

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

EL ESTÁNDAR DE RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO MERCANTIL

Stefania Castro Villacís

Tesis de grado presentada para la obtención del título de abogado

Director: Dr. Juan Isaac Lovato Saltos

Quito, septiembre de 2012

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“El estándar de responsabilidad del fiduciario mercantil”

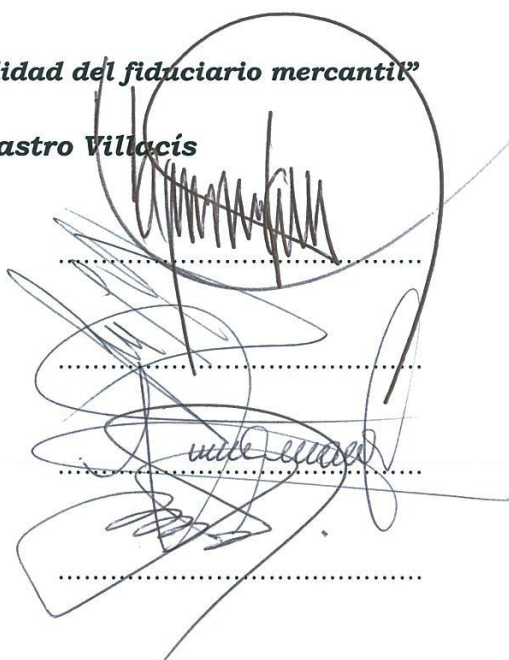
Stefanía Castro Villacís

Dr. Vladimir Villalba
Presidente del Tribunal e Informante

Dr. Juan Isaac Lovato
Director de Tesis

Dr. Pablo Cevallos
Delegado del Decano e Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



The right side of the page features four horizontal dotted lines corresponding to the approver names on the left. These lines are heavily obscured by large, overlapping handwritten signatures and scribbles in black ink. The signatures are dense and difficult to decipher, but they appear to be written over the dotted lines, indicating approval.

Quito, 26 de Noviembre de 2012

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO El estándar de responsabilidad del fiduciario mercantil

ALUMNO Stefania Castro Villacís

E VALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

En nuestro país no son pocos los casos en que las administradoras de fondos y fideicomisos han incumplido con las instrucciones que se les otorgó por parte de los constituyentes y se han presentado perjuicios para los mismos o para los beneficiarios de los negocios fiduciarios que administran. Es entonces necesario establecer si las fiduciarias obraron con suficiente diligencia en sus actuaciones y se debe determinar su responsabilidad.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis es muy válida puesto que se cuestiona en la actualidad a nivel nacional como internacional si es que el grado de responsabilidad que se les asigna a las administradoras de fondos y fideicomisos es la adecuada. Por lo tanto, gana cada vez más fuerza la idea que el fiduciario responda por una culpa más severa que la leve con el fin de regular, controlar y sancionar de mejor manera su desempeño.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

En el presente trabajo se utilizó de manera adecuada doctrina de varios autores nacionales e internacionales, jurisprudencia y se analizaron casos reales de sanciones aplicadas a administradoras de fondos y fideicomisos. Por lo que considero que se incluyeron suficientes materiales y documentos para que respalden el trabajo realizado.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

A lo largo del trabajo se desarrolló una tesis por parte de la alumna que se basa en relacionar al contrato de fideicomiso mercantil con las normas del mandato civil. Por lo tanto, según las normas del Código Civil en concordancia con lo que se establece en la Ley de Mercado de Valores y los casos analizados, se propone que las fiduciarias adquieran una mayor responsabilidad frente a quienes participan en un fideicomiso mercantil y terceros. Se manifiesta la necesidad que la administradora responda por una culpa leve agravada. Si bien no comparto en su totalidad con este pensamiento, considero que tiene los suficientes fundamentos y argumentos para ser defendido como paso previo para la graduación de la alumna.

FIRMA DIRECTOR:

Dr. Juan Isaac Lovato Saltos

© DERECHOS DE AUTOR

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

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

Firma: Stefania Castro Villacís
Nombre: Stefania Castro Villacís
C.I.: 1713887977

Fecha: Enero 8, 2013

*A mis padres por el ejemplo y apoyo,
a mis profesores por su tutoría y conocimientos.*

RESUMEN

La presente tesina aborda el tema de la responsabilidad contractual de un fiduciario mercantil. Como todo contrato bilateral, la Ley de Mercado de Valores manifiesta que el fiduciario responde por culpa leve. Sin embargo, el introducir la norma civil contenida en el artículo 2033 inciso 2 del Código Civil, permite mirar con mayor estrictez la responsabilidad de un mandatario remunerado. Es decir, que la interpretación a emplear para sancionar los actos del fiduciario mercantil deberá realizarse con mayor severidad y en consecuencia, responde más estrictamente que al simple grado de responsabilidad por culpa leve.

ABSTRACT

The present dissertation addresses the issue of contractual liability. Like any bilateral contract the Ecuadorian commercial law states that the trustee is liable for ordinary fault. However, the introduction of the civil rule contained in paragraph 2 of Article 2033 Civil Code, permits look more narrowly the paid mandatory liability. That is, the interpretation to be used to punish acts of the trustee shall be more severe and therefore respond more strictly than the simple measure of ordinary fault.

Tabla de Contenidos.-

Introducción	1
1. Principio General de Responsabilidad en los Contratos Bilaterales	3
1.1. Régimen de Responsabilidad	3
1.1.1. La Responsabilidad Civil	4
1.1.1.1. Responsabilidad Contractual	5
1.1.1.2. Responsabilidad Extracontractual.....	6
1.1.2. Elementos.....	7
1.1.2.1. Hecho Ilícito	8
1.1.2.2. Culpa.....	8
1.1.2.3. Perjuicio o Daño	12
1.1.2.4. Causalidad entre Culpa y Perjuicio.....	13
1.2. La Culpa Leve en el Código Civil del Ecuador	13
1.2.1. Compraventa	14
1.2.2. Mandato	16
1.2.3. Fideicomiso Mercantil	19
2. El Fideicomiso Mercantil	22
2.1 Naturaleza Jurídica	24
2.1.1. Teoría del Negocio Fiduciario	24
2.1.2. Teoría del Patrimonio de Afectación	25
2.1.3. Teoría del Mandato Irrevocable	26
2.2. Elementos del Fideicomiso	26
2.3. Características del Contrato de Fideicomiso.....	29
2.4. Intervinientes en el Contrato de Fideicomiso.....	32
2.5. Naturaleza del Patrimonio Fideicomitado	42
2.6. Tipos de Fideicomisos.....	44
2.6.1. Inversión.....	45
2.6.2. Garantía.....	45
2.6.3. Inmobiliario.....	46
3. Nivel de Responsabilidad del Fiduciario.....	47
3.1. Aplicación del Mandato Civil al Fideicomiso Mercantil	47
3.2. Experticia y Confianza como Caracteres Esenciales de la Fiducia.....	49

