



**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**COLEGIO DE JURISPRUDENCIA**

**Derechos Susceptibles de Aporte al Capital Social de una Sociedad  
Mercantil**

**Análisis de la Aportación de Derechos Fiduciarios**

**Mauricio Sebastián Subía Suárez**

**Director: Vladimir Villalba Paredes**

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado

Quito

Julio de 2011

©Derechos de autor  
Mauricio Sebastián Subía Suárez.  
2011

VLADIMIR VILLALBA-PAREDES

Julio 26, 2011

Señor doctor  
Fabián Corral Burbano  
Decano del Colegio de Jurisprudencia  
**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**  
-Campus Cumbayá

**Ref:** EVALUACIÓN DE DIRECTOR DE TESINA

Mauricio Sebastián SUBÍA SUÁREZ

Derechos Susceptibles de Aporte al Capital de una Sociedad Mercantil. Análisis de la Aportación de Derechos Fiduciarios

**Att:** Ana Belén Cordero  
Coordinadora Académica del Colegio de Jurisprudencia USFQ

Señor Decano:

En mi calidad de Director de la tesina intitulada «*Derechos Susceptibles de Aporte al Capital de una Sociedad Mercantil. Análisis de la Aportación de Derechos Fiduciarios*», a presentar para defensa por el señor **Mauricio Sebastián SUBÍA SUÁREZ**, previo a la obtención del grado de abogado, evalúo en los siguientes parámetros:

- I -

#### **IMPORTANCIA DEL PROBLEMA PRESENTADO**

1. El problema de la investigación se centra en la aptitud legal del aporte de un derecho fiduciario (como una forma de pago de acciones suscritas) al momento de la constitución de una compañía mercantil o a propósito del aumento de capital acordado posteriormente.

Aunque -en principio, el pago del capital suscrito puede hacerse -entre otras formas, con el aporte en especie (Art. 183, numeral 1º de la Ley de Compañías), el inciso 4º del Art. 10 *ibídem* a prescrito algunos requisitos

especiales para el pago mediante aporte de créditos (a saber, pago mínimo en numerario, solidaridad en el cumplimiento del crédito, plazo máximo de realización, imposibilidad de novación).

Adicionalmente, el Art. 161 de la Ley de Compañías prescribe el requisito de la correspondencia de la especie “*al género de comercio de la compañía*” y el Art. 162 *ibídem* el requisito sobre la valoración fundamentada del aporte.

2. En este marco normativo, la Doctrina No. 55 de la Superintendencia de Compañías “ha incorporado” dos requisitos adicionales para la aptitud del aporte de créditos (crédito de carácter monetario y crédito incorporado en título valor). A su vez, la Doctrina No. 10 de la Intendencia de Valores, en línea, concluye que los derechos fiduciarios (como especies muebles incorporales) “*no constituyen títulos valores*” y, como corolario de esa posición doctrinal, no susceptibles de transferirse a una compañía como aporte.
3. Frente a este clima doctrinal, la disertación escrita abraza la tesis contraria inclinándose sobre la posibilidad del aporte del derecho fiduciario con base al mismo colegio de normas que, con una interpretación menos restringida (como sí caracteriza a la tesis doctrinaria del ente de control y vigilancia), alcanza esa aptitud como modo de extinguir la obligación de pago del capital suscrito.
4. En una dinámica comercial local que cada vez se apuntalada a través del patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil (como herramienta de los negocios), generando a favor de los constituyentes o beneficiarios derechos personales o de crédito, la importancia del problema es trascendente: la viabilidad de canalizar la titularidad de esas especies fiduciarias (derechos personales) en el registro del activo de una compañía mercantil en contrapartida al capital pagado y, por lo mismo, la emisión de títulos de acciones (como tales, acciones liberadas íntegramente).

- II -

### TRASCENDENCIA DE LA HIPÓTESIS PLANTEADA

5. La hipótesis (en su carga positiva, que es la que desarrolla el trabajo de investigación) encuentra su trascendencia desde muchos ángulos que



provoca el análisis: aptitud legal de la especie crédito o derecho personal reconocido en un contrato de fideicomiso, alcance y método de interpretación de la norma societaria, valor de la doctrina de la entidad de control y vigilancia, carácter del derecho fiduciario, cumplimiento de los requisitos generales y especiales de la ley para el aporte.

6. Al efecto, la investigación en el primer capítulo busca la desmistificación del concepto de capital social como requisito de las compañías mercantiles (desde una perspectiva de *lege ferenda*), mientras que en el capítulo segundo bosqueja -a su vez, qué derecho fiduciario ciertamente tipifica como un crédito aportable, no solamente a la luz de los requisitos societarios, sino también -y con énfasis, a la luz de los principios fiduciarios.

El capítulo tercero ingresa directamente a la aptitud del aporte fiduciario con la parte medular de contra-argumentar a la posición de la Doctrina No. 10 de la Intendencia de Valores.

- III -

### SUFICIENCIA Y PERTINENCIA DE LOS MATERIAS EMPLEADOS

7. La disertación escrita apoya la demostración de la hipótesis en material local y extranjero sobre las diferentes nociones que tejen el análisis hacia la demostración de la hipótesis (por ejemplo, el capital de la compañía, bienes aportables, derecho fiduciario, obligaciones sujetas a plazo y a condición).
8. La investigación apoya su fundamento con suficiencia de los materiales, al incorporar precisamente la tesis contraria para trabajar con aquella lógica y demostrar que aunque formalmente el silogismo parecería válido, las premisas que la apoyan carecen de verdad (precisamente por la interpretación restringida que opta el ente de vigilancia y control).
9. La investigación apoya su fundamento con pertinencia de los materiales, al incorporar principios y textos doctrinarios sobre la naturaleza del derecho personal, su carácter monetario, la realización del crédito, el derecho sujeto a plazo, la cesión como género, etcétera.

- IV -

### CONTENIDO ARGUMENTATIVO

10. A manera de incisiones quirúrgicas, la investigación comienza a trabajar sobre el requisito del capital social, su naturaleza jurídico-económica, el rol del capital inicial, los principios de integridad, suficiencia, efectividad en relación a las formas de integrar dicho capital. En toda la línea argumentativa expresa una crítica de *lege lata* a la herencia normativa actual, como consecuencia de una sistema societario ajeno a la realidad de los negocios y a la trascendencia de la compañía como concentrador de capital.
11. Con esa misma metodología escarba las orientaciones y limitaciones de la norma local sobre el aporte en especie, y las exclusiones que actualmente mantiene la ley sustantiva a diferencia de otras legislaciones continentales.
12. Para confrontar la naturaleza jurídica del derecho fiduciario (poco escrito doctrinalmente, con carencia de normas en la Ley de Mercado de Valores) la investigación abre un *vademécum* de sub-hipótesis, según la naturaleza del contrato fiduciario, para concluir que una derecho fiduciario sujeto a un plazo, ciertamente constituye un crédito (y no una mera expectativa) y, como tal, un derecho personal susceptible de aporte a una compañía y, en última instancia, como un modo de extinguir la obligación del pago del capital insoluto por suscripción de acciones.
13. Quizá con poca menor energía -aunque con la misma sobriedad jurídica que en los temas anteriores, analiza los argumentos que ha llevado a la Intendencia de Valores y, en general, a la Superintendencia de Compañías en las doctrinas institucionales, a negar el aporte del derecho fiduciario.

En búsqueda de esa contra-argumentación la investigación ha demandado horas de disquisiciones y discusiones para encontrar el *rationale* de las dos tesis que sobre la hipótesis se presentan.

Encuentro que, independientemente a la tesis que pudiera inclinarse, la disertación escrita cumple el propósito inicial de ser un instrumento de referencia futura sobre el tema del capital social y su rol, el alcance de la naturaleza jurídica del derecho fiduciario y, por su puesto, la aptitud del derecho fiduciario como especie aportable a una compañía mercantil.

En virtud de lo anterior, con mérito al desarrollo de la dirección de la tesina y con base a la constancia de las horas de investigación, fundamento y redacción asignadas, emitido EVALUACIÓN FAVORABLE sobre la suficiencia del trabajo escrito para que sea sujeto a informe posterior y defensa ante el Tribunal de

Grado que se integre.

No asumo ni reivindico alguna de las ideas anotadas en el trabajo. Sin embargo, muchas de ellas las suscribo como propias.

En estos términos cumplo con la solicitud inicial.

**Atentamente,**



**Vladimir Villalba-Paredes**

GB.USFQ/Tesinas/Informes/Subia.2011.Info.01

*A mi familia, por su apoyo incondicional.*

*A Vladimir, por su tutoría en este trabajo y su constante invitación a la reflexión.*

*A Verónica, por ser mi soporte siempre.*

## **RESUMEN**

La presente tesina aborda el tema de la aportación de derechos fiduciarios al capital social de una sociedad mercantil bajo su naturaleza jurídica de derechos personales. La concepción garantista del capital social que recoge la legislación ecuatoriana, sumado a la consideración de los derechos fiduciarios como una categoría única, han sido factores determinantes para que el criterio institucional de la Superintendencia de Compañías se exprese en contra de la aportación de este tipo de derechos. Mediante la propuesta de una clasificación, se planteará la categoría de “Derechos Fiduciarios Aportables”, los cuáles, bajo ciertas circunstancias y revisando cada caso, se considera pueden ser susceptibles de aporte.

## **ABSTRACT**

The present dissertation addresses the issue of the contribution of trust rights to the share capital of a company under its legal nature of personal rights. The share capital as a guarantee that is present in Ecuadorian legislation, and the consideration of trust rights as a single category, have been decisive for the institutional approach of the Superintendence of Companies that is against the contribution of such rights. Through a classification, will propose the category "Contributable Trust Rights" which, under certain circumstances and reviewing each case, can be susceptible of contribution.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I. El Capital Social.....	4
1.1 Nociones Preliminares.....	4
1.2 El Contrato de Sociedad. Análisis de la Definición.....	6
1.2.1 La Unión Voluntaria de Dos o Más Personas.....	9
1.2.2 La Unión de sus Capitales o Industrias con el Propósito de Realizar una Actividad Económica.....	10
1.2.3 Que la Actividad Económica Reparta Utilidades o Beneficios a los Asociados.....	13
1.3 Características del Contrato de Sociedad.....	14
1.3.1 Plurilateral.....	14
1.3.1 Solemne.....	15
1.3.2 Oneroso.....	16
1.3.3 De Organización.....	16
1.4 La Personalidad Jurídica de la Sociedad.....	17
1.4.1 Momento en que la sociedad adquiere su personalidad jurídica.....	18
1.4.2 Consecuencias.....	19
1.5 La Formación de un Patrimonio Social Distinto al de los Asociados. Introducción a la Noción Clásica de Capital Social.....	21
1.5.1 Capital Social y Patrimonio.....	25
1.5.2 Funciones del Capital Social.....	25
1.5.2.1 Función Garantista.....	26
1.5.2.2 Función Organizativa.....	27
1.5.2.3 Función Productiva.....	27
1.5.3 La Crisis de la Función Garantista del Capital Social.....	28
1.5.4 La Necesidad de Replantear el Concepto. Una Mirada al Concepto de Capital Social en el Sistema Anglosajón.....	30
CAPÍTULO II.....	33
Derechos Susceptibles de Aportación al Capital Social.....	33
2.1 Naturaleza Jurídica del Aporte.....	33
2.2 La Obligación de Aportar.....	35
2.3 Clasificación de los Aportes.....	37

2.3.1 Aportaciones en Dinero.....	37
2.3.2 Aportes en Especie.....	38
2.3.2.1 Naturaleza jurídica de las Aportaciones en Especie.....	38
2.3.2.2 Reglas Para la Valoración de los Aportaciones en Especie.....	40
2.3.2.3 Objeto de las Aportaciones en Especie.....	42
2.3.2.3.1 Noción Jurídica de los Derechos de Crédito.....	42
2.3.2.3.2 La Aportación de Créditos en la Legislación Ecuatoriana.....	44
2.4 La Segunda Directiva de la Unión Europea.....	44
CAPÍTULO III.....	47
Los Derechos Fiduciarios Como Objeto de Aportación.....	47
3.1 Negocio Fiduciario y Contrato de Fideicomiso Mercantil. Análisis de la Legislación Ecuatoriana.....	47
3.1.1 Bilateral.....	50
3.1.2 ¿Un Contrato Solemne o Real?.....	52
3.1.3 Es un Contrato Oneroso.....	53
3.1.4 Personalidad Jurídica del fideicomiso.....	54
3.2 Elementos subjetivos.....	54
3.2.1 Fideicomitente o Constituyente.....	55
3.2.2 Fiduciario.....	56
3.2.3 Beneficiario.....	60
3.3 Derechos Fiduciarios.....	62
3.3.1 La Cuestión en la Legislación Ecuatoriana.....	62
3.3.2 Propuesta de una Clasificación.....	64
3.3.2.1 Los Derechos Fiduciarios Legales.....	64
3.3.2.2 Las Expectativas Fiduciarias y los Derechos Fiduciarios.....	66
3.3.2.3 La Situación Jurídica del Beneficiario.....	67
3.3.2.2.2 El Derecho del Beneficiario Sujeto a un Plazo Suspensivo.....	68
3.3.2.2.3 El Derecho del Beneficiario Sujeto a Condición Suspensiva.....	70
3.3.2.2.4 ¿Cuándo estamos frente a una expectativa fiduciaria y cuando frente a un derecho fiduciario?.....	75
3.4 Precisiones sobre los DFA.....	77

3.5 Análisis del criterio de la Intendencia de Valores sobre los derechos fiduciarios como objeto de aportación al capital social. Revisión de los principales argumentos .....	77
3.5.1 Los Certificados de Derechos Fiduciarios Como Simples Constancias o Certificaciones. La Interpretación del Artículo 10 de la Ley de Compañías. ....	80
3.5.2 Los Créditos Deben Tener Carácter Monetario .....	82
3.5.3 Que Sean Exigibles en un Plazo de Doce Meses .....	85
3.5.4 La Exigencia de que el Capital Mínimo Establecido por ley se Pague en Numerario o Bienes. ....	86
3.5.5 Que los Aportes Correspondan al Género de la Compañía .....	86
CAPÍTULO IV .....	88
CONCLUSIONES.....	88
BIBLIOGRAFÍA.....	91
PLEXO NORMATIVO .....	96
ANEXOS.....	98

## ABREVIATURAS

Código Civil.....	CC
Código de Procedimiento Civil.....	CPC
Código de Comercio.....	CCo
Ley de Compañías.....	LC
Ley de Mercado de Valores.....	LMV

## INTRODUCCIÓN

Los negocios, así como las relaciones económicas, se encuentran en constante transformación; más aún, en un mundo globalizado como el nuestro. Debido a este fenómeno, nos enfrentamos diariamente a nuevas realidades que requieren el estudio y entendimiento del derecho, puesto que esta ciencia no puede ser estática, por el contrario, debe avanzar tal y como lo hacen las demás.

El desarrollo de la figura del fideicomiso mercantil en los últimos años no sólo ha motivado su estudio, sino también, su aplicación a diversos negocios. En consecuencia, los derechos provenientes del mismo, se han vuelto cada vez más recurrentes al momento de tomar en cuenta el activo de una persona tanto natural como jurídica. El problema que se planteará en este trabajo gira en torno a la posibilidad de que este tipo de derechos, bajo su naturaleza de derechos personales, sean objeto de aportación al capital social de una sociedad mercantil bajo el marco de la legislación ecuatoriana.

Dicho lo anterior, el análisis comenzará con el contrato de sociedad como parte inicial del proceso constitutivo, el cual, culmina con la personificación jurídica del nuevo ente y produce una separación patrimonial entre las personas que se asocian y la nueva persona jurídica sociedad. Una vez desarrollado este tema, es de vital importancia, previo a ingresar en el mundo de los aportes, el revisar un concepto clásico de derecho societario: el capital social. La profundización del concepto de capital social develará que la función que originalmente se le ha encargado cumplir -de servir como garantía a los acreedores de la sociedad- en la actualidad se encuentra desgastada, y por esta razón, más de una legislación ha optado por suprimirla.

El hecho de que el capital sea considerado como una garantía a los acreedores de la sociedad ha sido determinante en cuanto a la aceptación de una u otra clase de aporte para su integración. Por tanto, se vuelve indispensable el estudio de la naturaleza jurídica del aporte, sus diferentes tipos, y el criterio de la legislación ecuatoriana al respecto. Entre los diferentes tipos de aportes, es preciso ubicar a aquellos en especie de bienes incorporeales, que es donde se encuentran los derechos personales o créditos; categoría a la que pertenecen los derechos fiduciarios.

Para concluir sobre la posibilidad de aportar los derechos fiduciarios, se analizará al negocio fiduciario y a su especie fideicomiso mercantil; sus elementos subjetivos, y los derechos que nacen a favor de cada uno de ellos. Es relevante señalar que la legislación ecuatoriana considera a los derechos fiduciarios como una categoría única, y así, el criterio institucional de la Superintendencia de Compañías se ha manifestado en contra de su posibilidad de aporte. Sin embargo, se planteará la posibilidad de que, en determinados casos y bajo ciertas circunstancias, los derechos fiduciarios pueden ser objeto de aporte.

# CAPÍTULO I

## EL CAPITAL SOCIAL

### 1.1 Nociones Preliminares

La legislación ecuatoriana clasifica a las sociedades de la siguiente manera: por el lugar de origen (nacionales y extranjeras); por cumplir o no las solemnidades exigidas para el contrato social (regulares e irregulares); por el objeto social (civiles y mercantiles); y por la causa (personalistas, de capital, o mixtas)<sup>1</sup>. El presente trabajo se ubica en el estudio de sociedades mercantiles, en específico, en las de responsabilidad limitada y anónima.

El capital social debe situarse dentro del fenómeno jurídico en el cual se origina, que es, el proceso de constitución de una sociedad mercantil. En este sentido, el acto por que se forma una sociedad ha sido discutido en la doctrina, siendo tres las

---

<sup>1</sup>C. Dávila. *Derecho Societario. Parte General y Sociedades Personalísticas*. Volumen I. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1999, p. 14.

principales tesis que lo han abordado: la teoría del acto constitutivo<sup>2</sup>; la teoría del acto colectivo<sup>3</sup>; y finalmente, la teoría del acto complejo<sup>4</sup>. Atendiendo a las disposiciones de la legislación ecuatoriana sobre el contrato de sociedad y el proceso constitutivo, se considera que la teoría del acto constitutivo, que supone la existencia de un acto jurídico unilateral colectivo, es la que más se adapta, puesto que, como se analizará a lo largo de este primer capítulo, se presupone la existencia de una única voluntad expresada por una pluralidad de asociados con el fin de crear un nuevo ente que satisfaga sus necesidades lucrativas.

El proceso de constitución de una sociedad mercantil inicia con la redacción y perfeccionamiento del contrato social y culmina con el nacimiento de una persona jurídica<sup>5</sup>. Después de perfeccionado el contrato de sociedad, y hasta que la sociedad adquiera su personalidad jurídica, existe una sociedad en formación, donde es de interés de los asociados el que la sociedad participe en el tráfico negocial cuanto antes, en virtud de que, la explotación del negocio es el motivo que los ha unido entre sí y por el cual han de constituir la sociedad<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup>J. Narváez. *Teoría General de las Sociedades*. Bogotá: Legis Editores S.A, 1947, p. 40. José Ignacio Narváez explica que la teoría del acto constitutivo sugiere que “las voluntades individuales se suman para expresar una sola voluntad dirigida a la creación de un ente distinto de quienes concurren a formarlo”. Si se analiza la explicación de esta tesis, jurídicamente, nos encontramos frente a un acto jurídico unilateral colectivo por reunir varias voluntades individuales en una sola con el propósito de crear un nuevo ente.

<sup>3</sup>J. Benedetti. *La Sociedad Comercial*. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1981, p. 6,7. Julio Benedetti nos cuenta que en la teoría del acto colectivo “la sociedad es un acto pluripersonal en que las declaraciones de voluntad tienen el mismo contenido, no se entrecruzan o cambian entre sí, sino que son paralelas, es decir, tienden a la satisfacción de intereses paralelos”.

<sup>4</sup>V. Cevallos. *Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 1992, p. 25. Víctor Cevallos asevera que en la teoría de acto complejo las voluntades individuales de los asociados son interdependientes y actúan colectivamente para fundirse en una voluntad unitaria, los intereses son coincidentes.

<sup>5</sup>M. Guzmán. *La Constitución de Compañías Mercantiles en el Ecuador*. Tomo I. Quito: Gráficas Amaranta, 2004, p. 121, 127. Marco Antonio Guzmán explica que el proceso como culminación del cual se integra el capital social de una compañía, nace su personalidad jurídica, y da comienzo a la actividad económica y legal del nuevo ente, suele denominarse “constitución de la compañía”. En este sentido, identifica los dos momentos a los que se hizo referencia, explicando que “con la perfección del contrato social y su otorgamiento en escritura pública solo se ha cumplido uno de los elementos del supuesto de hecho para la constitución” y que en “estricta técnica jurídica, ocurre que la Compañía Anónima, en realidad, nace, comienza a tener existencia legal, desde el momento de la inscripción del contrato social en el Registro Mercantil del cantón en el que la compañía tiene su domicilio principal. Sólo entonces puede decirse que se ha constituido la compañía”.

<sup>6</sup>M. Sáez *La Sociedad Mercantil en Formación*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 105, 106. La autora aborda extensamente el tema de la sociedad en formación y establece que se “trata de ver cómo se

En relación a lo expuesto, este capítulo iniciará con el estudio del contrato de sociedad, su definición, elementos esenciales, requisitos de validez, y características, para posteriormente, identificar el momento y las implicaciones de la personificación jurídica, lo que nos ubica en el tema principal de esta primera parte: el capital social. Dentro del estudio de este último, será preciso analizar todos los argumentos que motivaron a su concepción clásica, su diferencia con la noción de patrimonio, las funciones que está encargado de cumplir, y las discusiones actuales que existen alrededor de la figura.

## **1.2 El Contrato de Sociedad. Análisis de la Definición**

En el artículo 1957 del CC se define a la sociedad como un "contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan". Más adelante, el mismo artículo aclara que la sociedad "forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados". El mismo cuerpo normativo, en su artículo 1963, clasifica a las sociedades en civiles o comerciales, éstas últimas, formadas con el fin de realizar negocios que la ley califica como actos de comercio. En concordancia con la última disposición, el artículo 1 de la LC establece lo siguiente: "Art. 1.- Contrato de compañía es aquél por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades [...]".

César Dávila define al contrato de sociedad o compañía como:

[...] aquél en el cual las partes expresan la voluntad de constituir una persona jurídica, a cuyo favor, afectando parcialmente sus patrimonios individuales, realizan aportes que integran el capital social. Y si los aportes han de entenderse traslativos de dominio (LC, Art. 10), la suscripción tiene la finalidad de conseguir, a través de la actividad propia del objeto social, utilidades a repartir entre los aportantes<sup>7</sup>.

---

reglamentan las relaciones jurídicas que tienen lugar en el período que discurre entre el otorgamiento de un negocio jurídico privado – el contrato de sociedad anónima, limitada, o comanditaria por acciones -, y la producción de un acto de naturaleza pública – la inscripción en el registro mercantil”.

El autor citado profundiza sobre esta definición agregando que en el contrato se actualizan dos voluntades: la fundacional (diseño de crear una persona jurídica), y la obligacional (suscripción). De igual forma, enumera dos elementos claves: los aportes como suma de obligaciones asumidas por los fundadores y el ánimo de lucro como fundamento del contrato social<sup>8</sup>. Similar opinión es la de Víctor Cevallos quien, refiriéndose al artículo 1 de la LC, afirma que éste contiene los elementos indispensables esbozados por la doctrina, puesto que, exige que se lo efectúe entre dos o más personas, que para la realización de actividades comerciales unan sus capitales o bienes, y finalmente, señala que la causa que motiva a las partes a contratar es el fin de lucro<sup>9</sup>.

Desde la inclusión en algunas legislaciones de la compañía unipersonal, la tesis de que el contrato de sociedad es efectivamente un contrato, ha sufrido un considerable debilitamiento. En este sentido, dentro de los sistemas con tradición de derecho civil, como es el caso del sistema ecuatoriano, la sociedad tiene generalmente el antecedente del contrato social, a pesar de que puede serlo también un acto de voluntad, como es el caso de las organizaciones sin fines de lucro. Sin embargo, el desarrollo de la teoría correspondiente a la compañía unipersonal ha ocasionado la necesidad de distinguir al contrato social del acto de creación de la sociedad; siendo el primero, un acuerdo mediante el cual los asociados regulan las relaciones tanto internas como externas de la compañía (acto jurídico bilateral); mientras que el segundo, el acto por el cual los asociados acuerdan crear el nuevo ente (acto jurídico unilateral colectivo)<sup>10</sup>. En palabras de Jain Paillisseau:

---

<sup>7</sup> C. Dávila. *Derecho Societario. Parte General y Sociedades Personalísticas*. Volumen I. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1999, p. 10.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 10. Sobre el primer elemento, César Dávila se basa en lo estipulado por el artículo 1957 del CC, afirmando que en el contrato de compañía no se establece ninguna sociedad de bienes porque los aportes son principio y fundamento del patrimonio social, distinto y separado de los patrimonios individuales de los socios, mientras que sobre el segundo elemento, el autor hace referencia al artículo 1 de la LC y afirma que las operaciones realizadas por la sociedad son actos que ésta ejecuta a través de sus órganos de representación, y como ella tiene personalidad jurídica propia, esos actos no son imputables a éstos.

<sup>9</sup>V. Cevallos. *Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 1992, p. 23.

<sup>10</sup>V. Villalba. "The One - Man Corporation. Necessity for Redefining the Theory of the Firm in the Civil Law Tradition of Latin - American Countries". *Graduate Paper*. Washington DC: Georgetown University, 2000, p. 54.

[...] la concepción tradicional de la sociedad [contractual o institucional] no es relevante en la actualidad, ni corresponde al derecho societario moderno [...] Tan pronto como la ley aceptó la existencia de la compañía unipersonal, se hizo imposible seguir sosteniendo que era inherente a la naturaleza de la sociedad, el hecho de estar integrada por un grupo de individuos, ser un contrato o una institución [...] Para resolver las inquietudes contemporáneas resulta claro sostener que la sociedad se ha convertido en una técnica para la organización de la empresa [...] Esta doctrina es la base de lo que se conoce como <el concepto moderno de sociedad>, en contraste con la visión tradicional. A esta dirección apunta el desarrollo del derecho societario [...] <sup>11</sup>.

La LC ecuatoriana se ha mantenido en la tesis de la sociedad como un contrato, y por motivos de este trabajo no nos alejaremos de ella, sin embargo, es evidente que mucha de la teoría clásica que colaboró con la creación de las instituciones del derecho societario es motivo de constante crítica sugiriendo su evolución.

El contrato de sociedad, con todos sus elementos, está expresado en la escritura de fundación, la cual dependerá, en cierta medida, de la forma social que se pretenda adoptar. Se cree que la manera más acertada de analizar la definición de este contrato es la que han utilizado los autores anteriormente citados, es decir, en base a las disposiciones de los artículos 1967 del CC y 1 de la LC. Dichos artículos sugieren que, en el contrato de sociedad, deben necesariamente concurrir tres situaciones: (1) La unión voluntaria de dos o más personas. (2) Que las dos o más personas unan sus capitales o industrias<sup>12</sup> con el propósito de desarrollar una actividad económica determinada. (3) Que la actividad económica reparta utilidades o beneficios a los asociados<sup>13</sup>. En los apartados siguientes se profundizará sobre cada de una de estas

---

<sup>11</sup> J. Paillisseau cit. por F. Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo I. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 176.

<sup>12</sup> C. Ramírez. *Manual de Práctica Societaria*. Tomo I. 4ª ed. Loja: GraficPlus, 2010, p. 8,9. Carlos Romero entiende que la palabra “industrias” de la LC a la que hace referencia el artículo 1 de la LC hace referencia a la “aportación de fuerza de trabajo y capacidad personal del socio”, sin embargo, cuenta que para la formación del capital sólo se puede aportar dinero, bienes muebles, inmuebles, o créditos. Ahora bien, la legislación ecuatoriana hace la distinción entre aportes en dinero y en especie, por esta razón, parece ser que cuando se refiere a capitales o industrias hace referencia a dinero o bienes.

<sup>13</sup> F. Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo I. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 87

situaciones con el propósito de identificar cuáles son los elementos esenciales<sup>14</sup>, requisitos de validez<sup>15</sup>, y características del contrato en estudio.

### **1.2.1 La Unión Voluntaria de Dos o Más Personas**

Como ha sido mencionado, tanto el artículo 1957 del CC, como el 1 de la LC, estipulan que la unión debe ser efectuada entre dos o más personas. Su lectura, conduce a la primera conclusión, y es que, un elemento esencial del contrato de sociedad es la existencia de una pluralidad de asociados.

Ahora bien, las personas que concurren a la celebración de dicho contrato, en virtud de lo que dispone el artículo 1461 del CC, deben estar en capacidad legal para hacerlo<sup>16</sup>. Consecuentemente, para celebrar un contrato de sociedad hay que remitirse a las reglas sobre capacidad establecidas en los artículos 1462 y 1463 del CC y además, a las que la ley establece para este contrato en particular<sup>17</sup>. La capacidad es entonces el primer requisito de validez del contrato.

Además de la concurrencia de dos o más personas con capacidad legal para hacerlo, según lo expone el numeral 2 del artículo 1461 del CC, es necesario que las personas consientan en dicho acto o declaración sin que su consentimiento adolezca de ningún vicio (error, fuerza, o dolo en virtud de la disposición del artículo 1467 del CC); configurándose de esta forma, el segundo requisito de validez. El consentimiento debe ser entendido como la expresión de la voluntad de los

---

<sup>14</sup> El artículo 1460 del CC establece que son elementos de la esencia de un contrato aquellos que sin los cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato.

<sup>15</sup> El artículo 1461 del mismo código establece que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga una causa lícita.

<sup>16</sup> Por capacidad legal se entiende a la capacidad de ejercicio, que se diferencia de la capacidad de goce en virtud de que esta última es la que tienen todas las personas por su calidad de tal.

