

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**La aplicación de la inoponibilidad de la personalidad jurídica a
los fideicomisos mercantiles ecuatorianos**

Gabriela Del Salto Ubidia

Jurisprudencia

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

Quito, 20 de noviembre de 2020

© DERECHOS DE AUTOR

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

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

Nombres y apellidos: Gabriela Del Salto Ubidia

Código: 00136580

Cédula de identidad: 1723602866

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

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

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project –in whole or in part– should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

**LA APLICACIÓN DE LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA A LOS
FIDEICOMISOS MERCANTILES ECUATORIANOS¹**

THE APPLICATION OF THE VEIL PIERCING TO THE ECUADORIAN COMMERCIAL TRUSTS

Gabriela Del Salto Ubidia²
gdelsaltou@estud.usfq.edu.ec

RESUMEN

La responsabilidad limitada es una figura de extrema importancia en el derecho empresarial. Se la puede desconocer, por excepción, a través de la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica. Esta figura esta prevista en la Ley de Compañías. El levantamiento del velo corporativo, según la legislación ecuatoriana, es aplicable cuando se han cometido fraudes, abusos o vías de hecho a nombre de la forma asociativa. Por otro lado, el régimen ecuatoriano dota a los fideicomisos mercantiles de personalidad jurídica, siendo este un elemento excepcional en nuestra legislación. El objetivo de este trabajo consistió en determinar que el fideicomiso mercantil ecuatoriano está dotado de responsabilidad limitada. En base a esto, se concluyó que la acción de levantamiento del velo puede aplicar por analogía a los fideicomisos mercantiles.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad limitada; personalidad jurídica; fideicomiso mercantil; formas asociativas; levantamiento del velo societario

ABSTRACT

Limited liability is one of the most important principles of corporate law. However, limited liability has disadvantages since it may unduly harm some of the firm's creditors. The main mechanism to address the abuses of the corporate form is veil piercing, as provided in the Companies Act, that applies to commercial companies. The veil piercing, according to Ecuadorian legislation, is applicable when fraud, abuse or de facto channels have been committed on behalf of the associative form. The Ecuadorian regime of commercial trusts states that trusts are endowed with legal personality. This article addressed that the rules on veil piercing can apply to commercial trusts as well. Based on this, it was concluded that the action to do a veil piercing applies by analogy to commercial trusts.

KEY WORDS

Limited liability; legal entity; commercial trust; associative forms; veil piercing

Fecha de Lectura: 20 de noviembre de 2020
Fecha de Publicación: 20 de noviembre de 2020

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Oswaldo Santos Dávalos.

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

SUMARIO

1. Introducción.- **2.** La responsabilidad limitada.- **2.1.** Naturaleza de la responsabilidad limitada.- **2.2.** Causales del levantamiento del velo societario.- **3.** El fideicomiso mercantil en el Ecuador.- **3.1.** Naturaleza del fideicomiso mercantil.- **3.2.** Normativa ecuatoriana de los fideicomisos mercantiles.- **3.3.** Requisito de la personalidad jurídica.- **4.** El levantamiento del velo societario del fideicomiso mercantil.- **5.** Conclusiones.

1. Introducción

La figura del fideicomiso civil está reconocida en nuestra legislación por el Código Civil³. Su naturaleza es diferente a la del fideicomiso mercantil. El fideicomiso mercantil es una institución relativamente nueva. Ingresó por primera vez a la legislación ecuatoriana en el año de 1993 en la Ley de Mercado de Valores⁴, que reformó el Código de Comercio. Aunque ha sido un tema ampliamente debatido por sus características y naturaleza, existe una característica específica del fideicomiso que no se ha analizado a profundidad: su personalidad jurídica.

El requisito de la personalidad jurídica es la excepción para los fideicomisos mercantiles, ya que solo la legislación ecuatoriana y la legislación de la provincia de Ottawa en Canadá exigen este elemento para la existencia del fideicomiso —o *trust* en las legislaciones del *common law*—. La normativa ecuatoriana reconoce al fideicomiso mercantil como persona desde 1998⁵. Sin duda, una de las principales razones para reconocer la personalidad del fideicomiso es para limitar la responsabilidad de los constituyentes.

La responsabilidad limitada es una institución en la que los accionistas no son personalmente responsables de las deudas de la sociedad o compañía⁶. En el mismo sentido, si la forma asociativa llega a fracasar, los accionistas responderían únicamente

³ Código Civil ecuatoriano. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005, reformado por última vez en 2017. Título VIII: De Las Limitaciones De La Propiedad Y Primeramente De La Propiedad Fiduciaria.

⁴ Ley de Mercado de Valores. Registro Oficial Suplemento 199 de 28 de mayo de 1993. Título VII-A: Del Fideicomiso Mercantil.

⁵ Ley de Mercado de Valores. Registro Oficial 367 de 23 de julio de 1998, reformado por última vez en 2017 Título XV: Del Fideicomiso Mercantil y El Encargo Fiduciario, artículo 109.

⁶ Ali Imanalin, *Rethinking Limited Liability*, (Cambridge: Cambridge Student Law Review, 2011), 89.

sobre el monto del valor aportado. La excepción para esta institución es, justamente, el levantamiento del velo societario.

Actualmente, el levantamiento del velo está reconocido en nuestra legislación principalmente por la Ley de Compañías en el artículo 17 en referencia a la solidaridad de responsabilidad en caso de fraudes, abusos, o vías de hecho que se cometan a nombre de la forma asociativa. También hay ciertas normas en el Código Orgánico Monetario y Financiero, y en el Código Orgánico del Ambiente, a más de cierta jurisprudencia relevante.

Ante la ausencia de normativa específica sobre el levantamiento del velo en el caso de los fideicomisos mercantiles, este trabajo de titulación abordará si es aplicable la teoría del develamiento del velo corporativo al fideicomiso mercantil ecuatoriano.

El presente artículo incluirá un análisis de la responsabilidad limitada como institución, su naturaleza y su aplicación en el Ecuador analizando tanto la jurisprudencia relevante como los artículos que la reconocen. Posteriormente, se analizará al fideicomiso mercantil ecuatoriano como figura, tomando en cuenta los debates de las normas donde se lo reconoció; igualmente, se realizará un análisis comparativo con otras legislaciones tomando en cuenta cierta jurisprudencia relevante. Por último, se analizará si la doctrina del levantamiento del velo aplica a los fideicomisos mercantiles mediante analogía permitida por el Código Civil, específicamente el artículo 18 referente a la interpretación judicial de la ley⁷.

Para nuestro análisis se aplicará una metodología cualitativa. Estudiaremos principalmente la legislación —incluyendo ciertos debates legislativos que pueden ser de interés— jurisprudencia y doctrina referentes al tema.

2. La responsabilidad limitada

2.1. Naturaleza de la responsabilidad limitada

La responsabilidad limitada tiene como primer —y mayor— referente el caso *Salomon c. A. Salomon Co. Ltd.* Este caso tiene sus inicios en 1892 cuando el señor Aaron Salomon constituyó una compañía llamada A. Salomon Co. Ltd. En ese entonces, la

⁷ Código Civil, artículo 18.

normativa inglesa exigía que haya mínimo siete socios para que se constituya una compañía; así, la esposa y los cinco hijos del señor Salomon tenían seis acciones respectivamente dentro de la compañía, y todas las demás (20,001) eran de Aaron Salomon. Esto hizo que la compañía se considere una compañía de un solo accionista⁸.

El señor Salomon vendió a esta compañía su negocio de zapatos de cuero por la suma de 30.000 libras esterlinas —valor considerablemente inferior al precio del mercado—. La empresa entró en crisis por la depresión económica que afectó a nivel mundial entre 1873 y 1896. Salomon y su esposa hipotecaron los bienes de la compañía para salvar a la sociedad. Edmund Broderip, se registró como el titular de estos activos por ser el acreedor hipotecario. Al final, el negocio no prosperó. Broderip demandó para que se realice una administración judicial (*receivership*) para que él pueda recuperar el dinero que había prestado a A. Salomon Co. Ltd. Hubo una venta forzosa de los activos que no fue suficiente para pagar al señor Broderip, peor aún, a los demás acreedores que tenía la compañía. Así, en el proceso de liquidación el acreedor hipotecario interpuso un reclamo por no haber recibido lo que prestó, a lo que el liquidador se opuso al decir que el valor de los bienes que existían en la compañía no era fidedigno comparado con sus registros contables⁹.

