que ésta constituye el medio necesario para el cumplimiento de un fin determinado en el contrato de fideicomiso.

Uno de los elementos principales que forman parte de la esencia de los contratos de fideicomisos mercantiles es el elemento real; aquel que implica una traslación de dominio sea sobre derechos reales – sobre cosas- o sobre derechos personales – sobre un derecho de crédito- a un patrimonio autónomo llamado fideicomiso mercantil que ostente todas las características de un derecho de dominio pleno con personalidad jurídica capaz de poder adquirir derechos y contraer obligaciones.

---

<sup>194</sup> Ley de Mercado de Valores Artículo 120.- Contenido básico del contrato.- El contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios deberá contener por lo menos lo siguiente:  
[...] c) La transferencia de los bienes en fideicomiso mercantil y la entrega o no cuando se trate de encargos fiduciarios

Es por ello que, la causa de esta transferencia de dominio fiduciario es el contrato de fideicomiso mercantil y la razón de existir de la propiedad fiduciaria. Siendo entonces el “título suficiente” aquel, como diría Pothier, que sea de naturaleza a hacer pasar de una persona a otra la propiedad de una cosa, *causae idoneae ad transferendum dominum*<sup>195</sup>. Este título es aquel que, al menos en materia de inmuebles basta para la transferencia de dominio. La palabra título corresponde al acto jurídico que sirve de causa para la tradición.

En la mayoría de legislaciones para que exista la transferencia de dominio se exige la concurrencia del título y del modo. Este título deberá ser de aquellos translaticios de dominio para el caso que nos ocupa pero siempre deberá ir acompañado de un modo sino se tornaría insuficiente para poder adquirir el dominio fiduciario.

Según Jorge Angarita Gómez

El modo es el hecho jurídico al que el derecho asigna la aptitud para hacer nacer el dominio a favor de una persona. A veces se trata efectivamente de un simple hecho de la naturaleza, como ocurre en los casos de la ocupación de las cosas sin dueño o en los de accesión por efecto de fuerzas naturales. En otras ocasiones el modo de adquirir consiste en una convención, es decir, un acuerdo de voluntades encaminado a producir la transferencia de dominio<sup>196</sup>.

El Glosario de términos de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores define a los derechos fiduciarios como el conjunto de derechos que se derivan de la calidad de beneficiario de un fideicomiso mercantil, los cuales representan el patrimonio autónomo constituido, y otorgan el derecho a que la fiduciaria les restituya los activos o el producto de su administración, de conformidad a las instrucciones señaladas en el contrato constitutivo.

---

<sup>195</sup> Cfr. POTHIER, E. J. Tratado de derecho de propiedad citado por Lisprawski y Kiper.

<sup>196</sup> J. ANGARITA GÓMEZ, Derecho Civil, citado por Luis Guillermo Velasquez en Bienes p. 251

En la doctrina X de Mercado de Valores<sup>197</sup> se dice que los derechos fiduciarios son derechos personales o créditos y que estos deben estar materializados en algún instrumento o documento de crédito para su aportación a la constitución de una compañía o un aumento de capital y que este documento debe ser susceptible de entrega, cesión o endoso. Así mismo sostiene que los certificados de derechos fiduciarios son meras constancias de la calidad de constituyente o beneficiario en su caso.

El artículo 136 de la LMV dice que quien posea derechos contractuales derivados de un contrato de fideicomiso sea como constituyente, constituyente adherente o beneficiario los deberá contabilizar en sus libros en relación a las transferencias de bienes efectuadas en el fideicomiso mercantil. Además establece que los derechos fiduciarios tienen un carácter esencialmente personal. La doctrina de antes mencionada continúa diciendo que los derechos fiduciarios son derechos personales susceptibles de transferencia por cesión ordinaria establecida en el Código Civil y Código de Procedimiento Civil.

La cesión de derechos se encuentra regulada en el Código Civil ecuatoriano en los artículos 1841 y siguientes. Llama especial atención el artículo 1842 cuando establece que la cesión no surte efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor ni aceptada por éste. Y aún más resulta importante el artículo 1844 de la misma norma que dice que todo traspaso de un crédito o derecho se hará en concordancia con el artículo 95 del Código de Procedimiento Civil<sup>198</sup> haciéndose la notificación en persona o por tres boletas haciendo constar el origen, cantidad y fecha del crédito. Si es que el título fuese una escritura pública se hará constar el protocolo en que se haya otorgado y se anotará el traspaso al margen de la matriz para que éste sea válido. Posterior a ello habrá que dejar

---

<sup>197</sup> Doctrina X de Mercado de Valores. Disponible en <http://www.supercias.gov.ec/Documentacion/Mercado%20Valores/Marco%20Legal/Doctrinas/doctrina%20x.pdf>, consultada el 10 de abril de 2011

<sup>198</sup> Código de Procedimiento Civil. R.O. suplemento #58 de 12 de julio de 2005.

por veinticuatro horas el documento cedido en el despacho del funcionario que hiciere la notificación para que pueda examinarlo el deudor si así lo quisiera.

En este caso el derecho fiduciario ha nacido mediante escritura pública y el título de éste es la escritura pública. El mencionado artículo 95 establece una excepción a la hora de ceder créditos para procesos de titularización en el mercado de valores estableciendo que no se requerirá notificación alguna al deudor. Y el artículo 1847 del Código Civil menciona que la cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente.

La Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores en el Título V Capítulo I Sección IV en el artículo 9 se establece:

Únicamente los beneficiarios del negocio fiduciario pueden ceder sus derechos, siempre que no esté prohibido por la Ley o por el contrato. La cesión de derechos deberá instrumentarse con las mismas solemnidades utilizadas para la constitución del negocio fiduciario. La cesión de derechos no implica la sustitución en las obligaciones de las partes contratantes. Para tales efectos, se procede conforme a las normas de la novación establecidas en el Código Civil. La cesión de derechos no surtirá efectos contra la fiduciaria ni contra terceros, sino desde la fecha de su notificación a la fiduciaria o de la aceptación por parte de ésta, en la forma prevista en el Código Civil para la cesión ordinaria

De alguna manera resulta importante en el análisis de este acápite el hecho de poder desmitificar en cierta medida el concepto de derecho fiduciario. Puesto que definirlo en alguna normativa nos llevaría a limitarlo y la posibilidad de variaciones y contenidos de este derecho es infinita en función de las distintas clases de bienes que puedan ser fideicomitados y de los distintos fines que se le pueda dar a un fideicomiso mercantil. Por ello, el concepto y contenido de este derecho fiduciario siempre dependerá enteramente de lo que se haya pactado en el contrato de fideicomiso.