<sup>17</sup> En el contrato de sociedad, no pueden participar incapaces absolutos en virtud de lo que dispone el artículo 35 literal c de la LC; las corporaciones eclesiásticas, religiosos, clérigos, funcionarios públicos que estén prohibidos de ejercer el comercio, y quebrados que obtenido rehabilitación en virtud del artículo 7 del CCo; y tampoco podrán constituir compañías entre padres e hijos no emancipados en base a las normas de los artículos 99 y 145 de la LC. En estas reglas existe una excepción, y es, la concurrencia de un menor adulto (incapaz relativo) atendiendo a las reglas del artículo 9 del CCo y 42 y 98 de la LC.

contratantes. Ospina Fernández establece que el consentimiento no sólo supone “la manifestación de voluntad de todos y cada uno de los socios que intervienen en él, sino también el concurso, o sea, la convergencia y unificación de tales voluntades individuales<sup>18</sup>”.

Dicho lo anterior, es preciso establecer una diferenciación; no es lo mismo la voluntad expresada para la firma del contrato de sociedad que surge de la comparecencia, que aquella expresada en el contrato donde se expresa la voluntad de crear un nuevo ente o *animus societatis*<sup>19</sup>. En este sentido, Jorge Barrera define al *animus societatis* como “la voluntad de los socios de formar parte de una sociedad, de constituir dentro de ella una relación permanente y de adquirir el status de socio; o sea, el conjunto de derechos y obligaciones que les es propio<sup>20</sup>”.

### **1.2.2 La Unión de sus Capitales o Industrias con el Propósito de Realizar una Actividad Económica**

La unión de capitales o industrias con el propósito de realizar una actividad económica contiene dos temas distintos. El primero, es la existencia necesaria de una afectación patrimonial que se refleja en los aportes que se comprometen a realizar los asociados<sup>21</sup>, y el segundo, la actividad económica que va a ser ejecutada por la sociedad. El análisis de la naturaleza jurídica del aporte y sus clases corresponde al segundo capítulo de este trabajo, sin embargo, se adelanta que aporte

---

<sup>18</sup> Guillermo Ospina Fernández cit. por F. Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo I. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 102.

<sup>19</sup> Se ha puesto especial énfasis en distinguir los dos momentos en el proceso de constitución de una sociedad mercantil, que son, el contrato de sociedad, y el nacimiento de una nueva persona jurídica. Por esta razón, se debe poner énfasis también en la distinción del consentimiento que se expresa en relación a la suscripción del contrato de sociedad que nace de la comparecencia a firmarlo, y el de crear un nuevo ente jurídico, que es el que se expresa en el contrato o *animus societatis*. Creemos que este razonamiento encuentra asidero legal en el artículo 150 numeral 2 de la LC que exige que se manifieste la “voluntad de fundarla”, y en el artículo 27, numerales 2 y 3 de la Ley Notarial que exige que el notario examine la libertad con la que proceden (consentimiento a la firma del contrato de sociedad) y el consentimiento con que se obligan (*animus societatis* o voluntad de crear un ente).

<sup>20</sup> Jorge Barrera cit. por V. Castrillón y Luna. *Sociedades Mercantiles*. México: Editorial Porrúa, 2004, p. 4.

<sup>21</sup> El artículo 1959 del CC establece que “no hay sociedad, si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común”

debe entenderse como la “obligación que adquiere el socio con la sociedad, consistente en una prestación de contenido económico y la integración efectiva del capital social<sup>22</sup>”, más no la transferencia misma, en otras palabras, aporte es obligarse a transferir a pesar de la que en la práctica se requiera de un aporte inicial antes de existir dicha obligación.

Tanto aporte como actividad económica, han sido entendidos por la doctrina como objeto del contrato social. En este sentido, César Dávila afirma que en el derecho societario ecuatoriano, objeto tiene dos significados: el primero se refiere a las prestaciones de los fundadores acordadas en el contrato (aportes); y el segundo, a la actividad económica delimitada en el contrato social<sup>23</sup>. En forma similar se pronuncia Francisco Reyes Villamizar:

Por una parte, se entiende que el objeto del contrato de sociedad son las obligaciones que los asociados asumen. En segundo lugar, el objeto de las obligaciones asumidas por los asociados, se refiere al aporte que estos deben efectuar al fondo social. En este sentido, el objeto será la aportación en dinero, en industria, o en especie al que cada asociado se comprometa. Por último, el objeto de la sociedad alude a la empresa o actividad de explotación económica que los asociados se prometen acometer<sup>24</sup>.

Para el caso de la compañía de responsabilidad limitada, el 137 de la LC enumera, como requisitos que deben constar en la escritura de fundación, el objeto social debidamente concretado (numeral 3), y el importe del capital social (numeral 6). De igual manera, para el caso de la anónima, el artículo 150 de la misma ley exige el objeto social debidamente concretado (numeral 3), y el importe del capital social (numeral 5). El importe del capital social se traduce en los aportes que se

---

<sup>22</sup> F. Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo I. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 90.

<sup>23</sup> C. Dávila. *Derecho Societario. Parte General y Sociedades Personalísticas*. Volumen I. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1999, p. 24.

<sup>24</sup> F. Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo I. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 94. Para cerrar el debate, el citado autor afirma que según la definición del artículo 98 del CC colombiano que dice que por contrato de sociedad se entiende que “dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social” y la del 25 del mismo cuerpo normativo que establece que se “entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”, debe entenderse que el objeto es la actividad que va a realizar la sociedad.

comprometen a realizar los asociados cuyo objeto constituye la cosa objeto del aporte, mientras que, es evidente que cuando se refiere a objeto social, habla de la actividad económica que la sociedad pretende realizar, constituyéndose así, el objeto del contrato<sup>25</sup>.

Considerando lo mencionado, la legislación ecuatoriana exige que el objeto social esté debidamente concretado, lo que Francisco Reyes Villamizar ha denominado “teoría latina de la especialidad”, según la cual:

[...] la empresa social debe estar plenamente determinada en el acto de constitución de la sociedad. Esta exigencia concuerda con la limitación de capacidad de la compañía, en razón de la cuál ésta solo puede realizar actividades relacionadas directamente con la actividad de explotación económica prevista en el pacto social<sup>26</sup>.

El mismo autor, advierte que la mencionada tesis acarrea la consecuencia de que cualquier acto o contrato no comprendido dentro del objeto será nulo y no vincula a la sociedad (en relación a este último, la legislación ecuatoriana en el artículo 12 de la LC afirma que será ineficaz contra terceros), configurándose el esquema legal que se conoce como *ultra vires*, muy frecuente en las legislaciones latinoamericanas<sup>27</sup>. Ameli Porcell afirma que el principio de *ultra vires* aplicado a las sociedades comerciales “viene a determinar el campo de acción dentro del cual la sociedad puede desarrollar sus negocios [y] cualquier acto de la sociedad que no se enmarque dentro de estas

---

<sup>25</sup> Profundizando este análisis el CC, en su artículo 1963, establece que la sociedad es comercial cuando se forma para negocios que la ley califica como actos de comercio, mientras que, el artículo 1 de la LC define al contrato de compañía como aquel en que dos más personas unen sus capitales o industrias para emprender operaciones mercantiles y participar de sus utilidades. Con la lectura de estos dos artículos, se cree, queda claro que el objeto de la sociedad mercantil o compañía es la actividad económica que se va a realizar, la cual, debe estar concretada según la exigencia del artículo 150. Superintendencia de Compañías. Superintendencia de Compañías. Doctrina 59. “El Objeto Social en las Compañías”. *Doctrinas Jurídico Societarias de la Superintendencia de Compañías*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1999, p. 51. Sobre este tema se ha pronunciado la Superintendencia de Compañías en su Doctrina 59 donde, haciendo referencia a los artículos citados, afirma que el objeto de la compañía comercial es que se dedique a actividades comerciales, y que además, éste debe estar claramente determinado, es decir, debe especificarse el tipo de actividad que se va a realizar sin importar que sean varias.

<sup>26</sup> F. Reyes Villamizar. *Derecho Societario en Estados Unidos*. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2006, p. 130.

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

actividades se considerará *ultra vires* porque estará fuera de la competencia de la sociedad<sup>28</sup>”.

Ahora bien, la licitud del objeto constituye requisito de validez del contrato de sociedad en virtud de lo estipulado por el artículo 1461 del CC. Esta licitud debe entenderse que ataca tanto al objeto del aporte como al objeto del contrato. Sobre la licitud del objeto del aporte, éste debe analizarse desde el punto de vista de la prestación, por lo tanto, habrá que recurrir a las reglas contenidas en el 1477 y 1478 del CC<sup>29</sup>. Por otro lado, en cuanto a la licitud del objeto del contrato, el artículo 3 de la LC establece que éste debe ser real y de lícita negociación. Por ejemplo, en Ecuador no se puede constituir una compañía que se dedique a la trata de personas.

### **1.2.3 Que la Actividad Económica Reparta Utilidades o Beneficios a los Asociados**

Volviendo a lo dispuesto por los artículos 1957 del CC y 1 de la LC, la unión de personas para conformar una sociedad es hecha en virtud de “dividir entre sí los beneficios que de ello provengan” y con la finalidad “participar de sus utilidades”. Adicionalmente, el inciso segundo del artículo 1959 del CC establece que “no hay sociedad sin participación de beneficios”. El razonamiento a seguir es que, en el contrato es estudio, la repartición de utilidades o beneficios constituye un elemento esencial más del contrato, y además, la causa para su celebración. En este sentido, afirma César Dávila:

Causa del contrato, pues, es el designio de obtener utilidades mediante el ejercicio de los negocios sociales formando, para ello, un grupo de personas

---

<sup>28</sup> A. Porcell. “Análisis del Principio Ultra Vires en la Legislación Panameña de Sociedades Comerciales”. *Legalinfo – Panamá*. Web. 10 Jun. 2011, p. 2, 3.

<sup>29</sup> El artículo 1477 establece que pueden ser objeto de una declaración de voluntad no sólo las cosas que existan, sino también las que se espera que existan siempre y cuando cualquiera de ellas sean comerciables y estén determinadas por lo menos en cuanto a su género, agrega además, que la cantidad puede ser incierta siempre y cuando el acto o contrato fije las reglas para determinarla. Cuando el objeto es un hecho, aclara el artículo, que es necesario que sea física y moralmente posible especificando que es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público. Dicho esto, el mismo CC, en el artículo 1478 dice que “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público ecuatoriano”.

de confianza, en unos casos; y, en otros, en los cuales se prescinde de esa consideración, quienes se asocian lo hacen movidos únicamente por el cálculo de salir gananciosos, o lo que es lo mismo, por las probabilidades de beneficiarse con las actividades del objeto social sin la intervención del capitalista en la gestión. Este criterio da pie a la clasificación de las sociedades en personalísticas y capitalísticas [...]<sup>30</sup>

El que la causa sea lícita es un requisito de validez del contrato según lo estipulado en el artículo 1483 del CC que establece que “no puede haber obligación sin causa real y lícita [...]”, definiendo a causa el que motivo que induce al acto o contrato y a causa ilícita como “la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres y el orden público”.

### **1.3 Características del Contrato de Sociedad**

Una vez expuestos los elementos esenciales y requisitos de validez del contrato de sociedad, es preciso determinar cuáles son, a nuestro juicio, sus características principales. A seguir, el contrato de sociedad es plurilateral, solemne, oneroso, y de organización.

#### **1.3.1 Plurilateral**

La pluralidad de socios, como ha sido mencionado previamente<sup>31</sup>, constituye un elemento esencial del contrato. Francisco Reyes Villamizar, haciendo referencia al numeral 3 del artículo 218 del Código de Comercio colombiano, explica que la pluralidad de socios o accionistas no sólo se exige en el momento de la constitución de la sociedad, sino durante toda su existencia<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> C. Dávila. *Derecho Societario. Parte General y Sociedades Personalísticas*. Volumen I. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1999, p. 25.

<sup>31</sup> Ver p. 9.

<sup>32</sup> Nota al pie 26. F. Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo I. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 87.

La disposición en la LC ecuatoriana se encuentra en el numeral 8 del artículo 361 y expresa que las compañías se disuelven:

8. Por reducción del número de socios o accionistas del mínimo legal establecido, siempre que no se incorpore otro socio a formar parte de la compañía en el plazo de seis meses, a partir de cuyo vencimiento, si no se hubiere cubierto el mínimo legal, el socio o accionista que quedare empezará a ser solidariamente responsable por las obligaciones sociales contraídas desde entonces, hasta la publicación de la correspondiente declaratoria de disolución.

Cuando se reduce el número de socios o accionistas a uno sobreviviente constituye causal de disolución no inmediata, por el contrario, la ley otorga un plazo de seis meses para incorporar uno nuevo. Por tanto, se comprende que la pluralidad debe mantenerse durante toda la vida de la sociedad, pero su pérdida no es causal de disolución inmediata de la misma.

### **1.3.1 Solemne**

Según la forma en la que los contratos se perfeccionan, estos pueden ser consensuales, reales, o solemnes. El contrato de sociedad es solemne ya que la LC exige que el contrato se celebre por escrito y en la especie de escritura pública. Dicha exigencia es aplicable a todo tipo de sociedad mercantil sea de personas o de capital<sup>33</sup>. Cuando el contrato de sociedad no se otorga por escritura pública no surte efecto alguno, es decir, la solemnidad en este caso afecta a la existencia del contrato. Por otro lado, ya otorgado, el contrato se perfecciona marcando el inicio de la relación contractual como tal; así como también, el estado en formación de la sociedad. Para la personificación jurídica de la sociedad la ley establece otros requisitos que se abordarán más adelante.

---

<sup>33</sup> En este sentido son algunas las disposiciones de nuestra LC. El artículo 37 establece que el contrato de compañía en nombre colectivo se celebrará por escritura pública, haciendo extensiva esta disposición para la compañía en comandita simple en virtud de lo estipulado en el artículo 61. Para las compañías de responsabilidad limitada la disposición se encuentra en el artículo 136 mientras que para las anónimas en el 146.

### 1.3.2 Oneroso

Según el artículo 1456 del CC, un contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo se tiene por objeto la utilidad de una de las partes, mientras la otra sufre un gravamen; mientras que, es oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes gravándose uno en beneficio de otro. La definición de contrato oneroso hace pensar que en el contrato de sociedad los socios deberían beneficiarse uno de otro; sin embargo, el vínculo se establece entre los socios y la persona jurídica sociedad.

Cada asociado se compromete a realizar un aporte a la sociedad con el fin de adquirir la calidad de socio o accionista. Los aportes son realizados con el propósito de conformar un fondo social que le permitirá a la sociedad el desarrollo del objeto social (actividad económica), y la correspondiente repartición de utilidades en proporción a las participaciones o acciones con las que cuente cada socio o accionista. El vínculo se evidencia en razón de que, por el aporte, la sociedad puede cumplir con su objeto, y con el producto del objeto (utilidad) los socios se benefician, ergo, el contrato es oneroso.

### 1.3.3 De Organización

La pluralidad del contrato de sociedad supone la convergencia de dos o más voluntades individuales. En consecuencia, el contrato es el que organiza al grupo y lo dota de capacidad. Laureano Falla, partiendo del 1782 del CC Hondureño<sup>34</sup>, expresa que el contrato de sociedades plurilateral y de organización. Plurilateral por la convergencia de voluntades de las dos o más personas intervinientes; y de organización, porque a través del contrato societario se coordinan los elementos que integran la persona jurídica entre sí, el empresario colectivo<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> El artículo 1782 del CC hondureño es el siguiente: “La sociedad o compañía es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital o algo en común con el objeto de repartir entre sí ganancias o pérdidas que resultan de esa especulación”.

<sup>35</sup>L. Falla Gutiérrez. *Derecho Mercantil*. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1988, p. 85.

## 1.4 La Personalidad Jurídica de la Sociedad

Cuando la sociedad adquiere personalidad, pasa del estado de sociedad en formación, al estado de sociedad persona jurídica. La noción de personalidad lleva intrínseca la aptitud de una persona para formar parte de una relación jurídica. En este contexto, desde un punto de vista jurídico, la personalidad es una cierta calidad que trae aparejada la aptitud consiguiente de poder ser titular de derechos y de contraer obligaciones<sup>36</sup>. Parraguez define a las personas jurídicas como “entes de carácter abstracto, inmaterial, sin existencia corpórea. Se trata de ciertas organizaciones creadas por el hombre y ratificadas por la ley, cuya razón de ser deriva de la necesidad de cumplirse ciertos objetivos en la vida social<sup>37</sup>”.

El artículo 40 del CC establece que las personas son naturales<sup>38</sup> y jurídicas. Sobre personas jurídicas, este artículo nos remite a los artículos 564 y siguientes. El texto del 564 es el siguiente:

Art. 564.- Se llama persona jurídica una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia.

Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter<sup>39</sup>.

Como se ha explicado, nuestro estudio nos ubica en las sociedades de derecho privado con fines de lucro y que realicen negocios que la ley califica como actos de comercio, es decir, las sociedades comerciales o mercantiles.

---

<sup>36</sup>L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Personas y Familia*. Volumen II. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2005, p. 40.

<sup>37</sup> *Ibíd.*, p. 42.

<sup>38</sup> El texto del artículo 41 del CC es el siguiente: “Art. 41.- Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sea su edad, sexo, o condición. Divídase en ecuatorianos y extranjeros”.

<sup>39</sup>L. Parraguez. *Manual de derecho civil Ecuatoriano. Personas y Familia*. Volumen II. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2005, p. 83, 95. El CC ecuatoriano adopta la tesis de la persona jurídica como ficción legal o la llamada teoría de la personificación. En este sentido, Luis Parraguez, citando a Savigny y a Laurent, afirma que esta teoría sostiene que la persona jurídica “es un ser imaginario y ficticio, un sujeto del derecho de bienes creado artificialmente por la ley, con el fin de facilitar, a ciertas asociaciones convenientes al fin público, el cumplimiento de su misión”.

### 1.4.1 Momento en que la Sociedad Adquiere su Personalidad Jurídica

Es de vital importancia para esta investigación el determinar el momento en que se produce la personificación jurídica de sociedad, o lo que es lo mismo, el momento en que culmina el proceso de constitución, con el fin de entender el alcance de sus consecuencias.

La sociedad en formación debe cumplir una serie de requisitos legales para poder adquirir su personalidad que son los siguientes: (1) El otorgamiento del contrato a escritura pública<sup>40</sup>. (2) La aprobación de la escritura pública de constitución<sup>41</sup>. (3) La publicación del extracto de la escritura de publicación por la prensa. (4) La inscripción de la escritura pública en el Registro Mercantil.

La aprobación de la escritura pública de constitución es un acto administrativo mediante el cual la Superintendencia de Compañías revisa el cumplimiento de todos los requisitos que abordamos en párrafos anteriores. La publicación de la escritura por la prensa y la inscripción de la misma en el Registro Mercantil constituyen requisitos de publicidad. Éste último tiene el carácter de constitutivo porque sólo con la inscripción, la sociedad se constituye y nace a la vida jurídica como sujeto de derecho. En este sentido, el artículo 96 establece, para el caso de la compañía de responsabilidad limitada, que el “principio de existencia de esta especie de compañía es la fecha de inscripción del contrato social en el Registro Mercantil”. Similar es la disposición de la compañía anónima, la cual se encuentra en el artículo 146 que expresa lo siguiente:

---

<sup>40</sup> Este constituye un requisito para el perfeccionamiento del contrato de sociedad, que como se mencionó, es solemne.

<sup>41</sup> Según el caso, será aprobado por la Superintendencia de Compañías, la Superintendencia de Bancos de Seguros, o por un juez de lo civil. Para la compañía de responsabilidad limitada la disposición se encuentra en el artículo 136 de la LC que establece que “la escritura pública de constitución de responsabilidad limitada será aprobada por el Superintendente de Compañías (...)”. Para el caso de la compañía anónima la disposición se encuentra en el artículo 151 que dice que “Otorgada la escritura de constitución de la compañía, se presentará al Superintendente de Compañías tres copias notariales solicitándole, con firma de abogado, la aprobación de la constitución. La Superintendencia la aprobará, si se hubieren cumplido con todos los requisitos legales [...]”.

Art. 146.- La compañía se constituirá mediante escritura pública que, previo mandato de la Superintendencia de Compañías, será inscrita en el Registro Mercantil. **La compañía se tendrá como existente y con personería jurídica desde el momento de dicha inscripción.** Todo pacto social que se mantenga reservado será nulo (lo resaltado es mío).

Es posible abrir un debate en torno al nacimiento de la personalidad jurídica con la inscripción en el Registro Mercantil. Los artículos 147 y 159 de la LC establecen que, antes de la inscripción en el Registro Mercantil, debe constar el depósito de la parte pagada del capital en una institución bancaria cuando los aportes son en dinero (cuenta que en la práctica se abre a nombre de la compañía). No obstante, ¿si la compañía no tiene aún personalidad, cómo puede participar de una relación jurídica, es decir, cómo puede recibir una suma de dinero? Sobre este tema se ha pronunciado la Superintendencia de Compañías en su Doctrina 3, expresando:

En la constitución la compañía aún no tiene personalidad jurídica y por ello se requiere el respectivo depósito en una institución bancaria y el correspondiente “certificado de integración de capital” en los casos de aporte en numerario. En los aumentos de capital la compañía ya existe y puede recibir las entregas de dinero y depositarlas en sus propias cuentas<sup>42</sup>.

La Superintendencia de Compañías reconoce que la compañía, cuando está en proceso de formación, no tiene personalidad jurídica, y por ello, no se deposita directamente en sus cuentas pero sí en una institución bancaria a su nombre. El razonamiento que se debe adoptar para entender este supuesto es que el sistema ecuatoriano prevé la existencia de un mínimo de capital pagado para que la compañía nazca a la vida jurídica, es decir, exige que exista activo.

#### 1.4.2 Consecuencias

Se ha dejado claro que la personalidad jurídica constituye una aptitud para ser titular de derechos y contraer obligaciones, es decir, para actuar dentro de una

---

<sup>42</sup>Superintendencia de Compañías. Doctrina 3. “Constancia de las Entregas en Numerario en los Aumentos de Capital: No se Requiere ni el Depósito Bancario ni el Certificado que se Exigen en la Constitución”. *Doctrinas Jurídico Societarias de la Superintendencia de Compañías*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1999, p. 1,2.

relación jurídica. Dicho esto, las consecuencias o los efectos de que la sociedad sea una persona jurídica se reducen a que ésta tenga, tanto la aptitud para actuar como sujeto de derecho o capacidad, así como también, un patrimonio propio independiente de los socios. Citando a Víctor Castrillón y Luna:

[...]podemos afirmar que las notas características que constituyen además atributos de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, son la capacidad, que como entes mercantiles les hace susceptibles de ser titulares de derechos y obligaciones; y el patrimonio, que es requisito para la realización del bien común que se proponen los socios y no guarda identidad con el de éstos, en tanto que las aportaciones que los mismos realizan al ente jurídico para formar dicho patrimonio pertenecen en forma exclusiva a la sociedad y no a los socios<sup>43</sup>.

El mismo criterio es sostenido por Garrigues que, en una manera más exhaustiva, establece como derivaciones de la personalidad jurídica de las sociedades, las siguientes:

- a) Que tienen capacidad jurídica en las relaciones externas e internas, lo que les permite actuar en el tráfico como una individualidad y que con su propio nombre, pueden contratar, que funcionan como comerciantes, que frente a los socios aparecen como sujetos distintos con derechos y obligaciones propios;
- b) Que tienen autonomía patrimonial y separación de responsabilidad, cuyas consecuencias son de que por las deudas responde exclusivamente el patrimonio de la sociedad en el caso de la responsabilidad limitada y el particular de los socios en un segundo grado respecto del patrimonio social<sup>44</sup>.

Con respecto a la capacidad, el artículo 1463 del CC califica a las personas jurídicas como incapaces relativos. En consecuencia, como cualquier otra persona jurídica, la sociedad necesita de un representante legal. En este sentido, cualquier acto que ejecutaren los representantes, facultados por los estatutos o por el órgano de gobierno, surte los mismos efectos que si los actos fueran realizados por la misma compañía<sup>45</sup> según dispone el artículo 1464 del CC<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> V. Castrillón y Luna, *Sociedades Mercantiles*. México: Editorial Porrúa, 2004, p. 3.

<sup>44</sup>Garrigues cit. por V. Castrillón y Luna. *Sociedades Mercantiles*. México: Editorial Porrúa, 2004, p. 12.

<sup>45</sup> C. Dávila. *Derecho Societario. Parte General y Sociedades Personalísticas*. Volumen I. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1999, p. 23.

La segunda consecuencia de la sociedad persona jurídica es la conformación de un patrimonio distinto al de los asociados; lo que ubica este estudio en el concepto de capital social cuyo análisis se realizará a continuación.

## **1.5 La Formación de un Patrimonio Social Distinto al de los Asociados.**

### **Introducción a la Noción Clásica de Capital Social**

En palabras de Juan Trujillo Espinel:

La existencia de un patrimonio de la sociedad distinto del de sus socios, es una consecuencia necesaria de la personalidad jurídica societaria; ciertos derechos y obligaciones de contenido patrimonial se imputan a la sociedad como persona jurídica, y forman su patrimonio. El patrimonio constituido por las aportaciones de los socios es el patrimonio de la sociedad, no es patrimonio de los socios<sup>47</sup>.

La noción clásica del capital social, tradicionalmente, es extraída por comparación a la de patrimonio. En este sentido, es la cifra que representa el valor de los aportes de los asociados, que por regla general no sufre variaciones, excepto en los casos y de acuerdo a los requisitos establecidos en la ley<sup>48</sup>. Contablemente, se ubica en el pasivo de la sociedad como una cuenta por pagar a socios o accionistas, no porque represente un débito que tiene la sociedad hacia ellos, sino más bien, porque determina una porción del patrimonio que los socios o accionistas no podrán disponer; por tanto, constituye la garantía ofrecida a terceros<sup>49</sup>.

Son dos los elementos claves que se evidencian en esta noción clásica:(1) Los aportes de los socios, y (2) La retención mínima de patrimonio social. Sobre el tema, Ricardo Olivera expone que existe un sector de la doctrina que asocia al capital social con los aportes; otro, con la retención mínima del patrimonio social; y un tercero, busca un acercamiento entre las dos tendencias distinguiendo un aspecto

---

<sup>46</sup> El texto del artículo 1464 del CC es el siguiente: “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, surte respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado por él mismo”.

<sup>47</sup> J. Trujillo. *El Abuso de la Personalidad Jurídica Societaria*. Lima: EDILEX S.A., 2011, p. 44.

<sup>48</sup> M. Araya. *El Capital Social. Bienes Aportables*. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. No. 189 a 192. Año 33. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000, p. 7.

<sup>49</sup> M. Araya. *El Capital Social. Bienes Aportables*. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. No. 189 a 192. Año 33. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000, p. 7.

nominal y uno real del capital<sup>50</sup>. El asociar al capital social únicamente con las aportaciones de los socios ha sido una posición criticada por la doctrina, especialmente, debido al peligro de la no equivalencia entre uno y otro<sup>51</sup>; mientras que la vinculación del concepto de capital social a la retención mínima de capital responde a la función garantista que se le ha encargado cumplir; tema que será analizado posteriormente. En este mismo sentido, Bercovitz afirma que el capital social posee fundamentalmente dos aspectos: El primero; uno cualitativo, que estudia el capital en relación con las aportaciones que lo integran; y otro cuantitativo, donde se entiende al capital social como cifra ideal, que representa el valor de dichas aportaciones<sup>52</sup>.

Francisco Reyes Villamizar recoge las principales características del capital social<sup>53</sup>; y relacionadas con éstas, encontramos los principios ordenadores, que

---

<sup>50</sup>R. Olivera. “La Crisis del Concepto de Capital Social”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. No. 185 a 188. Año 32. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1999, p. 372, 373. El primer sector, donde se encuentran autores como Ascarelli, Lyon – Caen y Renault, Zaldívar, Manóvil, entre otros, afirman que el concepto de capital social está asociado indisolublemente al valor asignado a las aportaciones de los socios en el momento de la constitución de la sociedad. El segundo, en el que se encuentran autores como Vivante, Messineo, Garrigues, y otros, aseveran que el capital social es un concepto exclusivamente jurídico, un valor abstracto y formal, una cifra permanente de la contabilidad, que indica la cifra de patrimonio efectivo mínimo que debe existir en la sociedad. Por último, autores como De Gregorio y Portale, buscan un acercamiento entre las dos tendencias anteriores distinguiendo un aspecto nominal y un aspecto real del capital. Desde el aspecto nominal, el capital social es visto como el importe mínimo al que debe ascender el activo neto de la sociedad, mientras que desde el punto de vista real, es la porción del patrimonio neto del cual la sociedad no puede disponer, puesto que, sirve de cobertura del importe nominal del capital.

<sup>51</sup>R. Olivera. “La Crisis del Concepto de Capital Social”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. No. 185 a 188. Año 32. Buenos Aires: Ediciones Depalma, p. 372. Olivera afirma que vincular al capital social exclusivamente con las aportaciones de los socios resulta incorrecto e inútil, puesto que, ni en el momento de la constitución de la compañía existe necesariamente equivalencia entre el capital y las aportaciones porque es posible las reducciones nominales de capital por absorción de pérdidas que no tienen nada que ver con las aportaciones de los socios. Cfr. I. Triolo. *Capital e Infracapitalización. Aportes para la Introducción de la Noción del Capital Variable en Nuestra Ley de Sociedades*. Rosario: Ponencia presentada en el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2001, p. 1. Triolo se suma a esta disconformidad en cuanto a asociar al capital social con los aportes, puesto que, entre otras cosas, “no existe una correspondencia necesaria entre los aportes de los socios y el capital, ni aun en el momento mismo de la creación de la sociedad”.

<sup>52</sup>R. Bercovitz. *La Aportación de Derechos de Propiedad Industrial al Capital de las Sociedades Anónimas*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1999, p. 31.