Tanto en primera como segunda instancia, la pretensión de Broderip fue aceptada porque se consideró, en primera instancia, que las compañías de un solo accionista no eran reconocidas y que Aaron Salomon estaba actuando como agente, y, en segunda instancia, porque se consideró que la compañía era una mera sombra (“*shadow*”, como indicó la Corte) del señor Salomon. Sin embargo, la Casa de los Lores rechazó totalmente y por unanimidad las decisiones anteriores y fallaron a favor de Salomon al decir que la persona Aaron Salomon era diferente de A. Salomon Co. Ltd¹⁰.

Según Nicholas Butler¹¹, la responsabilidad limitada es el mejor invento del siglo XIX; más importante, incluso, que la máquina a vapor. Por la responsabilidad limitada,

⁸ Salomon c. A. Salomon Co. Ltd., Casa de los Lores, 16 de noviembre de 1897.

⁹ Salomon c. A. Salomon Co. Ltd.

¹⁰ Salomon c. A. Salomon Co. Ltd.

¹¹ Citado en: William P. Hackney y Tracey G. Benson, *Shareholder Liability for Inadequate Capital*, (1982), 43. *Nicholas Butler fue presidente de la Universidad de Columbia en 1911.

los acreedores de una sociedad no tienen acción contra los activos que los accionistas de la compañía¹². Los accionistas responden únicamente hasta el monto de su aporte.

La figura de la responsabilidad limitada, desde sus inicios, se ha visto muy relacionada con la personalidad jurídica. El Código Civil ecuatoriano define a las personas jurídicas como “personas ficticias, [capaces] de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada[s] judicial y extrajudicialmente”¹³. Aunque ciertos autores mencionan que la personalidad jurídica es *per se* lo que da existencia a la responsabilidad limitada¹⁴, en el presente trabajo analizaremos que no es así.

Kraakman *et al.*¹⁵ manifiestan que la personalidad jurídica es uno de los cinco elementos indispensables que explican el éxito de la compañía moderna. La personalidad de la compañía sirve para proteger a varios individuos por detrás de una sola parte contractual, con lo que realmente se llegan a dividir dos patrimonios. Así, dicen que “el elemento central de la firma como un nexo de contratos es lo que el derecho civil se refiere como un ‘patrimonio autónomo’”¹⁶. Esto va de la mano la responsabilidad limitada. La personalidad de la compañía evita que los acreedores de los accionistas cobren sus deudas en los activos sociales. La responsabilidad limitada también evita que los acreedores de la compañía cobren sus deudas a los accionistas.

En esta línea —y trayendo el caso ecuatoriano—, Andrade Ubidia¹⁷ menciona hay otras formas asociativas (como los fideicomisos, entre otras figuras) que gozan de responsabilidad limitada. La Ley de Mercado de Valores —actual Libro Segundo del Código Orgánico Monetario y Financiero— dota de personalidad jurídica al fideicomiso mercantil ecuatoriano¹⁸ por lo que este cumple con todas las características de una persona jurídica según lo estipulado en el artículo 564 del Código Civil. La norma indica claramente que este es un patrimonio autónomo, por lo cual esta figura también está dotada de responsabilidad limitada al diferenciar el patrimonio de los constituyentes del

¹² Ali Imanalin, *Rethinking Limited Liability*, 89; Reinier Kraakman *et al*, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, (Oxford: Oxford University Press, 2004), 1; Ali Imanalin, *Rethinking Limited Liability*, 9.

¹³ Código Civil, artículo 564.

¹⁴ Ali Imanalin, *Rethinking Limited Liability*, 91.

¹⁵ Reinier Kraakman *et al*, *The Anatomy of Corporate Law*, 6. *En este punto, el autor plantea la divergencia que existe entre América, Europa y Japón.

¹⁶ Reinier Kraakman *et al*, *The Anatomy of Corporate Law*, 6.

¹⁷ Santiago Andrade Ubidia, *El levantamiento del velo en la doctrina y en la jurisprudencia ecuatoriana*, (Quito: Foro Revista de Derecho UASB, 2009), 13.

¹⁸ Ley de Mercado de Valores, artículo 109.

patrimonio autónomo. Analizaremos más adelante si la personalidad jurídica es también un elemento que dota al fideicomiso mercantil de responsabilidad limitada.

La importancia de la responsabilidad limitada recae en el incentivo hacia los financistas al invertir en una figura asociativa, y así, poder diversificar sus ingresos¹⁹. Se debe hacer énfasis en que esta ventaja se puede presentar en cualquier forma asociativa donde haya propiedad conjunta; por tanto, no es única a las compañías, como tampoco lo es la responsabilidad limitada. Esto es importante, ya que a diferencia de los negocios fiduciarios que no gozan de responsabilidad limitada, parece ser que los fideicomisos mercantiles ecuatorianos sí tienen esa característica.

La figura de la responsabilidad limitada ha sido ampliamente estudiada para el caso de compañías. Esta es la razón por la que se suele pensar que la responsabilidad limitada aplica únicamente para esta figura²⁰, pero nuevamente, puede no ser así. Donde más se ha utilizado esta figura es —efectivamente— en las compañías por ser las formas asociativas más comunes, que pueden gozar de responsabilidad limitada y las que han logrado que haya tanto desarrollo en la sociedad por las características que tienen²¹.

La responsabilidad limitada es una figura indispensable hoy en día en nuestra sociedad y gracias a esta el mercado privado ha tenido un crecimiento no antes visto con las compañías de responsabilidad ilimitada²². Sin embargo, esta figura también puede ser utilizada para fines fraudulentos. Además, su existencia podría dejar a terceros en una situación de afrontar un riesgo que no resulta legítimo que asuman. Como la responsabilidad limitada no siempre es beneficiosa, la legislación contempla excepciones a la regla de que los accionistas responden hasta el monto de su aporte, a través de la figura del levantamiento del velo societario. Así, el levantamiento del velo societario evita *a posteriori* los fraudes que se podrían dar en una compañía, o,—en caso de que ya se haya consumado un fraude— para evitar que los terceros afectados respondan por daños que no deberían asumir.

¹⁹ Reinier Kraakman *et al*, *The Anatomy of Corporate Law*, 2.

²⁰ Ali Imanalin, *Rethinking Limited Liability*, 92.

²¹ Reinier Kraakman *et al*, *The Anatomy of Corporate Law*, 10.

²² Rui-Na Liu, *An Economic Analysis on System of Limited Liability*, (Hong Kong: International Conference on Humanity, Education and Social Science), 2016.

2.2. Causales para el levantamiento del velo societario

El levantamiento del velo societario es relevante cuando se identifican riesgos externalizados por los accionistas y también cuando hay riesgos que los accionistas deben internalizar²³. Esto se debe dar en casos específicos y que la legislación debería tomar en cuenta, como compensaciones a víctimas por irregularidades societarias, la formación de capital, el crecimiento económico, entre otras²⁴.

Bainbridge —sin estar de acuerdo con la teoría del *veil piercing*— analiza lo que han dicho diferentes cortes americanas sobre esta figura²⁵, donde se han planteado ciertas causales por las que se debería levantar el velo societario a las formas asociativas. Estos factores se toman en cuenta de manera estricta —nunca amplia— por la importancia que ejerce la responsabilidad limitada en nuestra sociedad. Las causales bajo las que, según el autor, se ha considerado que se puede levantar el velo societario son aproximadamente veinte. Las que hemos considerado importante mencionar son: primero, cuando hay una mezcla de activos entre la forma asociativa y las personas detrás; segundo, cuando los constituyentes de la asociación tratan a los activos de la forma asociativa como si fueran su propio patrimonio; tercero, cuando existe un mal manejo de los libros contables de la forma asociativa; cuarto, cuando la propiedad accionaria entre los constituyentes y la figura asociativa es idéntica; quinto, cuando hay engaños sobre los propietarios de los bienes; sexto, cuando existen transacciones que están muy relacionadas entre los constituyentes y la forma asociativa; y, séptimo, cuando existe una intención de defraudar así sea posterior a la creación de la forma asociativa.