Visto de otro modo, un beneficiario es un acreedor condicional que tiene un derecho fiduciario sujeto a una condición suspensiva. De la interpretación del artículo

774 del Código Civil se desprenden dos teorías respecto a esta afirmación. La primera que hace mención a la teoría que no defiende establecida en el primero inciso del artículo mencionado que dice que “El fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo”.

Según Luis Parraguez existe un importante sector de la doctrina que sostiene esta tesis impidiendo el surgimiento de los derechos y obligaciones que se encuentran comprometidos por la condición suspensiva y consecuentemente lo que se encuentra en suspenso en sí es el nacimiento de la relación jurídica obligatoria y por tanto el acreedor, en nuestro caso el tenedor de un derecho fiduciario, únicamente tendría una mera expectativa<sup>199</sup>. La segunda que defiende a cabalidad es aquella que reza en el inciso segundo del referido artículo que dice “Podrá, sin embargo, solicitar las providencias conservatorias que le convengan, si la propiedad pareciere peligrar o deteriorarse en manos del fiduciario”. Este artículo lleva implícito dos distintas teorías. Una, que sostiene que el derecho fiduciario no ha nacido hasta que no se cumpla el plazo o condición, y la segunda que sostiene que la condición suspensiva no condiciona el nacimiento de la relación obligatoria sino solamente su ejercicio y exigibilidad. Sostener la primera tesis nos llevaría erróneamente a pensar que el cumplimiento del plazo o de una determinada condición sería “atribuirle a este acontecimiento el carácter de fuente obligacional”<sup>200</sup>. Por tanto, el nacimiento del derecho fiduciario se ha dado únicamente que el ejercicio de éste se encuentra suspendido por un plazo o una condición establecida contractualmente.

Concuerdo con Parraguez al decir que “[...] se trata de un verdadero derecho cuya denominación no puede ser otra que la derecho condicional. Se distancia del puro y simple por la sola circunstancia de carecer provisionalmente de *ejercitabilidad*”<sup>201</sup>. Segunda tesis que abrazo y defiende en el presente trabajo.

---

<sup>199</sup> Cfr. L. PARRAGUEZ RUIZ, Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro cuarto. Teoría General de las Obligaciones. Volumen 1, Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador, 2006. p. 177

<sup>200</sup> Ibidem. p. 180

<sup>201</sup> Ibidem. p. 182

Es de vital importancia tratar la naturaleza jurídica del derecho fiduciario y la contrapartida a este derecho que es la obligación que reposa en la fiduciaria. Un derecho fiduciario, como ya se analizó con anterioridad, es un derecho personal que recae en el beneficiario para exigir el cumplimiento de una determinada conducta pactada en el contrato de fideicomiso y en la normativa de mercado de valores. El obligado a llevar a cabo ciertas conductas y actividades es el propio fideicomiso, esta persona jurídica independiente con personalidad jurídica y cuya representación legal la ostenta la fiduciaria.

Por tanto, la obligación del fideicomiso en contrapartida al derecho fiduciario que tiene el beneficiario, no es una obligación de dar algo. Es eminentemente una obligación de un hacer jurídico, este hacer es el de restituir como lo menciona la Ley de Mercado de Valores al beneficiario lo pactado contractualmente. El artículo 598 del Código Civil señala que: Los hechos que se deben se reputan muebles. La acción para que un artífice ejecute la obra convenida, o resarza los perjuicios causados por la inexecución del convenio, entra, por consiguiente, en la clase de los bienes muebles. Por tanto, un derecho fiduciario versa sobre la clase de bienes que sean: muebles, inmuebles, corporales, incorpóreas, es de naturaleza mueble.

Todo esto resulta bastante claro; la forma en que se ceden los derechos fiduciarios, la notificación a la fiduciaria, lo que implica la cesión, como se extinguen las obligaciones del beneficiario, etc. Pero no aparece claro en qué parte se le dota de publicidad ni se enteran los terceros – sean estos actuales o potenciales acreedores – de esta cesión, puesto que si bien es cierto que el patrimonio fideicomitado es inembargable, las rentas y acreencias que surjan de los derechos fiduciarios si lo son. Y si alguien como tercero interesado en ellas no tiene conocimiento que éstas ya no le pertenecen al beneficiario mal puede tener una certeza sobre quien deba recaer una determinada medida cautelar.

Esta falta de normas legales regulatorias de los distintos aspectos del fideicomiso y el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido, ha abierto la puerta a un mayor desarrollo a la hora de la planificación del negocio. Pero también ha generado (y genera) inseguridad jurídica en cuanto al establecimiento de los límites y la posible afectación de derechos de terceros.<sup>202</sup> “Los inconvenientes generados por la falta de un adecuado sistema de publicidad registral son muchos y, en cierto modo, obstaculizan una mejor dinámica de los negocios en orden a la seguridad en el tráfico mercantil”<sup>203</sup>.

---

<sup>202</sup> Cfr. F. JUYENT BAS Y CARLOS MOLINA SANDOVAL. Bases y Reflexiones para una futura reforma del régimen de fideicomiso. (a propósito de la necesidad de “inscripción” del fideicomiso). La Ley. Ejemplar de 25 de abril de 2007. p. 2

<sup>203</sup> *Ibidem*. p. 11

### 3 EL ROL DEL REGISTRO DE DATOS PÚBLICOS EN RELACIÓN A LOS FIDEICOMISOS MERCANTILES

#### 3.1 La Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos y la obligatoriedad de publicidad de la información fiduciaria.

Un registro de datos públicos surge en las distintas legislaciones con el fin de dotar de publicidad a los actos jurídicos que ejecutan las personas en sus relaciones comerciales entre particulares y con el Estado. La Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos<sup>204</sup> establece como objetivo principal en su primer artículo el de “garantizar la seguridad jurídica, organizar, regular, sistematizar e interconectar la información, así como: la eficacia y eficiencia de su manejo, su publicidad, transparencia, acceso e implementación de nuevas tecnologías”. Es así como lo mencionado en el primer capítulo de este trabajo respecto a la garantía constitucional a la seguridad jurídica materializada en una adecuada publicidad registral se ve plasmada en esta nueva normativa.

El artículo 2 de la referida ley señala que su ámbito de aplicación es de obligatorio cumplimiento tanto para las instituciones del sector público como las del sector privado que administren bases de datos o registros de datos públicos sobre las personas naturales o jurídicas, sus bienes o patrimonio y para las usuarias o usuarios de los registros públicos (lo subrayado es mío). El artículo 13 del mismo cuerpo normativo establece que: “Son registros de datos públicos: el Registro Civil, de la Propiedad, Mercantil, Societario, Vehicular, de naves y aeronaves, patentes, de propiedad intelectual y los que en la actualidad o en el futuro determine la Dirección Nacional de

---

<sup>204</sup> Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos. R.O. Suplemento 162 de 31 de marzo 2010

Registro de Datos Públicos, [...]” (lo subrayado es mío). Parecería ser que únicamente quienes manejan registros de datos públicos son las instituciones mencionadas en el artículo antes referido. El criterio de la DINARDAP (Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos) al respecto de la interpretación de este artículo es que toda institución pública y privada que maneje datos del público en general deberá mudar, dentro de un plazo de 3 años conforme lo establece la disposición transitoria octava<sup>205</sup>, sus bases de datos al nuevo SINARDAP (Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos). El SINARDAP es una enteleguía creada a través de un sistema informático cuyo representante es la DINARDAP.