3.2.1.	El Negocio de Confianza	50
3.2.2.	La Experticia: "El buen hombre de negocios"	51
3.3.	La Responsabilidad del Fiduciario.....	52
3.3.1.	La Responsabilidad Civil del Fiduciario Profesional.....	53
3.3.2.	La Responsabilidad Administrativa del Fiduciario Profesional.....	59
3.4.	El Mandatario Remunerado	61
3.4.1.	Interpretación Más Estricta del Acto.....	62
3.4.1.1.	Debida Diligencia	63
3.4.1.2.	Culpa.....	69
3.5.	Aplicación de los Principios de Responsabilidad del Fiduciario a un caso particular Colombiano	72
3.6.	Necesidad de un Control Efectivo a Nivel Administrativo por parte de la Entidad de Control.....	76
3.7.	Propuesta de Reforma al Artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores	77
4.	Conclusiones.....	79
	Bibliografía	82
	Jurisprudencia.....	86
	Plexo Normativo.....	87

Introducción

El principio general de responsabilidad en los contratos bilaterales consagrado en el Código Civil de Ecuador es la responsabilidad por culpa leve. No obstante, la norma civil sobre el mandatario remunerado, determina que existe una excepción al momento de interpretar su responsabilidad contractual, al establecer que si se trata de un mandatario remunerado, su responsabilidad será mayor que la de aquel que no lo es.

Son las características fundamentales del fideicomiso y de su interviniente fiduciario las que lo excluyen de la generalidad; y en efecto, es importante señalar en el presente trabajo, tanto a los principios generales de responsabilidad como a la definición, características y elementos del contrato de fideicomiso mercantil, para luego realizar un análisis sobre la responsabilidad mayor específica del fiduciario mercantil.

Así, el problema que se planteará en este trabajo gira en torno a la responsabilidad contractual del fiduciario mercantil, planteándonos la hipótesis de la procedencia o improcedencia de mirar un incumplimiento contractual fiduciario de manera más estricta en el fideicomiso mercantil.

En virtud de tres rasgos importantes como lo son: (1) que la norma del artículo 2033 inciso segundo se refiere a una mayor estrictez de la responsabilidad del mandatario remunerado en el incumplimiento contractual (2) que el fideicomiso mercantil es un negocio de confianza, y (3) que las entidades que pueden actuar como fiduciarias son expertas y profesionales en el tema de fideicomisos, la problemática jurídica a plantearse se reduce a la siguiente pregunta: ¿un fiduciario mercantil puede responder más estrictamente al simple grado de responsabilidad por culpa leve en el incumplimiento del contrato?.

Y la respuesta, es afirmativa, con el fundamento base que me otorga el artículo 2033 inciso segundo del Código Civil cuando se refiere a una responsabilidad mayor en el incumplimiento al contrato de mandato, que en esta tesina se verá que es equivalente al contrato de fideicomiso mercantil. En otras palabras, el mencionado artículo plantea

que en el caso de que el mandatario, en este caso el fiduciario, sea remunerado, el juez mirará más estrictamente su responsabilidad civil por culpa leve.

Dicho lo anterior, el análisis comenzará con el régimen de responsabilidad civil, sus elementos, y el enfoque específico a la culpa leve dentro de tres contratos bilaterales: compraventa, mandato y fideicomiso mercantil.

El segundo capítulo desarrolla al fideicomiso mercantil, a fin de especificar el tema de la responsabilidad en uno de los contratos bilaterales. Vemos la naturaleza jurídica de este negocio, sus elementos y características esenciales, para posteriormente definir a tres tipos de fideicomisos como lo son el de inversión, garantía e inmobiliario, puesto que la jurisprudencia utilizada en este trabajo se restringe a los tres.

Con el fin de guiar al lector hacia el problema jurídico planteado, veremos en el tercer capítulo, que para identificar la responsabilidad, se debe mirar al elemento de confianza involucrada en el contrato de fideicomiso mercantil y al elemento de que el fiduciario es un gestor profesional que como contraprestación a su servicio recibe remuneración. Además, es clave realizar un análisis doctrinal y observar la manera como se ha pronunciado la jurisprudencia comparada, sobre la interpretación más estricta de los actos del fiduciario en cuanto a la debida diligencia con la que debe emplear su gestión y el criterio más estricto al momento de graduar su culpa contractual.

Así, veremos que en primer lugar, el régimen del fiduciario mercantil es aplicable al régimen del mandato civil; que la responsabilidad contractual del mandatario civil remunerado se mira más estrictamente que la culpa leve y que en consecuencia la responsabilidad civil del fiduciario mercantil que por ley es remunerado, se mirará asimismo de manera más estricta.

1. Principio General de Responsabilidad en los Contratos Bilaterales

Etimológicamente, responsabilidad viene del latín *respondere* que significa “estar obligado”, por lo que la obligación es “dar cuenta de sus actos”¹; en el Código Civil Ecuatoriano, el tema de responsabilidad se encuentra regulado en el Libro IV “De las obligaciones en General y de los Contratos” y bajo el título XII “Del efecto de las obligaciones”. Nuestro ordenamiento adopta la tesis que sostiene que la obligación de reparar el daño o perjuicio causado a una persona o a sus bienes, nace del incumplimiento de un deber, ya sea estipulado en el contrato o en la ley.

A pesar de la antigua genealogía de la gran división del derecho de obligaciones, éste ha sido desarrollado sistemáticamente a partir del derecho de los contratos. En Pothier, la idea de obligación es expuesta a la luz de las obligaciones contractuales, para luego tratar en una breve sección, denominada “de las otras causas de las obligaciones”, las obligaciones cuasicontractuales, cuasi delictuales y legales².