La Ley de Compañías ecuatoriana en su artículo 17 contiene una enumeración de supuestos por los que se puede solicitar la inoponibilidad del contrato de constitución de una compañía. El artículo dicta en su parte introductoria que sería responsables, entre otros los accionistas, de manera personal y solidaria “por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de la compañía y otras personas naturales o jurídicas”²⁶. La ley, entonces, contempla una cantidad considerable de actos por los que se podría levantar el velo societario cuando ha existido, *verbi gratia*, fraudes, abusos o vías de

²³ Stephen M. Bainbridge, *Abolishing Veil Piercing*, 489.

²⁴ Stephen M. Bainbridge, *Abolishing Veil Piercing*, 506.

²⁵ Stephen M. Bainbridge, *Abolishing Veil Piercing*, 510; *Assoc. Vendors, Inc. c. Oakland Meat Co.*, 26 Cal. Rptr. 806, 813-15, Corte de Apelaciones de Distrito de California, 1962.

²⁶ Ley de Compañías, Registro Oficial 312 del 05 de noviembre de 1999, reformado por última vez en 2020, artículo 17.

hecho que, en nuestra opinión, se debe entender como el uso de las compañías como un simple instrumento, un recurso técnico, o el cumplimiento meramente formal para un fin ilícito.

La norma comienza una numeración, y estipula quiénes serían personal y solidariamente responsables en estos casos. Primero, serían los sujetos que hayan ordenado o ejecutado, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar²⁷. Segundo, serían quienes obtuvieron provecho, y dice la norma, hasta lo que valga este. Tercero, manda la norma que son también responsables los tenedores de bienes para el efecto de la restitución.

Aunque la responsabilidad limitada es una figura importante en el derecho privado en la actualidad, no puede olvidarse que también puede ser mal utilizada y puede causar consecuencias graves para terceros. Es por esto, que los legisladores han decidido incluir a la figura de la inoponibilidad de la personalidad jurídica dentro de nuestra legislación. Así las cosas, proseguiremos a estudiar al fideicomiso mercantil ecuatoriano como una forma asociativa relevante en nuestra legislación y para el presente trabajo de titulación.

2.3. La responsabilidad limitada y el levantamiento del velo en el Ecuador

Para entender el actual régimen de responsabilidad limitada que se entiende único para las compañías, se estipula tanto el carácter como la administración y la responsabilidad de las seis especies societarias que están reconocidas en el artículo 2 de la Ley de Compañías²⁸. En este punto, cabe recalcar que todas las especies societarias gozan de personalidad jurídica.

Tabla 1 Especies Societarias

	<i>Carácter</i>	<i>Administración</i>	<i>Responsabilidad</i>
Compañía en nombre colectivo	Personal, pues importa más con quien se contrata que el capital. Por esto, las personas jurídicas no pueden ser socias. Son tan importantes las personas en esta compañía que	Corresponde a todos los socios, a menos de que se haya estipulado que solo uno de ellos será el administrador.	Solidaria e ilimitadamente ³¹ .

²⁷ Queda la duda de si un administrador que solo seguía ordenes de los socios también podría responder solidariamente. Mi entendimiento es que sí, pues ellos —definitivamente— para ejecutar actos debieron verse inmerso en una orden que pudo crear esta afectación.

²⁸ Ley de Compañías, artículo 2.

³¹ Ley de Compañías, artículo 74.

	su determinación incluye los nombres de todos o uno de los socios ²⁹ .	Esto se determinará en el contrato de constitución ³⁰ .	
Compañía en comandita	<p><u>Simple:</u> Personal pues puede existir solo con socios comanditados, sin necesidad que haya comanditarios³².</p> <p><u>Por acciones:</u> aunque la norma estipula que al menos el 10% del capital social debe ser de los comanditados, es una compañía de personas pues son estos quienes dirigen la compañía³³.</p>	<p><u>Simple:</u> A todos los comanditados a menos que haya se haya estipulado algo diferente en el contrato de constitución³⁴.</p> <p><u>Por acciones:</u> Solo los comanditados³⁵.</p>	<p><u>Simple:</u> Solidaria e ilimitadamente a los comanditados. Limitada a los comanditarios³⁶.</p> <p><u>Por acciones:</u> Solidaria e ilimitadamente a los comanditados. Limitada a los comanditarios³⁷.</p>
Compañía de responsabilidad limitada	Personal, pues importa más con quien se contrata que el capital ³⁸ . Por esto, la norma estipula que si hay más de 15 socios deberá transformarse a otro tipo de compañía o disolverse, y, también confirmamos que es personal pues ³⁹ .	Aunque es la junta general formada por los socios quienes tienen las mayores atribuciones dentro de la compañía, se designan administradores o gerentes para facilitar las decisiones del día a día ⁴⁰ .	Limitada, pues responden únicamente por las obligaciones sociales hasta el monto de su aportación individual ⁴¹ .
Compañía anónima	Capital, pues es esto lo más importante. Por eso, las compañías anónimas permiten que haya acciones negociables, aportados por diferentes accionistas ⁴² .	Aunque es la junta general formada por los socios quienes tienen las mayores atribuciones dentro de la compañía pueden ser administradores de esta compañía tanto socios como no socios, que tienen la calidad de mandatarios amovibles ⁴³ .	Limitada, pues responden únicamente al monto del valor aportado en sus acciones ⁴⁴ .
Sociedad por acciones simplificadas	Capital, pues así no se pueda negociar en el Mercado de Valores ⁴⁵ , no importa con	Accionistas o terceros designados por la asamblea de	Limitada, pues ellos responden únicamente hasta

²⁹ Ley de Compañías, artículo 36.

³⁰ Ley de Compañías, artículo 44.

³² Ley de Compañías, artículo 59.

³³ Ley de Compañías, artículo 301.

³⁴ Ley de Compañías, artículo 44.

³⁵ Ley de Compañías, artículo 304.

³⁶ Ley de Compañías, artículo 59.

³⁷ Ley de Compañías, artículo 59.

³⁸ Ley de Compañías, artículo 92.

³⁹ Ley de Compañías, artículo 95.

⁴⁰ Ley de Compañías, artículos 116 y 118.

⁴¹ Ley de Compañías, artículo 92.

⁴² Ley de Compañías, artículo 143.

⁴³ Ley de Compañías, artículo 144.

⁴⁴ Ley de Compañías, artículo 143.

⁴⁵ Ley de Compañías, artículo innumerado 4, sección innumerada: de las Sociedad por Acciones Simplificadas.

	quién se contrata sino el capital ⁴⁶ .	la forma que se haya previsto en los estatutos ⁴⁷ .	el monto aportado ⁴⁸ .
Compañía de economía mixta	Capital pues no importa que entidad del sector público participe, sino que aporte dinero o diferentes equipos que cooperen con el funcionamiento de esta compañía ⁴⁹ .	Pueden ser administradores de esta compañía tanto socios como no socios por mandatarios amovibles, pues en este sentido, se rige igual que la compañía anónima ⁵⁰ .	Limitada, según lo que estipule la Compañía Anónima ⁵¹ .

No todas las formas asociativas que tienen personalidad jurídica reconocen el beneficio de la responsabilidad limitada. Así sucede con las compañías en nombre colectivo y con los socios comanditados en las compañías en comandita. Entonces, la figura de la inoponibilidad de la personalidad jurídica no es aplicable para las compañías en nombre colectivo ni para los socios comanditados dentro de las compañías en comandita.

Además, no todas las compañías personalistas —es decir, las que importa más con quién se contrata que el valor de su aporte— establecen que la responsabilidad de sus socios es ilimitada. La compañía de responsabilidad limitada es claramente personalista pero los socios responden únicamente por el capital aportado.

Para concluir este título, analizaremos un caso relevante que se han dado en Ecuador donde ha existido una inoponibilidad de la personalidad jurídica. El primer caso en el cuál se desestimó la personalidad jurídica empresarial es el de Diners Club del Ecuador S.A. contra Mariscos Chupadores Chupamar S.A. Este caso se resolvió en sede judicial, por los jueces Galo Galarza Paz, Santiago Andrade Ubidia y Ernesto Albán Gómez, llegando a casación y resuelto el 21 de marzo de 2001⁵². En este caso, la Corte plantea de antemano que Mariscos Chupadores Chupamar S.A. había actuado de mala fe al contestar la demanda y posteriormente decir que no se le había citado en la persona

⁴⁶ Ley de Compañías, artículo innumerado 1, sección innumerada: de las Sociedad por Acciones Simplificadas.

⁴⁷ Ley de Compañías, artículo innumerado 33, sección innumerada: de las Sociedad por Acciones Simplificadas.