La conclusión a la que llegué tiene como base legal el artículo 29 del cuerpo normativo mencionado que establece que: El Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos estará conformado por los registros: civil, de la propiedad, mercantil, societario, datos de conectividad electrónica, vehicular, de naves y aeronaves, patentes, de propiedad intelectual y todos los registros de datos de las instituciones públicas y privadas que mantuvieren y administren por disposición legal información registral de carácter público (lo subrayado es mío). El citado artículo nos permite contestar el cuestionamiento que hice en páginas anteriores respecto a si determinados establecimientos comerciales tales como emisores de tarjetas de crédito, concesionarios de vehículos, etc. deben remitir información a la SINARDAP porque no tienen obligación legal de mantener y administrar información registral.

Siendo el caso el del Registro de Mercado de Valores puesto que en el artículo 18 numeral 11 de la Ley de Mercado de Valores se establece lo siguiente: En el Registro del Mercado de Valores deberán inscribirse:

11. Los contratos de fideicomiso mercantil y de encargos fiduciarios, de conformidad con las normas de carácter general que para el efecto dicte el C.N.V.;

---

<sup>205</sup> Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos. OCTAVA.- Los organismos, instituciones y entidades privadas que posean información determinada como pública por esta Ley y su reglamento, deberán transferir dicha información a la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, de manera progresiva en plazo de tres años a partir de la vigencia de esta ley.

Siendo estos los fideicomisos que sirvan como mecanismos para realizar un proceso de titularización y los fideicomisos de inversión con adherentes<sup>206</sup>. Así mismo en la Sección IV se establece la inscripción en el Registro de Mercado de Valores de los fideicomisos mercantiles con fines comunitarios.

Por otra parte, el artículo 103 literal f) de la Ley de Mercado de Valores establece lo siguiente: “Sin perjuicio de los deberes y obligaciones que como administradora de fondos tiene esta sociedad, le corresponden en su calidad de fiduciario, además de las disposiciones contenidas en el contrato de fideicomiso mercantil, las siguientes: [...]”

f) Informar a la Superintendencia de Compañías en la forma y periodicidad que mediante norma de carácter general determine el C.N.V.” En el Título I Capítulo Primero de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores en el artículo 2 se establece: “Es obligatoria la inscripción de [...] las administradoras de fondos y fideicomisos [...]”. En el Capítulo II Sección II en el artículo 7<sup>207</sup> de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores se establece la información que debe ser remitida al Registro de Mercado de Valores para mantener la inscripción de las fiduciarias. Por tanto, es necesario resaltar que las administradoras de fondos y fideicomisos si mantienen y administran información registral de carácter

---

<sup>206</sup> Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores. R.O. Suplemento Número 1 de 8 de marzo de 2007. Título V Capítulo I Sección II. Artículo 6

<sup>207</sup> Art. 7.- Mantenimiento de la inscripción de la compañía.- Para mantener su inscripción en el Registro del Mercado de Valores, deberán presentar y divulgar la siguiente información:

1. información mensual a ser remitida dentro de los quince días posteriores al cierre del respectivo mes:

1.1 Estados financieros con corte al final de cada mes.

1.2 Detalle de las comisiones que perciba de cada uno de los fondos y negocios fiduciarios que administre.

1.3 Detalle del portafolio propio de la administradora.

1.4 Detalle de inversión de las administradoras de fondos en los fondos de inversión.

1.5 Valor de mercado de las cuotas de los diferentes fondos colectivos que administre.

1.6 Detalle de contratos que tengan por objeto la corresponsalía o representación, realizados con otras entidades nacionales o extranjeras, en el que se incluirá la contraparte y el tipo de contrato.

1.7 La información adicional establecida para mantener la inscripción de los fondos de inversión y negocios fiduciarios; y la requerida de los negocios fiduciarios no inscritos en el Registro del Mercado de Valores.

La información descrita deberá ser remitida por los medios que establezca la Superintendencia de Compañías.

2. Información anual presentada dentro de los noventa días posteriores al cierre del ejercicio fiscal:

2.1 Estados financieros anuales auditados.

2.2 Declaración juramentada de los administradores y de cada uno de los miembros del respectivo comité de inversiones de que no se encuentran incurso en las prohibiciones previstas en el artículo 106 de la Ley de Mercado de Valores.

2.3 Informe de la administración.

2.4 Informe del comisario.

2.5 Actualización de los manuales en caso de existir cambios.

público por disposición legal como lo establece el referido artículo 29 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.

Al momento no existe un reglamento o instructivo que regule la transferencia de información por parte de las instituciones privadas que mudarán sus registros de bases de datos al SINARDAP. Únicamente existe la Resolución No. 025 de la DINARDAP de 8 de abril de 2011 que expide el Instructivo Básico General de Transferencia Documental, Datos Digitales y Sistemas Informáticos de los Registradores Mercantiles. Será de suponerse que se expedirá una resolución similar que regule el tema para las instituciones privadas. Es importante mencionar que estas resoluciones no se encuentran disponibles en nuestros Registros Oficiales ni en la página web del DINARDAP sólo pueden acceder a ellas al visitar su departamento jurídico. El referido instructivo es bastante avanzado en términos informáticos. Se espera que dote de mayor accesibilidad para la obtención de las bases de datos de registros públicos.

Lo anteriormente esgrimido me permite tener cierta certeza de que tanto el Registro de Mercado de Valores con los fideicomisos mercantiles: de inversión con adherentes; los de titularización; los de índole comunitaria, el Registro de la Propiedad con los fideicomisos mercantiles que versen sobre inmuebles y las fiduciarias con los demás fideicomisos mercantiles deberán transferir la información que tengan sobre sus fideicomisos al SINARDAP en el plazo de dos años, puesto que ya ha transcurrido uno desde la vigencia de la ley.