<sup>53</sup>F. Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo I. Bogotá: Editorial Temis. 2ª Edición, 2004, p. 263 – 266.

según Rodrigo Uría, rigen a este concepto<sup>54</sup>. A partir de estos dos análisis y estableciendo un vínculo con la legislación ecuatoriana se resume de la siguiente manera:

1. Es una *cifra abstracta* porque, a pesar que recoge los aportes hechos por los asociados, no representa específicamente a ningún bien o conjunto de bienes identificables dentro del activo social<sup>55</sup>.
2. Es *intangibile* porque no está sujeto a reembolsos<sup>56</sup>.
3. Es *fijo* porque no varía en el tiempo a menos que los socios o accionistas así lo determinen. Esta característica recoge el *principio de estabilidad*.
4. El capital debe estar suscrito totalmente al momento de la fundación; lo que se conoce como el *principio de integridad*<sup>57</sup>.
5. El *principio de capital mínimo* obliga a las compañías a tener un mínimo de capital no sólo en el momento de su constitución, sino durante toda su existencia, el cual, no se podrá reducir del límite legal permitido<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup>R. Uría. *Derecho Mercantil*. 25ª ed. Madrid - Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 1998, p. 230 – 231.

<sup>55</sup> Los bienes o conjunto de bienes identificables dentro del activo social, contablemente, se ubican dentro del activo de la sociedad en la cuenta caja o bancos, la cual, constituye una alternativa cuando hacen falta valores en la contabilidad de la empresa.

<sup>56</sup> F. Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo I. Bogotá: Editorial Temis. 2ª Edición, 2004, p, 264. Según expresa el autor, esta característica se orienta a preservar la prenda común a los acreedores representada en los bienes que componen el haber social. M Sáez. *La Sociedad Mercantil en Formación*. Civitas Ediciones. Madrid, 2001, p. 107. La autora, haciendo referencia a la sociedad en formación, establece que el interés que tienen los terceros posteriores a la inscripción es justamente que el patrimonio de la sociedad se corresponda con el capital social en el momento de la inscripción, y que, tradicionalmente, esto venía sucediendo. En consecuencia, “esto motivó a que los juristas, tomando la circunstancia por sustancia, lo dogmatizaran como una de las tantas leyes inalterables que componen la doctrina del capital social – específicamente, la doctrina alemana lo conoce como el principio de intangibilidad-. Para los terceros, lo que importa “no es la perfecta correspondencia entre los valores de capital y patrimonio, sino que el patrimonio cubra al menos la cifra de capital publicada – es decir, correspondencia entre capital nominal y real”. Una salvedad en cuanto a los reembolsos se produce en las hipótesis de disminución de capital o liquidación final. El artículo 111 de la LC establece que “no se tomarán resoluciones encaminadas a reducir el capital social si ello implicara la devolución a los socios de la parte de las aportaciones hechas y pagadas, excepto en el caso de la exclusión del socio previa liquidación de su aporte. Cabe liberar el capital suscrito y no pagado aún el pagado sólo cuando hay exclusión de un socio.

<sup>57</sup> Para el caso de las compañías anónimas, el artículo 147 de la LC establece que “ninguna compañía anónima podrá constituirse sin que se halle suscrito totalmente su capital”. La disposición para la compañía de responsabilidad limitada se encuentra en el 142 del mismo cuerpo legal afirma que, al momento de constituirse la compañía, el capital estará íntegramente suscrito.

6. Tiene que estar *determinado*, es decir, los asociados deben asignarle un valor específico; se relaciona con el *principio de determinación* que establece que el capital social debe estar determinado en los estatutos.
7. El *principio de realidad* supone que debe existir una efectiva aportación patrimonial, en razón de que, la ley se opone a la creación de capitales ficticios.
8. Es *único*, puesto que, todos los bienes que lo representan constituyen una unidad en la cabeza de la persona jurídica – sociedad<sup>59</sup>.

La Superintendencia de Compañías, en el artículo 2 de la Resolución 00.Q.IJ.016 publicada en el Registro Oficial 734 del 30 de diciembre del 2002, establece que el monto mínimo de capital suscrito para las compañías de responsabilidad limitada es de 400 USD y para las anónimas de 800 USD.

Sobre la línea de ideas expuesta, la noción clásica entiende al capital social como un concepto jurídico que expresa la suma de los aportes en numerario o especie (obligaciones de dar) que los asociados se comprometen a realizar<sup>60</sup>; una cifra abstracta, intangible<sup>61</sup>, y por regla general, invariable (puede variar en los supuestos permitidos por la ley como son el aumento o la disminución de capital), pues se mantiene constante a pesar de las variaciones que sufra el patrimonio<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> Para el caso de las compañías anónimas el mismo 147 de la LC establece que pagado en una cuarta parte, por lo menos. Para la compañía de responsabilidad limitada dice el 147 que el capital deberá estar pagado por lo menos en el cincuenta por ciento de cada participación.

<sup>59</sup>F. Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo I. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 264. El autor también hace énfasis en que esta característica se relaciona con el hecho de constituir una cifra de retención de la cual pueden servirse los acreedores para satisfacer los pasivos sociales.

<sup>60</sup>I. Triolo. *Capital e Infracapitalización. Aportes para la Introducción de la Noción del Capital Variable en Nuestra Ley de Sociedades*. Rosario: Ponencia presentada en el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2001, p. 1. El autor analiza el tema en función del artículo 1º de la Ley de Sociedades argentina N° 19.5501 donde, entre los elementos que configuran el concepto de sociedad, se encuentra la “obligación de los socios de realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios”. De esta definición se extrae que el capital social está íntimamente ligado a las aportaciones de los socios, a la indisponibilidad de esa suma por parte de los mismos y a la retención de una porción del patrimonio social.

<sup>61</sup>F. Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo I. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 263.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

### 1.5.1 Capital Social y Patrimonio

El patrimonio social, en principio, se forma con los aportes de los socios. En consecuencia, capital y patrimonio, por regla general, son nociones equivalentes al momento de constituirse la sociedad. El capital social representa un conjunto de bienes (corporales y/o incorporeales) y créditos que constituye la base con la que se inicia la actividad social, y como ya se mencionó, se registra como deuda a socios o accionistas. Por otro lado, el patrimonio social, además de contener al capital social, representa todos los bienes, créditos, y además, deudas que tiene la persona jurídica sociedad (patrimonio también tienen personas naturales independientemente de que tengan o no activo), y consecuentemente, representa una categoría económica<sup>63</sup>.

### 1.5.2 Funciones del Capital Social

Al capital social se le ha encargado la tarea de cumplir principalmente tres funciones: la de servir como garantía a los acreedores o función garantista, la de organización, y la de productividad.

---

<sup>63</sup>R. Etcheverry. *Derecho Comercial y Económico*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998, p. 521 - 522. Raúl Etcheverry explica también que el patrimonio en realidad pertenece a un empresario sea individual o colectivo y que el empresario puede tener varias organizaciones distintas, iniciadas con parte de su patrimonio, pero ellas no serán independientes sino que las deudas de todas y cada una de ellas serán deudas del empresario. Cfr. C. Dávila. *Derecho Societario. Parte General y Sociedades Personalísticas*. Volumen I. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1999, p. 25. César Dávila afirma que, al celebrar el contrato, “tanto el capital como el patrimonio nombran una sola realidad, pero en adelante, el capital social será una cifra matemática contable, que no puede sufrir variación sino mediante reforma estatutaria: es el valor numerario asignado a la totalidad de los aportes, mientras que el patrimonio, es variable, puesto que, representa el conjunto de derechos y obligaciones de la sociedad o compañía”; y, que sigue las vicisitudes de los negocios de la empresa. Cfr. F. Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo I. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 265. Francisco Reyes Villamizar afirma que el patrimonio “representa simetría con el monto del capital suscrito en el momento de constituirse la sociedad. Puesto que el patrimonio es un concepto dinámico (a diferencia del capital que es fijo, determinado, y estático), su cuantía fluctúa mediante incrementos, cuando existe superávit y mediante disminuciones, cuando existe déficit. La cuenta de patrimonio se refiere también, desde el punto de vista legal, a la universalidad jurídica compuesta por los activos y los pasivos sociales que estén en cabeza del sujeto societario. En realidad, el capital es apenas una cuenta del patrimonio”.

### 1.5.2.1 Función Garantista

Como se ha mencionado, la primera función que el capital social debe cumplir es la de servir como garantía, puesto que, los acreedores no pueden dirigirse contra los socios o accionistas para cobrar sus deudas y “reciben por ello la seguridad de que al menos una parte del patrimonio social quedará indisponible: esta porción del patrimonio es el capital social<sup>64</sup>”. En palabras de Mannings y Hanks, “actúa como el fiel de la balanza entre los derechos de los socios y acreedores permitiendo a aquéllos la distribución como dividendos de todos los recursos patrimoniales excedentarios del capital<sup>65</sup>”.

Para que el capital social actúe como garantía, la ley se ha preocupado de que esa porción de patrimonio social no pueda ser detraída por los socios o accionistas<sup>66</sup>. Adicionalmente, ha establecido que sus acreedores personales puedan únicamente embargar las utilidades que les correspondan o su porción del capital social en el momento que la sociedad se ha disuelto. En este sentido es claro el artículo 31 de la LC:

Art. 31.- Los acreedores personales de un socio podrán embargar, durante la existencia de la compañía, las utilidades que le correspondan previa deducción de lo que el socio adeudare por sus obligaciones sociales; disuelta la compañía, los acreedores podrán embargar la parte o cuota que corresponde al socio en la liquidación.

No son susceptibles de embargo las cuotas o las participaciones que correspondan al socio en el capital social. En las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, podrán embargarse las acciones mediante la aprehensión de los títulos y la inscripción del embargo en el libro de acciones y accionistas de la compañía.

También son embargables los créditos que correspondan a los accionistas por concepto de dividendos

---

<sup>64</sup> M. Araya. “El Capital Social. Bienes Aportables”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. No. 189 a 192. Año 33. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000, p. 8.

<sup>65</sup> Mannings y Hanks cit por R. Olivera. “La Crisis del Concepto de Capital Social”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. No. 185 a 188. Año 32. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1999, p. 376.

<sup>66</sup> M. Araya. “El Capital Social. Bienes Aportables”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. No. 189 a 192. Año 33. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000, p. 9.

### 1.5.2.2 Función Organizativa

Se dice que el capital cumple una función organizativa porque a partir de éste se constituyen y componen los órganos sociales, y además, se fijan los derechos políticos y patrimoniales de la sociedad<sup>67</sup>. El fundamento de esta función se evidencia en que:

[...] el capital social es necesariamente igual a la suma de las acciones o de las cuotas sociales, según los casos, por lo que la participación porcentual del socio o del accionista en estas sociedades será el cociente resultante de dividir el valor nominal de su participación por el capital social<sup>68</sup>.

### 1.5.2.3 Función Productiva

La función productiva “alude a que el capital social tiene como misión básica servir de fondo patrimonial para la obtención de beneficios, mediante una determinada actividad empresarial<sup>69</sup>”, es decir, busca que el activo aportado sea económicamente apto para el desarrollo del objeto social, ya que el capital es, sobre todo, un fondo de producción.

El asociar al capital con esta función alude que la mejor garantía para los acreedores es la mayor productividad de la sociedad ya que el cumplimiento de sus obligaciones es asegurando mediante su capacidad para obtener beneficios<sup>70</sup>. Desde esta perspectiva, el capital no constituye únicamente un medio para la obtención de beneficios, sino también, el instrumento que permite valorar el beneficio mismo<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup>Ibídem.

<sup>68</sup> R. Olivera. “La Crisis del Concepto de Capital Social”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. No. 185 a 188. Año 32. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1999, p. 377.

<sup>69</sup> Ibídem, p. 378.

<sup>70</sup>M. Araya. “El Capital Social. Bienes Aportables”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. No. 189 a 192. Año 33. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000, p. 10.

<sup>71</sup>R. Bercovitz. *La Aportación de Derechos de Propiedad Industrial al Capital de las Sociedades Anónimas*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1999, p. 34.

### 1.5.3 La Crisis de la Función Garantista del Capital Social

La función garantista del capital social constituye, no sólo la más trascendental, sino a partir de la cual se ha desarrollado gran parte de su noción actual. Ahora bien, en los últimos años, han surgido diversas opiniones que sostienen que dicha función ha sufrido un detrimento, y en consecuencia, se ha revelado una necesidad de replantear el concepto atendiendo a los nuevos fenómenos económicos y jurídicos.

Ricardo Olivera sostiene que la noción garantista ha sufrido un desgaste, en primer lugar, porque ha desaparecido la correspondencia existente entre el valor del aporte y el capital<sup>72</sup>. En segundo lugar, hace referencia al fenómeno de la inflación, que si bien es cierto no aplica a un sistema dolarizado como el ecuatoriano, sirve para ejemplificar la fragilidad que existe en la mencionada correspondencia especialmente cuando no existen procesos de ajuste del capital. Por último, resalta que la sociedad enfrenta un desarrollo de su objeto social, lo cual, plantea nuevos requerimientos y nuevas necesidades que exigen el uso de recursos propios<sup>73</sup>.

María Barrau también se ha pronunciado acerca del tema en cuestión, en particular, sobre la diferencia que cumple el capital social desde un punto de vista económico y un punto de vista jurídico. En este sentido, dice Barrau:

Se ha dicho que desde el punto de vista económico, el capital social cumple el fin de valorar la situación económica y jurídica de la sociedad. Creemos que el capital social no es un elemento útil para medir la solvencia de la compañía y que se debe recurrir para ello a la noción de patrimonio<sup>74</sup>.

Tradicionalmente, y como se ha revisado, la legislación ecuatoriana usa el capital como termómetro de la situación económica de la sociedad por el simple hecho que hace obligatoria la existencia de un capital mínimo. Coincidimos con Barrau en que

---

<sup>72</sup> R. Olivera. “La Crisis del Concepto de Capital Social”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. No. 185 a 188. Año 32. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1999. El autor sostiene que esta correspondencia se ha perdido en razón de que existen aportes que no se registran contablemente como capital (primas de emisión) y existen créditos o débitos al rubro que no provienen de aportes como los aumentos o reducciones nominales.

<sup>73</sup>R. Olivera. “La Crisis del Concepto de Capital Social”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. No. 185 a 188. Año 32. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1999, p. 379 – 381.

<sup>74</sup> M. Barrau. “Un Nuevo Análisis del Capital Social a la Luz de la Jurisprudencia, Doctrina, y Normativa Administrativa Actual”. *FACES*. N. 28. Año 13. Mar del Plata, 2007, p. 88.

no se debe recurrir a la noción de capital, sino a la de patrimonio, ya que una sociedad puede tener varias cuentas por cobrar que sólo se representarán en el patrimonio.

Otro autor que se ha pronunciado al respecto es Ignacio Luis Triolo, cuya postura es orientada a la eliminación del requisito del capital mínimo justamente porque sostiene que el capital social no cumple su función garantista. En este sentido afirma:

[...] el capital social no cumple adecuadamente con la función de garantía, la cual está dada por el patrimonio social. Si esto es así, debemos preguntarnos qué sentido tiene mantener normas que exijan un capital social mínimo y/o que el capital social deba guardar una adecuada relación con el objeto social que la sociedad se propone cumplir. Creemos que ninguno y que dichas normas no solucionan el problema de la infracapitalización, sumado al hecho de que ni siquiera logran una adecuada protección ni de los terceros ni de los propios socios<sup>75</sup>.

En otra de sus ponencias, Triolo afirma que en la actualidad ya no se presta atención al capital social en el momento de contratar, justamente porque se presta más atención al patrimonio. En este sentido, afirma que existen muchas sociedades que desarrollan sus negocios de manera efectiva y exitosa pero, “poseen capitales sociales irrisorios, y otras que sus cifras de capital social son realmente interesantes pero que cuando se examinan sus estados contables al momento de contratar o hacer negocios con ella, no brindan una adecuada garantía<sup>76</sup>”. Cabanellas también ha criticado a la noción clásica de capital en el sentido que afirma que no se ha tomado en cuenta el cambio de valor que puedan experimentar los bienes aportados durante la vida de la sociedad<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> I. Triolo. *Deben Eliminarsse el Requisito de Capital Mínimo y las Exigencias de Adecuación entre Capital Social y Objeto Social*. La Falda: Ponencia presentada en el X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2007, p. 4.

<sup>76</sup> I. Triolo. *Capital e Infracapitalización. Aportes para la Introducción de la Noción del Capital Variable en Nuestra Ley de Sociedades*. Rosario: Ponencia presentada en el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2001, p. 12.

<sup>77</sup> G. Cabanellas de la Cuevas. *Derecho Societario*. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1993, p. 629. El autor profundiza y reflexiona sobre el tema diciendo que el valor de los aportes puede cambiar por razones como fluctuaciones producidas por la depreciación monetaria, el desgaste de los bienes muebles, la existencia de emisiones sobre y bajo la par, las prestaciones accesorias y las obligaciones de hacer, las diferencias entre el valor real de determinados aportes y el valor contable que se les asigna, etc.

El suponer que el “margen de distribución de los socios está determinado por el excedente patrimonial por sobre el valor de las aportaciones [...] sería construir una teoría al margen de la realidad que condena irremediabilmente a los acreedores a soportar pasivos en el vaciamiento patrimonial de sus deudores<sup>78</sup>”. En este sentido, explica Olivera que:

[...] la mejor garantía para los acreedores es la existencia de una actividad social próspera y rentable. El mantenimiento en el patrimonio social de aquellos recursos necesarios para asegurar dicho nivel de actividad debe representar el auténtico límite a la potestad de los socios y accionistas de extraer fondos de dicho patrimonio a título de dividendo.<sup>79</sup>

#### **1.5.4 La Necesidad de Replantear el Concepto. Una Mirada al Concepto de Capital Social en el Sistema Anglosajón**

La noción clásica del capital social, como se ha demostrado, se encuentra presente en los países con tradición de derecho civil. Ahora bien, como parte final de este capítulo, es necesario revisar cómo se maneja el concepto en los países que provienen del *Common Law*, en específico, en Estados Unidos de América. En el siguiente análisis trataremos de enumerar algunas diferencias entre los dos sistemas.

La primera diferencia es la supresión del principio *ultra vires*. Tal como explica Francisco Reyes Villamizar,

[...] aunque en muchos países latinoamericanos se conserva aún hoy la anacrónica teoría de la especialidad del objeto social y el consecuente corolario de la tesis del *ultra vires*, las normas societarias estadounidenses de manera unánime han abolido ambas doctrinas<sup>80</sup>.

En consecuencia de lo anterior, la libertad en cuanto al tipo de actividad que se realiza es absoluta logrando una mayor dinámica económica.

---

<sup>78</sup>R. Olivera. “La Crisis del Concepto de Capital Social”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. No. 185 a 188. Año 32. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1999, p. 385.

<sup>79</sup>Ibídem, p. 386.

<sup>80</sup>F. Reyes Villamizar. Francisco. *Derecho Societario en Estados Unidos*. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2006, p. 130

Otra diferencia se evidencia en cuanto al requisito de pluralidad inexistente en toda legislación estadual<sup>81</sup>, como por ejemplo, la Sección 101 (a) de la Ley General de Sociedades del Estado de Delaware preceptúa que “cualquier persona, sociedad de personas, asociación, o sociedad de capitales, individual o conjuntamente con otros y sin consideración a su lugar de residencia, domicilio o Estado de constitución, puede formar una sociedad de capitales<sup>82</sup>”. Por último, y entrando ya al tema del capital social, se encuentra la forma de financiamiento de una sociedad de capitales en su proceso constitutivo. En este sentido, En Estados Unidos de América, los recursos para la gestión de las compañías de capital provienen de la emisión de títulos de participación (*equity securities*) o de deuda (*debt securities*). En el primer caso, el ingreso de nuevos activos al fondo social representa los aportes que los accionistas se comprometen a efectuar<sup>83</sup>; mientras que, cuando se colocan entre el público títulos de deuda, la sociedad adquiere la obligación de pagar una suma de dinero, junto con los intereses pactados a favor de su tenedor<sup>84</sup>.

Ahora bien, Olivera afirma que, en Estados Unidos de América, las severas críticas hacia la noción garantista del capital social determinaron que el *Model Business Corporation Act*, en su reforma de 1980, prescindiera de este concepto en la regulación de las sociedades anónimas (régimen que fue consolidado en el *Revised Model Business Corporation Act* de 1984 y su reforma de 1987). Como consecuencia, para efectos de proteger a los acreedores sociales, el nuevo régimen establece para la *distribution*, - entendida ésta como toda transferencia de recursos de la sociedad al accionista que tenga su causa en el contrato social, ya sea por concepto de dividendos, de rescate de acciones o de cuotas de separación o liquidación -. Las limitaciones se fundamentan en que la sociedad deba someterse a dos tests financieros: el *equity insolvency test* y el *balance test sheet*<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 134.

<sup>82</sup> State of Delaware Statutory Code. Disponible en: <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/index.shtml>.

<sup>83</sup> F. Reyes Villamizar. Francisco. *Derecho Societario en Estados Unidos*. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2006, p. 237, 238.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 237 – 245.

<sup>85</sup> R. Olivera. “La Crisis del Concepto de Capital Social”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. No. 185 a 188. Año 32. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1999, p. 385.

El *equity insolvency test* o análisis de insolvencia hace referencia a que es imposible para la compañía la distribución de dividendos si, luego de efectuada la misma, la compañía carece de la solvencia y liquidez necesarias para satisfacer las obligaciones que haya contraído. Por otro lado, el *balance test sheet* o análisis de los estados financieros, sugiere que no habrá lugar al pago de dividendos si la suma del valor de los activos sociales es mayor que la suma de todas sus deudas<sup>86</sup>.

En conclusión, queda claro que el sistema implementado en Estados Unidos de América no mide la solvencia económica de una compañía desde la perspectiva de una cifra histórica como el capital, por el contrario, lo hace a partir del análisis de su verdadera solvencia económica que se ve reflejada en su patrimonio. Se considera por tanto, que la función garantista del capital social no obedece a una realidad económica, surgiendo la necesidad de que el concepto sea replanteado.

---

<sup>86</sup>F. Reyes Villamizar. *Derecho Societario en Estados Unidos*. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2006, p. 250 – 251.

## Capítulo II

### Derechos Susceptibles de Aportación al Capital Social

#### 2.1 Naturaleza Jurídica del Aporte

En el capítulo anterior se exploró el razonamiento conducente a la elaboración de una noción clásica de capital. Ahora bien, la importancia del análisis anterior radica en que la adopción de dicha concepción se refleja en el tipo de aporte que se acepta para la constitución de una sociedad mercantil. Parafraseando a Bercovitz, el capital social cuenta con dos funciones distintas: ser medio de consecución del fin social, y servir como garantía frente a los terceros en las relaciones externas con la sociedad, y según se piense que prevalece una u otra función, podrán aportarse al capital todo tipo de bienes, o sólo ciertos bienes<sup>87</sup>. A lo largo de este capítulo, se establecerá los principales criterios bajo los cuales se considera que, para la legislación ecuatoriana, la idea del capital social como garantía es la prevaleciente.

---

<sup>87</sup>R. Bercovitz. *La Aportación de Derechos de Propiedad Industrial al Capital de las Sociedades Anónimas*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1999, p. 35.

En primer lugar, es imprescindible analizar la naturaleza jurídica del aporte como obligación adquirida por los asociados. El término aportación, según Bercovitz, tiene dos acepciones: en la primera, que vincula al derecho de obligaciones, se entiende aportación como la obligación de aportar, es decir, a la prestación de dar que debe realizar todo socio para llegar a la constitución de la sociedad. En la segunda acepción, se hace referencia a la cosa objeto del aporte, es decir, al bien transferido al patrimonio de la sociedad<sup>88</sup>. Laureano Gutiérrez Falla hace también un análisis sobre la palabra aportación y la enfoca a tres puntos de vista diferentes que son los siguientes: (1) Como una obligación [personal] ineludible de los socios, es decir, representa lo que el asociado “estipula poner” (2) Como fuente del patrimonio societario que dará pie al inicio de la actividad empresarial de la sociedad. (3) Como la cosa que el socio se ha comprometido a poner a disposición de la compañía<sup>89</sup>. Por último, Narváez argumenta que aportar significa contraer la obligación [de dar] en favor de la sociedad; aporte, es toda prestación [de dar]; y pagar el aporte, es entregarlo o cumplirlo en el lugar, forma, y tiempo estipulados<sup>90</sup>.

Es necesario enunciar el debate entre aporte y aportación porque es la única forma de desentrañar su naturaleza jurídica, la cual debe ser analizada desde la perspectiva del derecho de obligaciones. Es así, que aporte debe entenderse como la obligación que adquiere el socio con la sociedad. El objeto de esta obligación, entonces, consiste en una prestación de contenido económico y la integración efectiva del capital social (aportación)<sup>91</sup>, y el objeto de la prestación sería la cosa específica que se transfiere.

---

<sup>88</sup>R. Bercovitz. *La Aportación de Derechos de Propiedad Industrial al Capital de las Sociedades Anónimas*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1999, p. 26.

<sup>89</sup>L. Falla. *Derecho Mercantil*. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1988, p. 107 – 112.

<sup>90</sup>Narváez cit. por F. Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo I. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 91.

<sup>91</sup>R. Bercovitz. *La Aportación de Derechos de Propiedad Industrial al Capital de las Sociedades Anónimas*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1999, p. 26. Bercovitz afirma que el concepto de aportación no debe diferir respecto del concepto utilizado en la teoría general, es decir, “según el Derecho de obligaciones la aportación es una prestación a la que se compromete el socio en la promoción, por su parte, del fin social; es una de las obligaciones que conlleva la posición jurídica del socio.

## 2.2 La Obligación de Aportar

Las obligaciones, en función de la conducta que debe observar el deudor, se clasifican en aquellas de dar, hacer, o no hacer. Dicha clasificación pertenece a una categoría superior que las divide en positivas (dar, hacer) o negativas (no hacer)<sup>92</sup>. La obligación de dar, según explica Parraguez, consiste “principalmente en la necesidad de transferir el dominio de la cosa que constituye el objeto de la prestación, o de constituir sobre ella otro derecho real<sup>93</sup>”. Ahora bien, partiendo de la disposición del artículo 10 de la LC que establece que las aportaciones de bienes serán traslativas de dominio, se entiende que la obligación que adquiere el asociado es la de transferir el derecho real de dominio<sup>94</sup> sobre la cosa aportada, consecuentemente, se enmarca dentro la categoría de obligaciones de dar.

Ahora bien, el objeto de la obligación de dar que contrae el asociado es la prestación de dar, es decir, la conducta determinada que debe observar el deudor, una conducta activa o prestación en sentido propio<sup>95</sup>. El objeto de aportación, “es la cosa específica en la que se concreta<sup>96</sup>”. En este sentido, a pesar de que la intencionalidad del acreedor “se oriente hacia la cosa, lo que verdaderamente pretende, en el marco de la más estricta lógica, es poner al deudor en situación de tener que proporcionarle dicha cosa<sup>97</sup>”.

El contrato de sociedad supone que los asociados se comprometan a aportar algo a la sociedad, consecuentemente, el elemento esencial del contrato se reduce a contraer la obligación de aportar, mas no en el pago del aporte<sup>98</sup>. La Superintendencia de Compañías, hace esta distinción en su Doctrina 96, explicando que:

---

<sup>92</sup> L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro cuarto: Teoría General de las Obligaciones*. Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2006, p. 321, 322.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 323.

<sup>94</sup> En el Ecuador no existe norma relativa al aporte en usufructo, sin embargo, no es preciso desestimar la posibilidad.

<sup>95</sup> L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro cuarto: Teoría General de las Obligaciones*. Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2006, p. 32.

<sup>96</sup> *Ibidem*, 2006, p. 32.

<sup>97</sup> L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro cuarto: Teoría General de las Obligaciones*. Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2006, p. 32, 33.

<sup>98</sup> F. Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo I. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 229.

[...] primero es la suscripción de las participaciones o de las acciones y luego viene el asunto del pago de las mismas, por cualquiera de los medios previstos por la Ley. Y ello significa realmente que una vez contraída la obligación de pagar las acciones ya suscritas lo único que en verdad exige la ley es que las mismas sean pagadas según sus previsiones<sup>99</sup>.

Existen dos tesis sobre cuándo se cumple la obligación de aportar. La primera, defiende que se perfecciona en el momento en que el aportante adquiere la posición de socio o accionista (con el capital mínimo ya existiría aportación), en consecuencia, el desembolso del resto del valor constituiría una obligación estatutaria y no contractual. Una segunda tesis, distingue la obligación de aportar del cumplimiento de dicha obligación. En este sentido, defiende que la obligación de aportar no se cumple sino después de que se ha pagado en su totalidad, por tanto, la condición de socio o accionista se adquiere inicialmente bajo condición resolutoria<sup>100</sup>. El artículo 219 de la LC estipula:

Art. 219.- La compañía podrá, según los casos y atendida la naturaleza de la aportación no efectuada:

1. Reclamar por la vía verbal sumaria el cumplimiento de esta obligación y el pago del máximo del interés convencional desde la fecha de suscripción;
2. Proceder ejecutivamente contra los bienes del accionista, sobre la base del documentos de suscripción, para hacer efectiva la porción de capital en numerario no entregada y sus intereses según el numeral anterior; o,
3. Enajenar los certificados provisionales por cuenta y riesgo del accionista moroso.

Cuando haya de procederse a la venta de los certificados, la enajenación se verificará por intermedio de un martillador público o de un corredor titulado. Para la entrega del título se sustituirá el original por un duplicado. La persona que adquiera los certificados se subrogará en todos los derechos y obligaciones del accionista, quedando éste subsidiariamente responsable del cumplimiento de dichas obligaciones. Si la venta no se pudiere efectuar, se rescindiría el contrato respecto al accionista moroso y la acción será anulada, con la consiguiente reducción del capital, quedando en beneficio de la compañía las cantidades ya percibidas por ella, a cuenta de la acción. La anulación se publicará expresando el número de la acción anulada.

---

<sup>99</sup> Superintendencia de Compañías. Doctrina 96. “El Objeto Social en las Compañías”. *Doctrinas Jurídico Societarias de la Superintendencia de Compañías*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1999, p. 90.

<sup>100</sup> R. Bercovitz. *La Aportación de Derechos de Propiedad Industrial al Capital de las Sociedades Anónimas*. Pamplona: Arazandi Editorial, 1999, p. 29.