⁴⁸ Ley de Compañías, artículo innumerado 2, sección innumerada: de las Sociedad por Acciones Simplificadas.

⁴⁹ Ley de Compañías, artículo 310.

⁵⁰ Ley de Compañías, artículo 313 y 144.

⁵¹ Ley de Compañías, artículo 311 y 143.

⁵² Causa No. 120-2001, Mariscos Chupadores Chupamar S.A. contra Diners Club del Ecuador S.A., Corte Nacional de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Registro Oficial 50 de 19-06-2001 y Gaceta Judicial serie XVII No. 5., 21 de marzo de 2001.

representante de la compañía. Los mismo, pasó cuando se analizaron las actuaciones de los administradores de la persona jurídica.

La Corte al hablar sobre la Mariscos Chupadores Chupamar dijo que “se ha observado en los últimos años una notoria y perjudicial desviación, ya que se le usa como camino oblicuo o desviado para burlar la ley o perjudicar a terceros”⁵³. Esto, debido a que el Abogado Leonel Baquerizo Luque era dueño del 99,5% de las acciones, dejando un 0,5% a otros tres accionistas. Por otro lado, el abogado Baquerizo Luque actuó de mala fe al haber sido citado legalmente y no presentarse a la audiencia de consiliación y cointestación, y peor aún, porque pocos días después de haberlo citado —sin atacar ni a la existencia ni a la validez de las obligaciones que se reclamaban en el juicio— señaló un domicilio para notificaciones. Por otro lado, en la parte probatoria del juicio, el abogado Baquerizo Luque solicitó se oficie al Señor Registrador Mercantil del cantón Guayaquil para que certifique quienes eran el gerente y el representante legal a esa fecha. En este punto, la Corte hace énfasis en lo dilatado que se vió el proceso pues se citó después de dieciocho meses de presentada la demanda. En este tiempo, cambiaron los administradores de la compañía. Al conectar todos estos hechos, la Corte decide desestimar la personalidad jurídica y concluye que “detrás de la figura societaria se encuentran los intereses del abogado Leonel Baquerizo Luque; que los restantes accionistas no tienen ningún interés real en la misma; que la persona jurídica se ha reducido a ‘una mera figura formal, a un mero recurso técnico’”⁵⁴.

La Corte, por último, dice que no será Mariscos Chupadores Chupamar quien se beneficie en caso de desestimar la demanda, sino Leonel Baquerizo Luque. Esto, debido a que el fin de la compañía era aparentar una persona jurídica lo que constituye un abuso a la persona jurídica. Al final, la Corte menciona que aplica el numeral 7 del artículo 18 del Código Civil por considerar a la desestimación de la personalidad jurídica como un principio de derecho universal. Este, fue el primer caso en el Ecuador donde se dio un levantamiento al velo corporativo.

⁵³ Causa No. 120-2001, párr. Sexto.

⁵⁴ Causa No. 120-2001, párr. Sexto.

3. El fideicomiso mercantil en el Ecuador

3.1. Naturaleza del fideicomiso mercantil

El profesor Sergio Rodríguez Azuero define al fideicomiso como un negocio jurídico por el cual se transfieren bienes de una o más personas a favor de un tercero, que estará encargado de administrarlos, enajenarlos o demás según la actividad que haya sido establecida por el constituyente, en su propio favor o en beneficio de un tercero⁵⁵. En una línea parecida, Carregal define al fideicomiso como un “contrato [...] por el cual una persona recibe de otra un encargo con un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a un título de confianza para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido”⁵⁶.

Primero, el fideicomiso, como se lo conoce hoy en día, es producto de la evolución que tuvo la figura en el derecho romano y en el derecho inglés⁵⁷. Segundo, los elementos que componen el fideicomiso se dividen en dos grupos: (i) elementos personales, quienes corresponden a la figura; y, (2) elementos patrimoniales, que son un conjunto de bienes que constituyen el patrimonio autónomo y afectan a un determinado fin⁵⁸.

El primer elemento personal es el constituyente, fideicomitente o *settlor* que se define como el creador expreso del contrato de fideicomiso y quien destina parte de su patrimonio para la creación del fideicomiso. Rodríguez Azuero indica que esta calidad suele ser transitoria, pues su razón de ser desaparece una vez constituido el fideicomiso⁵⁹. Sin embargo, suele ser común que una vez que el fideicomitente cumple su función, la misma persona adquiere el puesto de beneficiario.

El segundo elemento personal es el administrador, fiduciario o *trustee* quien, en virtud del contrato donde se traspasan bienes, adquiere derechos sobre estos. En otras legislaciones, el fideicomitente también puede ser fiduciario, pero para el caso del fideicomiso mercantil ecuatoriano, al ser los fiduciarios las compañías fiduciarias, es inusual que una misma persona ocupe ambos cargos. En nuestra opinión, esto solo podría

⁵⁵ Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios Fiduciarios: su significado en América Latina* (Bogotá: Editorial LEGIS, 2005), s/p.

⁵⁶ Mario A. Carregal, *El Fideicomiso: regulación jurídica y posibilidades prácticas* (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1982), 47.

⁵⁷ Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios Fiduciarios: su significado en América Latina*.

⁵⁸ Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios Fiduciarios: su significado en América Latina*.

⁵⁹ Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios Fiduciarios: su significado en América Latina*.

ocurrir en el caso traído a colación por la Ley de Mercado de Valores en su artículo 115, párrafo tercero al decir que

El fiduciario en cumplimiento de encargos fiduciarios o de contratos de fideicomiso mercantil, puede además transferir bienes, sea para constituir nuevos fideicomisos mercantiles para incrementar el patrimonio de otros ya existentes, administrados por él mismo o por otro fiduciario⁶⁰.

Así las cosas, Beraudo asimila la figura del fiduciario más que a una división del derecho de propiedad, a la de una de tutoría. Mientras dura el fideicomiso, hay una permanente relación entre el administrador y el beneficiario al rendirle cuentas, al cumplir con las obligaciones que recaen sobre su función⁶¹. Así lo creen también Roberto Goldschmidt y Phanor Eder al decir que los deberes del fiduciario en cuestión a la administración, no son muy diferentes al de los del tutor o curador en el derecho latinoamericano. La única deferencia que plantean es que los tutores y curadores están sometidos a más restricciones que los fiduciarios⁶².

El tercer y último elemento personal es el del beneficiario, fideicomisario o *cestui que trust*. Este sujeto es el que tiene derecho a los beneficios que produzca el fideicomiso. Él, es para quien se ha constituido o existe el fideicomiso. Los bienes que constituyen el fideicomiso no entran a formar parte de su patrimonio hasta que se liquide la figura. Antes de esto, lo único que tiene el fideicomisario es el interés o derecho que se genera respecto a los rendimientos que se den durante la vida de esta forma asociativa⁶³.

Los elementos patrimoniales, por otro lado, son el conjunto de bienes que constituyen el patrimonio autónomo, que se afectan para un específico fin. Estos bienes pueden existir al momento de la creación del fideicomiso o puede que se espere que existan. En el Ecuador, sin embargo, se exige que al momento de la celebración del contrato se dé la transferencia de los bienes⁶⁴.

Hernández, Gutiérrez y Foti agregan que los activos que han sido incluidos dentro de un fideicomiso dejan de pertenecer a la persona que lo creó y pueden ser utilizados exclusivamente para el fin al cual se los destinó. De la misma forma, mencionan que el

⁶⁰ Ley de Mercado de Valores, artículo 115.

⁶¹ Jean Paul Beraudo, *Le trust anglosaxons et le droit francais* (Paris: Editorial L.G.D.J, 1992).

⁶² Roberto Goldschmidt y Phanor Eder, *El trust en el derecho comparado: especialmente americano* (Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954).

⁶³ Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios Fiduciarios: su significado en América Latina*.

⁶⁴ Ley de Mercado de Valores.

patrimonio que fue transferido al fideicomiso se vuelve independiente del titular y no puede ser alcanzado ni por los acreedores de los fideicomitentes ni por los del fiduciario. Por último, los autores mencionan que el fideicomiso es un “modo de disposición que ‘encadena’ los bienes a un destino determinado en interés de personas distintas de aquella que recibe la propiedad”⁶⁵.