1.1. Régimen de Responsabilidad

La doctrina ha definido a la responsabilidad en general como “aquella necesidad efectiva eventual en que se encuentra una persona de hacerse cargo de las consecuencias gravosas de un acto que se le atribuye como propio”³. Si bien esta definición abarca lo esencial del concepto, tratadistas como Barragán Romero han establecido que no siempre se puede otorgar una definición que exponga con claridad y exactitud a la responsabilidad. En este sentido, se confirma lo establecido por Mazeaud y Tunc cuando manifestaron que “si existe un tema que se sienta uno tentado de abordarlo sin definirlo es, desde luego el de la responsabilidad civil”⁴.

¹ Gil Barragán Romero. *Elementos del Daño Moral*. Guayaquil: Edino, 1995, p.14.

² Enrique Barros Bourie. *Responsabilidad Contractual y Extracontractual*. http://vlex.com/vid/responsabilidad-contractual-extracontractual-314536526?ix_resultado=1.0&query%5Bbuscable_id%5D=4&query%5Bbuscable_type%5D=Coleccion_Tipo&query%5Bq%5D=A+pesar+de+la+antigua+genealog%C3%ADa+de+la+gran+divisi3n+del+derecho+de+obligaciones%2C+3ste+ha+sido+desarrollado+sistem3ticamente+a+partir+del+derecho+de+los+contratos. (acceso: 30/05/2012)

³ Ab. Paúl Peña Núñez. *La responsabilidad*. http://derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5648:la-responsabilidad-civil&catid=28:derecho-civil&Itemid=420(acceso: 1/07/2012)

⁴ Gil Barragán Romero. *Elementos del Daño Moral*. .*Óp. cit.*, p. 17

1.1.1. La Responsabilidad Civil

Una vez establecido el concepto de responsabilidad en general, nos centramos en la definición de la responsabilidad civil como aquel “deber jurídico de reparar los daños o perjuicios que se producen con ocasión del incumplimiento de una obligación”⁵.

Así también manifiesta Claro Solar: “[...] esta responsabilidad corresponde a la diligencia y cuidado que debe emplearse en el cumplimiento de las obligaciones que el contrato establece”⁶.

De manera que su importancia radica en que una definición completa de responsabilidad civil, llevará a los jueces y juezas a regular la conducta de las personas bajo el fundamento de que la responsabilidad implica que “deben repararse todos los daños, aún aquellos en que no ha habido intención de perjudicar”⁷.

Nuestra jurisprudencia de Casación, ha establecido, por ejemplo en el caso Viñán Vásquez c. Federación Médica Ecuatoriana que los elementos concurrentes para la existencia de la responsabilidad civil en general son: el acto ilícito, el daño y el nexo de causalidad:

De la valoración de la prueba a que se refieren los considerandos anteriores, esta Sala ha llegado a la siguiente convicción: 1. Que se ha demostrado que las resoluciones de los órganos de las tres instancias disciplinarias han quebrantado el procedimiento previsto [...] y por lo tanto son actos ilícitos. 2. Que de las circunstancias que rodearon a estos hechos se desprende que el actor ha sufrido daño moral, o sea ha sido afectado en sus sentimientos, y 3. Que media un nexo de causalidad entre los actos ilícitos mencionados y el daño sufrido por el actor. Es decir, se han cumplido los elementos concurrentes para la existencia de la responsabilidad civil prevista en los artículos 1480, 2241, 2258 y el primer artículo innumerado agregado al artículo 2258 del Código Civil⁸.

⁵Pablo Rodríguez Grez. *Responsabilidad Extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 11.

⁶Luis Claro Solar. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado: de los bienes*. 2ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1978, p. 320.

⁷Gil Barragán Romero. *Elementos del Daño Moral*. *Óp. cit.*, p. 24

⁸Corte Suprema de Justicia. Caso Viñán Vásquez c. Federación Médica Ecuatoriana. Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12, p. 3730.

1.1.1.1. Responsabilidad Contractual

La responsabilidad civil contractual ha sido definida por la doctrina especializada como aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. De este modo, el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico⁹.

De lo expuesto, vale recalcar que en virtud de que la responsabilidad civil contractual nace de un contrato, son solamente las partes contratantes, quienes serán responsables y susceptibles de sanción por incumplimiento en la gestión encomendada. Una definición más compleja, entiende a este tipo de responsabilidad como un medio resarcitorio en el que se paga por equivalencia a la prestación debida.

Como se ha establecido con anterioridad, en materia contractual, el incumplimiento de una obligación da lugar al régimen de responsabilidad, y como dice Mosset Iturraspe, “la calificación más correcta para aludir a las consecuencias del incumplimiento es *la responsabilidad del deudor*”¹⁰. Es interesante como una de las características que diferencian a la responsabilidad contractual de la extracontractual es que en la primera siempre se utiliza el sujeto hipotético del “*buen padre de familia*”, aunque, ya en un contrato en específico, como es el fideicomiso, del cual se hablará más adelante, se alude también al “*profesional*”.

Un claro ejemplo de responsabilidad contractual, nos trae Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecabras en su libro *Responsabilidad Contractual*, cuando dice: “Juan es muerto por Pedro en el quirófano en oportunidad de practicarle equivocadamente una intervención quirúrgica, dentro de un *tratamiento acordado*, la *responsabilidad es contractual*” [las cursivas son mías]¹¹.

⁹Corte Constitucional Colombia. C-1008/10 de 9 de Diciembre de 2010. Referencia Expediente D 8146.

¹⁰Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecabras. *Responsabilidad Contractual*. 1ed. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007, p. 11.

¹¹*Id.*, p. 31.

Con motivo de que este trabajo está enfocado en la responsabilidad civil contractual, es necesario recordar que este tipo de responsabilidad tiene una característica especial en cuanto la reparación del daño, porque está plenamente vinculada con el grado de culpabilidad del deudor. A este respecto, se ha pronunciado la jurisprudencia colombiana: “como quiera que el contrato es un acto que se mueve por excelencia en el terreno de la *previsibilidad*, está regido por la autonomía de la voluntad, de manera que la reparación del perjuicio está atada al grado de culpabilidad del deudor”¹².

La graduación de culpas contemplada por el artículo 63, se refiere a contratos y cuasi contratos, más no a delitos y cuasi delitos, de los cuales esa clasificación está excluida. La disposición define el alcance de las tres nociones de culpa, cuando la ley, regulando relaciones contractuales, acude a alguna de ellas graduando la responsabilidad del deudor según la gravedad de la culpa cometida¹³.