Según lo estipulado en el artículo citado, se cree que la tesis que adopta la LC es la que considera que la condición de socio o accionista se adquiere bajo condición resolutoria porque la obligación es definitivamente contractual (el estatuto constituye una cláusula más del contrato). Y segundo, porque la compañía tiene la posibilidad de enajenar sus certificados provisionales.

## **2.3 Clasificación de los Aportes**

En virtud de que la obligación de aportar es una obligación de dar consistente en transferir el derecho real de dominio sobre una cosa, el criterio de la clasificación de los aportes deberá enfocarse desde la perspectiva de la cosa objeto de aporte. La LC, para el caso de la sociedad en responsabilidad limitada, distingue a los aportes hechos en numerario (Art. 103) y en especie (Art. 104). De igual forma, hace esta distinción para el caso de la sociedad anónima pero las clasifica en aportaciones en dinero o no, y en este último caso, especifica que pueden ser bienes muebles o inmuebles.

### **2.3.1 Aportaciones en Dinero**

Las aportaciones en dinero no son precisamente objeto de discusión en la doctrina, y en la práctica, no presentan ningún inconveniente. En palabras de Simonetto, “de todos los bienes objeto de aporte es sin duda el dinero no solo el preferido por el legislador sino el mejor provisto de cualidades de productividad y garantía<sup>101</sup>”. Los aportes en dinero consisten en la obligación del asociado de transferir el derecho real de dominio sobre el dinero a la sociedad. La obligación se cumple con la entrega material del dinero<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup>Simonetto cit. L. Falla. *Derecho Mercantil*. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1988, p. 123.

<sup>102</sup>F. Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo I. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 233.

### 2.3.2 Aportes en Especie

Los aportes en especie incluyen todos los bienes corporales o incorporales diferentes al dinero que sean susceptibles de ser valorados económicamente. En este sentido, dispone el párrafo primero del artículo 162 de la LC que en “los casos que la aportación no fuere en numerario, en la escritura se hará constar el valor y la transferencia de dominio que del mismo se haga a la compañía, así como las acciones a cambio de las especies aportadas”.

Francisco Reyes Villamizar destaca la importancia de las aportaciones en especie pues afirma que, por sí solos, pueden constituir suficiente sustento patrimonial para la realización de ciertas actividades de explotación económica. En este sentido, citando a Gabino Pinzón, afirma que “la sociedad puede formarse para explotar un bien determinado, sea corporal, como una hacienda, sea incorporal, como una invención patentada<sup>103</sup>”.

#### 2.3.2.1 Naturaleza jurídica de las Aportaciones en Especie

En términos generales, la aportación en especie no presenta mayor diferencia con la aportación en dinero, en razón de que, en las dos, se transfiere el derecho real de dominio, en la una sobre el dinero, y en la otra sobre la especie aportada. En palabras de Bercovitz, la doctrina dominante considera a la aportación “como un acto traslativo del dominio de la cosa aportada o *acto de enajenación* que realiza el aportante en favor de la sociedad<sup>104</sup>”. El argumento más importante para esta consideración, según el autor, es la existencia de una personalidad jurídica independiente de los socios y su titularidad sobre un patrimonio igualmente autónomo<sup>105</sup>. Francisco Reyes Villamizar, sobre los aportes en propiedad, afirma que lo que se transfiere es la propiedad del aportante a la sociedad, en consecuencia, hecha la tradición, la sociedad adquiere el dominio sobre el bien con todos sus

---

<sup>103</sup>F. Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo I. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 234.

<sup>104</sup> R. Bercovitz. *La Aportación de Derechos de Propiedad Industrial al Capital de las Sociedades Anónimas*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1999, p. 35.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 35.

atributos<sup>106</sup>. Cuando se hace referencia a la transferencia de dominio de una cosa, se puede caer en la imprecisión de considerar que la transferencia es sobre la cosa cuando en realidad lo que se transfieren son los derechos, reales sobre una cosa corporal, o personales.

En las aportaciones en especie, al igual que en los aportes en dinero, el dominio se transfiere por tradición. Para las aportaciones en especie, depende de la cosa objeto del aporte. Por ejemplo, si se transfiere el derecho sobre un inmueble, la tradición opera con la inscripción en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, el título traslativo de dominio es el contrato social (específicamente la cláusula en que el aportante se obliga a transferir el bien)<sup>107</sup>.

Para entender la naturaleza jurídica de la aportación en especie, se ha usado muchas veces la analogía con la compraventa. Según Marco Antonio Guzmán

[...] esta asimilación es inexacta, ya que no puede hablarse en la aportación social de un precio determinado – que es condición sine qua non para la compraventa –, ni de una contraprestación numéricamente equivalente, sino de una participación variable en las ganancias del nuevo ente jurídico<sup>108</sup>.

El precio es un elemento esencial del contrato de compraventa, en consecuencia, de no existir, el contrato no existe o degenera en otro contrato. La obligación del comprador es la de pagar el precio (obligación de dar)<sup>109</sup>, por tanto, la prestación sería la conducta activa de transferir el derecho de dominio sobre el dinero mediante la entrega del mismo al comprador (tradición), y la contraprestación a cargo del vendedor, es la entregar la cosa objeto de la compraventa. Ahora bien, en una aportación en especie no existe un precio sino un valor, la obligación del aportante es la de transferir el derecho real de dominio sobre la cosa aportada, pero no existe una contraprestación equivalente como sucede en la compraventa.

Si bien es inexacta la comparación entre las dos figuras, se ha usado esta analogía para entrar en la discusión de que, sino es una compraventa, entonces no se

---

<sup>106</sup>F. Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo I. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 232.

<sup>107</sup> M. Guzmán. *La Constitución de Compañías Mercantiles en el Ecuador*. Tomo I. Quito: Gráficas Amaranta, 2004, p. 216.

<sup>108</sup>Ibídem.

<sup>109</sup> J. Bonivento. *Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales*. Tomo I. 10ª ed. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1992, p. 73, 74.

aplicarían las normas sobre entrega y saneamiento de la cosa vendida. Como lo explica Marco Antonio Guzmán, pese a que nuestra legislación “no se ha previsto expresamente este efecto, es de estimar que, por necesaria analogía, tendrían que aplicarse las regulaciones atinentes a la compraventa, para determinar las responsabilidades del aportante frente a la compañía y viceversa, en relación con la cosa aportada<sup>110</sup>”.

### **2.3.2.2 Reglas Para la Valoración de los Aportaciones en Especie**

Dentro del proceso de constitución de una compañía, para efectos de la constitución efectiva del capital social, el tema más relevante son los diferentes requisitos que ha de observarse previo a la aceptación de los bienes distintos al numerario aportados por los asociados<sup>111</sup>. En palabras de Guillermo Jiménez, el “hecho de que se realicen aportaciones no dinerarias presenta ciertas especialidades que requieren normas específicas tendentes a asegurar su efectividad y a proteger el patrimonio social cuya debida integración puede correr un serio peligro<sup>112</sup>”.

El criterio por el cual se pone especial cuidado para la valoración de las aportaciones en especie es efectivamente el criterio de que el capital social sirve como garantía para terceros, puesto que, como ya advertimos, se acude a la noción de capital social y no a la de patrimonio para medir la situación financiera de una compañía<sup>113</sup>. En este sentido, se manifiesta Marco Antonio Guzmán diciendo que con “el fin de evitar estas situaciones y garantizar la exactitud del capital social y, por ende, la solvencia económica de la empresa, se han tomado, en la legislación universal, determinadas medidas<sup>114</sup>”.

---

<sup>110</sup> M. Guzmán. *La Constitución de Compañías Mercantiles en el Ecuador*. Tomo I. Quito: Gráficas Amaranta, 2004, p. 217.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 205.

<sup>112</sup> G. Jiménez. *Derecho Mercantil*. 8ª ed. Barcelona: Ariel, 2003, p. 256.

<sup>113</sup> Como se expresó, el capital social no siempre refleja la situación financiera de una empresa, y es precisamente este criterio el que ha colaborado para el desgaste de la función garantista que se le ha encargado cumplir.

<sup>114</sup> M. Guzmán. *La Constitución de Compañías Mercantiles en el Ecuador*. Tomo I. Quito: Gráficas Amaranta, 2004, p. 206.

Los bienes en especie pueden ser corporales o incorporeales. Para los corporales, la legislación ecuatoriana no se ha alejado de este criterio y ha establecido reglas en cuanto a su valoración que se resumirán a continuación<sup>115</sup>:

Para el caso de las compañías de responsabilidad limitada y anónima, se aplica la regla que no se puede aportar nada que no corresponda al género de comercio de la compañía. En este sentido, dice el párrafo segundo del artículo 102 de la LC que: “[...] Las aportaciones pueden ser en numerario o en especie y, en este último caso, consistir en bienes muebles o inmuebles que correspondan al género de comercio de la compañía [...]”. De igual forma, el 161 del mismo cuerpo legal expresa lo siguiente:

Art. 161.- Para la constitución del capital suscrito las aportaciones pueden ser en dinero o no, y en este último caso, consistir en bienes muebles o inmuebles. No se puede aportar cosa mueble o inmueble que no corresponda al género de comercio de la compañía.

Para el caso de las compañías de responsabilidad limitada, establece el artículo 140 numeral 2, que el pago de las aportaciones por la suscripción de nuevas participaciones podrá realizarse en especie siempre y cuando la junta general hubiere resuelto aceptarla y se hubiere realizado el avalúo por los socios, o los peritos, conforme lo dispuesto en el Art. 104 de la misma ley<sup>116</sup>.

En el caso de las compañías anónimas, la ley distingue 3 casos: (1) Cuando la forma de constitución es sucesiva y no todos los suscriptores han hecho aportaciones en especie deben constar, en el boletín de suscripción, los bienes específicos que el suscriptor se compromete a aportar, y para aceptarlos, se necesita contar con la mayoría de accionistas en virtud de lo que disponen los artículos 166 numeral 6 y 162 inciso 3 de la LC. (2) Cuando la constitución es simultánea, según el inciso 4 del artículo 162, las especies aportadas serán avaluadas por los fundadores o

---

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 206 – 212.

<sup>116</sup> El texto del artículo 104 establece que: “Art. 104.- Si la aportación fuere en especie, en la escritura respectiva se hará constar el bien en que consista, su valor, la transferencia de dominio en favor de la compañía y las participaciones que correspondan a los socios a cambio de las especies aportadas. Estas serán avaluadas por los socios o por peritos por ellos designados, y los avalúos incorporados al contrato. Los socios responderán solidariamente frente a la compañía y con respecto a terceros por el valor asignado a las especies aportadas”.

por peritos por ellos designados, y los fundadores responderán solidariamente frente a la compañía y con relación a terceros por el valor asignado a las especies aportadas. (3) El artículo 201 numeral 3 de la LC establece que los promotores y fundadores serán responsables por la existencia real de las especies aportadas y entregadas. (4) En la constitución sucesiva, los suscriptores no tendrán derecho a votar con relación a sus respectivas aportaciones en especie según el literal b del artículo 156 de la LC<sup>117</sup>.

### **2.3.2.3 Objeto de las Aportaciones en Especie**

El objeto de las aportaciones en especie sea muy variado. En este sentido, las reglas que se resumieron en los párrafos anteriores obedecen a los bienes corporales sean éstos muebles o inmuebles. Para el caso de bienes incorporeales la LC no proporciona reglas especiales a seguir con excepción de reglas concernientes al crédito que es justamente donde se ubican los derechos fiduciarios; tema central de este trabajo.

#### **2.3.2.3.1 Noción Jurídica de los Derechos de Crédito**

Las cosas se clasifican en corporales e incorporeales, y dentro de éstas últimas, los derechos y facultades. El crédito constituye una cosa incorporal. Agustín Vicente y Gella define económicamente al crédito como “el cambio de un valor presente por un valor futuro. Como dice Weber, “con la palabra crédito indicamos el proceso objetivo que implica el trueque de bienes presentes por bienes venideros<sup>118</sup>”. Jurídicamente, en palabras de Paolo Greco, el crédito se define como “la transferencia actual de la propiedad de una cosa del acreedor al deudor, quedando diferida la contrapartida, esto es, la prestación correlativa, por parte del deudor

---

<sup>117</sup> M. Guzmán. *La Constitución de Compañías Mercantiles en el Ecuador*. Tomo I. Quito: Gráficas Amaranta, 2004, p. 208.

<sup>118</sup> A. Díaz. *Serie de Grandes Instituciones del Derecho Mercantil. Títulos de Crédito*. Tomo 2. México: Editores Iure, 2004, p. 2

[...] <sup>119</sup>”. En este mismo sentido, Miguel Acosta Romero lo conceptualiza como “la transferencia de bienes que se hace en un momento dado por una persona a otra para ser devueltos en el futuro, en un plazo establecido, y generalmente con el pago de una cantidad por el precio de los mismos <sup>120</sup>”.

En la esfera de los derechos subjetivos se desprende la distinción entre derechos reales y personales, que a su vez, nacen de relaciones jurídicas reales y personales respectivamente. Ampliando el tema, al hablar sobre relaciones jurídicas reales, Parraguez indica que, cuando la facultad que tiene el titular del derecho se ejercita sobre una cosa (el caso más claro es el dominio, pero también están el derecho de uso, usufructo, servidumbres, etc.), el derecho que tiene el titular es un derecho real <sup>121</sup> que todas las personas están obligadas a respetar. Por otro lado, al referirse a las relaciones jurídicas personales, el citado autor, hace alusión al crédito explicando que en éste hay una persona que debe a otra una cosa determinada. Adicionalmente, afirma que el titular de este derecho está dotado de una facultad o prerrogativa en cuya virtud puede exigir que se le pague lo adeudado solamente al deudor <sup>122</sup>, es decir, el sujeto pasivo se encuentra limitado a una o varias personas determinadas <sup>123</sup>. En este último caso el titular tiene un derecho personal en virtud de lo expuesto por el artículo 596 del CC <sup>124</sup>.

---

<sup>119</sup> A. Díaz. *Serie de Grandes Instituciones del Derecho Mercantil. Títulos de Crédito*. Tomo 2. México: Editores Iure, 2004, p. 2

<sup>120</sup> Miguel Acosta Romero cit. por E. Quintana. *Ciencia del Derecho Mercantil*. México: Editorial Porrúa, 2002, p. 35.

<sup>121</sup> Nuestro CC en su artículo 614 inc. 1 nos dice que “Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”.

<sup>122</sup> L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro cuarto: Teoría General de las Obligaciones*. Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2006, p. 15 – 18.

<sup>123</sup> A. Alessandri, M. Somarriva. M. Vodanovic. *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 316.

<sup>124</sup> El texto del artículo 596 es el siguiente: “Art. 596.- Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales”.

### 2.3.2.3.2 La Aportación de Créditos en la Legislación Ecuatoriana

El artículo 10 de la LC establece que los créditos “sólo podrán aportarse si se cubriera, en numerario o en bienes, el porcentaje mínimo que debe pagarse para la constitución de la compañía según su especie”. Posteriormente, el mismo artículo dice que “quien entregue, ceda o endose los documentos de crédito quedará solidariamente responsable con el deudor por la existencia, legitimidad y pago del crédito, cuyo plazo de exigibilidad no podrá exceder de doce meses”. De esta manera, los requisitos que deben cumplir los créditos son: (1) Que el capital mínimo que deba pagarse para la constitución de la compañía dependiendo su especie se cubra en numerario o en bienes. (2) Que el aporte se realice mediante la entrega, cesión, o endoso del documento de crédito. (3) Que su plazo de exigibilidad no sea mayor de 12 meses.

En un comentario al tema referido, Víctor Cevallos Vásquez explica que las condiciones impuestas por la ley para que se acepte el aporte de documentos de crédito, permite afirmar que la compañía y terceros no corren riesgo alguno en la efectivización del aporte, pues éste se efectiviza solamente cuando el crédito ha sido pagado. De no ser así, se asemeja al caso en que los socios han dejado pendiente el pago del capital insoluto, con la particularidad que el plazo máximo es de doce meses<sup>125</sup>.

## 2.4 La Segunda Directiva de la Unión Europea.

La aportación de bienes incorporeales ha tomado gran importancia en los últimos años. Víctor Cevallos, afirma:

El crecimiento relativo de los bienes inmateriales que pone de manifiesto el carácter tecno-científico de una empresa y la distingue de la empresa industrial, y más aún de la empresa agrícola, tiene incidencia sobre su crédito,

---

<sup>125</sup> V. Cevallos. *Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 1992, p. 37, 38.

sobre la distribución de los de los puestos del pasivo, sobre las relaciones de los financistas especializados<sup>126</sup>.

Debido a esto, el 13 de septiembre de 1976, el Consejo de la CCE sancionó la Segunda Directiva 77/91/CEE sobre constitución de la sociedad anónima, mantenimiento y modificaciones de su capital.

Tal y como expone Miguel Araya, toda la mencionada Directiva ilumina la noción de capital social como garantía a los acreedores. Sin embargo, los trabajos previos a su elaboración, reveló algunos cambios en este sentido, especialmente en lo relacionado a la determinación de la calidad de los bienes susceptibles a la aportación del capital social<sup>127</sup>. En un principio, el texto comunitario exigía: (1) Que debe tratarse de un bien, idóneo para ser cambiado por dinero, es decir que represente “patrimonialidad”. (2) Que los bienes objetos de aportación puedan ser inscritos [registrados] en el activo del balance (tienen que ser susceptibles de valoración objetiva) (3) Que los bienes susceptibles de aportación deben ser “ejecutables” o “expropiables<sup>128</sup>”.

Posteriormente, tras pasar por un largo proceso de elaboración, se eliminó el requisito de ejecutabilidad. Por lo tanto, a partir del año 1976 no es necesario, en el derecho comunitario, que los bienes objeto de aportación sean ejecutables o expropiables. La reforma tuvo en cuenta la “legítima exigencia de las sociedades de adquirir, en el momento constitutivo, factores productivos esenciales, en la actual fase del desarrollo tecnológico<sup>129</sup>”. En este sentido, expone Vicente Mambrilla Rivera que:

[...] podemos, por tanto, afirmar que, prescindiendo del carácter material o inmaterial de los bienes objetos de aportación y de su aptitud de poder someterse a ejecución forzada, podrán integrar el capital social aquellos elementos patrimoniales susceptibles de ser inscritos en el activo del balance

---

<sup>126</sup> M. Araya. “El Capital Social. Bienes Aportables”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. No. 189 a 192. Año 33. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000, p.12

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 12 – 14.

<sup>128</sup> M. Araya. “El Capital Social. Bienes Aportables”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. No. 189 a 192. Año 33. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000. 12 – 14

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 12 – 14.

e idóneos para ser valorados objetivamente conforme a criterios contables generalmente admitidos<sup>130</sup>

En una línea similar, Bercovitz afirma que, en España, tradicionalmente se exigía que los bienes sean expropiables o ejecutables, y esto era producto un arduo debate doctrinario. Sin embargo, tras la integración de España en la CEE, la doctrina, tiende a apoyarse en el artículo 7 de la Segunda Directiva Comunitaria en materia de sociedades de 1976 para considerar que basta con que la aportación sea susceptible de valoración económica: esta idea se enlaza con la función de explotación económica del capital<sup>131</sup>. El texto del artículo 7 de la Directiva es el siguiente:

Art. 7.- El capital suscrito sólo podrá estar constituido por activos susceptibles de **evaluación económica**. Sin embargo, estos activos no podrán estar constituidos por compromisos relativos a la ejecución de trabajos o a la prestación de servicios (lo resaltado es mío)<sup>132</sup>.

La legislación europea mantiene el criterio garantista del capital social pero suprimió el requisito de ejecutabilidad desde 1976. Ahora bien, se ha demostrado que nuestra legislación también mantiene un criterio garantista, sin embargo, como se observará en el siguiente capítulo, el criterio institucional de la Superintendencia de Compañías es aún más garantista, puesto que, exige el requisito de exigibilidad de los aportes de créditos a pesar de que el requisito no consta en la ley de manera expresa.

---

<sup>130</sup> Vicente Mambrilla cit. por M. Araya. “El Capital Social. Bienes Aportables”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. No. 189 a 192. Año 33. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000, p. 14

<sup>131</sup> R. Bercovitz. *La Aportación de Derechos de Propiedad Industrial al Capital de las Sociedades Anónimas*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1999, p. 34.

<sup>132</sup> *Constitución de la Sociedad Anónima, Mantenimiento y Modificaciones de su Capital: Segunda Directiva*. Acto 77/91/CEE. 16 septiembre 1976. DO L 26 de 31 de enero de 1977. Disponible en [http://europa.eu/legislation\\_summaries/internal\\_market/businesses/company\\_law/126004\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/company_law/126004_es.htm)”

## **CAPÍTULO III**

### **Los Derechos Fiduciarios Como Objeto de Aportación.**

#### **3.1 Negocio Fiduciario y Contrato de Fideicomiso Mercantil. Análisis de la Legislación Ecuatoriana.**

Este capítulo abordará, en primer término, al género negocio fiduciario, para posteriormente, entrar en el estudio de su especie fideicomiso mercantil; sobre la cual se profundizará. En este sentido, se analizarán sus elementos subjetivos desde un enfoque obligacional, en virtud que, la contrapartida de las obligaciones fiduciarias son los derechos fiduciarios.

La definición de negocios fiduciarios en la legislación ecuatoriana se encuentra en la LMV, que en su artículo 112, expresa lo siguiente:

Art. 112.- De los negocios fiduciarios.- 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 [...].

Tanto Sergio Rodríguez Azuero como Claudio Kiper y Silvio Lisoprawski, distinguen dos vertientes de la doctrina sobre el negocio fiduciario. La primera, encabezada por Regelsberger, señala que el negocio fiduciario se caracteriza porque el fin propuesto no justifica el medio empleado<sup>133</sup>; y, la segunda, encabezada por Grasseti, sostiene que el negocio fiduciario se caracteriza por el destino o empleo de los bienes objeto de la transferencia<sup>134</sup>. La mención a estas dos vertientes de la doctrina conduce a un mejor entendimiento de la figura, pues tal como lo explica Rodríguez Azuero:

De la aceptación de ambas tesis surge una explicación razonable, en el cual aparece como característica, en primer plano, la confianza depositada en el fiduciario que, a diferencia de la que existe en casi todos los negocios jurídicos es especialísima y reviste de un grado superior al normal, precisamente porque el fiduciario tiene la posibilidad, en las manifestaciones primigenias, de abusar de su posición, como si no existiera la carga obligatoria que es inoponible por o frente a terceros<sup>135</sup>.

Dicho lo anterior, se entiende que la incongruencia entre medio y fin nace de la posibilidad del fiduciario de abusar de su derecho, pero como contrapartida, está la esencia del negocio que es la confianza que tiene el constituyente en el fiduciario en relación al uso de los bienes transferidos. En suma, y como explica Garrigues, el negocio fiduciario se muestra como un negocio complejo que combina un negocio real de plena transferencia vinculado a uno obligacional, el cual, modera los efectos de aquella transferencia<sup>136</sup>.

En la definición que proporciona el artículo 112 de la LMV, se presentan los elementos esbozados por la doctrina, en virtud de que, los califica como **actos de**

---

<sup>133</sup>C. Kiper. S. Lisoprawski. *Tratado de Fideicomiso*. 2ª ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2004, p. 14.

S. Rodríguez Azuero. *Negocios Fiduciarios, su Significación en América Latina*. Bogotá: Legis, 2005, p. 167.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 15; p.167.

<sup>135</sup> S. Rodríguez Azuero. *Negocios Fiduciarios, su Significación en América Latina*. Bogotá: Legis, 2005, p. 168.

<sup>136</sup>Garrigues cit. C. Kiper. S. Lisoprawski. *Tratado de Fideicomiso*. 2ª ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2004, p.16.

**confianza** en los cuales se transfiere o no la propiedad para una **finalidad específica**. Ahora bien, cuando existe transferencia de dominio estamos frente a un fideicomiso mercantil.

El artículo artículo 109 de la citada ley define al contrato de fideicomiso mercantil de la siguiente forma:

Art. 109.- Del contrato de fideicomiso mercantil.- Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

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

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

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

En virtud de la disposición arriba citada, el contrato de fideicomiso mercantil es “el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes<sup>137</sup>” corporales o incorporeales a un patrimonio autónomo llamado también fideicomiso mercantil, con el fin de que, a través del fiduciario, “administre o enajene y que, con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su

---

<sup>137</sup> S. Rodríguez. *Negocios Fiduciarios, su Significación en América Latina*. Bogotá: Legis, 2005, p. 182.

favor o en beneficio de un tercero”<sup>138</sup> llamado beneficiario<sup>139</sup>. Carregal define a este contrato como aquel en que “una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a título de confianza, para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido<sup>140</sup>”. En las definiciones expuestas se evidencian tanto el elemento real y personal de todo negocio fiduciario, y además, se introduce la presencia de una modalidad, sea condición o plazo.

En base al artículo 109, y concordando con otros de la LMV, se recogerán principales características del contrato de fideicomiso mercantil que, a nuestro juicio, son las siguientes:

### 3.1.1 Bilateral

Según el artículo 1455 del CC, un contrato es bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente. Tal como lo explica Sergio Rodríguez Azuero, si bien es cierto que el engranaje de este contrato se manifiesta a la luz de una relación tripartita, como acto jurídico puede ser unilateral o bilateral dependiendo si se constituye por testamento o por acto entre vivos<sup>141</sup>. La LMV ecuatoriana dispone que el fideicomiso mercantil nace únicamente por contrato, por lo tanto, no podemos hablar de un acto jurídico unilateral.

La bilateralidad del contrato debe ser analizada en virtud del primer inciso del artículo 109 de la LMV. En este sentido, la reciprocidad en cuanto a las obligaciones se refiere, descansa entre constituyente y fiduciario. No debe confundirse la

---

<sup>138</sup> *Ibidem*.

<sup>139</sup> S. Rodríguez. *Negocios Fiduciarios, su Significación en América Latina*. Bogotá: Legis, 2005, p. 182. Con la salvedad de que en nuestro sistema el fideicomiso mercantil tiene personalidad jurídica propia, y en consecuencia, el fiduciario no es el que cuenta con la propiedad sobre los bienes transferidos, Sergio Rodríguez Azuero explica que esta definición coincide con la colombiana contenida en el artículo 1226 del Código de Comercio, con la venezolana en el artículo 1 de la Ley de Fideicomisos, y con la mayoría de las legislaciones de sudamérica y centroamérica.

<sup>140</sup> Carregal cit. por C. Kiper. S. Lisoprawski. *Tratado de Fideicomiso*. 2ª ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2004, p. 185.

<sup>141</sup> S. Rodríguez. *Negocios Fiduciarios, su Significación en América Latina*. Bogotá: Legis, 2005, p.186.

presencia del beneficiario como una parte contractual, puesto que éste, en principio es un tercero.

En virtud de lo expuesto en el párrafo anterior, se puede confundir al contrato de fideicomiso mercantil con una estipulación a favor de un tercero<sup>142</sup>, sin embargo, la estipulación a favor de un tercero no tiene la categoría de contrato, mientras que, el fideicomiso mercantil es un contrato bilateral con obligaciones recíprocas entre constituyente y fiduciario. Durante la investigación para este trabajo ha sido repetida la comparación que unos autores hacen entre las figuras diciendo que el fideicomiso mercantil es a favor de terceros. En este contexto, autores como Kiper y Lisoprawski afirman que el contrato de fideicomiso es a favor de terceros ya sea beneficiario o fideicomisario, sin embargo, advierten la posibilidad que el mismo fiduciante pueda ser beneficiario<sup>143</sup>. Asimismo, Sergio Rodríguez Azuero establece que el beneficiario deriva su derecho de una estipulación a su favor hecha por el fideicomitente en el acuerdo con el fiduciario<sup>144</sup>. Creemos que más que calificar al fideicomiso mercantil como una estipulación per se, los citados autores han tratado de explicar la configuración del negocio con la figura de la estipulación aseverando que el contrato de fideicomiso mercantil es “a favor de un tercero”.

---

<sup>142</sup> G. Ospina. E. Ospina. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. 7ª ed. Bogotá: Temis, 2005, p. 351, 362, 363. Ospina explica que la estipulación a favor de un tercero es una excepción al postulado de la relatividad de los actos jurídicos que hace referencia a que “[...] éstos (los actos jurídicos) no producen derechos ni obligaciones legales para las personas enteramente ajenas a su celebración y que, además, no tienen vinculación alguna con las partes, o sean los terceros, en sentido estricto o penitas extrañe, lo cual se justifica, ya que la participación voluntaria o consentimiento es requisito esencial para la radicación subjetiva de los efectos de los actos jurídicos”. En este sentido, explica que estamos frente a una estipulación a favor de un tercero, cuando “[...] las personas que celebran un contrato convienen en que las obligaciones a cargo de alguna de ellas deberán ser cumplidas en favor de un tercero que no ha participado en dicho contrato ni ha sido representado por ninguno de quienes lo celebran”. Por ejemplo, en una compraventa, el comprador A vende un terreno a B estipulando que el pago se lo realice a un tercero C. Utilizando la terminología de la figura, A vendría a ser el estipulante, B sería el promitente (asume la obligación) y C el beneficiario de la estipulación. Concordante con la definición de Ospina y el ejemplo expuesto, el CC explica la estipulación a favor de un tercero en su artículo 1465 diciendo que “cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él. Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato”.

<sup>143</sup> C. Kiper. S. Lisoprawski. *Tratado de Fideicomiso*. 2ª ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2004, p. 186.

<sup>144</sup> S. Rodríguez. *Negocios Fiduciarios, su Significación en América Latina*. Bogotá: Legis, 2005, p. 250.

### 3.1.2 ¿Un Contrato Solemne o Real?

El momento de perfeccionamiento del contrato de fideicomiso mercantil, y en consecuencia, su pertenencia a una u otra categoría, depende de la forma en que se lo ha reglamentado en cada legislación; sin embargo, existen suficientes elementos para abrir un debate en cuanto al caso ecuatoriano.

Por ejemplo, en la legislación argentina, según los artículos 1 y 3 de la Ley 24.441, existen dos formas de constituir un fideicomiso: por contrato o por testamento. El artículo 1 de la citada ley no establece requisito de escritura pública, por tanto, el fideicomiso producirá sus efectos por el solo consentimiento de las partes. Kiper y Lisoprawski abordan este tema afirmando que el contrato de fideicomiso mercantil “queda concluido para producir efectos propios, desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento<sup>145</sup>”.