Andrade Ubidia considera que el fideicomiso mercantil en Ecuador se puede llegar a considerar una forma asociativa, ya que también tiene personalidad jurídica. La personalidad jurídica del fideicomiso puede ser empleada indebidamente⁶⁶, especialmente porque los fideicomisos cumplen con todas las características de una persona jurídica según lo estipulado en el artículo 564 del Código Civil, incluyendo la limitación de responsabilidad de los sujetos contractuales⁶⁷. Así las cosas, debemos alejarnos un poco de lo expuesto en este punto por Santiago Andrade ya que bajo el análisis realizado, la personalidad jurídica no necesariamente implica el reconocimiento de la responsabilidad limitada. Como se explicó anteriormente, la compañía en nombre colectivo está dotada de personalidad jurídica pero no reconoce a sus socios el beneficio de la responsabilidad limitada.

3.2. Normativa ecuatoriana sobre los fideicomisos mercantiles

Como se indicó, el fideicomiso en el Ecuador está regulado tanto en el Código Civil como en la Ley de Mercado de Valores. El fideicomiso civil a breves rasgos se entiende como la figura legal por la cual ciertos bienes que pertenecen a una persona natural o jurídica pasan a corresponder a otras al momento en que se cumple una condición que estuvo establecida por la persona que constituyó este fideicomiso⁶⁸.

Sobre este punto, a pesar de discutirse recurrentemente si el efecto de la verificación de la condición es que el beneficiario adquiere el dominio de los bienes cuando se cumple la condición, o si es que —por otro lado— lo que adquiere es un derecho personal a exigir al fiduciario que se le dé los bienes, lo que debe concluirse necesariamente es que la transferencia de estos bienes se perfeccionan con el encargo o

⁶⁵ Alejandro Hernández Maestroni, Gianni Gutiérrez Prieto, Fernando Foti Faroppa, *Fideicomiso: aspectos legales, tributarios y contables* (Montevideo: Amalio M. Fernández, 2004), 14-15.

⁶⁶ Santiago Andrade, *El levantamiento del velo*, 13.

⁶⁷ Santiago Andrade, *El levantamiento del velo*, 11.

⁶⁸ Código Civil, artículo 748.

con el tiempo que se haya acordado para el cumplimiento de la condición antes referida, sin importar la tesis que se adopte.

Al igual que lo analizado anteriormente, el fideicomiso civil ecuatoriano también tiene dos elementos: personales y patrimoniales. Según la normativa, el constituyente puede nombrar a uno o varios fiduciarios y fideicomisarios⁶⁹.

Otro elemento interesante del fideicomiso civil es que es un contrato necesariamente otorgado por escritura pública o por un acto testamentario⁷⁰. Por tanto, una condición para que se entregue los bienes a los fideicomisarios puede ser la muerte del fiduciario⁷¹. En caso de no ser esta la condición que se estipuló, la norma manda que si la condición pendiente para el cumplimiento del objetivo del fideicomiso civil tarda más de quince años en cumplirse, se entenderá como una condición fallida⁷² salvo cuando la condición sea la muerte de la persona.

En cuando al fideicomisario, puede ser una persona que no exista al momento de deferirse la propiedad fiduciaria, pero que se espera que exista⁷³. Sin embargo, el fideicomiso también debe estipular un sustituto en caso de que el fideicomisario no llegare a existir⁷⁴. La norma indica que el constituyente puede estipular diferentes fideicomisarios para la restitución de los bienes en caso de que este principal fallezca o por cualquier otra causa⁷⁵; y, únicamente se reconocerán los fiduciarios sustitutos que estén expresamente estipulados en el contrato de fideicomiso entre vivos o en el acto testamentario⁷⁶. También, el fideicomisario no puede dar un tratamiento a los bienes dentro del fideicomiso como propios hasta que se dé el cumplimiento de la obligación. Sin embargo, en caso de considerar que estos peligran, podrá solicitar cualquier providencia conservatoria que considere pertinente⁷⁷.

En cuanto al fiduciario, el Código dispone que si no se estableció un administrador al momento de la constitución del fideicomiso, si la condición aún está pendiente, será el

⁶⁹ Código Civil, artículo 748 y 756.

⁷⁰ Código Civil, artículo 750.

⁷¹ Código Civil, artículo 754.

⁷² Código Civil, artículo 754.

⁷³ Código Civil, artículo 752.

⁷⁴ Código Civil, artículo 753.

⁷⁵ Código Civil, artículo 756.

⁷⁶ Código Civil, artículo 758.

⁷⁷ Código Civil, artículo 774.

mismo constituyente quien asuma esta función, o, en caso de su fallecimiento, sus herederos⁷⁸. La norma estipula otras obligaciones que tiene el fiduciario, como que el fiduciario tiene libre administración sobre los bienes encargados al fideicomiso, incluso mudando su forma, pero manteniendo su integridad y valor. El fiduciario será el responsable en caso de que haya un deterioro y menoscabo que sean por sus hechos o culpa⁷⁹.

Por último, dentro de este Título III de las limitaciones del dominio, y primeramente de la propiedad fiduciaria, el artículo 777 indica que el fideicomiso mercantil está sujeto a la Ley de Mercado de Valores.

El título XV de la Ley de Mercado de Valores de 1998 —codificación que se mantiene hasta la actualidad dentro del Código Orgánico Monetario y Financiero— trata sobre el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario. La ley dispone 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 incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario⁸⁰.

De este primer artículo hay algunos puntos que debemos analizar. Primero, se ratifica nuevamente los dos elementos cumpliendo con los tres sujetos del elemento personal y con el elemento patrimonial. Dentro del elemento patrimonial, hay ciertas limitaciones, por ejemplo, que solo puede ser concedido hasta el cumplimiento de la obligación o en un período no mayor a ochenta años, con dos excepciones: (i) si la condición resolutoria a la que está sujeta la liquidación es la disolución de la personalidad jurídica; o, (ii) subsistirá el fideicomiso hasta que sea factible cumplir el propósito para el que se hubiere constituido si se constituyó con un fin cultural o de investigación, entre otros, que tengan como objeto el establecer instituciones, tales como museos, o, aliviar situaciones de personas en interdicción, huérfanos, ancianos, minusválidos y personas

⁷⁸ Código Civil, artículo 761.

⁷⁹ Código Civil, artículo 769.

⁸⁰ Ley de Mercado de Valores, artículo 109.

menesterosas⁸¹. La segunda limitación es la irrevocabilidad de la constitución del fideicomiso.

El artículo menciona, también, las características del elemento patrimonial. Explica que tipos de bienes pueden ser aportados al patrimonio autónomo. Esta lista incluye los bienes que se espera que existan. Sobre esto, la misma ley dispone que cuando los bienes lleguen a existir, se hará un incremento al patrimonio del fideicomiso mercantil⁸².

Posteriormente, establece que los bienes ingresan a un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica, para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos actúe como fiduciaria y representante legal. Rodríguez Azuero dentro de su análisis sobre el ingreso de la figura en América Latina, recalca una diferencia importante en la calidad de los fiduciarios en el Ecuador al limitar a que sean únicamente las empresas de fiducias, que son las compañías que administran fondos y fideicomisos en el país. Esto, sin embargo, no sucede solamente en nuestro país. En México por ejemplo, el papel de fiduciarios se lo ha dejado exclusivamente para los bancos⁸³.

La ley indica también cuál es la naturaleza del fideicomiso mercantil. Para esto, la norma trata como sinónimos al patrimonio autónomo del fideicomiso. Así, menciona que el patrimonio autónomo tiene origen justamente en un contrato de fideicomiso mercantil. Este patrimonio es diferente del o de los patrimonios de su o sus constituyentes, del fiduciario y del fideicomisario. Es diferente, también, de los patrimonios autónomos que tenga a su cargo el fiduciario⁸⁴. Es más que claro en este punto, que, sin analizar aún el requisito de la personalidad jurídica, la intención del legislador era confirmar que este patrimonio autónomo tiene responsabilidad limitada, más no dotarlo de responsabilidad limitada por medio de la personalidad jurídica.

La misma norma reza que el fideicomiso es responsable por las obligaciones contenidas en el patrimonio autónomo únicamente hasta el monto de los bienes que hayan sido transferidos al patrimonio del fideicomiso mercantil, dejando de lado los bienes del

⁸¹ Ley de Mercado de Valores, artículo 110.

⁸² Ley de Mercado de Valores, artículo 117.

⁸³ Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios Fiduciarios: su significado en América Latina*.