1.1.1.2. Responsabilidad Extracontractual

“La responsabilidad civil extracontractual, también denominada delictual o aquiliana, es aquella que no tiene origen en un incumplimiento obligacional, sino en un *hecho jurídico*, ya se trate de un delito o de un ilícito de carácter civil”.¹⁴ Efectivamente, la jurisprudencia de Casación ecuatoriana, en el caso *Importadora Nacional Imponac c. Compañía Intertek Testing Services International Limited*, confirma la línea doctrinaria chilena que establece:

Para que una persona se vea afecta a la responsabilidad delictual o cuasi delictual deben concurrir los siguientes requisitos: a) hecho doloso (delito) o culposo (cuasidelito) de una de las partes; b) que ese hecho doloso o culposo ocasione un perjuicio a la otra parte, la víctima; y c) que entre el hecho doloso y culposo y los perjuicios haya relación de causalidad, esto es, que los daños o perjuicios sean consecuencia directa e inmediata de aquél. Si no concurren los antedichos requisitos, la demanda de indemnización de perjuicios fundada en la responsabilidad extracontractual del demandado, no puede ser acogida¹⁵.

De nuevo, un ejemplo de Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecabras, con respecto a la responsabilidad extracontractual: “ Si Juan es muerto por Pedro, que lo atropella con

¹²Corte Constitucional Colombia. C-1008/10 de 9 de Diciembre de 2010. Referencia Expediente D 8146.

¹³*Ibíd.*

¹⁴*Ibíd.*

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Caso *Importadora Nacional Imponac c. Compañía Intertek Testing Services International Limited*. Gaceta Judicial No. 5 Serie XVII, pp. 1324-1327.

su automóvil en ocasión de cruzar la calzada, la responsabilidad de Pedro, es *extracontractual* o aquiliana¹⁶.

1.1.2. Elementos

“En Chile no se hace excepción a los elementos de la responsabilidad contractual presentes en todo el derecho continental. Debe verificarse un hecho imputable al deudor, la mora, un daño, y el vínculo causal¹⁷.”

Siguiendo al autor Javier Tamayo, tenemos que tanto en la responsabilidad contractual como extracontractual, encontramos elementos comunes como lo son: la conducta del demandado, que ésta sea culposa, que exista un daño y que ese daño sea causado por la conducta del agente¹⁸.

A continuación, se definirá a cada uno de los elementos de la responsabilidad, otorgando mayor énfasis al elemento de la culpa:

“La diferencia específica entre los dos regímenes básicos de responsabilidad civil es el requisito de la culpa: mientras la responsabilidad estricta u objetiva atiende al resultado que se sigue causalmente de la acción, bajo un estatuto de responsabilidad por culpa sólo se responde si la conducta de quien provoca el daño es susceptible de un juicio negativo de valor¹⁹.”

¹⁶Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecabras. *Responsabilidad Contractual*. Óp. cit., p. 31.

¹⁷ Carlos Pizarro Wilson. *La responsabilidad contractual en derecho chileno*. http://www.fundacionfueyo.cl/articulos/carlos_pizarro/Responsabilidad%20contractual.pdf(Acceso: 28-05-2012).

¹⁸Javier Tamayo. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo 1, Bogotá: Legis Editores S.A, 2007, p. 187.

¹⁹ Enrique Barros Bourie. *La culpa en la responsabilidad civil*. http://vlex.com/vid/culpa-314536134?ix_resultado=1.0&query%5Bbuscable_id%5D=4&query%5Bbuscable_type%5D=Coleccion_Tipo&query%5Bq%5D=La+culpa+en+la+responsabilidad+civil. (acceso: 30/05/2012) p. 75.

1.1.2.1. Hecho Ilícito

El primer elemento esencial tanto para responsabilidad civil contractual como para la extracontractual, es que surja un acto, es decir, "que haya un comportamiento mediato o inmediato del responsable"²⁰. El jurista ecuatoriano Dr. Rodrigo Jijón, señala que "para que un hecho genere obligación de reparar los daños y perjuicios que cause, es necesario que el hecho provenga o sea imputable a un ser humano; además, debe ser voluntario y tiene que ser ilícito"²¹.

1.1.2.2. Culpa

La doctrina se ha puesto de acuerdo en establecer que la responsabilidad implica culpabilidad. Autores como Arturo Alessandri consideran a la culpa como el fundamento de la noción de responsabilidad y en ese sentido manifiesta que: "un individuo es responsable de un hecho cuando éste le es imputable, cuando lo ha ejecutado con suficiente voluntad y discernimiento"²². De manera que se trata de un requisito esencial de la responsabilidad, que a su vez, afirma una línea subjetiva de la responsabilidad civil.

La culpa, ha sido claramente definida por la jurisprudencia de Casación ecuatoriana por ejemplo en el caso seguido por la *Importadora Nacional Imponac S.A* en contra de la *Compañía Intertek Testing Services International Limited*, cuando manifiesta que la culpa "consiste en la *falta de previsión o cuidado*, caracterizado siempre por la falta de cuidado o diligencia, descuido o imprudencia que produce un daño sin la intención de causarlo"[las cursivas son mías]²³. Asimismo, la jurisprudencia Colombiana nos dice que "en la culpa a diferencia del dolo no hay en la voluntad del agente la intención

²⁰Jorge Santos Ballesteros. *Instituciones de Responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Javeriana, 1996, p. 156.

²¹Rodrigo Jijón. *Algunas Notas sobre Responsabilidad Civil en el Ecuador*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, p. 2.

²²Arturo Alessandri Rodríguez. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno* Santiago de Chile: Imprenta Universitaria, 1943, p. 11.

²³Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. *Caso Importadora Nacional Imponac c. Compañía Intertek Testing Services International Limited*. Gaceta Judicial No. 5 Serie XVII, p. 1324.

positiva de causar daño a otro". Se trata de una conducta negligente, descuidada, sin intención de dañar, *es la falta de diligencia debida*²⁴.

La culpa entendida en los términos estipulados, puede ser tanto de naturaleza contractual como extracontractual²⁵; pero, dado el enfoque de esta Tesina a los contratos bilaterales, solamente me referiré a la culpa contractual que es la que admite la división tripartita que Bello, siguiendo la influencia de Pothier, estableció en el Código Civil Chileno en su artículo 44²⁶.