Los artículos 110 de la LMV y el 24 de su reglamento, exige que se cumpla con la solemnidad de escritura pública, además de cualquier requisito adicional atendiendo a la naturaleza de los bienes objeto de la transferencia de dominio. Esta exigencia hace pensar que, en el Ecuador, el contrato de fideicomiso mercantil es indudablemente solemne, y así lo ha manifestado Roberto González cuando lo califica como tal<sup>146</sup>. Sin embargo, el artículo 109 de la misma ley estipula que por contrato de fideicomiso mercantil se entiende que “una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes **transfieren**, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales [...] (lo resaltado es mío)”. Adicionalmente, el artículo 120 enumera los requisitos mínimos del contrato, y en su numeral c, establece que se requiere “La **transferencia** de los bienes en fideicomiso mercantil y la entrega o no cuando se trate de encargos fiduciarios” (lo resaltado es mío). La lectura de estos dos artículos sugiere que, para el perfeccionamiento del contrato, es necesaria una transferencia del derecho real de

---

<sup>145</sup> C. Kiper. S. Lisoprawski. *Tratado de Fideicomiso*. 2ª ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2004, p. 186.

<sup>146</sup> R. González. *Manual de Fideicomiso en Ecuador y América Latina*. Guayaquil: Editorial Edino, 2009, p. 181.

dominio<sup>147</sup>. Ahora bien, este requerimiento sugiere que el contrato se torne, además de solemne, en real.

Por las disposiciones expuestas en el párrafo anterior, se considera que la obligación esencial del constituyente radica en la de remunerar al fiduciario por su gestión. No se establece con lo dicho que el constituyente debe cumplir con su obligación de transferir los bienes al momento de la constitución, puesto que, sí puede obligarse a transferirlos<sup>148</sup>, sino que en la legislación ecuatoriana el requisito de un aporte inicial es *sine qua non* al contrato de fideicomiso mercantil; lo que evidencia, al igual que en la sociedad, que nuestro sistema no concibe la idea de un patrimonio sin activo.

### 3.1.3 Es un Contrato Oneroso

El contrato de fideicomiso mercantil es un contrato oneroso, en razón de que, el constituyente recibe el beneficio en relación a los bienes transferidos de acuerdo a la estipulación realizada; mientras que, el fiduciario recibe una remuneración por los encargos encomendados<sup>149</sup>. El artículo 113 de la LMV estipula que la transferencia de bienes es “a título de fideicomiso mercantil”. Esta disposición parece confundir en relación a la onerosidad del contrato encausándola en otro terreno que no es el de oneroso ni gratuito, sino a título de fideicomiso mercantil cuando en realidad lo que hace es referirse al título de la transferencia de dominio.

---

<sup>147</sup> Los artículos 109 y del 120 concuerdan con el 112 de la misma ley citado en párrafos anteriores, que explica que sólo en el caso que exista transferencia de propiedad el negocio fiduciario será mercantil; lo que nos lleva a la conclusión que la transferencia de propiedad es requisito esencial del contrato, es decir, siempre será traslativo de dominio.

<sup>148</sup> El artículo 4, del Título V, de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, donde se enumeran los elementos fundamentales de los contratos fiduciarios, en su numeral 4, dice que debe constar lo siguiente: “4. Bienes: deben detallarse las características y las condiciones de cada uno de los bienes que el constituyente transfiere o se compromete a transferir, para el caso de fideicomiso; o a entregar, tratándose de encargo fiduciario”. Esta disposición creemos que lo que hace es aclarar que el constituyente puede transferir los bienes en su totalidad en el momento de la constitución u obligarse a transferir más bienes mientras dure el contrato.

<sup>149</sup> La remuneración del fiduciario es en virtud de mandato expreso del artículo 132 de la LMV cuyo texto es el siguiente: “La actuación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos será siempre remunerada y constará en el contrato de fideicomiso mercantil”.

### 3.1.4 Personalidad Jurídica del Fideicomiso

El tercer inciso del artículo 109 LMV se refiere al patrimonio autónomo como “conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato”. Además, como ya se advirtió, este patrimonio autónomo (también denominado fideicomiso mercantil), estará dotado de personalidad jurídica y será representado legalmente por el fiduciario<sup>150</sup>; en consecuencia, el derecho de dominio fiduciario que ya no estaría en manos del fiduciario, sino del patrimonio autónomo<sup>151</sup>.

Además de las características ya expuestas, es preciso advertir que el fideicomiso mercantil es también un contrato *commutativo* por existir una equivalencia en cuanto a las prestaciones que sufren las partes involucradas en contrato, y *típico o nominado*, por encontrarse reglamentado, principalmente, en la LMV.

## 3.2 Elementos subjetivos

Es muy importante para esta tesina desentrañar el rol que cumple cada uno de los elementos subjetivos del contrato, puesto que, este análisis develará los derechos

---

<sup>150</sup> R. González. *Manual de Fideicomiso en Ecuador y América Latina*. Guayaquil: Editorial Edino, 2009, p. 55 – 59. Roberto González advierte que en las legislaciones latinoamericanas son varias las concepciones que se han adoptado en cuanto a la naturaleza jurídica del patrimonio fideicomitado. Entre ellas podemos citar la del patrimonio autónomo; la del patrimonio de afectación; la del patrimonio especial o separado; y, la del patrimonio con personalidad jurídica que es nuestro caso. El autor expresa su disconformidad con que se le haya otorgado personalidad jurídica al patrimonio fideicomitado porque limita la actuación del fiduciario ha de ser únicamente representante legal. Adicionalmente, considera que esta concepción puede considerarlo como una sociedad tributaria; situación jurídica que no debería ser tal atendiendo a su naturaleza de ser un medio para la obtención de un fin económico.

<sup>151</sup> Además de la disposición del 109 de la LMV, el artículo 119 del mismo cuerpo legal ratifica este principio estipulando lo siguiente “Art. 119.- Titularidad legal del dominio.- El fideicomiso mercantil será el titular de los bienes que integran el patrimonio autónomo. El fiduciario ejercerá la personería jurídica y la representación legal del fideicomiso mercantil, por lo que podrá intervenir con todos los derechos y atribuciones que le correspondan al fideicomiso mercantil como sujeto procesal, bien sea de manera activa o pasiva, ante las autoridades competentes en toda clase de procesos, trámites y actuaciones administrativas o judiciales que deban realizarse para la protección de los bienes que lo integran, así como para exigir el pago de los créditos a favor del fideicomiso y para el logro de las finalidades pretendidas por el constituyente”.

y obligaciones que tienen cada uno de ellos. El primer párrafo del artículo 109 establece que los sujetos (no necesariamente partes) que intervienen en el contrato del fideicomiso mercantil son: fideicomitentes o constituyentes, fiduciario, y beneficiario.

### 3.2.1 Fideicomitente o Constituyente

El fideicomitente es la persona que constituye el fideicomiso, he ahí la razón por la que también se lo denomina constituyente. En palabras de Kiper y Lisoprawski:

[...] es la contraparte del fiduciario en la celebración y perfeccionamiento del contrato de fideicomiso, ya sea transmitiendo los bienes o comprometiéndose a ello en el *pactum fiduciae*, respecto de bienes presentes o futuros y cosas ajenas. Cualquier persona (física o ideal), con la capacidad suficiente para contratar y enajenar los bienes puede serlo<sup>152</sup>.

Jorge Hayzus destaca que la figura del fideicomitente o fiduciante, como se lo conoce en la legislación argentina, cumple un rol protagónico como impulsor de los actos que han de llevar a la constitución del fideicomiso. En este sentido, es determinante su papel en la decisión sobre los siguientes puntos: (1) La designación del fiduciario, en virtud de la confianza que ha sido depositada en él. (2) La decisión de transferir ciertos bienes al fiduciario, y (3) La especificación de los fines para la constitución del fideicomiso; en particular, el nombramiento de los beneficiarios<sup>153</sup>. El constituyente es quien tiene la motivación económica inicial para celebrar el contrato, el que establece las reglas de juego; y además, no es sólo quien designa beneficiario, sino también, el que establece el alcance de sus derechos.

El artículo 109 de la LMV establece que “una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren [...]”. Dos aspectos importantes se deben destacar sobre el constituyente. El primero, es que debe tener capacidad de ejercicio sobre sus bienes, es decir, debe ser dueño de aquello de lo que piensa

---

<sup>152</sup>Kiper. S. Lisoprawski. *Tratado de Fideicomiso*. 2ª ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2004, p. 400.

<sup>153</sup>J. Hayzus. *Fideicomiso*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2004, p. 123.

transferir; y el segundo, que su obligación esencial es, como ya expusimos, la de pagar el precio al fiduciario por el correcto uso de los bienes en virtud de lo establecido en el contrato sin perjuicio de que también se obligue a transferir bienes al patrimonio autónomo.

El artículo 115 de la LMV establece que pueden ser constituyentes de un fideicomiso mercantil personas naturales; personas jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras; cualquier entidad dotada de personalidad jurídica<sup>154</sup>; y las entidades del sector público. Prevé además el artículo la posibilidad de constituyentes adherentes cuando se haya establecido así en el contrato<sup>155</sup>, así como también, la posibilidad que el constituyente pueda ser también beneficiario<sup>156</sup>.

### 3.2.2 Fiduciario

El fiduciario es la contraparte del constituyente en el contrato. Si bien es cierto se hizo hincapié en el rol protagónico que tiene el constituyente, no se puede dejar a un lado la importancia que tiene el fiduciario, dado que, su accionar resulta clave en el engranaje del negocio por ser en quien reposa uno de sus principales elementos; la confianza. Sergio Rodríguez Azuero define a la persona del fiduciario (tomando en

---

<sup>154</sup> Esta disposición habilita a que un fideicomiso mercantil, entendido como patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica, pueda actuar como constituyente de otro fideicomiso mercantil. Así lo explica el mismo 115 cuando estipula que el fiduciario, en cumplimiento de un contrato de fideicomiso mercantil (en calidad de representante legal del patrimonio autónomo), puede además, transferir bienes sea para constituir nuevos fideicomisos mercantiles o para incrementar el patrimonio de otros ya existentes, administrados por él mismo o por otro fiduciario.

<sup>155</sup> El texto del último inciso del artículo 115 es el siguiente: “Cuando un tercero distinto del constituyente se adhiere y acepta las disposiciones previstas en un contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios se lo denominará constituyente adherente. Cabe la adhesión en los contratos en los que se haya establecido esa posibilidad”. La adhesión y aceptación de los constituyentes adherentes deberá constar por escrito y deberá registrarse en la fiduciaria conforme lo estipula el artículo 25 del Reglamento a la LMV.

<sup>156</sup> El texto del tercer inciso artículo 116 es el siguiente: “A falta de estipulación, en el evento de faltar o ante la renuncia del beneficiario designado y, no existiendo beneficiarios sustitutos o sucesores de sus derechos, se tendrá como beneficiario al mismo constituyente o a sus sucesores de ser el caso”. De la lectura de este artículo entendemos que no sólo es posible la designación como beneficiario al mismo constituyente, sino que también, se establece un mecanismo mediante el cual, la falta de designación de un beneficiario le otorgue al constituyente tal calidad, siempre y cuando no existan beneficiarios sustitutos o sucesores de ser el caso.

cuenta que en la legislación colombiana el fideicomiso no tiene personalidad jurídica propia) como la persona que:

[...] adquiere los bienes y se compromete a administrarlos o enajenarlos para la consecución de la finalidad señalada en el acto constitutivo. Es pues, no solo un propietario frente a terceros, sino el ejecutor de la voluntad del constituyente expresada por acto entre vivos o por testamento<sup>157</sup>.

En el sistema ecuatoriano, el constituyente transfiere la propiedad plena sobre sus bienes al patrimonio autónomo. El fiduciario, en representación del fideicomiso mercantil, transfiere la propiedad, plena también, sobre los beneficios o sobre los mismos bienes sea al beneficiario o al mismo constituyente. Ahora bien, mientras los bienes están en propiedad del patrimonio autónomo, éste tiene sobre ellos propiedad fiduciaria o dominio fiduciario. La utilización de uno u otro término no es unánime en la doctrina y ha sido producto de debate<sup>158</sup>; sin embargo, para motivos de este trabajo, resulta innecesario abordar los conceptos clásicos de propiedad y dominio y se utilizará indistintamente uno u otro como la hace también el CC<sup>159</sup>.

La mayoría de autores que hacen referencia al derecho de dominio (o propiedad) fiduciario afirman que éste es un derecho de dominio imperfecto por estar sujeto al cumplimiento de una condición o al vencimiento de un plazo<sup>160</sup>; es

---

<sup>157</sup> S. Rodríguez. *Negocios Fiduciarios, su Significación en América Latina*. Bogotá: Legis, 2005, p. 225.

<sup>158</sup> M. Carregal. *Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los Negocios*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2008, p. 85. Mario Carregal aborda este debate doctrinario, y para esto, cita a Lafaille que refiriéndose al término propiedad y dominio, afirma que “la pureza del léxico jurídico impone reservar al segundo para el derecho real... que se aplica tan sólo a las cosas en el comercio; al paso que el sustantivo “propiedad” – término más alto – conviene a todo género de derechos, susceptibles de apreciación pecuniaria, es decir, a los bienes”. El autor cita también a Salvat, quien explica que “se ha sostenido que las dos palabras dominio y propiedad, si bien designan el derecho real que estudiamos, tenían un significado diferente. El dominio, se dice, se aplica solamente a las cosas, en tanto que la propiedad se aplica a las cosas y a los bienes: dentro de ese orden de ideas. En consecuencia, se habla de dominio o de la propiedad de una casa, de un campo, de un caballo, etc.; pero no se habla del dominio de un crédito, de una herencia, etc.”. Con esta reflexión, concluye que el derecho de dominio es una de las formas posibles del derecho de propiedad, es decir, cuando el contenido de ese derecho real recaiga sobre las cosas, se llama dominio.

<sup>159</sup> El artículo 599 del CC, cuando define al derecho de dominio, estipula lo siguiente: “El dominio, que se llama también propiedad [...]”. Esta disposición del CC, entendemos, trata como sinónimos a los dos términos.

<sup>160</sup> M. Carregal. *Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los Negocios*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2008, p. 85. Mario Carregal afirma que “el dominio fiduciario es un dominio imperfecto. El propietario fiduciario no tiene la cosa a perpetuidad, pues por definición debe desprenderse de ella conforme

decir, que la característica que carece para ser un dominio pleno es la perpetuidad<sup>161</sup>. Entonces, si la existencia de una condición resolutoria o un plazo resolutorio afecta a la perpetuidad del derecho de dominio, la única forma de que éste sea pleno sería que tenga un mismo titular hasta que perezca la cosa sobre la que recae ese derecho. Por esta razón, se cree que el derecho de dominio o propiedad fiduciaria es un derecho de dominio pleno que está sujeto a una condición o plazo resolutorio impuestos por el constituyente en el contrato<sup>162</sup>.

La LMV, atendiendo a la importancia que tiene el rol del fiduciario, le impone ciertas obligaciones mínimas que debe cumplir en el ejercicio de sus funciones<sup>163</sup>.

---

los términos del contrato o del testamento, generalmente al cumplimiento de una condición o de un plazo”. Cfr. J. Hayzus. *Fideicomiso*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2004, p. 54. Hayzus dice que la “propiedad fiduciaria está limitada en el tiempo, lo cual es una diferencia importante respecto del dominio, que es –en principio- perpetuo. Cfr. M. Kiper. S. Lisoprawski. *Tratado de Fideicomiso*. 2ª ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2004, p. 56. Kiper y Lisoprawski le atribuyen al dominio fiduciario la característica de temporario porque “no está sujeto a durar indefinidamente; al contrario, su duración está subordinada al cumplimiento de la condición o vencimiento del plazo resolutorio. En este punto estriba la diferencia principal entre el dominio pleno o perfecto y el fiduciario”.

<sup>161</sup>L. Parraguez. (*Obra sin publicar*). El derecho de dominio pleno es aquel derecho real que se ejerce sobre una cosa corporal o incorporal siempre y cuando sea susceptible de apropiación, y le permite al titular de la cosa usar, gozar, o disponer de ella en conformidad con la ley y no siendo contra un derecho de otro. En su plenitud, debe cumplir con las siguientes características: (1) Que sea pleno en el sentido que encierra todas las facultades de uso, disfrute, y disposición atendiendo a las limitaciones que establece la ley. (2) Que sea flexible y elástico por cuanto puede reducirse cuando se otorga una de las facultades a un tercero (facultad que obviamente se puede recuperar). (3) Que sea perpetuo entendiendo la perpetuidad en el sentido de que persiste por todo el tiempo que dura una cosa sobre la que recae sin importar que se transfiera. (4) Que sea exclusivo y excluyente porque solo el que lo posee puede ejercer las facultades que de este se desprenden.

<sup>162</sup> El CC trata a la propiedad fiduciaria dentro de las limitaciones al dominio. En este sentido, dice el artículo 747 numeral primero que, el dominio puede ser limitado “por haber de pasar a una persona en virtud de una condición”, y en artículo siguiente, se refiere a la propiedad fiduciaria de la siguiente manera: “Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeto al gravamen de pasar a una persona, por el hecho de verificarse una condición”.

<sup>163</sup> El artículo 103 de la LMV estipula que las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos, deberán cumplir, además de las consten el contrato, con las siguientes obligaciones:

- 1 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;
- 2 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.
- 3 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;

Estas obligaciones, que son de medio y no de resultado<sup>164</sup>, son todas encaminadas a probar su idoneidad en la gestión que realiza. En consecuencia, tanto constituyente como beneficiario, cuentan con acciones legales (analizaremos este tema cuando hablemos de los derechos fiduciarios) en caso de que el fiduciario incumpla con las directivas expuestas en el contrato.

Debido a la confianza que se ha depositado en el fiduciario, éste no puede ser tal solamente por tener la capacidad de disponer de sus bienes (capacidad de ejercicio), ni tampoco, por ser capaz de recibirlos (capacidad de goce), sino que además, debe contar con un alto grado de especialidad para cumplir con su gestión. Es por esta razón, que la ley establece qué personas pueden desempeñarse como fiduciarios mercantiles. En el caso ecuatoriano<sup>165</sup>, pueden serlo las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías<sup>166</sup>, la Corporación Financiera Nacional sujeta al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros<sup>167</sup>, las corporaciones de

- 
- 4 Rendir cuentas de su gestión, al constituyente o al beneficiario, conforme a lo que prevea el contrato y con la periodicidad establecida en el mismo y, a falta de estipulación la rendición de cuentas se la realizará en forma trimestral;
  - 5 Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al contrato;
  - 6 Terminar el contrato de fideicomiso mercantil o el encargo fiduciario, por el cumplimiento de las causales y efectos previstos en el contrato; y,
  - 7 Informar a la Superintendencia de Compañías en la forma y periodicidad que mediante norma de carácter general determine el C.N.V.

<sup>164</sup> El artículo 105 de la LMV es claro al hablar de las prohibiciones que tienen las administradoras de fondos y fideicomisos. En este sentido prohíbe a estas entidades avalar, afianzar o garantizar el pago de beneficios o rendimientos fijos en función de los bienes que administra; no obstante, conforme a la naturaleza del fideicomiso mercantil, podrán estimarse rendimientos o beneficios variables o fijos no garantizados dejando constancia siempre que las obligaciones del fiduciario son de medio y no de resultado.

<sup>165</sup> R. González. *Manual de Fideicomiso en Ecuador y América Latina*. Guayaquil: Editorial Edino, 2009, p. 197 – 199.

<sup>166</sup> La LMV, en artículo 97, establece las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos, y entre otras cosas advierte que deberán ser constituidas bajo la especie de sociedades anónimas y que su objeto será limitado a administrar fondos de inversión, administrar negocios fiduciarios, actuar como emisores en procesos de titularización, y a representar fondos internacionales de inversión.

<sup>167</sup> La Ley Orgánica de la Corporación Financiera Nacional, en su artículo 24, estipula que: “Art 24.- La Corporación podrá realizar operaciones en moneda de curso legal, sin necesidad de autorización del Banco Central del Ecuador. Dichas operaciones serán las siguientes: r) Prestar servicio fiduciario civil y/o mercantil al Gobierno Nacional, al IESS, a entidades de derecho público y a entidades de derecho privado”.

titularización de mercado secundario de hipotecas<sup>168</sup> sujetas al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros cuando se trate de procesos de titularización, el Banco del Estado<sup>169</sup>, y el Banco Central cuando se trate de fideicomisos públicos.

### 3.2.3 Beneficiario

En Argentina existen dos figuras distintas: el beneficiario y el fideicomisario<sup>170</sup>. Kiper y Lisoprawski afirman que existe consenso en que, de existir tal desdoblamiento, el beneficiario es aquel en cuyo beneficio se “administran” los bienes fideicomitados y posibles beneficiarios de algunas prestaciones, mientras que el fideicomisario, es el destinatario final de los bienes una vez caducado el plazo o cumplida la condición<sup>171</sup>. Nuestra LMV, en el artículo 109, no admite esta diferenciación y afirma que los bienes se transfieren al propio constituyente o a un tercero llamado beneficiario. Este último es entonces “la persona que en virtud del negocio jurídico debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo

---

<sup>168</sup> La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en su artículo 1 párrafos 7 y 8 dice lo siguiente: “Las corporaciones de desarrollo de mercado secundario de hipotecas son las únicas autorizadas por esta Ley para actuar como fiduciarias en procesos de titularización que efectúen en el cumplimiento de sus fines. Estas corporaciones tendrán como fin básico, en el cumplimiento de su objeto social relativo al ámbito hipotecario, el desarrollo de mecanismos tendientes a movilizar recursos en favor del sector de vivienda e infraestructura relacionada. Las corporaciones de desarrollo de mercado secundario de hipotecas podrán emprender en procesos de titularización tanto de cartera hipotecaria propia como de cartera hipotecaria de terceros, actuando para ello en ambos casos con la triple calidad de originador, fiduciario y colocador a través de intermediarios de valores autorizados. Al efecto, le corresponde a la Superintendencia de Bancos emitir las correspondientes normas que regulen los procesos en referencia. Estos procesos se sujetarán a las normas de la LMV en lo que les fueren aplicables; y, los valores producto de los mismos serán objeto de oferta pública”.

<sup>169</sup> La Ley Orgánica de Régimen Monetario Banco del Estado, en su artículo 103 párrafo 4, dice lo siguiente: “El Banco del Estado podrá actuar como fiduciario mercantil, administrador de fondos y fideicomisos, en el ámbito de su competencia, sujetándose a la LMV, su Reglamento y demás normas aplicables”.

<sup>170</sup> El texto del artículo 1 de la Ley 24441 es el siguiente: “Art. 1°—Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.

<sup>171</sup> Nota al art. 1297 del Proyecto de Reformas al CC de la Comisión designada por decreto 468 / 1992 cit. en C. Kiper. S. Lisoprawski. *Tratado de Fideicomiso*. 2ª ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2004, p. 188. La misma legislación argentina aunque acepta la diferenciación ha previsto que para la hipótesis que beneficiario y fideicomisario sean efectivamente personas distintas el fideicomisario sea el beneficiario residual.

y, eventualmente, los mismos bienes fideicomitados al vencimiento del término estipulado”<sup>172</sup>, o a su vez, al cumplimiento de la condición.

No existe duda en cuanto a la naturaleza bilateral del contrato de fideicomiso mercantil; sin embargo, existe debate en cuanto a si el beneficiario puede o no puede, en algún momento, ser parte contractual debido a las atribuciones que tiene por ley o por el contrato mismo. En este sentido, coincidimos con Sergio Rodríguez Azuero cuando afirma que “la calidad de parte o de tercero del beneficiario del contrato de fiducia no depende del señalamiento que haga la ley en uno u otro sentido, pues la misma ley, consciente de la posibilidad de que en algunos casos lo sea y en otros no, ha evitado hacer ese pronunciamiento terminantemente<sup>173</sup>”. Debemos entender lo que dice el citado autor en el sentido de que la ley no prohíbe que el beneficiario sea en algún momento parte, aunque en principio, no lo sea.

El artículo 116 de la LMV estipula que pueden ser beneficiarios de un contrato de fideicomiso mercantil las personas jurídicas privadas, públicas, mixtas, nacionales, o extranjeras; cualquier entidad dotada de personalidad jurídica designadas como tales por el constituyente en el contrato o posteriormente si en el contrato se ha previsto tal atribución<sup>174</sup>; y personas que al momento no existen pero se espera que existan. Además, prevé el citado artículo, que pueden existir varios beneficiarios pudiendo el constituyente establecer grados de preeminencia entre ellos y la posibilidad que éste último pueda ser considerado como beneficiario<sup>175</sup>. Por último, prohíbe expresamente que el fiduciario, sus administradores, representantes legales, o sus empresas vinculadas sean beneficiarias del fideicomiso. En suma, el beneficiario sólo debe tener capacidad de goce, y estar por lo menos determinado así no exista al momento del contrato.

---

<sup>172</sup> S. Rodríguez. *Negocios Fiduciarios, su Significación en América Latina*. Bogotá: Legis, 2005, p. 245.

<sup>173</sup> S. Rodríguez. *Negocios Fiduciarios, su Significación en América Latina*. Bogotá: Legis, 2005, p. 251.

<sup>174</sup> De la lectura de este artículo concluimos que el beneficiario de un fideicomiso mercantil puede ser otro fideicomiso mercantil.

<sup>175</sup> S. Rodríguez. *Negocios Fiduciarios, su Significación en América Latina*. Bogotá: Legis, 2005, p. 246. Esta disposición nos indica que la presencia del beneficiario no es un requisito para el perfeccionamiento del contrato, y concuerda con la legislación colombiana (Art. 1229 C de CCo.), la panameña (Art. 18 Ley 1ª / 84), con la paraguaya (Art. 32 Ley 921 de 1996) con la guatemalteca (Art. 779 del C. CCo.), con la mexicana (Art. 390, 2 LGTOC), con la hondureña (Art. 1059 CCo.), y con la argentina (Art. 2 Ley 24441).

### 3.3 Derechos Fiduciarios

Los derechos fiduciarios se ubican en los derechos subjetivos personales y relativos por tener un sujeto pasivo determinado<sup>176</sup>. El tema se torna complejo, en virtud de que, la legislación ecuatoriana trata a los derechos fiduciarios como categoría única sin tomar en cuenta la variedad de hipótesis que se pueden presentar en tan complejo negocio. Es por esta razón, que se analizarán las disposiciones pertinentes y se propondrá una clasificación con el fin de determinar cuando son susceptibles de aporte.

#### 3.3.1 La Cuestión en la Legislación Ecuatoriana

Nuestra LMV no ofrece una definición para los derechos fiduciarios; sin embargo, contiene algunas disposiciones donde se hace referencia a ellos. El literal a del numeral 2 del artículo 120 estipula que el contrato podrá contener elementos adicionales como: “a) La facultad o no y la forma por el cual el fiduciario pueda emitir certificados de participación en los **derechos personales** derivados del contrato de fideicomiso mercantil [...] (lo resaltado es mío)” Por otra parte, el artículo 136 establece:

Art. 136.- De la contabilización.- Quien tenga derechos contractuales derivados de un contrato de fideicomiso, como constituyente, constituyente adherente, o beneficiario los deberán contabilizar en sus libros en atención a que las transferencias de bienes efectuadas en fideicomiso mercantil se hacen en beneficio del propio constituyente o del beneficiario, según en el caso. Tal registro contable es de responsabilidad exclusiva de los titulares de los derechos fiduciarios, los cuales **tienen carácter esencialmente personal** [...] (lo resaltado es mío).

La Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, al contrario de la LMV, sí ofrece una definición de derechos fiduciarios en el glosario de términos y su texto es el siguiente:

---

<sup>176</sup> Ver p. 43.

Derechos Fiduciarios: Son 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.

Las tres disposiciones analizadas coinciden en que los derechos fiduciarios tienen carácter personal por tener un sujeto pasivo determinado (fiduciario en calidad de representante legal del fideicomiso mercantil).

Además de las disposiciones expuestas, la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores contiene las reglas sobre la cesión de estos derechos. En este sentido, el Título V, artículo 9, estipula que únicamente los beneficiarios pueden ceder sus derechos, siempre y cuando, no esté prohibido por la ley o por el contrato y se lo haga con las mismas solemnidades utilizadas para la constitución del negocio. Además, aclara el artículo, que la cesión no implica la sustitución en las obligaciones de las partes contratantes (se procede conforme a las normas de la novación establecidas en el CC). Por último, dicha cesión surtirá efectos contra terceros desde la fecha de notificación al fiduciario o de la aceptación por parte de ésta en la forma prevista en el CC para la cesión ordinaria.

La Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores también aborda el tema de constancias de derechos fiduciarios. Del análisis de éstas normas se concluye que existen dos tipos: El primero, que se lo denominará “certificado de derecho fiduciario” (CDF), constituyen constancias documentales que expresan la calidad sea de constituyente, constituyente adherente, o beneficiario de un fideicomiso mercantil, y no contienen valor económico alguno, y además, no constituyen valor<sup>177</sup>; y el segundo, que se denominará “certificados de participación

---

<sup>177</sup> El primer párrafo del artículo 12 del Título V de Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores habla sobre el otorgamiento de constancias estipulando que las fiduciarias solo podrán otorgarlas a petición de parte, y se las denomina como constancias documentales respecto de la calidad del solicitante en el contrato. Además, es clara la disposición en cuanto a que estas constancias no constituyen un valor, y por lo tanto, no son negociables ni podrán ser objeto de oferta pública, ni de promoción, ni de publicidad; ni utilizar medio alguno de invitación al público en general. Los requisitos que deben tener estas constancias documentales se encuentran en el artículo 13 del mismo cuerpo normativo y son: (1) Nombre del constituyente o del constituyente adherente o del beneficiario del fideicomiso mercantil (2) Denominación del patrimonio autónomo. (3) Porcentaje de participación del constituyente, constituyente adherente o del beneficiario en el

de derechos fiduciarios” (CPDF), son aquellos documentos que nacen en virtud de un proceso de titularización y constituyen valor<sup>178</sup>.