El artículo 5 de la referida norma hace mención a que el Estado pondrá en conocimiento de los ciudadanos la existencia de registros o bases de datos de personas y bienes y en lo aplicable, la celebración de actos sobre los mismos, con el fin de que los interesados o terceros conozcan de dicha existencia y los impugnen en caso de afectar a sus derechos. Este artículo tiene relevancia con lo esgrimido en el presente trabajo respecto a la seguridad jurídica que tienen los terceros que puedan verse afectados por

la constitución de un fideicomiso mercantil. Se torna necesario acotar que el artículo 7, 9 y 11 del cuerpo normativo en mención catalogan a la certificación registral como un documento público que da fe pública y que ésta se encuentra investida de la presunción de legalidad y constituye prueba.

El artículo 6 establece que para poder acceder a la información que hace referencia al patrimonio de las personas el que la solicite debe justificar su requerimiento, declarando el uso que le dará a la misma y consignar sus datos de identidad. El mismo artículo señala que el acceso a estos datos sólo será posible con autorización expresa del titular de la información, por mandato de la ley o por orden judicial.

El artículo 21 dice que el titular de los datos podrá exigir modificaciones en registros o bases de datos cuando estas no violen una disposición legal, orden judicial o administrativa y que estos cambios no procederán cuando pudiese causar perjuicios a derechos de terceros. Es interesante como la preocupación en torno a los asientos registrales y su modificación viene dada por el perjuicio a terceros que podría ocasionarse por un determinado acto jurídico.

En base a la normativa anteriormente citada parecería ser que existe ya un sistema adecuado de publicidad registral en materia de fideicomisos mercantiles donde un actual o potencial acreedor que pueda verse afectado directamente por la constitución de un fideicomiso mercantil pudiese acceder a una certificación registral sin importar la clase de bien que haya sido fideicomitado a fin de cerciorarse en qué patrimonio se encuentra e interponer las acciones de cobro correspondientes.

### **3.2 Institucionalización de la propiedad fiduciaria en el orden registral**

La propiedad es la imputación jurídica de un determinado patrimonio a la esfera de acción de una persona y su consecuente asignación de titularidad, exclusión de las

demás personas de uso, goce y disposición, etc. Nuestro Código Civil la reconoce en su artículo 509 diciendo que “El dominio que también se llama propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social”. Y en el siguiente artículo establece la propiedad sobre las cosas incorporales como una especie de propiedad como el derecho de usufructo.

El Código Civil ecuatoriano establece en su artículo 748 el concepto de propiedad fiduciaria siendo ésta aquella que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición. Esta constitución se llama fideicomiso mercantil. El autor Carregal<sup>208</sup> menciona que el dominio fiduciario en la legislación argentina es una clase de dominio imperfecto siendo éste un derecho real revocable. Centrándonos en los fideicomisos de índole mercantil regulados por la Ley de Mercado de Valores éstos no poseen la característica de revocabilidad. Por otra parte, el mismo autor sostiene que el dominio fiduciario es un dominio imperfecto puesto que, de acuerdo a la normativa civil argentina, el dominio imperfecto es aquel que debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición. El autor continúa diciendo que en el dominio fiduciario nos encontramos frente a un dominio imperfecto donde el propietario fiduciario no tiene la cosa a perpetuidad, pues por definición debe desprenderse de ella<sup>209</sup>. En cuanto a la imperfección del dominio fiduciario me permito sostener, como ya lo hice con anterioridad, que el mero hecho de que la propiedad esté condicionada a una resolución sujeta a que transcurra un plazo o a que se cumpla una determinada condición no le quita la perfección al derecho de dominio pleno únicamente podría ser una modalidad distinta.

En el caso que nos ocupa, la fiducia civil dista de la fiducia mercantil puesto que la normativa civil la trata como una limitación al dominio pleno<sup>210</sup> y por tanto un

---

<sup>208</sup> Cfr. M. CARREGAL, Fideicomiso, teoría y aplicación a los negocios. Heliasta. Buenos Aires. 2008. p. 84

<sup>209</sup> Cfr. *Ibidem*. p. 85

<sup>210</sup> Ver H. LAFAILLE, Tratado de Derechos Reales III, Edición Ediar. R. Garrido y Luis Andorno Borda citados por Mario Carregal, Fideicomiso, teoría y aplicación a los negocios. Heliasta. Buenos Aires. 2008. p. 84.

dominio imperfecto porque sostienen que el dominio de las cosas tienen la característica de perpetuidad y que sin ella no existiría propiedad. Pero, si la propia ley civil lo ha reconocido como derecho de propiedad a aquel sujeto a un plazo o resolución, no hay porque negarle el reconocimiento como tal por un argumento de perpetuidad. Por otra parte, en la fiducia mercantil quien ostenta la titularidad del dominio fiduciario es este patrimonio autónomo independiente con personalidad jurídica y cuya representación legal la tiene la fiduciaria.

Conforme a nuestra normativa civil dentro de los modos de adquirir el dominio se encuentra la tradición que es la que nos ocupa en este trabajo. El artículo 691 del Código Civil señala que para que opere la tradición se requiere un título traslativo de dominio. Siendo así que el artículo 113<sup>211</sup> de la Ley de Mercado de Valores no establece la existencia de ningún título traslativo de dominio por parte del fideicomiso a los beneficiarios que pueda sustentar lo mencionado en la referida norma solamente hace mención a la gratuidad u onerosidad de la transferencia. Incurriendo además en un grave error porque la transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita es justamente a título de fideicomiso mercantil. ¿Por qué no es onerosa? Porque no existe un sinalagma de prestaciones jurídicas entre el valor pecuniario del bien fideicomitado y el honorario percibido por la fiduciaria por la prestación de sus servicios. ¿Por qué no es gratuita? Porque existe una contrapartida en relación al bien fideicomitado que es el nacimiento de un derecho fiduciario.

En cambio la transferencia de dominio que ocurre por parte del constituyente al fideicomiso si posee un título de dominio como bien lo establece el artículo 110 de la Ley de Mercado de Valores que reza:

---

<sup>211</sup> Ley de Mercado de Valores. Artículo 113.- De la transferencia a título de fideicomiso mercantil.- La transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita ya que la misma no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario y se da como medio necesario para que éste último pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato. [...] Las transferencias que haga el fiduciario restituyendo el dominio al mismo constituyente, sea que tal situación se deba a la falla de la condición prevista en el contrato, por cualquier situación de caso fortuito o fuerza mayor o por efectos contractuales que determinen que los bienes vuelvan en las mismas condiciones en las que fueron transferidos, gozarán también de las exenciones anteriormente establecidas. Estarán gravadas las transferencias gratuitas u onerosas que haga el fiduciario en favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que las disposiciones generales previstas en las leyes así lo determinen. [...]

Naturaleza y vigencia del contrato.- El fideicomiso mercantil deberá constituirse mediante instrumento público abierto. Cuando al patrimonio del fideicomiso mercantil se aporten bienes inmuebles u otros para los cuales la ley exija la solemnidad de escritura pública, se cumplirá con este requisito. La transferencia de la propiedad a título de fideicomiso se efectuará conforme las disposiciones generales previstas en las leyes, atendiendo la naturaleza de los bienes. [...] (lo subrayado es mío).