⁸⁴ Ley de Mercado de Valores, artículo 118.

fiduciario⁸⁵. Es justamente aquí donde nace nuestro problema jurídico, que será analizado a profundidad en la siguiente sección.

En cuanto a los elementos personales, las fiduciarias —aparte de regirse por lo estipulado en la Ley— responden y se rigen bajo lo dispuesto en el Consejo Nacional de Valores. Este Consejo está bajo el control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Esta entidad debe vigilar, auditar, intervenir y controlar el mercado de valores para que todas las actividades se rijan al ordenamiento jurídico y sirvan para el interés general. Las fiduciarias se obligan, específicamente, a ejecutar la política general del mercado de valores que el Consejo Nacional de Valores haya dictado⁸⁶, según lo que estipula la norma.

El Catastro Público de Mercado de Valores también se encuentra bajo el control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. En este se inscriben los contratos tanto de fideicomiso mercantil como los encargos fiduciarios en base a las normas que emita el Consejo Nacional de Valores⁸⁷.

Las fiduciarias tienen a su cargo el cumplimiento del contrato de fideicomiso. Para cumplir el fin que haya sido estipulado, pueden transferir bienes a un segundo fideicomiso para que se incremente el patrimonio ya existente del primer fideicomiso. Este puede ser administrado por la misma fiduciaria con el mismo representante o por otra fiduciaria⁸⁸.

En cuando a los constituyentes o fideicomitentes, la ley determina que pueden ser “personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras o entidades dotadas de personalidad jurídica, quienes transfieran el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil”⁸⁹. Como pueden ser también instituciones del sector público quienes constituyan el fideicomiso, estas se sujetarán al reglamento especial expedido por el Consejo Nacional de Valores, que hasta la fecha no se ha expedido.

⁸⁵ Ley de Mercado de Valores, artículo 118.

⁸⁶ Ley de Mercado de Valores, artículo 10.

⁸⁷ Ley de Mercado de Valores, artículo 18.

⁸⁸ Ley de Mercado de Valores, artículo 115.

⁸⁹ Ley de Mercado de Valores, artículo 115.

Por otro lado, cuando un fideicomitente sea una persona jurídica, se deberá observar lo dispuesto en los estatutos de esta y bajo lo que disponga la Ley de Compañías⁹⁰.

Por último, los beneficiarios serán

[l]as personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, de derecho privado con finalidad social o pública, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica designadas como tales por el constituyente en el contrato o posteriormente si en el contrato se ha previsto tal atribución. Podrá designarse como beneficiario del fideicomiso mercantil a una persona que al momento de la constitución del mismo no exista pero se espera que exista. Podrán existir varios beneficiarios de un contrato de fideicomiso, pudiendo el constituyente establecer grados de preeminencia entre ellos e inclusive beneficiarios sustitutos⁹¹.

La norma establece que si los beneficiarios designados renuncian o por alguna razón llegan a faltar, y no se han estipulado beneficiarios sustitutos o sucesor del derecho, será el mismo constituyente o sus sucesores los beneficiarios del fideicomiso⁹². Por último, la ley prohíbe que el beneficiario principal o sustituto sea la fiduciaria, sus administradores, representantes legales o empresas vinculadas⁹³.

Hay una discusión —que parece estar resuelta en nuestro ordenamiento— de si los fideicomisos son contratos o no. Analizando lo anteriormente estipulado, el fideicomiso ecuatoriano no solo que sí es un contrato, sino que se rige o es muy parecido al contrato de mandato. En este caso, los fideicomitentes cumplen con una figura similar a la de los mandatarios y los fiduciarios como mandantes, aunque siempre velando por los mejores intereses para el fideicomiso. También, se ha estipulado que cualquier vacío que exista en referencia al contrato de fideicomiso mercantil se regirá bajo las normas de mandato civil.

Aunque a simple vista parece que los fideicomitentes responderían, entonces, únicamente como mandatarios en los casos señalados del Código Civil, no podemos limitar a que se responsabilice de esta única forma en todos los casos. Cada fideicomiso es un mundo diferente pues las reglas bajo las que se rige esta figura dependen enteramente de lo que se pacte en el contrato, y, aunque la legislación imponga reglas

⁹⁰ Ley de Mercado de Valores, artículo 115.

⁹¹ Ley de Mercado de Valores, artículo 116.

⁹² Ley de Mercado de Valores, artículo 116.

⁹³ Ley de Mercado de Valores, artículo 116.

claras, serán los constituyentes quienes dispongan a la fiduciaria el fin, el manejo, y el como disponer de este patrimonio autónomo. Y siendo aún más específicos, depende también de que tipo de fideicomiso es, tema que se analizará en seguida.

En el Ecuador hay cinco tipos de fideicomisos mercantiles: (i) fideicomiso de administración, (ii) fideicomiso de garantía, (iii) fideicomiso inmobiliario, (iv) fideicomiso de inversiones, y, (v) fideicomiso de titularización.

El fideicomiso de administración es aquel que se constituye con el fin de cumplir las instrucciones del contrato que puede tener una gran variedad de obligaciones. Entre las más comunes están la mera tenencia de los bienes o derechos fideicomitados o el control y administración financiera del patrimonio autónomo para destinar sus valores a cuestiones específicas⁹⁴.

El fideicomiso de garantía es el patrimonio autónomo por el cual el constituyente transfiere bienes o derechos para garantizar con estas ciertas obligaciones del mismo constituyente o de terceros, siendo estos dos últimos los deudores. En caso de su incumplimiento, podrán los acreedores solicitar a las empresas fiduciarias el procedimiento para el cumplimiento que se haya estipulado en el contrato, con el fin de ejecutar la garantía. Para este procedimiento, no se necesitará una decisión judicial o arbitral previa⁹⁵.

El fideicomiso inmobiliario es aquel que, con el dinero que fue transferido al patrimonio autónomo, desarrolle un proyecto inmobiliario bajo la administración de las compañías fiduciarias. Estas realizan gestiones administrativas y también de ejecución del proyecto según lo estipulado en el contrato de fideicomiso. Normalmente, se exige llegar a un punto de equilibrio. El fin de este fideicomiso es que tanto los promotores como los compradores y demás personas involucradas, se aseguren que habrá una administración transparente sobre los recursos del proyecto⁹⁶.

⁹⁴ Analytica, *Tipos de Negocios Fiduciarios*, (Quito), <https://analytica.ec/servicios/administracion-de-fondos-y-fideicomisos/tipos-de-negocios-fiduciarios/>; última apertura: 19/11/2020; Fiducia, *¿Qué son los negocios fiduciarios?*, (Quito), <https://fiducia.com.ec/negocios-fiduciarios/>; última apertura: 19/11/2020.

⁹⁵ Analytica, *Tipos de Negocios Fiduciarios*; Fiducia, *¿Qué son los negocios fiduciarios?*.

⁹⁶ Fiducia, *¿Qué son los negocios fiduciarios?*.

El fideicomiso de inversión es aquel que busca la administración por parte de las compañías fiduciarias o los invierta según sus instrucciones para el propio beneficio del constituyente —que pasaría a ser fideicomisario— o terceros. Uno de los requisitos dentro de este contrato es que se especifique con claridad la política bajo la cual se debe invertir. A falta de estipulación, se regirá este contrato bajo lo previsto en la norma vigente⁹⁷.

Por último, el fideicomiso de titularización es el que transfiere activos al patrimonio autónomo que sean susceptibles de generar ingresos futuros al patrimonio. Una vez ocurrido esto, se titularizan esos activos por medio de la emisión de títulos valores y se negocian libremente en el mercado de valores. Esto, ayuda al financiamiento de proyectos⁹⁸.

Así las cosas, tras este breve repaso sobre el fideicomiso mercantil, consideramos importante pasar al requisito de la personalidad jurídica, característica que nos importa para este trabajo.

3.3. Requisito de la personalidad jurídica

La figura del fideicomiso mercantil se integró a la legislación ecuatoriana en la Ley de Mercado de Valores de 1993. Posterior a esto, se reformó la norma y ahora el fideicomiso mercantil está normado en la Ley de Mercado de Valores de 1998.