### 3.3.2 Propuesta de una Clasificación

Existen derechos fiduciarios que nacen de la ley en respuesta a la calidad que se tenga en el contrato, y otros que se determinan por el alcance que le otorgue el constituyente. Es por esta razón, que lo más apropiado para esta investigación, será proponer una clasificación que ayude a determinar cuándo pueden ser susceptibles de aportación.

En virtud de lo expuesto, se propone dividir a los derechos fiduciarios en tres grupos:

1. Derechos fiduciarios legales (DFL).
2. Expectativas fiduciarias (EF).
3. Derechos fiduciarios aportables (DFA).

#### 3.3.2.1 Los Derechos Fiduciarios Legales

Se ha ubicado en este primer grupo a aquellos derechos que la ley otorga a cada uno de los sujetos intervinientes en el contrato de fideicomiso mercantil con el motivo de precautelar el funcionamiento y éxito del negocio.

Con respecto al constituyente, el artículo 126 de la LMV, por su calidad de tal, le otorga los siguientes DFL:

---

patrimonio autónomo. (4) Fecha de la escritura de constitución y reformas del contrato de fideicomiso mercantil. (5) Indicación de que dicha constancia no constituye valor y no es negociable. (6) Fecha de expedición. (7) Firma del representante legal o apoderado, de ser el caso. Es necesario establecer que este mismo artículo estipula que dicha constancia no podrá indicar valor económico. El último párrafo de este artículo dice lo siguiente: “En todas las normas en cuyo texto se haga mención a "certificados de derechos fiduciarios", se entenderá que se refiere a "constancias documentales respecto de la calidad de constituyentes adherentes o constituyentes o beneficiarios”.

<sup>178</sup> El segundo párrafo del artículo 12 establece que no podrán emitirse certificados de participación en los derechos personales derivados del contrato de fideicomiso mercantil o certificados de derechos fiduciarios, sino únicamente en los procesos de titularización, de conformidad a los términos establecidos en la Ley.

- a) Los que consten en el contrato;
- b) Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil;
- c) Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta el C.N.V., sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales; y,
- d) Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa leve en el desempeño de su gestión.

Es obvio que la ley prevea, en el literal a), todos los derechos que consten en el contrato por ser éste de libre discusión y donde está presente el principio de autonomía de la voluntad<sup>179</sup>. El literal b) faculta al constituyente a exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato; derecho que surge como contrapartida de la confianza depositada en él y la finalidad misma del contrato que es que se le dé a los bienes el destino y el uso pactados. El literal c), concordante con la disposición que lo precede, permite que el constituyente exija rendición de cuentas de conformidad con las reglas que imparta el CNV. Por último, se prevé la respuesta del constituyente a la mala gestión de su contraparte. Es preciso advertir que, si bien es cierto, éstos son los derechos que la ley enumera como propios de la calidad de constituyente, existen otros que ayudan a la protección de sus intereses como el de exigir la restitución del fideicomiso, el de exigir la entrega de remanentes cuando corresponda, y el de iniciar acciones legales contra el fiduciario mercantil por negligencia, dolo o culpa en el desempeño de sus funciones<sup>180</sup>.

Con respecto al beneficiario, por su calidad de tal, la LMV en su artículo 127, le otorga los siguientes DFL:

- a) Los que consten en el contrato.
- b) Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil.
- c) Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta ley y a las normas de carácter general que imparta el C.N.V., sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales.

---

<sup>179</sup> R. González. *Manual de Fideicomiso en Ecuador y América Latina*. Guayaquil: Editorial Edino. Guayaquil, 2009, p. 196.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 197.

- d) Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa grave o culpa leve en el desempeño de su gestión.
- e) Impugnar los actos de disposición de bienes del fideicomiso mercantil realizados por el fiduciario en contra de las instrucciones y finalidades del fideicomiso mercantil, dentro de los términos establecidos en la ley y,
- f) Solicitar la sustitución del fiduciario, por las causales previstas en el contrato, así como en los casos de dolo o culpa leve en los que haya incurrido el fiduciario, conforme conste de sentencia ejecutoriada o laudo arbitral y, en el caso de disolución o liquidación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos.

Los cuatro primeros no sufren alteración con respecto a los derechos del constituyente y se debe utilizar la misma lógica para entenderlos. Los literales e) y f) otorgan al beneficiario la facultad de iniciar acciones sobre los actos de disposición del fiduciario y solicitar su remoción en casos de dolo o culpa leve. En esta disposición se evidencia una protección adicional en función de que el beneficiario está a los espera de su “beneficio”.

En virtud de la onerosidad del contrato y el alto nivel de especialidad que debe tener el fiduciario para actuar como tal, es claro que el derecho primordial que éste tiene es el de exigir una remuneración. Adicionalmente, el fiduciario tiene derecho a renunciar a su gestión en virtud de cláusulas estipuladas en el contrato, y de no decir nada al respecto, a las que enumera el artículo 131 de la LMV<sup>181</sup>

### 3.3.2.2 Las Expectativas Fiduciarias y los Derechos Fiduciarios

En el mundo del fideicomiso mercantil, se considera, no existen las meras expectativas, en razón de que, la misma ley le otorga prerrogativas tanto al constituyente beneficiario como al tercero beneficiario con el fin de proteger su derecho. En el análisis propuesto por Gustavino sobre los estados de un derecho subjetivo, se enumera a la expectativa jurídica como un estado en el cual existe un

---

<sup>181</sup> R. González. *Manual de Fideicomiso en Ecuador y América Latina*. Guayaquil: Editorial Edino. Guayaquil, 2009, p. 206. El artículo 131 dice a falta de estipulación las causas de renuncia son 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.

derecho subjetivo en formación (que es lo que consideramos existe en una EF). Por otro lado, los DFA se los ubicará dentro de los derechos subjetivos perfectos porque tienen una plena exigibilidad<sup>182</sup>. Esta diferenciación hace imprescindible el análisis de la situación jurídica del beneficiario en uno y otro caso.

### 3.3.2.3 La Situación Jurídica del Beneficiario

En términos generales, al beneficiario le asiste un derecho personal a que le sea transferido el derecho real de dominio sobre la cosa objeto del negocio fiduciario, una vez que se cumpla la condición resolutoria o expire el plazo resolutorio a los cuales está sujeta la propiedad del fideicomiso mercantil. Kiper y Lisoprawski, al hablar de la situación jurídica del beneficiario, exponen que, desde la perspectiva contractual, son:

[...] el resultado de una estipulación a favor de un tercero. Ello porque carece de título suficiente para la adquisición de derechos reales - hasta tanto se verifique la condición resolutoria -, pues su título se halla subordinado a una modalidad suspensiva (condición o plazo) y, fundamentalmente, porque no se ha hecho tradición de la cosa, es decir, que también le falta modo suficiente<sup>183</sup>.

El derecho real que tiene el fideicomiso mercantil sobre la cosa está sometido a una condición resolutoria, entonces, como contrapartida, el derecho del beneficiario está sometido a una condición suspensiva. Sin embargo, explican los citados autores,

---

<sup>182</sup>Gustavino cit. por C. Kiper. S. Lisoprawski. *Tratado de Fideicomiso*. 2ª ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2004, p. 406, 407. Gustavino diferencia cuatro fases de los derechos subjetivos. Las cuatro fases son las siguientes: (1) Derechos subjetivos perfectos.- Aquellos que reúnen todos los requisitos que lo constituyen válidamente y dotan de plena exigibilidad, reúnen las condiciones de existencia y de eficacia, sin ninguna limitación. (2) Derechos subjetivos pendientes.- Son aquellos que, aunque perfectos en cuanto a su existencia y validez, se hallan en estado de pendencia por faltarles algo para su eficacia principal, como el caso de los derechos “aplazados”, cuando la exigibilidad de la prestación principal está subordinada a un plazo – en los que existe mayor seguridad por la certeza del advenimiento de su plena exigibilidad -, y los subordinados a una condición suspensiva, aunque en éstos la seguridad es menor porque la exigibilidad de la prestación aparece como contingente, por ser incierta la eficacia respecto de la exigibilidad de la obligación principal. (3) Expectativas jurídicas.- Importa un derecho subjetivo en formación o *in fieri*, en la que el derecho todavía no existe pero tiene la posibilidad jurídica de existir, e importa una noción equivalente a los derechos eventuales. (4) Expectativas fácticas.- Constituyen el grado más rudimentario, pues es totalmente inseguro que el derecho se realice, son meras esperanzas o ilusiones que no están protegidas jurídicamente.

la contraposición no es total sino sólo se evidencia en el aspecto obligacional del negocio<sup>184</sup>.

Dicho lo anterior, al beneficiario le asiste un derecho personal “existente<sup>185</sup>”, pero no completamente “eficaz”, pues sus efectos están subordinados a un acontecimiento futuro (cierto o incierto dependiendo si se trata de condición o plazo)<sup>186</sup>. Cumplida la condición o vencido el plazo (resolutorios), nace la obligación del fiduciario (en representación del patrimonio autónomo) de transferir la cosa al beneficiario; transferencia que se cumple con la tradición<sup>187</sup>.

Lo anterior supone que lo que tiene el beneficiario es un derecho, pero la situación varía cuando lo que tiene es una expectativa. Para dejar en claro cuando el beneficiario tiene un derecho y cuando una expectativa, se debe analizar los efectos que tienen el plazo o la condición a la que está sujeto su derecho. La revisión de estos dos tipos de modalidades debe entenderse como resultado de la estipulación que hizo el constituyente, he aquí, la razón por la cual se sostuvo que el alcance del derecho del beneficiario depende de la voluntad del constituyente expresada en el acto constitutivo.

### 3.3.2.2.2 El Derecho del Beneficiario Sujeto a un Plazo Suspensivo.

Luis Parraguez define al plazo como “un hecho futuro o cierto del cual dependen la ejercitabilidad o extinción de los derechos y, correlativamente, la exigibilidad o extinción de las obligaciones correspondientes<sup>188</sup>”. En este supuesto

---

<sup>184</sup>C. Kiper. S. Lisoprawski. *Tratado de Fideicomiso*. 2ª ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2004, p. 405. Los autores explican que el derecho real sujeto a condición o plazo resolutorio que tiene el fideicomiso mercantil no le otorga al beneficiario un derecho real sujeto a condición o plazo suspensivo sino un derecho meramente personal a que se le transfiera el derecho real sobre la cosa; los dos tipos de condiciones deben distinguirse, y para ello es necesario fijarse en el efecto de la condición durante la fase de la pendencia.

<sup>185</sup> Ver *supra* Nota 182. En la mencionada clasificación, Gustavino coloca a los derechos fiduciarios dentro de los derechos pendientes, se trata de un derecho existente, válido, pero que carece de plena exigibilidad.

<sup>186</sup> C. Kiper. S. Lisoprawski. *Tratado de Fideicomiso*. 2ª ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2004, p. 405.

<sup>187</sup>Ibídem, p. 412

<sup>188</sup>L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro cuarto: Teoría General de las Obligaciones*. Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2006, p. 256. Luis Parraguez elabora esta definición en virtud del artículo 1510 del CC que define al plazo como “la época que se fija para el

nos encontramos frente a una relación jurídica perfecta. El mismo autor, enumera los efectos que la ley le otorga al plazo<sup>189</sup> que se resumen de la siguiente manera:(1) Cuando el deudor paga la obligación pendiente, el plazo satisface el derecho existente en virtud de la disposición del artículo 1511; no está sujeto a restitución exceptuando los plazos que tienen el valor de condición<sup>190</sup>. (2) La obligación no puede ser demandada por el acreedor mientras no se cumpla el plazo excepto en los casos de renuncia y caducidad<sup>191</sup>. (3) Mientras el plazo está pendiente no procede la compensación de la obligación diferida, así como tampoco, la prescripción extintiva<sup>192</sup>. (4) El acreedor de la obligación a plazo puede exigir providencias conservativas respecto de la cosa o cosas objeto de la prestación que se debe<sup>193</sup>. (5)

---

cumplimiento de las obligación”, y de acuerdo también a las disposiciones aplicables a las asignaciones testamentarias a día por expreso mandato del 1514, por lo que hace alusión al artículo 1108 que dice que “las asignaciones testamentarias pueden estar limitadas a plazos o días de que dependa el goce actual o la extinción de un derecho”.

<sup>189</sup> L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro cuarto: Teoría General de las Obligaciones*. Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2006, p. 263, 264.

<sup>190</sup> *Ibídem*, p. 265. Siendo las disposiciones de las asignaciones testamentarias a día aplicables al régimen jurídico del plazo, debemos remitirnos al artículo 1109 del CC que establece las modalidades de las asignaciones que son: (1) Día cierto y determinado (2) Día cierto e indeterminado. (3) Día incierto, pero determinado. (4) Día incierto e indeterminado. La solución que expone nuestro Código es que la modalidad 1 será siempre plazo y la modalidad 4 siempre condición en virtud de lo expuesto por el artículo 1111. Las modalidades 2 y 3 podrán ser plazo o condición dependiendo de la fórmula propuesta: Si la fórmula es “desde un día” será condicional en virtud de lo expuesto en los artículos 1113 y 1114. Por otro lado, si la fórmula de la asignación es “hasta un día” se considera a plazo.

<sup>191</sup>L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro cuarto: Teoría General de las Obligaciones*. Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2006, p. 256. El plazo, por su naturaleza de elemento accidental, puede renunciarse atendiendo al principio de libertad negocial. La norma general establece que el plazo solo puede renunciarse la parte en cuyo provecho se haya estipulado. Como es lógico, la mayoría de las veces el plazo se estipula a favor del deudor, puesto que, implica una postergación de su necesidad de cumplir. La renuncia del deudor se encuentra admitida en los artículos 1513 que especifica que podrá hacerlo siempre y cuando el testador o las partes no hayan estipulado lo contrario, si el pago anticipado produce algún perjuicio al acreedor, o cuando el pago quiso hacerse por consignación. El artículo 2107 regula la renuncia del plazo en el caso del mutuo y claramente establece que podrá hacerlo salvo que se haya pactado intereses. En cuanto a la caducidad del plazo, entendiéndola como la extinción anticipada del mismo, el CC en su artículo 1512, enumera dos supuestos que para que sea posible que son: La quiebra o notoria insolvencia del deudor, y la extinción o disminución de las cauciones.

<sup>192</sup> La compensación, así como la prescripción, proceden únicamente cuando las obligaciones son actualmente exigibles en virtud de lo expuesto en el artículo 1672 # 3 (compensación), y 2414 (prescripción).

<sup>193</sup> L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro cuarto: Teoría General de las Obligaciones*. Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2006, p. 264. El CC no se ha pronunciado en específico sobre este tema pero, tal como lo explica Parraguez, “la conclusión es evidente puesto

Cumplido el plazo, la obligación se torna en pura y simple y el acreedor puede exigir su cumplimiento.

En virtud de lo expuesto, el beneficiario de un fideicomiso mercantil, cuando su derecho se encuentre sujeto a un plazo suspensivo, tiene un derecho fiduciario existente cuyo ejercicio está en suspenso hasta que el plazo se cumpla.

### 3.3.2.2.3 El Derecho del Beneficiario Sujeto a Condición Suspensiva

Jorge Joaquín Llambías y Patricio Raffo Benegas exploran las diferencias entre los derechos sujetos a condición y a plazo de la siguiente manera:

Los derechos condicionales, que se caracterizan por su fragilidad, pueden ser ilusorios, desde que está pendiente de definición su misma existencia (condición suspensiva) o su resolución retroactiva (condición resolutoria). En cambio los derechos sujetos a plazo son efectivos y seguros, no hay duda alguna sobre su existencia, si bien el titular ha de esperar un cierto tiempo para entrar en el pleno ejercicio de sus facultades<sup>194</sup>.

La certidumbre del plazo le otorga una mayor seguridad al derecho y aleja la discusión sobre su existencia, cosa que no sucede cuando se habla de una condición donde la doctrina no es uniforme al respecto.

Consideramos que existen 3 tesis sobre el efecto que produce la condición suspensiva en el derecho subjetivo sujeto a ella que las expondremos a continuación.

La primera tesis sostiene que, mientras pende la condición, está suspendido el nacimiento del derecho del acreedor. En consecuencia, lo que propiamente estaría en suspenso, por obra de la condición, sería el nacimiento de la relación jurídica obligatoria<sup>195</sup>. Esta tesis ha sido sostenida especialmente la doctrina francesa. En este sentido, Pothier, afirma que “hasta ahí no hay nada debido; sino que solamente

---

que si tal derecho ampara al acreedor condicional con mucha mayor razón debe reconocérselo en favor del acreedor a plazo cuya posición es considerablemente más sólida”.

<sup>194</sup> J. Llambías. P. Raffo. *Manual de Derecho Civil Obligaciones*. 12ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 232, 233.

<sup>195</sup>Ibídem, p. 177.

hay esperanza de que será debido<sup>196</sup>”; asimismo, Planiol sostiene que, “Mientras la condición está pendiente se puede decir que la obligación que suspende no existe; se tiene solamente la esperanza de verla nacer algún día<sup>197</sup>”. El criterio expuesto por estos autores orbita alrededor del mundo de la mera expectativa.

Nuestro CC contiene disposiciones que parecen ajustarse a esta línea de ideas como la del 1495, que estipula que la “condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho [...]”. La lectura literal de este artículo sugiere que lo que está en suspenso es la adquisición de un derecho, ergo, el derecho no existe en la fase de la pendencia. Otra disposición que está en la misma línea es la del artículo 774 párrafo primero que dice lo siguiente: “El fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, sino que la simple expectativa de adquirirlo<sup>198</sup>”. El 1106, que habla de los derechos del asignatario testamentario condicional, afirma que “Las asignaciones testamentarias bajo condición suspensiva, no confieren al asignatario derecho alguno, mientras pende la condición [...]” Analizado tanto la posición doctrinal como las normas que sirven de fundamento a esta tesis, es necesario ubicarlas dentro de la regla 6ª del artículo 7 del CC.

Más cercana a esta tesis, pero en lo que se considera una posición intermedia, se encuentran algunos autores que han utilizado un sinnúmero de adjetivos para el derecho del acreedor condicional, tales como, derecho en germen, derecho embrionario, derecho rudimentario, derecho imperfecto<sup>199</sup>. La lógica utilizada en

---

<sup>196</sup>Pothier cit. en M. Borja. *Teoría General de las Obligaciones*. 16ª ed. México: Editorial Porrúa, 1998, p. 395. Photier cit. en L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro cuarto: Teoría General de las Obligaciones*. Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, p. 178.

<sup>197</sup>Planiol cit. en M. Borja. *Teoría General de las Obligaciones*. 16ª ed. México: Editorial Porrúa, 1998, p. 395. Planiol cit. en L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro cuarto: Teoría General de las Obligaciones*. Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, p. 178.

<sup>198</sup> L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro cuarto: Teoría General de las Obligaciones*. Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, p. 179.

<sup>199</sup>R. Meza Barros. *Manual de Derecho Civil y las Obligaciones*. 9ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 80. Meza Barros se refiere al derecho condicional como un derecho en germen, un derecho imperfecto y rudimentario, un derecho embrionario que no le confiere los atributos de una relación jurídica perfecta. Dicho autor afirma que si bien el acreedor no tiene un derecho cabal, si tiene un germen de derecho que se revela en múltiples ocasiones como en la facultad que tiene el acreedor de pedir las medidas conservativas necesarias y la posibilidad de transferir su derecho a sus herederos. Cfr. M. Borja Soriano. *Teoría General de las Obligaciones*. 16ª ed. México: Editorial Porrúa,

éstos términos sugiere una suerte de desdoblamiento del derecho condicional, es decir, la existencia de un derecho preparatorio orientado a conseguir el derecho definitivo; ahí se encuentra la justificación para que el acreedor condicional tenga ciertas facultades como la de pedir medidas conservativas. Este es precisamente el razonamiento que se debe utilizar para entender a las EF. Las disposiciones legales pertinentes para los defensores de esta tesis coinciden con las disposiciones de la tercera.

La tercera tesis sostiene que la condición suspensiva no impide el nacimiento de los derechos y obligaciones sino que suspende el ejercicio de los primeros y la exigibilidad de las últimas. Son varios los argumentos que le dan cabida a esta tesis. Primero, se encuentran presentes todos elementos constituyentes de una relación jurídica<sup>200</sup>. Segundo, la naturaleza jurídica de la condición suspensiva que, junto con el modo y el plazo, son modalidades a las que está sujeta una obligación y su derecho correlativo; no son fuentes<sup>201</sup>. Tercero, la ley le atribuye al acreedor condicional facultades que no podría tener si el derecho no existiera como son las de solicitar medidas conservativas y la de transmitir su derecho a sus herederos<sup>202</sup>.

Siguiendo con la línea de pensamiento de esta tesis, el derecho condicional se diferencia del derecho puro y simple porque pendiente la condición, no es exigible.

1998, p. 395. En una similar línea de pensamiento encontramos a Miguel Borja Soriano, quien sostiene que “hasta el cumplimiento de la condición suspensiva la obligación no existe de una manera perfecta y que el acreedor tiene más que no esperanza, tiene un derecho, tiene un derecho en germen”.

<sup>200</sup>L. Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro cuarto: Teoría General de las Obligaciones*. Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2006, p. 181, 183. Luis Parraguez afirma que existen tanto acreedor y deudor perfectamente individualizados, una prestación clara y determinada, y una afectación patrimonial, y además, una clara intención de las partes en orden a crear una obligación. Además, el mismo autor, citando a Claro Solar, afirma que nuestro CC, se refiere a “acreedor” y “deudor” cuando habla de condiciones suspensivas; cosa que no sería posible si no existiese un crédito o una deuda, por lo cual, se hace evidente el vínculo jurídico. Esto último se evidencia en disposiciones como las de los artículos 1492, 1493, 1502, 1506, 1507, etc.

<sup>201</sup>L. Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro cuarto: Teoría General de las Obligaciones*. Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2006, p. 180. El mismo autor se pronuncia sobre este tema diciendo que el “suponer que la obligación nace por el hecho del cumplimiento de la condición es atribuir a este acontecimiento un carácter de fuente obligacional que indudablemente no tiene”. En este sentido, recuerda el autor, que las fuentes de las obligaciones se encuentran en el artículo 1453 del CC y son el contrato, el cuasicontrato, el delito y cuasidelito civiles, y la ley.

<sup>202</sup> L. Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro cuarto: Teoría General de las Obligaciones*. Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2006, p. 183.

En este sentido, afirma Ospina que, la no exigibilidad no significa que los derechos condicionales no existan, puesto que, suponer lo contrario sería desconocer la institución de los derechos y de las obligaciones condicionales<sup>203</sup>. Con la mera expectativa, el derecho condicional se diferencia porque la primera constituye una simple esperanza de lograr algo (como la del heredero de suceder a su causante), y entre esa esperanza y el evento que puede transformarla en realidad (muerte del causante), “hay toda una serie de posibilidades, sucesos previsibles e imprevisibles, capaces de inferir para que la expectativa jamás se concrete<sup>204</sup>”. Por otro lado, el derecho condicional “está subordinado a un evento único, previsto y precisado con toda claridad, y por tal razón, la ley le proporciona un relativo amparo<sup>205</sup>”. Cuando analizamos la tesis 2, observamos que ésta califica al derecho condicional como un derecho “en germen”, “en gestación”, “embrionario” sugiriendo un desdoblamiento entre derecho preparatorio y derecho definitivo. Sobre este tema se pronuncian Alessandri, Somarriva, y Vodanovic, quienes afirman que esta expresión carece de significación jurídica y produce extrañeza cuando se afirma que pueden transferirse porque jurídicamente no se concibe la idea de transferir otra cosa que no sea derechos ya sea en su aspecto activo o pasivo<sup>206</sup>.

Si bien nuestro CC contiene disposiciones que sirven de sustento legal para la tesis 1, también las tiene para sustentar a las otras 2 tesis; todo dependerá de que enfoque se las observe. Estas disposiciones obedecen a las facultades que le otorga la ley al acreedor condicional que son la de pedir medidas conservativas y la de transferir su derecho. Sobre el tema de medidas conservativas, el artículo 1508 estipula que: “El acreedor podrá solicitar durante dicho intervalo las providencias conservativas necesarias”. El artículo 774, que si bien es cierto su primer párrafo no le confería derecho alguno al fideicomisario y sirve de argumento para la tesis 1 y 2, su segundo párrafo afirma que el fideicomisario, sin embargo, podrá pedir las

---

<sup>203</sup>G. Ospina. E. Ospina. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. 7ª ed. Bogotá: Temis, 2005, p. 373.

<sup>204</sup>L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro cuarto: Teoría General de las Obligaciones*. Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, p. 181.

<sup>205</sup>Ibídem, 182.

<sup>206</sup>A. Alessandri. M. Somarriva. A. Vodanovic. *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 320.

providencias conservatorias que le convengan si la propiedad pareciere peligrar o deteriorarse en manos del fiduciario. Similar es el caso del 1106, el cual afirma que, si bien las asignaciones testamentarias bajo condición suspensiva no le confieren al asignatario derecho alguno, le confieren el derecho de pedir las providencias conservativas necesarias. El artículo 127 de la LMV afirma que, entre los derechos del beneficiario, está el de “Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil”. Sobre la segunda facultad otorgada al acreedor condicional, está el artículo 1508 del CC, que en su inciso primero, afirma que el derecho del acreedor que fallece en el intervalo del contrato condicional y el cumplimiento de la condición, se transmite a sus herederos; y lo mismo sucede con la obligación del deudor<sup>207</sup>.

Ahora bien, una vez analizadas las 3 tesis sobre el efecto de la condición suspensiva, es preciso abordar los efectos que la ley le otorga a la fase de la pendencia de la condición. Además de los que ya se expusieron, los efectos son los siguientes<sup>208</sup>: (1) El acreedor no puede exigir al deudor el cumplimiento de la obligación condicional antes de que esta se verifique, y si este último paga, tiene derecho a repetir lo pagado<sup>209</sup>. (2) Como el crédito no puede reclamarse mientras la condición esté pendiente, no corre contra el mismo la prescripción extintiva que opera desde el momento que la obligación es exigible<sup>210</sup>.

El estudio de estas 3 tesis arroja algunas conclusiones sobre el beneficiario cuando su derecho está sujeto a condición suspensiva. En primer término, la tesis 1 se aleja por completo al caso en estudio, puesto que, considerar que el beneficiario tenga una mera expectativa sería desconocer todas las prerrogativas que le confiere tanto el CC como la LMV con el fin de proteger su derecho. Ahora bien, la tesis 3

---

<sup>207</sup> Es preciso dejar en claro que el segundo inciso excluye esta facultad para los casos de asignaciones testamentarias y donaciones entre vivos.

<sup>208</sup> L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro cuarto: Teoría General de las Obligaciones*. Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, p. 184.

<sup>209</sup> La disposición se encuentra en el artículo 1501 del CC que estipula lo siguiente: “Art. 1501.- No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente. Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido”.

<sup>210</sup> La disposición se encuentra en el segundo inciso del artículo 2438 que, al hablar de la prescripción extintiva, estipula que se cuenta el tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.

es la que más se acerca a las disposiciones de nuestro código en lo que al acreedor condicional de manera genérica se refiere, sin embargo, y como ya se expuso, el caso del beneficiario es un caso especial porque su derecho dependerá del alcance que le haya dado el constituyente en el contrato. Adicionalmente, el funcionamiento del negocio sugiere que el constituyente prevea que la condición se cumpla para que el beneficiario adquiera el derecho sino no tendría sentido su estipulación. Es por esta razón, que la tesis 2 es la que más se ajusta porque mientras pende la condición el beneficiario no tiene una mera expectativa sino tiene una “expectativa fiduciaria” o un “derecho preparatorio” orientado a la formación de un derecho subjetivo perfecto y aportable.

#### **3.3.2.2.4 ¿Cuándo estamos frente a una expectativa fiduciaria y cuando frente a un derecho fiduciario?**

*El beneficiario como acreedor a plazo.*- Retomando la conclusión a la que se llegó en párrafos anteriores, el beneficiario de un contrato de fideicomiso mercantil, cuyo derecho se encuentre sujeto a plazo suspensivo, tiene un DFA, puesto que, lo único que está en suspenso es su ejercitabilidad mientras el plazo no esté vencido.

Para ilustrar este caso se propondrá el siguiente ejemplo: Juan Pérez, propietario de un terreno, quiere construir un edificio que cuente con 3 departamentos para repartirlos entre Ana, Bianca, y Carmen. Para la construcción del edificio, constituye un fideicomiso mercantil llamado Depot1 contratando a la empresa Mobilitas S.A. Juan estipula que la empresa Mobilitas S.A tiene facultadas amplias para lograr el fin que es la construcción y administración del edificio para que, el 15 de mayo de 2017, transfiera la propiedad de los departamentos a Ana, Bianca, y Carmen. En este caso estamos frente a un fideicomiso inmobiliario y de administración, cuyo constituyente, Juan Pérez, transfiere la propiedad del terreno al patrimonio autónomo llamado Depot1 representado legalmente por la fiduciaria Mobilitas S.A. para que construya y administre un edificio de tres pisos. Los beneficiarios, Ana, Bianca, y Carmen, recibirán cada una un derecho real de dominio sobre un departamento cuando se cumpla el plazo establecido en el contrato.

En el caso expuesto existe una estipulación con día cierto y determinado, es decir, un plazo por naturaleza. El beneficiario cuenta con un DFA. A este supuesto se le suman dos más; los de día cierto e indeterminado y día incierto pero determinado, siempre y cuando se utilice la fórmula “hasta un día”. Ejemplo: “El fideicomiso mercantil mantendrá la propiedad de los bienes hasta la muerte del padre de los beneficiarios” (Día cierto pero indeterminado) y “El fideicomiso mercantil mantendrá la propiedad de los bienes hasta que los beneficiarios cuando cumplan la mayoría de edad” (Día incierto pero determinado). En estos dos supuestos existe también un DFA, sin embargo, cuando el plazo es indeterminado enfrenta un problema en cuanto a su aportación por los requisitos que debe cumplir un crédito para ser susceptible de aporte; por esta razón se sostiene que debe analizarse cada caso.