Después de mencionar el hecho de que la propia Ley de Mercado de Valores no institucionaliza de manera alguna el título traslativo de dominio fiduciario por parte del fideicomiso a los beneficiarios podría pensarse que debería acudir a las normas del fideicomiso civil en relación a la restitución. No obstante, claro ha dejado el artículo 137 de la Ley de Mercado de Valores al decir lo siguiente:

De las interpretaciones.- Se excluye expresamente de la interpretación y efectos de los contratos de fideicomiso mercantil a las instituciones civiles referentes al fideicomiso, previstas en los libros Segundo y Tercero del Código Civil, por tener un fundamento diferente y de diversa naturaleza legal.

Todo esto concordado con lo establecido en el artículo 777 del Código Civil que determina que el fideicomiso mercantil se sujeta a las disposiciones de la Ley de Mercado de Valores.

Así mismo resulta de vital importancia mencionar que el contrato de fideicomiso tiene como esencia la transferencia de dominio. “El porqué de la transferencia hace entonces al título de la transmisión (título fiduciario), mientras que el para qué hace al contrato de fideicomiso (encargo fiduciario)”<sup>212</sup>. En otras palabras, la causa o título suficiente para la transferencia de dominio es el título de dominio fiduciario mientras que el fin o el objetivo del fideicomiso mercantil se instrumenta a través del contrato. Siendo así que, conforme a nuestra tradición romanista en cuanto a la tradición y a la posesión la fiduciaria ejercerá la posesión de las cosas transferidas en virtud del contrato de fideicomiso, pero raramente conservará la tenencia.

---

<sup>212</sup> Cfr. M. CARREGAL, Fideicomiso, teoría y aplicación a los negocios. Heliasta. Buenos Aires. 2008. p. 104

Concuero con el autor Carregal<sup>213</sup> al resaltar la importancia de la institucionalización del dominio fiduciario dentro del orden registral puesto que esta implica: la síntesis clara y precisa de las limitaciones que afectan al dominio del adquirente fiduciario, de la necesidad de terceros en conocer con certeza las modalidades que lo condicionan a este dominio. En un mundo hipotético, en este “registro” debería constar el plazo o condición al que se encuentra subordinado el fideicomiso, las hipotecas, otros derechos reales y demás limitaciones que se relacionen con el dominio, así mismo deberá redactar los asientos con la debida especificación de las circunstancias particulares que resulten de los respectivos documentos, especialmente con relación al derecho que se inscriba. Pero conforme a la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos parecería no ser tan lejana la obtención de esta información si se acredita ser parte interesada en obtener esta información conforme lo señala el artículo 6 de la referida ley que establece lo siguiente:

[...] Para acceder a la información sobre el patrimonio de las personas el solicitante deberá justificar y motivar su requerimiento, declarar el uso que hará de la misma y consignar sus datos básicos de identidad, tales como: nombres y apellidos completos, número del documento de identidad o ciudadanía, dirección domiciliaria y los demás datos que mediante el respectivo reglamento se determinen. Un uso distinto al declarado dará lugar a la determinación de responsabilidades, sin perjuicio de las acciones legales que el/la titular de la información pueda ejercer. [...]

Por lo anteriormente expresado, considero que lo esencial a registrar y que aparezca en la certificación registral de dominio fiduciario sería: sobre quién recae el dominio fiduciario – en este caso el nombre del fideicomiso mercantil -, quién ostenta su personería o representación legal – es decir la fiduciaria -, y el plazo o condición al que se encuentra subordinado. Según el autor Vacarelli el plazo o la condición son elementos de la esencia del dominio limitado fiduciario y por tanto constituyen elementos registrables, porque precisamente es lo que caracteriza al dominio imperfecto<sup>214</sup>. Concuero plenamente con que lo característico de un fideicomiso

---

<sup>213</sup> M. CARREGAL, Fideicomiso, teoría y aplicación a los negocios. Heliasta. Buenos Aires. 2008. p. 109

<sup>214</sup> Cfr. VACARELLI citado por Jorge Hugo Lascala en Práctica del Fideicomiso, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 2003, p. 214,

mercantil y por ende del dominio fiduciario es la sujeción a un plazo o a una condición; lo único que observo es que el dominio no es índole imperfecto sino más bien un derecho de dominio pleno sujeto a una modalidad distinta.

Llama mi atención la experiencia ocurrida en Argentina antes de la expedición de la ley que regula los fideicomisos<sup>215</sup>. Según el autor Carregal<sup>216</sup> ya se habría inscrito una transferencia de dominio fiduciario basándose en lo dispuesto en la normativa civil en la provincia de Río Negro en relación a un complejo turístico cercano a la ciudad de Bariloche tomando razón del plazo que ponía límites a su duración. Señalando que ese proceder era el propio puesto que el dominio fiduciario era en ese momento y es ahora en Argentina una categoría definida de derecho real distinta del dominio pleno<sup>217</sup>.

### **3.2.1.- Ventajas y desventajas.**

Dentro de un análisis jurídico no se puede dejar de lado un estudio sobre el impacto de una determinada regulación dentro de la sociedad y ello implica a su vez un análisis económico también.

Como a mi criterio son mayores las ventajas que las desventajas procederé a nombrar las que considero podrían constituir un problema a la hora de brindar seguridad jurídica al público en general en materia de negocios fiduciarios.

- Quizás el mayor problema que se podría presentar a la hora de exigir un registro de negocios fiduciarios sería por un tema de onerosidad del producto quien en este caso lo ofrece tanto un abogado, como un economista y por supuesto una fiduciaria. La onerosidad viene dada en el sentido de que los aranceles que cobraría un registro público para inscribir cualquier fideicomiso mercantil

---

<sup>215</sup> Ley 24.441. Ley de Financiamiento de la vivienda y la Construcción. Promulgada en Argentina el 9 de enero de 1995

<sup>216</sup> Cfr. Ibpidem. p. 111

<sup>217</sup> Cfr. C. KIPER Y SILVIO LISOPRAWSKI Citados por Mario Carregal sostenían que la normativa civil anterior a la ley de fideicomiso argentina no dejaba claro si es que podía ser objetivo de registro el dominio imperfecto. Al respecto no concuerdo con Carregal quien sostiene que la temporalidad del dominio no es una modalidad del dominio pleno sino que resulta una categoría distinta. A mi criterio es solamente una modalidad de dominio pleno.