La Ley de Mercado de Valores de 1993⁹⁹ insertó la figura del fideicomiso mercantil con unas características muy parecidas a las del *trust* anglosajón: un patrimonio autónomo, dotado de bienes existentes o que se espera que existan, tres figuras de sujetos involucrados donde el fideicomitente y el fideicomisario podrían estar a cargo de la misma persona. La característica de la confianza es típica del *trust* anglosajón; así lo creyó también en un inicio nuestro legislador. El artículo innumerado segundo de la Ley de Mercado de Valores¹⁰⁰ no exigía que el fiduciario sea una compañía fiduciaria. Podía ser cualquier persona.

Después, dentro de estos artículos no había norma alguna sobre el requisito de personalidad jurídica dentro del fideicomiso mercantil. Dentro de nuestro marco de

⁹⁷ Analytica, *Tipos de Negocios Fiduciarios*; Fiducia, *¿Qué son los negocios fiduciarios?*.

⁹⁸ Fiducia, *¿Qué son los negocios fiduciarios?*.

⁹⁹ Ley de Mercado de Valores de 1993.

¹⁰⁰ Ley de Mercado de Valores de 1993, artículo innumerado sobre el fideicomiso mercantil.

investigación, entonces, se investigó los debates de ley, las enmiendas propuestas a la norma y demás especificaciones referentes a la personalidad jurídica para la Ley de Mercado de Valores de 1998, específicamente sobre el fideicomiso.

Resulta, entonces, que el artículo 109 —analizado anteriormente— no solo que no tuvo ninguna propuesta de enmienda, sino que se aceptó con unanimidad por parte de todo el Congreso Nacional¹⁰¹.

Desde nuestro punto de vista, hay dos reparos que se puede formular al haber consagrado la personalidad del fideicomiso. Primero, como se mencionó, el fideicomiso mercantil habría tenido una limitación a la responsabilidad de los constituyentes sin la necesidad de agregar el requisito de personalidad jurídica. Como se indicó más arriba, esta figura puede existir independientemente del tener o no personalidad jurídica. Se ha considerado que la responsabilidad limitada va atada a la personalidad jurídica, pero no es el caso. Pueden existir formas asociativas que gocen de responsabilidad limitada sin tener personalidad jurídica, así como pueden existir formas asociativas con personalidad jurídica que no gozan de responsabilidad limitada, como la son las compañías en nombre colectivo o las comanditas en referencia a los comanditados.

Segundo, el haber agregado este requisito demuestra la liviandad de los legisladores a esa fecha y el limitado estudio de la naturaleza del fideicomiso a nivel internacional. Ecuador y Ottawa son las dos únicas, o por lo menos, conocidas legislaciones en el mundo que tienen como requisito el de la personalidad jurídica del fideicomiso. A mi parecer, el que exista tanto control de la figura, hace justamente que se desfigure el fideicomiso mercantil y limita una de sus características rectoras: la confianza que en nuestra legislación se ve limitada por las formalidades.

Al haber analizado todo esto, se considera más que claro que el fideicomiso mercantil ecuatoriano está dotado de responsabilidad limitada. Y no es así solo por el hecho de que tenga personalidad jurídica, esto solo confirma nuestra teoría. El fideicomiso mercantil en el Ecuador goza de responsabilidad limitada porque el fin mismo de esta figura, es limitar a los constituyentes hasta el valor aportado en el

¹⁰¹ Congreso Nacional del Ecuador, Acta Número 40 de la Sesión Vespertina del Plenario de Comisiones Legislativas Permanentes, (Quito: 25 de febrero de 1998).

patrimonio autónomo. La norma es clara al estipular este punto y así clarifica que, al igual que en ciertas compañías, la personalidad jurídica únicamente confirma esta teoría.

Así las cosas, y bajo el análisis de como es el fideicomiso mercantil ecuatoriano en la actualidad, se plantea el problema: al ser el fideicomiso mercantil una figura que goza no solo de responsabilidad limitada pero también de personalidad jurídica, ¿se podrían aplicar las normas de la inoponibilidad de la personalidad jurídica estipuladas en el artículo 17 de la Ley de Compañías bajo las normas de analogía del Código Civil?

4. El levantamiento del velo societario al fideicomiso mercantil

Tras haber analizado tanto la figura de la responsabilidad limitada, el levantamiento del velo societario y el fideicomiso mercantil, y, tras confirmar que el fideicomiso mercantil ecuatoriano sí goza de responsabilidad limitada, nos queda por analizar la aplicación analógica de las reglas sobre la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

La analogía es uno de los dos métodos de autointegración de la norma¹⁰². El segundo método para colmar lagunas es usar los principios generales del Derecho. Se define a la analogía como “el procedimiento por el cual se atribuye a un caso no regulado el mismo tratamiento de un caso regulado similarmente”¹⁰³. La importancia de la analogía es que este procedimiento permite que todo el sistema jurídico se expanda más allá de los casos que están regulados de forma expresa en la norma¹⁰⁴. Por esto, la analogía es el método más típico e importante para la integración del sistema normativo¹⁰⁵.

El método de analogía de la ley es milenario. Tal es así, que esta figura fue estudiada por Aristóteles cuando se hablaba sobre el paradigma¹⁰⁶, ahora entendido como analogía. El filósofo realizó una fórmula esquemática de razonamiento por analogía al hablar de las guerras entre Focea y Tebas, y, entre Atenas y Tebas. Las guerras no eran las mismas, sin embargo eran similares. Entonces, la fórmula analógica se resumía en:

La guerra entre Focea y Tebas es mala;

¹⁰² Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, (Madrid: Editorial Debate, 1991).

¹⁰³ Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, 245.

¹⁰⁴ Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*.

¹⁰⁵ Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*.

¹⁰⁶ Aristóteles, *Segundos Analíticos*, (90ª-100ª), 24.

La guerra entre Atenas y Tebas es similar a la guerra entre Focea y Tebas;

La guerra ente Atenas y Tebas es mala¹⁰⁷.

La similaridad viene a ser el elemento más importante para aplicar el método de analogía. Si se cumple con similitudes en cuanto a una cualidad específica, se puede realizar una analogía. Bobbio la llama “semejanza relevante”¹⁰⁸. Refiriéndose a la analogía en el plano jurídico, explica que

[p]ara que se pueda sacar la conclusión, o sea, atribuir al caso no regulado las mismas consecuencias jurídicas atribuidas al caso regulado similarmente, es necesario que entre los dos casos exista no una semejanza cualquiera, sino **una semejanza relevante**, es decir, **es necesario sacar de los dos casos una cualidad común a ambos, que sea al mismo tiempo la razón suficiente por la cual al caso regulado se le ha atribuido aquella consecuencia y no otra** (énfasis añadido libremente)¹⁰⁹.

Esta semejanza relevante naturalmente es la *ratio legis*¹¹⁰. La *ratio legis* o razón de la ley, se define como “aquello por lo que ha de comprenderse que la ley ha sido dada”¹¹¹. Para aplicar la analogía, tanto al caso regulado como al caso no regulado, deben tener en común su razón para ser ley, pues solo así sería lícito en derecho¹¹². Por el contrario, sería ilícito si la *ratio legis* no coincide o si hay prohibición en la norma para que se aplique la analogía. Esto, nos lleva a distinguir entre los tipos de analogía existentes y cuales son sus limitaciones en la legislación ecuatoriana.

En primer lugar, está la analogía propiamente dicha —también llamada analogía *legis*—, y sobre la que se ha hecho referencia hasta este punto. En segundo lugar, está la analogía *iuris* que se define como el “procedimiento con el cual se obtiene una nueva regla para un caso no previsto”¹¹³. En tercer y último lugar, está la interpretación extensiva. Hay una discusión sobre cuál es la diferencia entre la analogía *legis* y la interpretación extensiva. Así, la doctrina las ha diferenciado en base a los efectos que producen cada una de ellas. Entonces, la analogía *legis* es aquella que permite que una

¹⁰⁷ Aristóteles, *Segundos Analíticos*.

¹⁰⁸ Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, 247.

¹⁰⁹ Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, 247.

¹¹⁰ Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*.

¹¹¹ Gommarus Michiels, *Normae Generalis Iuris Canonici*, Volumen I (Roma: Parisiis, Tornaci, Romae, Desclee et Socii, 1949), *s/p*.

¹¹² Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*.

¹¹³ Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, 247.

norma jurídica sea aplicable para casos no previstos, mientras que la interpretación extensiva es la que amplía el alcance de una norma existente¹¹⁴.