Dice Alessandri²⁷, que se responde por culpa: "en primer término, de la culpa que se hubiere estipulado en el contrato; en segundo lugar, de la que señalen las leyes especiales, y en tercer lugar, si nada se ha estipulado y no hay leyes especiales sobre el contrato que se celebra, el deudor responde de la culpa establecida en el artículo 1547"²⁸. En nuestro Código Civil corresponde al artículo 1563 que cito a continuación:

Art. 1563.- El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora, siendo el caso fortuito de los que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega.

²⁴Jorge Cubides Camacho. *Obligaciones*. 5ta ed., Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2007 p. 290.

²⁵Javier Tamayo. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Óp. cit., p. 193.

²⁶ Carlos Pizarro Wilson. *La responsabilidad contractual en derecho chileno*. http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/carlos_pizarro/Responsabilidad%20contractual.pdf (acceso: 24/06/2012)

²⁷Juan Larrea Holguín. *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1989, p.6.

²⁸Y en el mismo sentido se expresa la doctrina Colombiana cuando dice: "en materia contractual son las partes las llamadas a fijar el grado de culpa de que responde el deudor y sólo en el silencio de los contratantes, la ley resuelve la materia".(Pablo Rodríguez Grez. *Segundo Presupuesto de la Responsabilidad Contractual. Inejecución de la conducta comprometida*.http://vlex.com/vid/contractual-inejecucion-comprometida-346399218?ix_resultado=4.0&query%5Bbuscable_id%5D=4&query%5Bbuscable_type%5D=ColeccionTipo&query%5Bq%5D=Pablo+Rodriguez+Grez.+Segundo+Presupuesto+de+la+Responsabilidad+Contractual.+Inejecución+de+la+conducta+comprometida. (acceso: 30/05/2012)).

Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

Como se estableció con anterioridad, si hablamos de responsabilidad contractual, la ley distingue tres tipos de culpa: culpa grave, culpa leve y culpa levísima, que en el Código Civil del Ecuador están consagradas en el artículo 29:

Art. 29²⁹.- Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.

La importancia de la distinción o gradualidad, radica en establecer si el deudor en el incumplimiento de su obligación tuvo una mínima, mediana o gran diligencia y si su comportamiento reportó un beneficio exclusivo al acreedor, a las dos partes o solamente a él como deudor³⁰; porque tal y como lo ha estipulado la Corte Constitucional colombiana,

La culpa ha de ser graduable, puesto que siendo su fin la reintegración de un derecho incumplido por ella, mediante la indemnización del daño o perjuicio inferido por razón de la culpa misma, representa esto una noción de cantidad de responsabilidad en que por la culpa se incurre; cuya medida está en el orden jurídico por ella violado, siendo, por tanto, esencialmente variable³¹.

²⁹Código Civil del Ecuador. Artículo 29. Registro Oficial Suplemento. No. 46 de 24 de junio de 2005.

³⁰Corte Constitucional Colombia. C.1008/10, 9 de diciembre de 2010. Referencia expediente D-8146.

³¹Corte Constitucional Colombia. C. 1008/10, 9 de diciembre de 2010. Referencia expediente D-8146, p. 304.

Por lo tanto, bajo la línea de la división tripartita o gradualidad de la culpa, la jurisprudencia colombiana ha llegado a concluir que no existe una obligación emanada de un contrato en que no esté definido el grado de culpa por la que debe responder el deudor por su incumplimiento y en consecuencia sobre la diligencia y cuidado que se exige al deudor. "No existe obligación si no se especifica el grado de culpa de que responde el deudor, lo cual importa, correlativamente, establecer la diligencia, actividad y cuidado que deben desplegarse en el cumplimiento de la obligación"³².

De manera que es importante mencionar, además de la definición que nos trae el Código Civil sobre las especies de culpa, lo que ha dicho la doctrina sobre ellas:

Culpa Grave: culpa grave o lata consiste en no manejar los negocios ajenos con el cuidado que aún las personas negligentes lo harían; por lo que, para evitar responder de culpa grave se debe "emplear la diligencia que se exige a las personas negligentes y de poca prudencia en la gestión de sus negocios propios. Se trata entonces de un cuidado mínimo, pero común en una determinada calidad de personas"³³.

Culpa Leve: la especie de culpa que constituye la regla general o estándar predominante dentro de las legislaciones que consagran a la división tripartita y que ello se debe a que existen varios casos en los que el deudor incumplido responde por este nivel de culpa:

Se responde de culpa en cuatro casos: cuando así lo estipulan las partes inciso final 1547; cuando lo dispone la ley en una norma especial; cuando la ley no califica explícitamente la culpa de que responde el deudor y en subsidio de todos estos supuestos, cuando el contrato accede en utilidad o beneficio de ambos contratantes. En el primer caso hay un acuerdo de voluntades, en el segundo y tercero un mandato expreso o tácito de la ley y en el cuarto una norma general subsidiaria³⁴.

Culpa Levísima: se trata del nivel de culpa más exigente que en virtud del artículo 29 del Código Civil, tiene dos elementos esenciales para poder determinarla que son; el primero, que se trate de un hombre juicioso; y el segundo, que se trate de negocios importantes.

³²*Id.*, p. 129.

³³Pablo Rodríguez Grez. *Segundo Presupuesto de la Responsabilidad Contractual... Óp. cit.*, p. 122.

³⁴*Id.*, p. 126.

El hombre juicioso es prudente, responsable, capaz de representarse y evitar circunstancias riesgosas o perjudiciales. A su vez, los negocios importantes son aquellos que mayor significación tienen para su patrimonio. Ambos conceptos se enlazan en la descripción de la conducta que examina, de manera de acrecentar y precisar el nivel de diligencia exigido³⁵.

En cuanto a la prueba, nuestro ordenamiento ha manifestado que la culpa se presume si es que el deudor no ha realizado la obligación debida y en consecuencia: "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo"³⁶.