siempre deberán ser asumidos por el constituyente por ello constituirlo implicaría: honorarios de estructuración por parte de la fiduciaria, gastos notariales de instrumentación, posible avalúo de bienes a fideicomitirse considerando que la fiduciaria se podría reservar el derecho de contratar a un perito para su valoración y esto genera un costo adicional y la inscripción en el registro respectivo. Resulta importante mencionar que como nos encontramos frente a un contrato que no es ni oneroso ni gratuito sino a título de fideicomiso la cuantía que se establece a la hora de instrumentar el contrato es indeterminada. La Tabla de Aranceles Notariales<sup>218</sup> establece en su artículo primero lo siguiente:

Art. 1.- Escrituras de transferencia de dominio.- Para el pago de los derechos notariales en el otorgamiento de escrituras públicas que contengan actos y contratos de transferencia de dominio, tales como: compraventas, donaciones, particiones y adjudicaciones, la cuantía para efecto de los aranceles, se ubicarán en las siguientes categorías:  
 1<sup>a</sup>. De uno a mil dólares, veinte dólares;  
 2<sup>a</sup>. De mil un dólares a cinco mil dólares, treinta y cinco dólares;  
 3<sup>a</sup>. De cinco mil un dólares a diez mil dólares, cincuenta dólares;  
 4<sup>a</sup>. De diez mil un dólares a treinta mil dólares, setenta y cinco dólares;  
 5<sup>a</sup>. De treinta mil un dólares a sesenta mil dólares, cien dólares; y,  
 6<sup>a</sup>. De sesenta mil un dólares en adelante, el dos por mil de la cuantía, con un límite de mil dólares.

El artículo 9 literal g) de la Ley Notarial<sup>219</sup> establece que por las escrituras de fideicomiso mercantil sin cuantía deberá cobrarse el 5% de la remuneración básica unificada, por cada foja matriz y un dólar por cada foja de copia certificada. En cuanto a las escrituras de cesión de derechos fiduciarios lo equivalente al 3% de la remuneración básica unificada por cada foja de matriz y un dólar por cada foja de copia certificada.

<sup>218</sup> Tabla de Aranceles Notariales. R.O. 178 de 26 de septiembre de 2007

<sup>219</sup> Ley Notarial. R.O. 179 de 26 de septiembre de 2007.

Por tanto, como la cuantía en los contratos de fideicomiso mercantil es indeterminada los costos notariales son ínfimos.

Pero como todo sacrificio económico trae consecuencias varias y favorables a su vez que en muchos casos son cualitativamente mayores que una casi insignificante alza de precios en un determinado servicio puedo mencionar como ventajas o beneficios los siguientes:

1. Fiscalización del Estado: visto desde este lado la publicidad registral dotaría al aparato estatal el procurar que los contratos de fideicomisos mercantiles tengan los requerimientos mínimos que exige la Ley de Mercado de Valores. Permitiendo de esta manera que se “profesionalice” el desarrollo del expediente fiduciario procurando a la vez tutelar el interés de los terceros que puedan verse afectados por la constitución de un fideicomiso.
2. Seguridad y certeza: en un sentido amplio de la palabra y no un sentido jurídico o constitucional. Porque a mi cliente distrae de su atención si existe el cumplimiento o no de una determinada garantía constitucional sino más bien si le brindo una certidumbre y un ropaje legal que le otorgue previsibilidad en sus relaciones comerciales y que a su vez, los efectos de la oponibilidad se desplieguen en toda su medida.
3. Previsibilidad: el público en general – inclúyase también al Estado como un potencial perjudicado por actuales o futuras acreencias- a lo largo de la historia ha buscado obtener seguridad en sus actuaciones y a su vez

previsibilidad. Esta última característica en el mundo comercial es de suma importancia puesto que a la hora de hacer inversiones, transacciones comerciales sean a corto o a largo plazo lo que el comerciante busca es tener una certeza de qué es exactamente lo que va a ocurrir si ejecuta o deja de ejecutar una determinada actividad comercial.

4. Podrán inscribirse fideicomisos que versen sobre muebles que no cuenten con un registro público. De hecho, lo que propone este trabajo es que se unifique la inscripción de títulos de dominio fiduciario independientemente de los bienes fideicomitados en un único registro. Con esto se saldan también los problemas que surgen respecto de fideicomisos mercantiles con acciones fideicomitidas – incluso con aquellas inscritas en el Depósito Centralizado de Compensación y Liquidación de Valores (DECEVALE) y las participaciones con el solo hecho de brindar publicidad registral al fideicomiso se salvan las posibles oponibilidades que podrían surgir -, modificaciones contractuales, sustituciones, renunciaciones y quiebras fiduciarias, etc. Para de esta manera conseguir también la publicidad registral y seguridad jurídica de la cual se ha hablado a lo largo del presente trabajo.

### **3.3 Recomendaciones**

La Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos en su artículo 3 establece que:

En la ley relativa a cada uno de los registros o en las disposiciones legales de cada materia, se determinará: los hechos, actos, contratos o instrumentos que

deban ser inscritos y/o registrados; así como la obligación de las registradoras o registradores a la certificación y publicidad de los datos, con las limitaciones señaladas en la Constitución y la ley.

Quizás este sea el antecedente más importante al momento para sostener el argumento de introducir la figura de obligatoriedad de inscripción y registro de determinados fideicomisos mercantiles: la instrumentación en relación a la materia fiduciaria que manda la referida ley.

La Ley de Registro en su artículo uno establece que la inscripción de los instrumentos públicos, títulos y demás documentos que la Ley exige o permite que se inscriban en los registros correspondientes, tiene principalmente los siguientes objetivos:

- a) Servir de medio de tradición de dominio de bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos;
- b) Dar publicidad a los contratos y actos que trasladan el dominio de los mismos bienes raíces o imponen gravámenes o limitaciones a dicho dominio; y,
- c) Garantizar la autenticidad y seguridad de los títulos, instrumentos públicos y documentos que deben registrarse.

Este último literal llama me atrae especialmente, puesto que, en la práctica todo fideicomiso mercantil se otorga por escritura pública y el artículo 25 literal l) de la misma norma establece que están sujetos al registro de títulos, actos y documentos entre otros: “Cualquier otro acto o contrato cuya inscripción sea exigida por la Ley.”

Como ya se analizó, el único fideicomiso mercantil con obligatoriedad de inscripción exigido por ley es el fideicomiso que versa sobre inmuebles que lo ordena el Código Civil. Los registros de los demás fideicomisos han sido

normados la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores por tanto, haciendo una simple deducción; ¿podría decirse entonces que el “registro” en el Registro de Mercado de Valores no es propiamente un registro con las características que ya se analizaron en el presente trabajo?

Luego de haber analizado lo establecido en la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos en el primer acápite de este capítulo queda claro que toda la información sobre fideicomisos mercantiles que repose en el Registro de la Propiedad, Registro de Mercado de Valores y fiduciarias deberá ser mudada al Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos conforme lo establece el artículo 2, 29 y disposición transitoria octava de la ley.