Así, la que nos concierne revisar para este trabajo es justamente la analogía *legis* que permite la aplicación de una norma jurídica a los casos no previstos por esta. En la legislación ecuatoriana, la analogía propiamente dicha está regulada en el artículo 18 del Código Civil, principalmente. Por otro lado, también se permite la analogía en otras normas como el Acuerdo Relativo a los Giros Postales, el Código de Comercio, entre otras. Mientras que esta figura tiene sus límites en otras normas, por ejemplo, en el Código Orgánico Integral Penal y en el Código Tributario.

La figura de la analogía aplica cuando no hay norma jurídica que sea expresamente aplicable para ciertos casos. A este fenómeno jurídico lo ha llamado lagunas normativas. Guastini define a las lagunas normativas como un supuesto de hecho que se ubica en un espacio vacío de derecho¹¹⁵. Explica que las lagunas no se las debe observar como un problema de interpretación, más bien, las lagunas siguen a la interpretación¹¹⁶. El autor considera que una vez encontrado un problema el cual no tiene una norma, se puede tomar dos caminos: el primero sería decir que el supuesto de hecho en examen entra en el campo de aplicación de cierta norma, y, el segundo sería diciendo que no hay norma alguna aplicable a ese supuesto de hecho¹¹⁷.

En el caso ecuatoriano, el artículo 18 del Código Civil manda que “[l]os jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley”¹¹⁸. Este artículo, según Guastini, la misma norma puede agregar disposiciones que prevengan las lagunas¹¹⁹. El presente trabajo plantea la posibilidad de que haya casos donde ciertos terceros se vean afectados por las actuaciones de los constituyentes de los fideicomisos mercantiles, y que el responder por estas afectaciones no están reguladas bajo forma alguna en nuestra legislación. A falta de norma, se configura una laguna que debe ser resuelta por el artículo 18 del Código Civil, tanto para que no haya un abuso del derecho

¹¹⁴ Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, 248.

¹¹⁵ Ricardo Guastini, *Interpretar y Argumentar*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014).

¹¹⁶ Ricardo Guastini, *Interpretar y Argumentar*.

¹¹⁷ Ricardo Guastini, *Interpretar y Argumentar*.

¹¹⁸ Código Civil, artículo 18.

¹¹⁹ Ricardo Guastini, *Interpretar y Argumentar*.

por parte de los constituyentes de los fideicomisos mercantiles, como para que no haya terceros que se vean afectados por esta figura.

Entonces, al haber analizado el artículo 17 de la Ley de Compañías, el Código Civil plantea una regla de interpretación al decir que “[l]os pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”¹²⁰, cosa que nos compete en el presente trabajo. Esto, porque esta regla asume que hay una ley que aplica al caso que se quiere regular. El artículo plantea siete numerales para hacer una correcta interpretación de la norma, pero nos enfocaremos únicamente en el séptimo.

Este numeral dicta que “[a] falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal”¹²¹. En este caso, es evidente que existe una falta de ley en referencia a cómo se debe responder por estas afectaciones en los casos del fideicomiso mercantil. La norma análoga aplicable en este tema, sería entonces, la norma que hace referencia expresa a la responsabilidad personal y solidariamente responsable: a los constituyentes.

La importancia de saber si puede existir una analogía para el desvelamiento de la personalidad jurídica según el artículo 17 de la Ley de Compañías radica en que

[l]a utilización indebida de las instituciones jurídicas no es exclusiva del campo societario; también en el caso de otras formas asociativas como sindicatos, cooperativas, fundaciones y corporaciones privadas que puedan manipularse, e inclusive los fideicomisos se prestan para estos manejos...¹²².

Así, sobre la base de lo expuesto, los cinco elementos que se deben analizar para determinar si procede aplicar la analogía en este caso son: (i) fideicomisos, (ii) forma asociativa, (iii) responsabilidad limitada, (iv) inoponibilidad de la personalidad jurídica. Entonces nuestra fórmula analógica aplicando el numeral 7 del artículo 18 del Código Civil sería:

¹²⁰ Código Civil, artículo 18.

¹²¹ Código Civil, artículo 18.

¹²² Santiago Andrade, *El levantamiento del velo*, 11.

Las compañías que gozan de responsabilidad limitada en ciertos casos pueden verse afectadas por inoponibilidad de personalidad jurídica cuando se ha cometido fraudes a terceros;

Los fideicomisos mercantiles ecuatorianos son formas asociativas que gozan de responsabilidad limitada y con las que se puede defraudar a terceros;

Los fideicomisos mercantiles ecuatorianos en ciertos casos pueden verse afectados por inoponibilidad de personalidad jurídica.

Finalizando, como se analizó en este punto, la analogía es un método de autointegración de la norma que permite, en caso de que haya ausencia de esta, aplicar una norma a casos similares. La similaridad, no se ve porque hayan parecidos, sino que debe ser una semejanza relevante que suele ser la *ratio legis*. Así, en el presente caso, el que el fideicomiso mercantil goce de responsabilidad limitada, hace que la *ratio legis* del artículo 17 de la Ley de Compañías también le sea aplicable a esta figura.

5. Conclusiones

Todo lo que se ha presentado en este artículo lleva a las siguientes conclusiones:

La responsabilidad limitada existe para diferenciar el patrimonio de una persona —ya sea natural o jurídica— de un patrimonio autónomo. Así, esta persona respondería únicamente por lo aportado al patrimonio autónomo. Esto, entonces, puede darse tanto en compañías, siendo estas las formas asociativas más comunes, como en otras formas asociativas que tienen el mismo fin.

Las diversas formas asociativas —incluido el fideicomiso mercantil— pueden también tener fines fraudulentos o pueden afectar terceros que no tengan el deber de internalizar los daños que le han sido causados. Esto, porque el mal manejo de una figura asociativa debería únicamente recaer en la persona que los ha cometido o que puede internalizar estos daños, no en víctimas que únicamente se han visto desprotegidas.

La legislación ecuatoriana reconoce tanto a la responsabilidad limitada como al levantamiento del velo societario. Aunque la responsabilidad limitada solo figura de manera expresa en la norma que se refiere a las especies societarias, por el análisis presentado, existen otras formas asociativas que también gozan de la responsabilidad

limitada. Por otro lado, la inoponibilidad de la personalidad jurídica está reconocida expresamente en el artículo 17 de la Ley de Compañías.

Los fideicomisos mercantiles son una de las formas asociativas que más relevancia tiene en nuestra legislación. Esto, justamente por que los orígenes mismos de la figura al ser un contrato que se basa en la confianza —en el caso ecuatoriano— a las compañías fiduciarias. Esto, hace que haya un gran interés por contratar bajo esta figura en los cinco tipos de fideicomisos mercantiles que se dan.

Los fideicomisos regulan principalmente a lo establecido en su contrato constitutivo. Aunque hay ciertas regulaciones que se dan en la normativa, son los contratos de fideicomiso los que rigen por excelencia como se desarrollará esta forma asociativa. Por esto, se debe tomar en cuenta cada contrato y como se ha desarrollado el mismo para la aplicación de la teoría aquí planteada.

El requisito de la personalidad jurídica únicamente confirma la intención del legislador de que el fideicomiso mercantil ecuatoriano goce de responsabilidad limitada. Así, la figura del fideicomiso mercantil sin necesidad de que tenga personalidad jurídica se podría considerar como una figura asociativa, que sí está dotada de personalidad jurídica, por la división misma del patrimonio que el constituyente entrega al fideicomiso y responde únicamente por este monto hace que se le aplique la figura de la responsabilidad limitada.

El Código Civil ecuatoriano permite que en caso de existir lagunas, estas se deben colmar por analogía a otras normas y con principios generales del Derecho. No es necesario que todo esté normado de forma textual, pues en caso de que exista lagunas en la norma será obligación del juez aplicar alguna solución según lo estipulado en el artículo 18 de este cuerpo normativo. Entre estas, se reconoce la analogía a otras normas cuando falte la ley.

La inoponibilidad de la personalidad jurídica es aplicable por analogía de ley al fideicomiso mercantil ecuatoriano. Esto se debe realizar tomando los mismos considerandos que cuando se realizará un levantamiento del velo societario a una compañía: de manera estricta —nunca general—; cuando se configure una causal según las estipuladas en el artículo 17 de la Ley de Compañías; cuando haya pruebas suficientes

sobre la afectación al tercero; y, cuando no pueda ser aplicable ninguna otra solución estipulada por el legislativo que le sean aplicables al tenor de la ley a los fideicomisos mercantiles.