La culpa deberá probarse, por ejemplo cuando se trate de responsabilidad por cumplimiento imperfecto por parte del médico, del abogado o del mandatario. En consecuencia, si tal culpa no es demostrada, el deudor demandado deberá ser absuelto. En otros casos, la culpa se presume por la simple ocurrencia del daño, pero el deudor puede desvirtuar la presunción que pesa en su contra, demostrando ausencia de culpa, es decir, que obró con diligencia y cuidado.³⁷

1.1.2.3. Perjuicio o Daño

Para que exista responsabilidad civil contractual y extracontractual, es necesaria también la existencia del daño, sin importar si se trata de uno patrimonial o extra patrimonial, en la sentencia de Corte Suprema de Justicia del Ecuador, específicamente en el caso Viñán Vásquez c. Federación Médica ecuatoriana, citada con anterioridad, se define a la existencia del daño como "un perjuicio, detrimento, menoscabo o injuria de un interés jurídico protegido por la ley":

Esta Sala reitera lo que expresó en la resolución No. 299-2002, de 29 de Octubre del 2002 en el juicio seguido por los personeros del Comité Pro Mejoras Delfina Torres Vda. De Concha de Esmeraldas en contra de Petroecuador y sus filiales en el sentido que: *el daño como fenómeno fáctico es distinto del daño jurídico. Este solo se da cuando se cumplen determinadas características indispensables, que deben concurrir en detrimento o menoscabo del damnificado. El daño es jurídico y, como tal, será reparable cuando sea cierto. La certeza de su existencia es un presupuesto indispensable, pues el daño a los efectos de la responsabilidad es aquél cuya existencia se ha probado acabadamente*³⁸.

³⁵ *Id.*, p.128.

³⁶ Código Civil del Ecuador. Artículo 1563 Inc. 2. Registro Oficial Suplemento. No. 46 de 24 de junio de 2005.

³⁷ Javier Tamayo Jaramillo. *Culpa Contractual*. Editorial Themis, 1990, p. 17.

³⁸ Corte Suprema de Justicia. *Caso Viñán Vásquez c. Federación Médica ecuatoriana*. Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12, p. 3730

1.1.2.4. Causalidad entre Culpa y Perjuicio

La causalidad jurídica, siguiendo al tratadista Tamayo, significa que el hecho le es imputable jurídicamente al demandado³⁹; es decir, que debe existir una conexión entre el hecho o acto ilícito y la parte a quien se lo atribuye.

La causalidad presupone una condición o relación tal, sin la cual no se explicaría la existencia de un hecho determinado, que procede de otro como de su causa por ser idóneo y adecuado para producir, como efecto, el daño imputado a la culpa del agente⁴⁰.

1.2. La Culpa Leve en el Código Civil del Ecuador

Una vez establecido que el sistema ecuatoriano consagra a la división tripartita de la culpa, es necesario analizar a profundidad la culpa leve que rige a los contratos bilaterales; en efecto, nuestro Código Civil señala una relación entre el beneficio que reporta el contrato y el grado de culpa por el que el deudor debe responder, así:

Art. 1563⁴¹.- El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; *es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes*; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. [las cursivas son mías].

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora, siendo el caso fortuito de los que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega.

Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

De lo estipulado en el artículo, específicamente cuando dice: *es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes*, se resalta lo siguiente:

³⁹Javier Tamayo. *Tratado de Responsabilidad Civil. Óp. cit.*, p. 249.

⁴⁰Corte Suprema de Justicia de Bogotá. Gaceta Judicial, tomo XCIII, pp. 1072. Citada en Javier Tamayo. *Tratado de Responsabilidad Civil. Óp. cit.*, p. 249.

⁴¹Código Civil del Ecuador. Artículo 1563. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de Junio de 2008.

1. Contrato o convención “es un acto por el cual *una parte se obliga para con otra* a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”⁴²; de manera que la responsabilidad se enfoca en aquellos actos jurídicos bilaterales que crean tanto derechos como obligaciones para ambas partes: “es *bilateral* cuando las partes contratantes se *obligan recíprocamente*”⁴³.

2. Obligaciones Recíprocas o sinalagmáticas: aquellas en las que existe un vínculo que provoca que estén en situación de interdependencia, por lo que no se quiere una obligación sin la otra; “en éstas cada parte es deudor y acreedor a la vez, por ejemplo: el vendedor es acreedor del precio y deudor de la entrega de la cosa y el comprador es deudor del precio y acreedor de la cosa”⁴⁴.

A fin de establecer la manera en que el Código Civil ecuatoriano consagra a la culpa leve en los contratos bilaterales tomaré como ejemplos a los siguientes contratos:

1. Compraventa,
2. Mandato y;
3. Fideicomiso Mercantil.

1.2.1. Compraventa

El artículo 1732 del Código Civil estipula: “Compraventa es un *contrato* en que una de las partes se obliga a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero. El que contrae la obligación de dar la cosa se llama vendedor, y el que contrae la de pagar el dinero,

⁴²Código Civil del Ecuador. Artículo 1454. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de Junio de 2008.

⁴³Código Civil del Ecuador. Artículo 1455. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de Junio de 2008.

⁴⁴María del Carmen Gete-Alonso *et al.* *Lecciones del derecho civil aplicable en Cataluña*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2003, p. 54.

comprador. El dinero que el comprador se obliga a dar por la cosa vendida se llama precio⁴⁵.

De esta definición, se resaltan sus caracteres principales, como ser un contrato consensual, bilateral, oneroso y conmutativo. Lo trascendental dentro de este primer capítulo es centrarnos tanto en la bilateralidad de este tipo de contrato y consecuentemente en las obligaciones recíprocas de las partes, como en la onerosidad del contrato, puesto que ambos son el fundamento para establecer la responsabilidad civil del deudor.

Así, tenemos en primer lugar que la compraventa es un contrato bilateral tanto por la concurrencia de dos partes para su celebración como porque genera obligaciones recíprocas que detallaré a continuación. Asimismo, "se trata de un contrato oneroso, porque implica una contraprestación por lo recibido de la otra parte. Ambos contratantes deben cumplir una prestación, que actúan como contraprestaciones recíprocas"⁴⁶.

La bilateralidad de la compraventa no se desvirtúa en los casos de "*policitatio*", es decir, de oferta general al público, dejando abierta la posibilidad de que alguien acepte y con su consentimiento perfeccione la compraventa⁴⁷.

El concepto más exacto de la compraventa incluye las obligaciones recíprocas de las dos partes contratantes, de transferir la propiedad de la cosa y del pago de su precio. Se trata, pues, de una entrega de algo cuyo dominio o propiedad se quiere transferir. De aquí que no hay compraventa en la mera cesión de un derecho parcial sobre la cosa, como la facultad de usarla por un cierto tiempo (arrendamiento), o de disfrutar de ella y sus frutos (usufructo), pero sin transferir el dominio ni comprometerse a ello⁴⁸.

Obligación del comprador:

- La obligación primordial del comprador es pagar el precio convenido⁴⁹.