Aquello en concordancia con lo establecido por el artículo 28 de la misma norma que menciona como fines del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos el proteger los derechos constituidos los que se constituyan, modifiquen, extingan y publiciten por efectos de la inscripción de los hechos, actos y/o contratos determinados por la presente Ley y las leyes y normas de registros; y el coordinar el intercambio de información de los registros de datos públicos. El referido artículo además establece que en el caso de que entidades privadas posean información que por su naturaleza sea pública, éstas deberán ser incorporadas a este sistema.

En virtud de estos antecedentes normativos vigentes que, entre otras, cosas mandan a crear una normativa con rango de ley que exija a determinados actos a ser inscritos con fines de publicidad registral tomando en cuenta lo siguiente:

- Que la normativa que se establezca para el efecto indique dónde se registrarán los fideicomisos mercantiles. Como se analizó en el presente trabajo, no sólo que el Registro de Mercado de Valores no es un registro propiamente dicho sino

que la normativa que ordena a inscribir a los fideicomisos mercantiles en el órgano antes mencionado no tiene rango de ley y por ende no encaja en el literal l) del artículo 25 de la Ley de Registro.

- Que el Registro Mercantil y otros deberán mudar su base de datos al Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.
- Que el Registro de Mercado de Valores tiene la obligación de interconectarse puesto que maneja y mantiene la información de los fideicomisos de inversión con adherentes, de los fideicomisos con fines comunitarios y de los de titularización.
- Que las entidades del sector privado tienen también la obligación de interconectarse dado que manejan registros de datos públicos.
- Que los registradores deben estar en la capacidad de poder ofrecer certificaciones registrales.

Sosteniendo la postura que establece que un contrato de fideicomiso conlleva a:

- Que es un derecho de dominio pleno sujeto a una modalidad y a su vez un título de dominio fiduciario más no una limitación o gravamen al dominio pleno,
- Que este derecho es una modalidad de un derecho real,
- Que la transferencia de dominio no es en propiedad como lo establece la normativa civil sino en dominio fiduciario,
- Que en el Registro de la Propiedad únicamente se registran títulos en función de bienes inmuebles y de sede cantonal,
- Que la inscripción debe hacerse como un título de dominio no como una carga o gravamen al bien fideicomitado,
- Que quien deba hacer el correspondiente registro para su oponibilidad *erga omnes* es quien ostenta la representación legal del fideicomiso
- Que lo que deben inscribirse son los títulos de dominio fiduciario.

Se recomienda y sugiere la obligatoria implementación a futuro de mecanismos que brinden publicidad registral y que a su vez permitan dotar de seguridad jurídica a terceros que no necesariamente forman parte de la relación contractual de un fideicomiso.

De esta manera se conseguiría que todos aquellos bienes y derechos que no sean registrables en los términos analizados en el presente trabajo es decir, que no sean de aquellos cuya cesión o transferencia sea objeto de una debida publicidad registral y que sean fideicomitidos, esta transferencia de dominio sea oponible a terceros.

## 4 CONCLUSIONES

- La normativa actual que regula las inscripciones de ciertos fideicomisos mercantiles en el Ecuador no protege derechos de terceros en torno a una adecuada publicidad registral puesto que la inscripción en el Registro de Mercado de Valores al que hace mención las normas citadas en este trabajo no puede catalogarse como un registro en aras de la publicidad definida claramente por la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos. En concordancia con lo que establece artículo 9 del Reglamento a la Ley de Mercado de Valores se menciona que la inscripción no sustituye a la que debe hacerse en otros registros que establezcan otras disposiciones legales. Corroborando así la hipótesis que se ha venido sosteniendo en este trabajo donde se argumenta que la normativa actual no ampara la garantía constitucional de la seguridad jurídica para con el público en torno a la constitución de fideicomisos mercantiles.
- Del análisis al contenido de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos en concordancia con lo establecido por la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores y la Ley de Mercado de Valores se concluye finalmente que el Sistema Nacional Registro de Datos Públicos (SINARDAP) estaría conformado por los registros: civil, de la propiedad, mercantil, societario, datos de conectividad electrónica, vehicular, de naves y aeronaves, patentes, de propiedad intelectual y todos los registros de datos de las instituciones públicas y privadas que mantuvieren y administren por disposición legal información registral de carácter público. En virtud de ello, tanto el Registro de la Propiedad y aparentemente el Registro de Mercado de Valores y las fiduciarias deberán remitir información registral al SINARDAP.
- La Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos en su disposición general segunda establece que será información pública los nombres de los

propietarios, tenedores, beneficiarios y todas aquellas que sean titulares de algún derecho sobre acciones, participaciones, partes beneficiarias (lo subrayado es mío) o cualquier otro título societario generado por una sociedad comercial, mercantil, civil o de cualquier otra especie. Estableciendo así que los nombres de los titulares de derechos fiduciarios de un fideicomiso serán parte de la información pública y ésta podrá ser obtenida mediante petición debidamente motivada ante la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos.

- En virtud de lo establecido en el artículo 25 literal l) de la Ley de Registro se establece que se registrarán los siguientes títulos, actos y documentos: “l) (sic) Cualquier otro acto o contrato cuya inscripción sea exigida por la Ley”. Es por ello que en el presente trabajo se sostiene que cualquier acto, contrato o documento que deba ser registrado deberá ser ordenado por una ley y no por una resolución. Todo esto en concordancia con lo que establece el artículo 3 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos que ordena que en la ley relativa a cada materia se determine los hechos, actos, contratos o instrumentos que deban ser inscritos y/o registrados. Es por ello que existe la necesidad inmediata de que la Ley de Mercado de Valores regule qué fideicomisos mercantiles deben ser objeto de inscripción en un registro.
- Por los motivos expuestos considero necesario que el legislador impulse una reforma a la Ley de Mercado de Valores en este sentido. Incluyendo disposiciones relativas a la publicidad registral sobre todo de los fideicomisos mercantiles en que los bienes fideicomitidos sean muebles y que estos no cuenten con un registro específico y además aquellos que transfieran créditos. No obstante los fideicomisos mercantiles en los cuales se transfieran bienes muebles que no sean objeto de registro alguno la transferencia por fideicomiso mercantil se inscribirá exclusivamente en él.