*El beneficiario como acreedor condicional.-* Volvamos al mismo ejemplo, Juan Pérez transfiere la propiedad de su terreno al fideicomiso mercantil Depot1 representado legalmente por la empresa Mobilitas S.A para la construcción y administración de tres departamentos que deberán ser restituidos a los beneficiarios Ana, Bianca, y Carmen cuando cumplan con el pago de 4 cuotas de 25.000 USD cada una. La hipótesis es la misma que usamos para explicar el caso del plazo con la diferencia de que ahora el derecho de los beneficiarios está sujeto a la condición suspensiva que paguen la totalidad de las cuotas.

Ana acepta la calidad de beneficiario del fideicomiso mercantil, consecuentemente, tiene la calidad de tal y se adhiere al contrato. Mientras Ana no pague ninguna de las cuotas, en realidad, no tiene ningún DFA por el hecho de que la condición no se ha cumplido, y el alcance que el fiduciario le dio a sus derechos depende específicamente del pago del pago de las cuotas, entonces, lo que Ana tiene en este momento es una EF.

Bianca por otro lado, acepta la calidad de beneficiario del fideicomiso mercantil y cumple con el pago de la primera cuota, es decir, de 25.000 USD. Con el pago de la primera cuota, Bianca se adhiere al contrato de fideicomiso mercantil y adquiere un derecho de crédito sobre los USD 25.000.

Por último, Carmen acepta su calidad de beneficiario del contrato de fideicomiso mercantil, y transcurrido cierto tiempo, paga la totalidad de las cuotas, es decir, 100.000 USD. Cumplida la totalidad del pago, Carmen cuenta con el derecho personal a que se le transfiera la propiedad del departamento. En consecuencia, Carmen cuenta con DFA sobre la totalidad del inmueble avalado en 100.000 USD.

### **3.4 Precisiones sobre los DFA**

En el análisis previo se ha enmarcado a los derechos fiduciarios dentro de la teoría de la teoría del acreedor a plazo y acreedor condicional, y bajo ese razonamiento, y en concordancia con los requisitos que impone el artículo 10 de la LC, las directrices en cuanto a la aportación de derechos fiduciarios son las siguientes: Cuando el derecho del beneficiario esté sujeto a plazo suspensivo, los DFA serán susceptibles de aporte siempre y cuando el plazo sea determinado. Si el DFA está sujeto a condición suspensiva será susceptible de aporte cuando ésta última se haya cumplido en razón de que ya son exigibles. En los dos casos mencionados, deberá cumplirse el porcentaje mínimo en numerario o en bienes. Por último, los CDF (título del aporte) se transferirán conforme a las reglas de la cesión ordinaria expuestas en el CC y en las disposiciones pertinentes.

Debido a la complejidad que presenta el negocio fiduciario, y conforme al criterio de la LC ecuatoriana en cuanto a los aportes en especie, es imperativo que se revise en cada caso el derecho fiduciario que se pretende aportar con el fin de determinar su valoración económica.

### **3.5 Análisis del criterio de la Intendencia de Valores sobre los derechos fiduciarios como objeto de aportación al capital social. Revisión de los principales argumentos**

Mediante resolución 97.1.7.3.0011, publicada en el Registro Oficial 141 el 29 de agosto de 1997, la Superintendencia de Compañías declaró con pleno vigor las doctrinas emitidas por dicho órgano de control. En el artículo 4 de la mencionada

resolución, declara que las doctrinas son obligatorias para la Superintendencia de Compañías y que su cumplimiento es forzoso para las sociedades sujetas a su control y vigilancia, sin embargo, por ser trabajos doctrinarios, su contenido merece ser estudiado y revisado y es justamente lo que se realizará a continuación.

La Doctrina 55 de la Superintendencia de Compañías hace referencia a los aportes de crédito, y su interpretación sobre el artículo 10 de la LC es el siguiente:

Los “créditos” a que se refiere el sexto inciso del artículo 10 de la Ley de Compañías son los que se entienden por tales en sentido restringido, es decir, los de carácter monetario, y, más aún, los que teniendo tal carácter se hallaren materializados en algún instrumento especial como las letras de cambio y los pagarés a la orden<sup>211</sup>.

La Doctrina 10 de la Intendencia de Valores recoge este criterio y se manifiesta en contra de la aportación de derechos fiduciarios al capital social de una sociedad mercantil bajo la siguiente línea argumentativa:

1.- Reconoce que “la relación jurídica personal, que deviene del contrato de fideicomiso mercantil, da lugar al nacimiento de derechos fiduciarios, que conlleva a la existencia de un titular de tales derechos fiduciarios<sup>212</sup>”. Es decir, el ente de control reconoce la naturaleza de derechos personales de los derechos fiduciarios apoyándose también el artículo 136 de la Ley de Mercado de Valores que establece que quienes tengan derechos contractuales derivados de un contrato de fideicomiso los deberán contabilizar en sus libros<sup>213</sup>.

---

<sup>211</sup> Superintendencia de Compañías. Doctrina 55. “Integración o Pago de Capital con Créditos”. *Doctrinas Jurídico Societarias de la Superintendencia de Compañías*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p.44.

<sup>212</sup> Intendencia de Valores. *Doctrina 10. Aporte de Derechos Fiduciarios al Capital Social de una Compañía*. Disponible en:

[http://www.supercias.gov.ec/paginas\\_htm/mercado/marco\\_legal/Doctrinas.htm](http://www.supercias.gov.ec/paginas_htm/mercado/marco_legal/Doctrinas.htm)

<sup>213</sup> *Ibidem*. El ente de control acude al CC, en especial, al artículo 615 (actual 596) que establece que los este tipo de derechos sólo pueden reclamarse por ciertas personas por un hecho suyo o disposición de la ley Por lo expuesto, concluye que los derechos que devienen de la relación fiduciaria son transferibles vía cesión ordinaria por en los términos previstos Título XXIV del CC y en el CPC, puesto que, la cesión es la transferencia de derechos personales que al acreedor le pertenecen.

2.- Establece que los CDF constituyen “simples certificaciones o constancias que extiende el fiduciario a petición del constituyente y/o beneficiario, de su participación en el fideicomiso, conforme a lo previsto en el respectivo contrato<sup>214</sup>”, y en consecuencia, no “constituye este documento en manera alguna, un título valor negociable en el mercado de valores, pues la Ley de Mercado de Valores no lo califica como tal, ni el Consejo Nacional de Valores, en virtud de la facultad conferida por el Art. 2 de la Ley Ibídem, al amparo de la ley vigente lo ha determinado como valor<sup>215</sup>”. A esto agrega, en concordancia con el artículo 2 y 229 de la LMV, que estas certificaciones no constituyen títulos ejecutivos para los efectos del artículo 423 del CPC con una clara excepción de los títulos que provienen de procesos de titularización<sup>216</sup>. Sobre los CDF la Doctrina 1 de la Intendencia de Valores guarda el mismo criterio<sup>217</sup>.

3.- Por último, afirma que los derechos fiduciarios no pueden ser aporte para el capital social de una compañía por las siguientes razones: (1) Porque los créditos que se transfieran deben estar materializados en un instrumento o documento, y además, ser susceptibles de entrega, cesión, o endoso, es decir, deben ser títulos valor en virtud del artículo 10 de la Ley de Compañías. (2) Porque debe entenderse en sentido estricto el término crédito, es decir, que tales son de carácter monetario. (3) Porque el contrato de fideicomiso mercantil no necesariamente puede prever la exigibilidad del derecho en un plazo determinado, que para este caso la ley exige que no sea mayor a doce meses. (4) Porque en el caso de aporte de créditos, debe pagarse en numerario o en bienes el porcentaje mínimo que la ley prevé para la constitución de una compañía

---

<sup>214</sup> Intendencia de Valores. *Doctrina 10. Aporte de Derechos Fiduciarios al Capital Social de una Compañía*. Disponible en:

[http://www.supercias.gov.ec/paginas\\_htm/mercado/marco\\_legal/Doctrinas.htm](http://www.supercias.gov.ec/paginas_htm/mercado/marco_legal/Doctrinas.htm)

<sup>215</sup>Ibídem.

<sup>216</sup> Intendencia de Valores. *Doctrina 10. Aporte de Derechos Fiduciarios al Capital Social de una Compañía*. Disponible en:

[http://www.supercias.gov.ec/paginas\\_htm/mercado/marco\\_legal/Doctrinas.htm](http://www.supercias.gov.ec/paginas_htm/mercado/marco_legal/Doctrinas.htm)

<sup>217</sup> Intendencia de Valores. *Doctrina 1. Certificados de Derechos Fiduciarios*. Disponible en: [http://www.supercias.gov.ec/paginas\\_htm/mercado/marco\\_legal/Doctrinas.htm](http://www.supercias.gov.ec/paginas_htm/mercado/marco_legal/Doctrinas.htm)

según su especie. (5) Porque el aporte debe corresponder al género de comercio de la compañía<sup>218</sup>.

En los siguientes apartados se analizará uno por uno los argumentos enumerados en el párrafo anterior.

### **3.5.1 Los Certificados de Derechos Fiduciarios Como Simples Constancias o Certificaciones. La Interpretación del Artículo 10 de la Ley de Compañías.**

Estableciendo que los derechos fiduciarios son, en efecto, derechos personales, y que además, son transferibles vía cesión ordinaria en los términos previstos Título XXIV del CC y en el CPC, la Intendencia de Valores profundiza en la naturaleza jurídica de los CDF. La razón por la que se considera inicia con este análisis es porque constituye un preámbulo para exponer el argumento más fuerte que se revela en su criterio, que es, la no “ejecutabilidad” de este tipo de derechos.

Cuando se expuso todo el régimen que gira alrededor de los CDF, quedó claro que constituyen simples constancias documentales y que bajo ningún concepto pueden ser considerados títulos valor. Ahora bien, la Intendencia de Valores reitera este razonamiento y establece la excepción que son los CPDF.

El artículo 10 de la LC establece que, en los aportes de créditos, la persona que “entregue, ceda, o endose, los documentos de crédito [...]. La Intendencia entiende que el motivo por el cual la ley enumera a la entrega, cesión, o endoso, significa que los créditos deben estar materializados en un título valor. Similar criterio ha expuesto la Superintendencia de Compañías, que en su Doctrina 55 interpreta la citada disposición advirtiendo que el hecho que la ley se refiera a la entrega, cesión, o endoso

[...] necesariamente se vincula con las mecánicas de los traspasos de los créditos documentados que establece el artículo 204 del Código de Comercio. Por consiguiente, el sexto inciso del artículo 10 de la LC no se

---

<sup>218</sup>Intendencia de Valores. *Doctrina 10. Aporte de Derechos Fiduciarios al Capital Social de una Compañía*. Disponible en: [http://www.supercias.gov.ec/paginas\\_htm/mercado/marco\\_legal/Doctrinas.htm](http://www.supercias.gov.ec/paginas_htm/mercado/marco_legal/Doctrinas.htm).

refiere a los derechos personales o crediticios que se comprenden en la definición que ofrece el artículo 615 (actual 596 del CC)<sup>219</sup>”.

El limitar la disposición del artículo 10 de la Ley de Compañías a la aportación de créditos que únicamente se encuentren materializados en un título valor constituye una interpretación restringida que cae en el error de desconocer que un instrumento como es el contrato de fideicomiso mercantil, puede, en algunos casos, reconocer un derecho personal. Adicionalmente, el artículo 596 del CC trata como sinónimos a los derechos personales y a los créditos, por esta razón, no se debe pensar que la materialización en un título valor sea requisito para ser considerado crédito. Por último, cuando la Intendencia concluyó sobre la naturaleza jurídica de los derechos fiduciarios, afirmó que éstos son susceptibles de cesión ordinaria conforme las reglas del Título XXIV del CC; lo cual se acogería a la terminología utilizada por el artículo 10 de la LC.

La interpretación del ente de vigilancia y control cae en el error de confundir al derecho con el documento. En este sentido, el artículo 233 de la LMV, sobre los títulos valor, afirma que estos “incorporan un derecho literal y autónomo que se ejercita por su portador legitimado según la ley [...]” Esta definición, Según Santiago Andrade, se basa en la definición clásica de César Vivante quien afirma que el título valor es “el documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo expresado en él<sup>220</sup>”. Si analizamos estas dos definiciones vemos que se aborda el tema de la incorporación del derecho al título. En este sentido, Garrigues afirma que:

[...] no se quiere decir que el derecho se materialice al fundirse con el título y que, por consiguiente, existan derechos corporales y derechos incorporales; lo que se quiere expresar es que el título como cosa corporal y el derecho como cosa incorporal son y permanecen esencialmente distintos; pero que en el ámbito de su conexión representan una creación jurídica unitaria<sup>221</sup>”

---

<sup>219</sup> Superintendencia de Compañías. Doctrina 55. “Integración o Pago del Capital Social con Créditos”. *Doctrinas Jurídico Societarias de la Superintendencia de Compañías*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p.45.

<sup>220</sup>Vivante cit. por S. Andrade. *Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano*. Quito: Andrade & Asociados Fondo Editorial. 3ª Edición, 2006. p. 36.

<sup>221</sup>Garrigues cit. S. Andrade. *Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano*. Quito: Andrade & Asociados Fondo Editorial. 3ª Edición, 2006, p. 73.

Es decir, derecho y título son cosas totalmente distintas y no debe entenderse que el legislador quiso eliminar la posibilidad de aportar cualquier derecho personal que no sea “cartular”.

Como ya advertimos, el criterio sobre la naturaleza jurídica de los CDF lleva implícito el argumento de ejecutabilidad, de no ser así, no habría sentido en tal argumentación. Este criterio apunta a que la Intendencia de Valores entiende que por ejecutabilidad se entiende que es reclamable en juicio ejecutivo.

Cuando analizamos la Segunda Directiva de la CEE, sus trabajos previos se orientaban a que los aportes debían ser ejecutables o expropiables, o de ejecución forzada. El razonamiento que consideramos se utilizó es que deben ser “realizables”, es decir, que se puedan reclamar así sea en vía ordinaria. No debe confundirse la ejecutabilidad como la posibilidad de reclamar un derecho por vía ejecutiva pues esa constituye la acepción procesal de la palabra.

Sin embargo de lo expuesto, los derechos del constituyente beneficiario o del tercero beneficiario, según el caso, se encuentran especificados en el contrato. Éste último requiere de la solemnidad de hacerse por escrito mediante el otorgamiento de escritura pública, en consecuencia, en virtud de lo que dispone el 413 del CPC, el contrato de fideicomiso mercantil, en principio, serviría como título ejecutivo para reclamar los derechos que se estipulan en él. Debido a la complejidad de este tipo de negocio, es obligatorio analizar cada caso, puesto que, no siempre el contrato tiene obligaciones ejecutivas.

### **3.5.2 Los Créditos Deben Tener Carácter Monetario**

El segundo argumento que presenta la Intendencia de Valores hace referencia a que los créditos susceptibles de aporte deben necesariamente tener carácter monetario. La Doctrina 55 de la Superintendencia de Compañías guarda la misma línea de razonamiento afirmando que los créditos que describe el artículo 10 de la LC hacen referencia:

[...] a los que representan obligaciones monetarias y documentales, con plazos no mayores de doce meses, contraídas por terceras personas – con

orígenes extraños a la constitución o al aumento de capital de que se trate en beneficio del suscriptor de las participaciones o de las acciones que serán pagadas parcialmente con tales créditos. Por consiguiente, los “créditos” del citado artículo 10 deben hallarse – como “activos” – en el patrimonio del socio que los va a aportar y transferir.

El fundamento para este argumento, se cree, proviene de la disposición del artículo 13 del Título V de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores que estipula que los CDF no pueden contener un valor económico. Ahora bien, la ley, a los CDF, les ha otorgado la calidad de simples constancias documentales del derecho que tiene el beneficiario en el contrato, y por tal razón, ha decidido no incluir en ellas un valor económico, no es menos cierto que en el contrato de fideicomiso mercantil se encuentran todos los elementos para apreciar el crédito en dinero.

La tesis de la Intendencia de Valores aparentemente sugiere que por “carácter monetario” se entiende que sea susceptible de valoración en numerario. Esta tesis es muy limitada porque, desde esta perspectiva, el único bien con carácter monetario sería el dinero; se cree que ésta no ha sido la intención del legislador. Contraria a esta tesis, se entiende que el “carácter monetario” hace referencia a que sea susceptible de valoración económica. En este sentido, un derecho personal esté o no esté en un título valor tiene carácter monetario porque es susceptible de valorarse en dinero en un momento determinado en el mercado adecuado. De no ser así, el único bien con “carácter monetario” sería el dinero.

El artículo 136 de la LMV, como se expuso, afirma que los que tengan derechos fiduciarios sea como constituyentes, constituyentes adherentes, o beneficiarios, deberán contabilizarlos en sus libros. Ajustando la disposición al razonamiento realizado durante este trabajo, una EF debería estar registrada en los libros contables, sin embargo, cumplida la condición, lo que se encuentra registrado es un DFA.

Un DFA es un derecho personal que, económicamente, es un flujo. En términos contables, éste derecho se registra en las cuentas por cobrar teniendo

como justificación el contrato de fideicomiso porque es un derecho ya adquirido esté o no incorporado a un título valor.

Con motivo de reforzar el presente argumento, se hará referencia al sistema colombiano en cuanto al aporte de crédito. En este sentido, el artículo 125 del CCo colombiano estipula:

El aporte de un crédito solamente será abonado en cuenta del socio cuando haya ingresado efectivamente a la caja social. El aportante de cualquier crédito responderá de su existencia, de la legitimidad del título y de la solvencia del deudor. Dicho crédito deberá ser exigible dentro del año siguiente a la fecha del aporte. Si el crédito no fuere totalmente cubierto dentro del plazo estipulado, el aportante deberá pagar a la sociedad su valor o el faltante, según el caso, dentro de los treinta días siguientes al vencimiento, con los intereses corrientes del monto insoluto y los gastos causados en la cobranza. Si no lo hiciere, la sociedad dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 125.

La disposición del CCo colombiano es bastante similar a la del artículo 10 de la LC. Luis Neira, haciendo referencia las regulaciones que la ley hace al aporte de crédito, asegura que éstas

[...] indican que para la ley el aporte de crédito es un aporte en dinero en el que se ha estipulado un plazo para su pago. No se pueden interpretar de otra manera las normas sobre la garantía que presta el aportante del pago del crédito, sobre el abono del mismo únicamente en el momento de su pago. Por ello los créditos no están sujetos al régimen de los aportes en especie<sup>222</sup>.

Por otro lado, Francisco Reyes Villamizar aclara que “no sobra precisar que existe amplia libertad legal para aportar toda clase de créditos, sin importar la forma como estos se materialicen, siempre que se cumplan las condiciones establecidas por el artículo 129 del Código citado [...]”.

Si bien jurídicamente los créditos se ubican en los aportes en especie de bienes incorporales, este razonamiento resulta muy válido, puesto que, introduce la idea de que el crédito es tratado, para motivo de aporte, como un aporte en dinero que se encuentra sujeto a un plazo.

---

<sup>222</sup>L. Neira. *Apuntaciones Generales al Derecho de Sociedades*. Bogotá: Editorial Temis S.A, 2006, p. 66.

### 3.5.3 Que Sean Exigibles en un Plazo de Doce Meses

El artículo 10 de la Ley de Compañías establece que el plazo de exigibilidad para los créditos no puede exceder de doce meses. Es preciso dejar claro que el plazo de doce meses que establece la ley se repite en otras disposiciones, como por ejemplo, la del segundo inciso del artículo 102 de la LC que estipula que “[...] el saldo deberá integrarse en un plazo no mayor de doce meses, a contarse desde la fecha de la constitución de la compañía”.

La ley, consciente de que el crédito debe efectivizarse, toma algunas precauciones, como la del plazo de doce meses, el cubrir el capital mínimo en numerario, y el modificar el sistema tradicional sobre créditos en cuanto a la responsabilidad del cedente. En virtud de lo último, el artículo 10 de la LC establece que quien entregue, ceda, o endose los documentos de crédito quedará solidariamente responsable con el deudor por la existencia, legitimidad, y pago del crédito. El artículo 1848 del CC estipula lo siguiente:

El que cede un crédito a título oneroso se hace responsable de la existencia del crédito al tiempo de la cesión, esto es, de que verdaderamente le pertenecía en ese tiempo; pero no se hace responsable de la solvencia del deudor, si no se compromete expresamente a ello; ni en tal caso, se entenderá que se hace que se hace responsable de la solvencia futura, sino sólo de la presente, salvo que se comprenda expresamente la primera; ni se entenderá la responsabilidad sino hasta el monto del precio o emolumento que hubiere reportado la cesión, a menos que expresamente se haya estipulado otra cosa.

Tal y como afirma Carlos Ramírez,

[...] conforme al derecho común, el cedente de un crédito responde de la existencia y legitimidad de éste, pero no de la solvencia del deudor. En cambio si se aporta un crédito a una compañía sí está obligado a responder de la solvencia del deudor, puesto que de esta manera aseguramos el aporte real a la compañía, por lo que el pacto en contrario no produce efectos<sup>223</sup>”.

---

<sup>223</sup>C. Ramírez. *Manual de Práctica Societaria*. Tomo I. 4ª ed. Loja: GraficPlus, 2010.

### **3.5.4 La Exigencia de que el Capital Mínimo Establecido por ley se Pague en Numerario o Bienes.**

Como otra de las precauciones que la ley ha tomado para el aporte de créditos, se encuentra que se cubra en numerario o en bienes el capital mínimo. En este sentido, “la transferencia del aporte está sometido a la condición suspensiva de que se produzca el pago<sup>224</sup>”, por tal razón, se asegura con numerario o en bienes el capital mínimo.

La exigencia de un capital mínimo, como se ha expresado en el presente trabajo, corresponde a un criterio garantista del capital social que se refleja en nuestra legislación, la cual, no permite que exista patrimonio sin activo, es decir, la compañía jamás pudiera constituirse si el mínimo exigido por ley se aporta con derecho sujeto a plazo. Esta idea es inconcebible tanto en el caso de la compañía, así como también, para el caso del fideicomiso mercantil.

En virtud de que la ley trata a los derechos fiduciarios como categoría única, dentro de esa categoría, es imperativo hacer un análisis económico y jurídico con el fin de determinar cuando estamos frente a un DFA, que además, debe cumplir con los requisitos que establece el artículo 10 de la LC como es el caso de que sea exigible en un plazo de doce meses y se aporte en numerario o bienes el capital mínimo. Por tal razón, se ha dicho que no todos son susceptibles de aporte.

### **3.5.5 Que los Aportes Correspondan al Género de la Compañía**

Para el caso de las compañías de responsabilidad limitada y anónima, se aplica la regla que no se puede aportar nada que no corresponda al género de comercio de la compañía. En este sentido, dice el párrafo segundo del artículo 102 de la LC que: “[...] Las aportaciones pueden ser en numerario o en especie y, en este último caso, consistir en bienes muebles o inmuebles que correspondan al

---

<sup>224</sup> F. Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo I. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 238.

género de comercio de la compañía [...]”. De igual forma, el 161 del mismo cuerpo legal expresa lo siguiente:

Art. 161.- Para la constitución del capital suscrito las aportaciones pueden ser en dinero o no, y en este último caso, consistir en bienes muebles o inmuebles. No se puede aportar cosa mueble o inmueble que no corresponda al género de comercio de la compañía.

El primer tema a analizar en este argumento es que se entiende como correspondencia al género de la compañía, ¿significa que debe corresponder con el objeto social? De ser así, no sería válido aportar una oficina a la constitución de compañía florícola, puesto que, la oficina no corresponde al objeto social de la compañía. En este sentido, se cree que el objeto representa la capacidad de cada compañía, la actividad que puede realizar.

La palabra género, consideramos, no hace referencia al objeto social de la compañía, sino más bien, a su naturaleza. Para dejarlo más claro, una compañía puede tener un género limitado como una florícola o un género ilimitado como una comercializadora. Ahora bien, si existe un género, debe necesariamente existir una especie; la especie sería lo que cada compañía hace de su objeto social.

Dicho lo anterior, se puede decir que las compañías tienen el mismo género que es el que necesita bienes que le sirva para la actividad mercantil. Por tal razón, cuando se acepta un aporte en especie, se entiende que es en beneficio de la compañía, es decir, que le sirva para dicha actividad, y para ello, necesita del objeto social y de los medios para alcanzar ese objeto social.

En suma, el razonamiento que se debe seguir es que si bien los créditos jurídicamente son aportes en especie de bienes incorporales, la ley, por necesaria analogía, los trata como aportes en numerario sujeto a un plazo.

## **CAPÍTULO IV**

### **CONCLUSIONES**

- La noción clásica de capital social determina que la función esencial que éste debe cumplir es la de servir como garantía a terceros acreedores de la sociedad. Dicha noción se refleja tanto en la legislación como en el criterio institucional de la Superintendencia de Compañías y la Intendencia de Valores, que exigen, entre otros requisitos, el de ejecutabilidad en cuanto a los aportes de créditos; género donde se ubican los derechos fiduciarios.
  
- Los derechos provenientes de un contrato de fideicomiso mercantil o derechos fiduciarios, son tratados por la ley y la doctrina como una categoría única, sin tomar en cuenta la variedad de hipótesis que se pueden presentar en el mencionado negocio. En el presente trabajo se ha propuesto, dentro de los derechos fiduciarios, una clasificación que los divide en: (1) Derechos Fiduciarios Legales (DFL). (2) Expectativas Fiduciarias (EF). (3) Derechos

Fiduciarios Aportables (DFA). Para determinar cuando existe una EF y cuando un DFA, se realizó un análisis del derecho del beneficiario desde la perspectiva del acreedor condicional y a plazo. Bajo este razonamiento, cuando el beneficiario es un acreedor a plazo, existirá un DFA mas no una EF siempre que el plazo sea determinado, mientras que cuando es acreedor condicional, existirá un DFA cuando la condición se haya cumplido. No obstante, es imperativo que se revise en cada caso el derecho fiduciario que se pretende aportar con el fin de determinar su valoración económica.

- El criterio institucional que ha recogido la Intendencia de Valores en la Doctrina 10, que a su vez, encuentra su respaldo en la Doctrina 55 de la Superintendencia de Compañías, se reduce a que no es posible el aporte de derechos fiduciarios porque los CDF no son títulos valor, por lo tanto, no son ejecutables; porque los créditos deben tener carácter monetario; porque deben ser exigibles en un plazo no mayor de doce meses; porque el porcentaje mínimo debe pagarse en numerario o bienes; y, porque los aportes deben corresponder al género de la compañía.
- El argumento de que un derecho fiduciario contenido en un CDF no pueda ser objeto de aporte porque este último no constituye título valor y el artículo 10 de la LC establece que los aportes de créditos deban realizarse mediante entrega, cesión, o endoso de los documentos de crédito, refleja que se está confundiendo el derecho con el documento de crédito y no interpreta el verdadero sentido de la disposición. De ser así, sería imposible la aportación de cualquier derecho que no se halle materializado en un título valor.
- La “ejecutabilidad” no debe entenderse en su sentido procesal, sino más bien, debe analizarse desde la perspectiva de que el derecho es “realizable”, es decir, que se pueda reclamar sin importar que no sea por vía ejecutiva. El requerimiento de que los créditos que se aporten deban ser ejecutables, por tanto, contenidos en un título valor, pone de manifiesto el criterio garantista

del ente de control que incluso, consideramos, supera el de la ley porque esta última no exige el requisito de “ejecutabilidad”.

- El argumento que los créditos deben tener valor monetario en virtud de que la ley prohíbe que en los CDF conste un valor económico, refleja que a la acepción “carácter monetario”, se la está interpretando como apreciación en numerario cuando en realidad el requisito es que debe ser susceptible de valoración económica.
- Los CDF si son susceptibles de valoración económica porque los elementos para hacerlo se encuentran en la estipulación que realizó en constituyente a favor del beneficiario o de sí mismo en el contrato.
- El que la ley haya establecido un plazo de exigibilidad de doce, y además, que el capital mínimo se deba cumplir en numerario o en bienes, creemos no constituyen argumentos en contra de la aportación de derechos fiduciarios, sino que es una exposición de los requisitos para los aportes de crédito que se encuentran en el artículo 10 de la LC. Por esta razón se ha repetido en varias ocasiones durante este trabajo que no todos los DFA son susceptibles de aporte sino que debe revisarse cada caso.
- Si bien jurídicamente el crédito es un aporte en especie, se debe hacer una necesaria analogía con los aportes en dinero en el momento de su aportación, puesto que, los créditos deben ser valorados económicamente.
- La correspondencia al género de la compañía aplicable a los aportes en especie no debe entenderse que significa que debe coincidir con el objeto social, en razón de que, esta interpretación limitaría este tipo de aportes. El género hace referencia a la naturaleza de la compañía, en consecuencia, todas las compañías pertenecen al género que es la ejecución de una actividad mercantil. Y para lograrlo, necesita de los medios necesarios.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri, Arturo. Somarriva, Manuel. Vodanovic, Antonio. *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- Andrade Ubidia, Santiago. *Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano*. 3ª ed. Quito: Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2006.
- Araya, Miguel. “El Capital Social. Bienes Aportables”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. No. 189 a 192. Año 33. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000.
- Barrau, María. “Un Nuevo Análisis del Capital Social a la Luz de la Jurisprudencia, Doctrina, y Normativa Administrativa Actual”. *FACES*. N. 28. Año 13. Mar del Plata, 2007.
- Benedetti, Julio. *La Sociedad Comercial*. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1981.
- Bercovitz Álvarez, Raúl. *La Aportación de Derechos de Propiedad Industrial al Capital de las Sociedades Anónimas*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1999.
- Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales*. Tomo I. 10ª ed. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1992.
- Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. 16ª ed. México: Editorial Porrúa, 1998.
- Cabanellas de la Cuevas, Guillermo. *Derecho Societario*. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1993.

Carregal, Mario. *Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los Negocios*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2008.

Castrillón y Luna, Víctor. *Sociedades Mercantiles*. México: Editorial Porrúa, 2004.

Cevallos Vásquez, Víctor. *Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 1992.

Dávila Torres, César. *Derecho Societario. Parte General y Sociedades Personalísticas*. Volumen I. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1999.