Art. 1812. El precio deberá pagarse en el lugar y el tiempo estipulados, o en el lugar y el tiempo de la entrega, no habiendo estipulación en contrario.

⁴⁵Código Civil del Ecuador. Artículo 1732. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de Junio de 2005.

⁴⁶María del Carmen Gete-Alonso *et al. Lecciones del derecho civil ... Óp. cit.*, p. 103.

⁴⁷Juan Larrea Holguín. *Manual elemental de derecho civil... Óp. cit.*, p. 15

⁴⁸*ibíd.*

⁴⁹Código Civil del Ecuador. Artículo 1811. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de Junio de 2008.

Obligación del vendedor:

- El artículo 1764 del Código Civil, manifiesta que el vendedor tiene dos obligaciones: "la entrega o tradición de la cosa y el saneamiento de la cosa vendida".

La venta será perfectamente válida si es que concurren los requisitos exigidos por la ley, tanto comunes a todo negocio jurídico como especiales para el contrato de compraventa, y habrá que distinguirse los efectos entre las partes y frente a terceros. Veamos cada situación: a); entre las partes, el efecto de la compraventa será el que nazca obligaciones recíprocas a cargo de cada uno de los contratantes, y en tal virtud el comprador como principal obligación deberá pagar el precio, según lo declara el artículo 1811 del Código Civil; mientras que para el vendedor, de conformidad con lo que dispone el artículo 179 *ibídem* sus obligaciones se reducen a dos: la entrega o tradición y el saneamiento de la cosa vendida, advirtiéndose que para el evento de que el vendedor, por hecho por culpa suya, incumple su obligación de entregar la cosa vendida, el comprador podrá, a su arbitrio, exigir el cumplimiento o desistir de la compraventa, en ambos casos con derecho a ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales, al tenor de lo que manda el artículo 1766 del mismo cuerpo legal⁵⁰.

En consecuencia, una vez verificado que en el contrato de compraventa existen obligaciones recíprocas y verificado el incumplimiento del comprador o vendedor, se verifica también la responsabilidad hasta por culpa leve.

1.2.2. Mandato

El artículo 2020 del Código Civil dice:

Mandato es un *contrato* en que una persona *confía la gestión* de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos *por cuenta y riesgo* de la primera.

La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador y en general, mandatario.⁵¹

Definición de la cual, siguiendo a Villalba Vega, podemos establecer que:

Es un contrato bilateral que crea tanto derechos como obligaciones para las partes:

⁵⁰Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *Caso Fabiola Suárez c. Manuel de Jesús Coloma Lara y Municipio del Cantón El Triunfo*. Causa No. 228-04, de 1 octubre de 2004. Registro Oficial. No. 399 de 15 de junio de 2005.

⁵¹Código Civil del Ecuador. Artículo 2020. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de Junio de 2008.

Genera obligaciones para mandante y mandatario, al momento de perfeccionarse, con la aceptación de este último. El mandante se obliga a proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato y a pagarle la remuneración acordada o usual; el mandatario se obliga a ejecutar el encargo y a rendir cuentas de su gestión⁵².

Se trata de un negocio de confianza, "en virtud del cual una persona confía la gestión de negocios a otra"⁵³.

La confianza es un estado subjetivo, producto del conocimiento de la personalidad del mandatario.

La gestión de negocios implica ya la ejecución de un acto jurídico o ya la realización de actividades económicas de las cuales emanan consecuencias jurídicas⁵⁴.

El mandatario se hace cargo del negocio por cuenta y riesgo del mandante:

Es el mandatario quien debe realizar el encargo, ya sea la gestión del negocio jurídico que producirá consecuencias patrimoniales para el mandante, o ya la gestión de un negocio de índole económica, que dará nacimiento a *responsabilidad jurídica*⁵⁵.

El autor Villalba Vega manifiesta que el mandato es "por naturaleza" un contrato oneroso y por lo tanto se debe cumplir con la remuneración llamada honorario que se establece mediante el acuerdo de las partes, la ley, la costumbre o el juez, "como el mandato por su naturaleza es remunerado, el mandante debe pagar al mandatario sus honorarios en la forma pactada o por lo que se acostumbre pagar por la gestión encomendada"⁵⁶. No obstante, se aclara que bajo el artículo 2021 del Código Civil, el contrato de mandato puede ser tanto gratuito como remunerado.

Siendo el mandato, un contrato de obligaciones recíprocas, tenemos que las obligaciones de cada una de las partes en este contrato son:

Obligaciones del Mandante:

Establecidas en el artículo 2062 del Código Civil:

⁵²Dr. Wladimiro Villalba Vega. *Fundamentos de Práctica Forense*. 1era ed., Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 1987, p. 483.

⁵³*Ibíd.*

⁵⁴*Ibíd.*

⁵⁵*Ibíd.*

⁵⁶Dr. Wladimiro Villalba. *Fundamentos de Práctica Forense. Óp. cit.*, p. 534.

- A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato,
- A satisfacerle los gastos razonables causados por la ejecución del mandato;
- A pagarle la remuneración estipulada o usual; de ser el caso.
- A pagarle las anticipaciones de dinero, con los intereses corrientes; y,
- A indemnizarle de las pérdidas en que haya incurrido sin culpa, y por causa del mandato.
- No podrá el mandante exonerarse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menos costo; salvo que le pruebe culpa.

Obligaciones del Mandatario:

Para Villalba Vega, las obligaciones del mandatario se reducen a ser:

- Ejecución del mandato,
- Rendición de cuentas de su gestión.

En cuanto a la ejecución del mandato, el artículo 2062 del Código Civil, establece que "el mandato se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo"; de manera que este tipo de contrato ha sido considerado en la doctrina como aquél que comprende los medios necesarios para llegar al objetivo principal y en consecuencia una recta ejecución del negocio implica el fondo del negocio, pero además, la realización de todos los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo⁵⁷.

La rendición de cuentas de su gestión, es un tipo de obligación que deviene de la representación del mandatario, es decir, que dado que el mandatario obra por cuenta y riesgo del mandante, debe asimismo rendir cuentas de su gestión.

Art. 2059.- El mandatario está obligado a dar cuenta de su administración.

Las partidas importantes de su cuenta serán documentadas, si el mandante no le hubiere relevado de esta obligación.

La relevación de rendir cuentas no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante.

⁵⁷ Código Civil del Ecuador. Artículo 2038. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de Junio de 2008.