**Bibliografía:**

- A. GUZMÁN BRITO, Derecho Privado Romano, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2001
- A. PEREZ, La seguridad jurídica. 2da edición. Ariel Derecho.
- A. RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE. Manual de Derecho Mercantil, tercera edición, 2007, Universidad Pontificia de Comillas.
- DIEZ-PICAZO Y ANTONIO GULLÓN. Sistema de Derecho Civil. Tecnos. 9na Edición, 2005 España.
- E. CLUSELLAS, Contratos con garantía fiduciaria, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003.
- El Trust o la Planificación y protección patrimonial Crónica económica.
- F. HUBER OLEA, Diccionario de Derecho Romano, Editorial Porrúa. México, 2000.
- F. Juyent Bas y Carlos Molina, Bases y reflexiones para una futura reforma del régimen de fideicomiso. La Ley 25 de abril de 2007.
- F. SCHULZ, Derecho Romano Clásico. Ed. Bosch. Barcelona 1960.
- G. BADENI, Instituciones de Derecho Constitucional. Ad-hoc. Abril 1997. Buenos Aires.
- H. LAFAILLE, Tratado de Derechos Reales III, Edición Ediar. R. Garrido y Luis Andorno Borda
- H. Leal Diaz, “Negocio Fiduciario o Fiducia”. Fideicomiso de la Superintendencia de Compañías.
- H. ZARNI, Derecho Constitucional. II edición. Astrea. Buenos Aires, 1999.
- I. MOLAS. Derecho Constitucional. Tecnos. Madrid, 1998.
- I. CHAVEZ VELA. La fiducia en el derecho colombiano, “Revista de Derecho Económico”, no.2 Editorial Temis, Bogotá, 1984.
- J. ANGARITA GÓMEZ, Derecho Civil, citado por Luis Guillermo Velasquez en Bienes
- J. DE ARESPACOCCHAGA, El trust, la fiducia y figuras afines. Marcial Pons. Madrid 2000.
- J. LASCALA, Práctica del fideicomiso, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.
- J. MOSSET ITURRASPE, Contratos Simulados y fraudulentos. Tomo II. Contratos fraudulentos. Rubinza-Culzoni Editores. Buenos Aires.
- L. BEJAR. Tesis: II.2o.C.92 K, Novena Época. Emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Visible a fojas 1428, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, vol. XIX, Abril de 2004 “El interés directo e indirecto para interponer el recurso de revisión consagrado en la Ley federal de Procedimiento Administrativo” en la Revista del Doctorado en Derecho de septiembre 24 de 2003
- L. LABAURE, Acción Pauliana o revocatoria, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006.
- L. LOPEZ ROCA, “El Negocio fiduciario de inversión. Servicios fiduciarios y Banco de Inversión”, Bogotá, 1998 en Operaciones bancarias activas, pasivas y complementarias, 4ta edición, Editorial Porrúa, México 1981.

- L. PARRAGUEZ RUIZ, Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro cuarto. Teoría General de las Obligaciones. Volumen 1, Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador, 2006.
- M. ACOSTA ROMERO, Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso, Editorial Porrúa. México, 1997.
- M. BAUCHE, “Fideicomiso”, Fideicomiso de la Superintendencia de Compañías. 4ta edición.
- M. BAUCHE, El fideicomiso. Operaciones Bancarias Activas, Pasivas y Complementarias. 4ta edición. Editorial Porrúa. México 1981.
- M. CARREGAL, Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los Negocios, Heliasta, Buenos Aires, 2008.
- R. BATIZA, El Fideicomiso. Teoría y práctica, Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1980.
- R. CERVANTES, “Títulos y Operaciones de Crédito”. Fideicomiso de la Superintendencia de Compañías.
- R. RENGIFO, La fiducia, Editora Ranco, Bogotá, 1984
- R. GONZÁLEZ TORRE, Manual de Fideicomiso en Ecuador y América Latina, Edino, Guayaquil, 2009.
- S. LISOPRAWASKI, Práctica del Fideicomiso. Problemas y Soluciones. Aspectos, civiles, comerciales y penales, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 2009.
- S. RODRIGUEZ AZUERO, Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina, Primera Edición, Legis Editores S.A., 2005

**Plexo Normativo:**

- Circular 1935/85 del Banco de México numeral M.51.32
- Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores. R.O. Suplemento Número 1 de 8 de marzo de 2007.
- Código Civil argentino. Ley n.º 340, de 1 de enero de 1871
- Código Civil para el Distrito Federal de México publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928
- Código Civil uruguayo. Texto aprobado por la Ley 16.603
- Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46 de 25 de junio de 2005.
- Código de Comercio. R.O. Suplemento 1202 de 12 de agosto de 1960
- Código de la Niñez y Adolescencia. R.O. 737 de 23 de enero de 2003
- Código de Procedimiento Civil. R.O. suplemento #58 de 12 de julio de 2005.
- Concepto 2010051611-001 de 2010 Septiembre 27. Superintendencia Financiera.
- Constitución de la República del Ecuador 2008. R.O. 449 de 20 de octubre de 2008
- Digesto. L. 38, parág. 4, D, XXII, 1 y en el Título 8 del libro XLII
- Directiva 007-2008- SUNARP-SN. Resolución de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos No. 316-2008 SUNARP-SN
- Doctrina IV de Mercado de Valores.
- Doctrina X de Mercado de Valores.
- Estatuto Orgánico del Sistema Financiero colombiano. Decreto 663 de 2 de abril de 1993. Publicado en Diario Oficial No. 40.820 de 5 de abril de 1993.
- Ley 17.703 de fideicomiso en Uruguay publicada el 4 de noviembre de 2003
- Ley argentina de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción. Promulgada en el Boletín Oficial del 16 de enero de 1995.
- Ley de Compañías. R.O. 312 de 5 de noviembre de 1999
- Ley de Mercado de Valores. Codificación. R.O. Suplemento No. 215 de 22 de febrero de 2006.
- Ley de Propiedad Intelectual. R.O. Suplemento 426 de 28 de diciembre de 2006
- Ley de Registro. Decreto Supremo #1405. R.O. #150 de 28 de octubre de 1966.
- Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos. R.O. Suplemento 162 de 31 de marzo de 201
- Ley Notarial. R.O. 179 de s26 de septiembre de 2007.
- Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial. R.O. Suplemento 398 de 7 de agosto de 2008
- Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera. Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 1973
- Proyecto de Ley de Fideicomiso de los delegados de Tucumán, XX Jornada Notarial Argentina, Corrientes, 19/9/1985
- REAL DECRETO 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. BOE 306 de 23 de diciembre de 1999
- Reglamento a la Actividad Marítima. Decreto No. 168. R.O. 32 de 27 de marzo de 1997

- Reglamento a la Ley de Mercado de Valores. Decreto Ejecutivo 390. R.O 87 de 14 de diciembre de 1998.
- Reglamento para la emisión de pólizas de acumulación. Resolución de la Superintendencia de Bancos 754. R.O. 400 de 8 de agosto de 1990.
- Tabla de Aranceles Notariales. R.O. 178 de 26 de septiembre de 2007