Díaz Bravo, Arturo. *Serie de Grandes Instituciones del Derecho Mercantil. Títulos de Crédito*. Tomo 2. México: Editores Iure, 2004.

Doctrinas Jurídico Societarias de la Superintendencia de Compañías. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

Etcheverry, Raúl Aníbal. *Derecho Comercial y Económico*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998.

Falla Gutiérrez, Laureano. *Derecho Mercantil*. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1988.

González Torre, Roberto. *Manual de Fideicomiso en Ecuador y América Latina*. Guayaquil: Editorial Edino, 2009.

Guzmán Carrasco, Marco Antonio. *La Constitución de Compañías Mercantiles en el Ecuador*. Tomo I. Quito: Gráficas Amaranta, 2004.

- Hayzus, José Roberto. *Fideicomiso*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2004.
- Jiménez Sánchez, Guillermo. *Derecho Mercantil*. 8ª ed. Barcelona: Ariel, 2003.
- Kiper, Claudio. Lisoprawski, Silvio. *Tratado de Fideicomiso*. 2ª ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2004.
- Llambías, Jorge. Raffo Benegas, Patricio. *Manual de Derecho Civil Obligaciones*. 12ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.
- Meza Barros, Ramón. *Manual de Derecho Civil y las Obligaciones*. 9ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- Narváez, José Ignacio. *Teoría General de las Sociedades*. Bogotá: Legis Editores S.A, 1947.
- Neira Archila, Luis Carlos. *Apuntaciones Generales al Derecho de Sociedades*. Bogotá: Editorial Temis S.A, 2006.
- Olivera García, Ricardo. “La Crisis del Concepto de Capital Social”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. No. 185 a 188. Año 32. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1999.
- Ospina Fernández, Guillermo. Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. 7ª ed. Bogotá: Temis, 2005.
- Parraguez Ruiz, Luis. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro cuarto: Teoría General de las Obligaciones*. Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2006.

Parraguez Ruiz, Luis. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Personas y Familia*. Volumen II. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2005.

Parraguez Ruiz, Luis. *(Obra sin publicar)*

Porcell, Ameli. “Análisis del Principio Ultra Vires en la Legislación Panameña de Sociedades Comerciales”. *Legalinfo – Panamá*. Web. 10 Jun. 2011.

Quintana Adriano, Elvia Arcelia. *Ciencia del Derecho Mercantil*. México: Editorial Porrúa, 2002.

Ramírez Romero, Carlos. *Manual de Práctica Societaria*. Tomo I. 4ª ed. Loja: GraficPlus, 2010.

Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho Societario*. Tomo I. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2004.

Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho Societario en Estados Unidos*. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2006.

Rodríguez Azuero, Sergio. *Negocios Fiduciarios, su Significación en América Latina*. Bogotá: Legis, 2005.

Sáez Lácave, María Isabel. *La Sociedad Mercantil en Formación*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

Triolo, Ignacio. *Deben Eliminarsse el Requisito de Capital Mínimo y las Exigencias de Adecuación entre Capital Social y Objeto Social*. La Falda: Ponencia presentada en el X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2007.

Triolo, Ignacio. *Capital e Infracapitalización. Aportes para la Introducción de la Noción del Capital Variable en Nuestra Ley de Sociedades*. Rosario: Ponencia presentada en el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2001.

Trujillo Espinel, Juan. Trujillo. *El Abuso de la Personalidad Jurídica Societaria*. Lima: Edilex S.A., 2011.

Uría, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. 25ª ed. Madrid - Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 1998.

Villalva Paredes, Vladimir. "The One - Man Corporation. Necessity for Redefining the Theory of the Firm in the Civil Law Tradition of Latin – American Countries". *Graduate Paper*. Washington DC: Georgetown University, 2000.

## PLEXO NORMATIVO

Codificación de las Doctrinas de la Superintendencia de Compañías. Corporación de Estudios y Publicaciones. Actualizada a Junio de 2009.

Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores. Resolución del Consejo Nacional de Valores 8. Registro Oficial Suplemento 1. 8 de marzo de 2007.

Código Civil. Codificación 10. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 publicado el 24 de junio de 2005.

Código de Procedimiento Civil. Codificación 11. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 58 del 12 de julio de 2005.

*Constitución de la Sociedad Anónima, Mantenimiento y Modificaciones de su Capital: Segunda Directiva.* Acto 77/91/CEE. 16 septiembre 1976. DO L 26 de 31 de enero de 1977. “disponible en:  
[http://europa.eu/legislation\\_summaries/internal\\_market/businesses/company\\_la/126004\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/company_la/126004_es.htm)

### Doctrinas

Intendencia de Valores. *Doctrina 1. Certificados de Derechos Fiduciarios.* Disponible en:  
[http://www.supercias.gov.ec/paginas\\_htm/mercado/marco\\_legal/Doctrinas.htm](http://www.supercias.gov.ec/paginas_htm/mercado/marco_legal/Doctrinas.htm)

Intendencia de Valores. *Doctrina 10 . Aporte de Derechos Fiduciarios al Capital Social de una Compañía.* Disponible en:

[http://www.supercias.gov.ec/paginas\\_hm/mercado/marco\\_legal/Doctrinas.htm](http://www.supercias.gov.ec/paginas_hm/mercado/marco_legal/Doctrinas.htm)

Ley de Compañías. Publicada en el Registro Oficial No. 312 publicado el 5 de noviembre de 1999.

Ley de Régimen Tributario Interno. Codificación 26. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 463. Publicado el 17 de noviembre de 2004.

Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Publicada en el Registro Oficial No. 50 de 23 de enero de 2001.

Ley Orgánica de la Corporación Financiera Nacional. Publicada en el Registro Oficial No. 387 de fecha 30 de octubre de 2006.

Ley Orgánica de Régimen Monetario Banco del Estado. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 196 de 26 de enero de 2010.

Ley de Mercado de Valores. Codificación 1. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 215. Publicado el 22 de febrero de 2006.

Superintendencia de Compañías. *Doctrinas Jurídico Societarias de la Superintendencia de Compañías*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1999.

State of Delaware Statutory Code. Disponible en:

<http://delcode.delaware.gov/title8/c001/index.shtml>

## **ANEXOS**

1. Intendencia de Valores. *Doctrina 10. Aporte de Derechos Fiduciarios al Capital Social de una Compañía.*
2. Intendencia de Valores. *Doctrina 1. Certificados de Derechos Fiduciarios.*

## **DOCTRINA X**

### **DERECHOS FIDUCIARIOS**

“¿ *Es posible aportar a la constitución de una compañía o pagar el aumento de capital mediante la cesión de los derechos fiduciarios que un accionista posee en un fideicomiso mercantil?*”

No es procedente la aportación a la constitución de una compañía o el pago de un aumento de capital , con derechos fiduciarios, pues si bien son derechos personales o créditos, lo que es susceptible de aportación son créditos que tienen que estar materializados, en algún instrumento o documento de crédito, y dicho documento, debe ser susceptible de entrega, cesión o endoso, que son las formas de circulación de los títulos valores y en el caso de los derechos fiduciarios, (con la excepción determinada para el caso de un fideicomiso de titularización), éstos no constituyen valores; debiendo considerar en este aspecto que los certificados de derechos fiduciarios, son simples certificaciones o constancias de la calidad de constituyentes y/o beneficiarios de un fideicomiso mercantil. Adicionalmente, los créditos que pueden ser aportados, son de carácter monetario, pues debemos entender el término crédito, en sentido restringido; y, deben ser exigibles en un plazo no mayor de doce meses considerándose el aporte efectuado desde el momento en que el crédito sea pagado. En tal virtud, tampoco es factible el aporte de derechos fiduciarios por esta otra razón, por cuanto los derechos fiduciarios no tienen carácter monetario, exclusivamente y no necesariamente son exigibles en el plazo señalado, pues todo depende de lo previsto en el respectivo contrato de fideicomiso y principalmente de la finalidad prevista en el mismo.

#### **I. *Naturaleza jurídica de los derechos fiduciarios:***

*La relación jurídica personal, que deviene del contrato de fideicomiso mercantil, da lugar al nacimiento de derechos, que conlleva la existencia de un titular de tales derechos fiduciarios.*

*El artículo 136 de la Ley de Mercado de Valores, determina en forma clara, que los derechos que devienen de la relación fiduciaria, tiene el carácter de derechos “personales”, al señalar que quien tenga derechos contractuales derivados de un contrato de fideicomiso, como constituyente adherente o beneficiario los deberán contabilizar en sus libros en atención a que las transferencias de bienes efectuadas en fideicomiso mercantil se hacen en beneficio del propio constituyente o del beneficiario, según el caso. Tal registro contable es de responsabilidad exclusiva de los titulares de los derechos fiduciarios, los cuales tienen carácter esencialmente personal.*

*Cabe recordar que los derechos personales conforme los define el Art. 615 del Código Civil son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la Ley, han contraído las obligaciones correlativas. Los elementos constitutivos del derechos personal son tres: acreedor, deudor y cosa objeto de la obligación.*

*Esos derechos personales, que devienen de la relación fiduciaria, son transmisibles vía cesión en los términos previstos en el Título XXIV del Código Civil, pues la cesión es la transmisión de derechos personales que al acreedor le pertenecen.*

*En consecuencia, los derechos fiduciarios, en un fideicomiso mercantil son derechos personales o créditos, susceptibles de transferencia por cesión ordinaria en la forma establecida para el efecto por los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, cesión que implica la sujeción a los términos y condiciones establecidas en el contrato de fideicomiso y la expectativa de recibir el bien ( de ser ese el caso), una vez concluidas las instrucciones irrevocables impartidas por el constituyente.*

## **II. Certificados de Derechos Fiduciarios:**

*Los certificados de derechos fiduciarios, son simples certificaciones o constancias que extiende el fiduciario a petición del constituyente y/o beneficiario, de su participación en el fideicomiso, conforme lo previsto en el respectivo contrato. **No constituye este documento en manera alguna, un título valor por sí negociable en el mercado de valores,** pues la Ley de Mercado de Valores no lo califica como tal, ni el Consejo Nacional de Valores, en virtud de la facultad conferida por el Art. 2 de la Ley Ibidem, al amparo de la Ley vigente lo ha determinado como valor. Excepto en el caso de los certificados de participación fiduciaria que provienen de procesos de titularización que tienen como mecanismo para llevarse a cabo, los fideicomisos mercantiles, que la propia Ley les da la categoría de valores, tal como se desprende de lo dispuesto en el Art. 120, numeral 2 literal a) de la Ley de Mercado de Valores, cuando al tratar de los elementos adicionales de los contratos de fideicomiso mercantil dispone : “Además el contrato podrá contener elementos adicionales, tales como: a) La facultad o no y la forma por la cual el fiduciario pueda **emitir certificados de participación en los derechos personales derivados del contrato de fideicomiso mercantil,** los mismos que constituyen **títulos valores, de conformidad con las normas de titularización que dicte el C.N.V.**” Norma concordante con lo dispuesto en los Arts. 2, 138, 140, 148 de la Ley Ibidem y con las Resoluciones CNV-009-2000, CNV-015 2001, CNV 04.2004 publicadas en los Registros Oficiales Nos. 238, de 5-I-2001 ; 464 de 29-XI -2001; y R.O.344 de 28-V-2004, respectivamente.*

## **III. Aportación de bienes a la constitución o aumento de capital de una compañía:**

*Desde el punto de vista societario, el Art. 10 de la Ley de Compañías, determina la aportación de bienes, a la constitución o aumento de capital de una compañía.*

*Sobre el tema, es preciso recordar que, los bienes conforme lo previsto en los*

Arts. 602, 603 y 613 del Código Civil, consisten en cosas corporales o incorporeales. Las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles. Las cosas incorporeales son derechos reales o personales; y los derechos personales o créditos son definidos en el Art. 615 de la misma Ley, como aquellos que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la Ley, han contraído las obligaciones correlativas.

#### **IV. Limitaciones a la aportación de créditos:**

Si bien el Art. 10 de la Ley de Compañías faculta expresamente la aportación de créditos a la constitución de una compañía, también establece limitaciones a dicha aportación, al señalar textualmente lo siguiente:

“Los créditos solo podrán aportarse si se cubriera en numerario o en bienes, el porcentaje mínimo que debe pagarse para la constitución de la compañía según su especie. Quien entregue ceda o endose los documentos de crédito quedará solidariamente responsable con el deudor por la existencia, legitimidad y pago del crédito, cuyo plazo de exigibilidad no podrá exceder de doce meses. No quedará satisfecho el pago total con la sola transferencia de los documentos de crédito, y el aporte se considerará cumplido únicamente desde el momento en que el crédito se haya pagado...En todo caso de aportación de bienes el Superintendente de Compañías, antes de aprobar la constitución de la compañía o el aumento de capital, podrá verificar los avalúos mediante peritos designados por el o por medio de funcionarios de la Institución” \* El subrayado es mío.

#### **V. CONCLUSION**

*Del texto de la disposición se colige lo siguiente:*

1. *Los créditos a los que hace referencia la norma citada, tiene que estar materializados, en algún instrumento o documento de crédito, tal como de la simple lectura del texto se desprende, y dicho documento, debe ser susceptible de entrega, cesión o endoso, que son las formas de circulación de los títulos valores, razón por la cual se puede concluir, que el aporte de un crédito solo será posible si se encuentra materializado en un documento de crédito tal como un pagaré, una letra de cambio, etc.*

*En el caso de los derechos fiduciarios, que son derechos de carácter esencialmente personal, lo que es susceptible de cesión, es el derecho, en la forma prevista en el Código Civil para la cesión ordinaria, sin que sea factible la cesión del certificado de derechos fiduciarios, por tratarse de una simple constancia documental o certificación de la calidad de constituyentes y/o beneficiarios de un fideicomiso, que no constituye un título valor (con la excepción determinada para el caso de un fideicomiso de titularización). En consecuencia no procede la aportación de derechos fiduciarios a la constitución o aumento de capital de una compañía, por no estar materializado o instrumentarse en un documento de crédito.*

2. *Los créditos. que pueden aportarse a la constitución de una compañía, deben estar materializados en algún documento de crédito en los términos referidos en el numeral anterior, son de carácter monetario, es decir*

*debemos entender el término crédito, en sentido restringido.*

3. *Los créditos, deben ser exigibles en un plazo no mayor de doce meses y el aporte solo se podrá considerar efectuado desde el momento en que el crédito sea pagado. En tal virtud, tampoco es factible el aporte de derechos fiduciarios por esta otra razón, por cuanto, el derecho debería ser exigible en el plazo señalado, situación que no necesariamente puede prever el fideicomiso, conforme la finalidad establecida en el contrato.*
4. *En el caso de aporte de créditos, debe pagarse en numerario o en bienes, el porcentaje mínimo que la Ley prevé para la constitución de una compañía según su especie. Considerando además que el aporte tiene que corresponder al género de comercio de la compañía conforme lo prevé el Art. 161 de la Ley de Compañías.*

*Finalmente debemos destacar lo determinado por esta Institución en la Doctrina No. 55, que trata de la INTEGRACION O PAGO DEL CAPITAL SOCIAL CON CREDITOS, que en el ámbito societario en forma expresa, señala : “Los “créditos a que se refiere el sexto inciso del artículo 10 de la Ley de Compañías, son los que se entienden por tales en sentido restringido, es decir, los de carácter monetario, y, mas aún, los que teniendo tal carácter se hallaren materializados en algún instrumento especial como las letras de cambio y los pagarés a la orden.....”.*

*En conclusión por las razones expuestas es criterio institucional, que no es procedente la aportación a la constitución de una compañía ni el pago de un aumento de capital, con derechos fiduciarios.*

## DOCTRINA

*Los únicos valores que son emitidos por un fideicomiso, conforme lo prevé la Ley de Mercado de Valores son los que provienen de procesos de titularización cuando el mecanismo utilizado para titularizar sea un fideicomiso mercantil.*

*Los certificados de derechos fiduciarios, son simples certificaciones o constancias que extiende el fiduciario a petición del constituyente y/o beneficiario, de su participación en el fideicomiso, conforme lo previsto en el respectivo contrato. No constituye este documento en manera alguna, un título valor por sí negociable en el mercado de valores, pues la Ley de Mercado de Valores no lo califica como tal.*

*Pueden los derechos fiduciarios provenientes de fiducias mercantiles ser considerados como títulos valores ?*

*Los derechos fiduciarios provenientes de fiducias mercantiles no pueden ser considerados títulos valores.*

*Al respecto, es necesario hacer determinadas precisiones sobre conceptos fundamentales en el mercado de valores :*

### **VALOR:**

*El artículo 2 de la Ley de Mercado de Valores señala que se considera valor al derecho o conjunto de derechos de contenido esencialmente económico, negociables en el mercado de valores, incluyendo, entre otros, acciones, obligaciones, bonos, cédulas, cuotas de fondos de inversión colectivos, contratos de negociación a futuro o a término, permutas financieras, opciones de compra o venta, valores de contenido crediticio de participación y mixto que provengan de procesos de titularización, y otros que determine el Consejo Nacional de Valores.*

*El artículo 3 ibídem establece que el Mercado de Valores utiliza los mecanismos previstos en la Ley para canalizar los recursos financieros hacia las actividades productivas, a través de la negociación de valores en los segmentos bursátil y extrabursátil.*

*Se entiende por mercado bursátil el conformado por ofertas, demandas y negociaciones de valores inscritos en el Registro de Mercado de Valores y en las bolsas de valores, realizadas en éstas por los intermediarios de valores autorizados de acuerdo con lo establecido en la Ley de Mercado de Valores; y por mercado extrabursátil el que se desarrolla fuera de las bolsas de valores, con la participación de intermediarios de valores autorizados e inversionistas institucionales con valores inscritos en el Registro de Mercado de Valores.*

*Se entiende además por negociaciones privadas de valores, las realizadas en forma directa entre comprador y vendedor sin la intervención de intermediarios de valores, sobre títulos no inscritos en el Registro del Mercado de Valores.*

*Doctrinariamente deben entenderse por TITULOS VALORES a los documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora y por TITULOS EJECUTIVOS a los que traen aparejadas ejecución; o sea, aquellos en virtud de los cuales cabe proceder sumariamente al embargo y venta de bienes del deudor moroso, a fin de satisfacer el capital o principal debido, mas los intereses y costas.*

*El derecho literal según lo establece Bernardo Trujillo en su obra "De los Títulos Valores" implica que el título valor vale por lo que dice textualmente y en cuanto lo dice conforme a unas normas cambiarias. Se dice que lo no escrito ni obliga ni confiere derechos.*

*El derecho autónomo en palabras de Vivante es tal "porque no puede ser restringido ni destruido en virtud de las relaciones existentes entre los anteriores poseedores y el deudor"*

*El Art. 229 de la Ley de Mercado de Valores determina que los valores a los que se refiere el Art. 2 de la misma Ley, tiene el carácter de títulos valor, y en consecuencia incorporan un derecho literal y autónomo que se ejercita por su portador legitimado según la Ley y constituyen títulos ejecutivos, para los efectos previstos en el Art. 423 del Código de Procedimiento Civil, y conforme la ley de su circulación determinada en la misma norma, pueden ser emitidos: Nominativos cuya circulación es por cesión cambiaria; a la orden, en cuyo caso su transmisión opera vía endoso; y, al portador operándose la transferencia del título por la simple entrega. Si el valor es desmaterializado y consta en una anotación en cuenta, la transferencia se perfecciona con la anotación en el registro del depósito correspondiente.*

## **DERECHOS PERSONALES: DERECHOS FIDUCIARIOS**

*La relación jurídica personal, que deviene del contrato de fideicomiso mercantil, da lugar al nacimiento de derechos, que conlleva la existencia de un titular de tales derechos fiduciarios.*

*El artículo 136 de la Ley de Mercado de Valores, determina en forma clara, que los derechos que devienen de la relación fiduciaria, tiene el carácter de derechos "personales", al señalar que quien tenga derechos contractuales derivados de un contrato de fideicomiso, como constituyente adherente o beneficiario los deberán contabilizar en sus libros en atención a que las transferencias de bienes efectuadas en fideicomiso mercantil se hacen en beneficio del propio constituyente o del beneficiario, según el caso. Tal registro contable es de responsabilidad exclusiva de los titulares de los derechos fiduciarios, **los cuales tienen carácter esencialmente personal.***

*Cabe recordar que los derechos personales conforme los define el Art. 615 del Código Civil son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la Ley, han contraído las obligaciones correlativas. Los elementos constitutivos del derechos personal son tres: acreedor, deudor y cosa objeto de la obligación.*

*El derecho real, es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona, de acuerdo a lo determinado en el Art. 614 del Código Civil. Son derechos reales, el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. Según Barros Errazuriz, “el derecho real por excelencia es el derecho de propiedad o dominio el cual somete una cosa a nuestra exclusiva y absoluta voluntad, atribuyéndonos el goce de todas las ventajas que ella puede proporcionarnos y la facultad de disponer de ella arbitrariamente, sin mas límites que la ley y el derecho ajeno”.*

*Esos derechos personales, que devienen de la relación fiduciaria, son transmisibles vía cesión en los términos previstos en el Título XXIV del Código Civil, pues la cesión es la transmisión de derechos personales que al acreedor le pertenecen.*

*Este reconocimiento, realizado por parte de esta Institución, de manera alguna significa, reconocer la naturaleza de “títulos valor”, a los derechos fiduciarios.*

*La Ley de Mercado de Valores, **solo en el caso específico de los fideicomisos que sirven como procesos de titularización reconoce y permite la emisión de valores, con cargo a dicho patrimonio autónomo,** cuando en el Art. 120, numeral 2 literal de esa Ley al tratar de los elementos adicionales de los contratos de fideicomiso mercantil dispone lo siguiente: “Además el contrato podrá contener elementos adicionales, tales como: a) La facultad o no y la forma por la cual el fiduciario pueda **emitir certificados de participación en los derechos personales derivados del contrato de fideicomiso mercantil**, los mismos que constituyen **títulos valores, de conformidad con las normas de titularización que dicte el C.N.V.**” Norma concordante con lo dispuesto en los Arts. 2, 138, 140, 148 de la Ley *Ibidem* y con las Resoluciones CNV-009-2000 y CNV-015 2001 publicadas en los Registros Oficiales Nos. 238, de 5-I-2001 y 464 de 29-XI -2001, respectivamente.*

*Las normas relativas a la titularización a través de fideicomisos mercantiles, se explican por sí solas y al tenor de lo dispuesto por la regla 1ª.- del Art.18 del Código Civil, cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.*

*Es importante destacar que la transferencia de dominio de los bienes realizada por el constituyente al patrimonio autónomo administrado por el fiduciario, conlleva el ejercicio de derechos y el cumplimiento de obligaciones derivadas de la naturaleza jurídica del contrato de fideicomiso y de lo dispuesto por la Ley, ello por cuanto la transferencia de dominio es **temporal e irrevocable**.*

*En efecto, el primero de los derechos que corresponde al fideicomitente por la transferencia de dominio efectuada a título de fideicomiso mercantil, es el derecho a que la fiduciaria le restituya el bien materia de la transferencia o el producto de su administración al cumplimiento del plazo o la condición fijada en el contrato, en el*

*caso de que el fideicomitente sea a la vez beneficiario, o haya reservado para sí derechos, o en el evento de que por cualquier causa los bienes o derechos no puedan ser entregados al beneficiario designado o en caso de falta o ausencia de éste.*

*La designación en el contrato de fideicomiso de un beneficiario distinto del constituyente, es de por sí ya un acto de disposición, ello por cuanto ya no existiría un “derecho” que corresponda al constituyente y por tanto el registro que debería realizar es un egreso patrimonial.*

*En la misma forma en que los socios o accionistas no son dueños de todo o parte de los bienes de la compañía, la calidad de beneficiario de un fideicomiso no da a la persona natural o jurídica designada como tal en un contrato, la calidad de copropietario de los bienes transferidos al fideicomiso.*

*Las legislaciones de corte romanista en general y la ecuatoriana en particular no permiten la coexistencia de dos propietarios al mismo tiempo, uno por equidad (beneficiario designado) y otro por el derecho común (fiduciario), propio de la legislación anglosajona, sino que por el contrario requiere de un solo titular sea este particular o plural (comuneros).*

*Por el contrato de fideicomiso mercantil la propiedad se radica en el fideicomiso y no en los intervinientes en la figura y los derechos que corresponden al constituyente o al beneficiario son de carácter personal y no real contra el fiduciario que es el administrador del fideicomiso mercantil.*

*Es preciso también destacar las denominadas “CUOTAS DE PARTICIPACIÓN FIDUCIARIA”, definidas por el Catálogo Unico de Cuentas de la Superintendencia de Bancos como el conjunto de derechos que se derivan de la calidad de beneficiario y que representan el aporte de los activos realizado por los FIDEICOMITENTES al FIDEICOMISO y el derecho que les asiste de que la FIDUCIARIA les restituya tales activos o el producto de su administración una vez cumplidas las instrucciones señaladas en el contrato constitutivo.*

*Las cuotas de participación fiduciaria distan mucho de ser títulos valores o valores por lo expresado anteriormente y básicamente por las siguientes razones:*

- *No transfieren un derecho sobre el bien aportado al fideicomiso, pues la propiedad de los activos corresponde exclusivamente al FIDEICOMISO, no se trata tampoco de copropiedad.*
- *La restitución de los bienes aportados al fideicomiso está condicionada al cumplimiento irrestricto de la FIDUCIARIA de las condiciones señaladas en el contrato, característica que nunca puede ser parte de un título valor.*
- *La denominada cuota de participación fiduciaria refleja el derecho que tiene el constituyente de que le restituyan el bien transferido al mismo valor al que fue aportado, es decir al valor que tenía el activo en los libros del constituyente, siempre que la instrucción impartida en el contrato no implique un cambio en su naturaleza o la entrega de una parte del bien a un tercero distinto. La diferencia entre el valor de contabilización del activo transferido y la del valor registrado*

*en la contabilidad del fiduciario implica una figura distinta ajena a la naturaleza del contrato de fideicomiso.*

- *El artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores establece que no existe pago de impuestos en la transferencia que realiza el constituyente al fideicomiso y la que realiza este último al **propio constituyente**; lo que implica que en caso de que se transfieran las cuotas de participación ( derechos fiduciarios) a un tercero y este desee la restitución del bien, le corresponderá el pago de los impuestos que genere tal transferencia. No existe un título valor que lleve implícito el cumplimiento de obligaciones dinerarias.*

*Las cuotas de participación fiduciaria en un fideicomiso mercantil son derechos personales o créditos que se tiene respecto de la fiduciaria, susceptibles de transferencia por cesión ordinaria en la forma establecida para el efecto por los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, cesión que implica la sujeción a los términos y condiciones establecidas en el contrato y la expectativa de recibir el bien una vez concluidas las instrucciones irrevocables impartidas por el constituyente.*

### **VALORES PROVENIENTES DE PROCESOS DE TITULARIZACION CUANDO EL MEDIO PARA LLEVARLO A CABO SEA UN FIDEICOMISO MERCANTIL:**

*El Art. 140 de la Ley de Mercado de Valores dispone que los procesos de titularización podrán llevarse a cabo a través de los mecanismos de fondos colectivos de inversión o de fideicomisos mercantiles. En consecuencia tal como se lo señaló anteriormente, los procesos de titularización, pueden llevarse a cabo, a través de fideicomisos mercantiles.*

*Al constituir la **titularización**, conforme la definición constante en el Art. 138 de la Ley de Mercado de Valores, **el proceso mediante el cual se emiten valores, con cargo a un patrimonio autónomo**, que siempre es el emisor, en el caso de los fideicomisos mercantiles ( patrimonios autónomos por definición del Art. 109 de la Ley Ibidem), si estos tienen como finalidad efectuar estos procesos, es obvio que en este caso específico, la propia ley en el mismo artículo reconozca la calidad de **valor** a los que se emitan en consecuencia, los cuales son susceptibles de ser colocados y negociados en el mercado bursátil. La misma norma en concordancia con lo anotado prohíbe realizar ofertas públicas de derechos fiduciarios, sin haber cumplido previamente los requisitos establecidos por esta Ley para los procesos de titularización, situación que ratifica el criterio vertido sobre **la única posibilidad de considerar como valores a los derechos fiduciarios, que es en el caso de fideicomisos de titularización.***

### **CERTIFICADOS DE DERECHOS FIDUCIARIOS**

*Los certificados de derechos fiduciarios, son simples certificaciones o constancias que extiende el fiduciario a petición del constituyente y/o beneficiario, de su participación en el fideicomiso, conforme lo previsto en el respectivo contrato. **No constituye este documento en manera alguna, un título valor por sí negociable en el mercado de valores**, pues la Ley de Mercado de Valores no lo califica como tal, ni el Consejo Nacional de Valores, en virtud de la facultad conferida por el Art. 2 de la Ley Ibidem, al amparo de la Ley vigente lo ha determinado como valor. Excepto*

*en el caso de los certificados de participación fiduciaria que provienen de procesos de titularización que tienen como mecanismo para llevarse a cabo, los fideicomisos mercantiles, que la propia Ley les da la categoría de valores, tal como en forma reiterada a lo largo de este análisis jurídico se lo ha expresado.*

*De ahí que es preciso aclarar que lo previsto en el inciso final del Art. 10 del Reglamento de Negocios Fiduciarios, no implica una emisión de títulos valor, sino una simple certificación de la calidad de CONSTITUYENTE-BENEFICIARIO.*

## **CONCLUSION**

*En virtud del análisis jurídico realizado, así como de las normas referidas, se concluye que efectivamente los derechos fiduciarios que deviene de la relación jurídica entre las partes que intervienen en un contrato de fideicomiso mercantil, no constituyen títulos valores. Los únicos títulos valores o valores a los que se refiere la Ley de Mercado de Valores que son emitidos por un fideicomiso, son los que provienen de procesos de titularización cuando el mecanismo utilizado para titularizar sea un fideicomiso mercantil.*

*Las Instituciones Financieras, en los términos previstos en el Art.51 literal l) de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, están facultadas a adquirir en el caso de fideicomisos mercantiles, únicamente los valores movilizados, que son emitidos con cargo a patrimonios de propósito exclusivo ( fideicomisos de titularización).*

*MF.*