Una vez establecido que nos encontramos frente a un contrato bilateral en el que existe obligaciones sinalagmáticas entre las partes contratantes y que además es oneroso, podemos saber que el mandato se encuentra dentro de la afirmación del artículo 1563 que manifiesta que el deudor responde hasta por culpa leve en este tipo de contratos.

Recalco que el contrato de mandato tiene norma expresa en cuanto a la responsabilidad del mandatario cuando dice: "el mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo"⁵⁸.

1.2.3. Fideicomiso Mercantil

Ley de Mercado de Valores en su artículo 109⁵⁹ lo ha definido como:

Aquél contrato por medio del cual una o más personas llamadas constituyentes transfieren de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o que 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 a favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

La bilateralidad es una de sus características principales, porque para su perfeccionamiento requiere de al menos dos voluntades y obligaciones recíprocas.

Asimismo, es oneroso por "la actuación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos será siempre remunerada y constará en el contrato de fideicomiso mercantil"⁶⁰.

Obligaciones del Constituyente:

Su principal obligación es pagar al fiduciario por su gestión, en otras palabras: "reembolsar los gastos que demande el cumplimiento del encargo; remunerar la tarea

⁵⁸Código Civil del Ecuador. Artículo 2033. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de Junio de 2008.

⁵⁹Ley de Mercado de Valores. Artículo 109. Registro Oficial Suplemento N°. 21 de 5 de enero 24 de 2006.

⁶⁰Ley de Mercado de Valores: Art. 132. Registro Oficial Suplemento N°. 21 de 5 de enero 24 de 2006.

del fiduciario, recordando que la fiducia mercantil es contrato de comercio y por tanto no se presume gratuita, más aún tratándose de profesionales empresarios⁶¹.

Obligaciones del Fiduciario:

Sin olvidarse que el fiduciario tiene amplias facultades para la consecución de la finalidad del fideicomiso, tiene obligaciones principales como lo son: cumplir con las instrucciones establecidas en el contrato, rendir cuentas de su gestión y transferir los bienes al cumplimiento de la condición. Dado que el tema de la presente tesina se enfoca en el fideicomiso, las obligaciones de los intervinientes en este contrato, serán tratadas a profundidad en el siguiente capítulo.

De lo expuesto, tenemos que el contrato de fideicomiso es un contrato bilateral y oneroso que cumple con aquello establecido en el artículo 1563 del Código Civil que en su parte pertinente dice: "el deudor (...) es responsable hasta de la culpa leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes"; y además contiene norma expresa con respecto al fiduciario que dice:

Artículo 125 LMV: El fiduciario responde hasta por *culpa leve* en el cumplimiento de su gestión, que es de medio y no de resultado; esto es, que su responsabilidad es actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan.

Sin embargo, observando con mayor profundidad a la Ley Ecuatoriana, tenemos que en virtud de las similitudes entre el contrato de mandato y el contrato de fideicomiso; entre otras, siguiendo a Etchegaray, el derecho del mandante y del fiduciario a percibir una retribución por la labor ejecutada, la rendición de cuentas por parte del mandatario y del fiduciario; y la extinción del mandato y del contrato de fideicomiso por revocación del mandante y del fiduciante; se puede concluir que el fideicomiso es un mandato; y efectivamente, así fue definido por la Ley General de

⁶¹ María Cristina Walker de Tuler. *Contratos Bancarios*. 1 ed. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 2005, p. 57.

Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de México en 1926 cuando se definió al fideicomiso como: "un mandato irrevocable (...)"⁶².

De manera que en consideración con lo anterior, el fiduciario entra en la excepción que estipula claramente el artículo 2030 inciso segundo del Código Civil, cuando dice:

Art. 2033. El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo.

Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado.

Y por ello, en el presente trabajo se analizará que a pesar de que el principio general de responsabilidad en los contratos bilaterales consagrado en nuestro Código Civil, es la responsabilidad por culpa leve; la excepción sobre el mandatario, que consagra el artículo 2033 citado con anterioridad, se aplica asimismo al fiduciario. En consecuencia, una vez verificado el incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato de fideicomiso, el grado de interpretación a emplear para sancionar sus actos por responsabilidad civil deberá realizarse con una mayor estrictez como manda la norma civil. Es decir que, a pesar de que el fiduciario responde de manera general por culpa leve, tratándose, en este caso de un fiduciario remunerado y que es un profesional de quien el constituyente confía en que realice su gestión con una especial diligencia, este grado de culpa deberá verse de manera más estricta y en consecuencia el fiduciario responderá por un nivel mayor de responsabilidad.

⁶² Fideicomisos, Fondos y mandatos: *rendición de cuentas y fiscalización. Auditoría Superior de la Federación XVI Asamblea General de la OLACEFS*. http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Sitios/Olacefs/Cepat/doc/PONENCIAS/Ponencias_XVI_OLACEFS/Fideicomisos/Fideicomisos_fondos_mandatos.pdf. (acceso: 29/5/2012)

2. El Fideicomiso Mercantil

Para definir al Fideicomiso Mercantil hay que tomar en cuenta como primer punto a la definición de contrato dentro del marco legal jurídico ecuatoriano, que en su artículo 1454 expresa: "contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas"⁶³.

Fue en el Código de Comercio Ecuatoriano por efecto de la Ley de Mercado de Valores de 1993, que se incorporó en nuestra legislación el fideicomiso mercantil al agregarse un título innumerado a continuación del artículo 409. No obstante, dicho título fue derogado y reemplazado en 1998 por el proyecto de Ley de Mercado de Valores promovido por la Asociación de Administradoras de Fondos ante el Congreso Nacional, en donde finalmente se recogió un concepto "único y particular de que el fideicomiso tenga personalidad jurídica pese a no ser una compañía o sociedad sino un patrimonio"⁶⁴.

El fideicomiso de manera general ha sido considerado en la doctrina como una figura jurídica destinada a brindar seguridad a ciertos negocios; en cuanto al fideicomiso mercantil, la legislación ecuatoriana lo ha definido mediante la Ley de Mercado de Valores en su artículo 109⁶⁵ citado con anterioridad.

Por su parte, el Código de Comercio Colombiano, en su artículo 1226, inciso primero, define a la fiducia mercantil como:

Un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante, o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario⁶⁶.

⁶³Código Civil Ecuador. Art. 1454. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de Junio de 2005.

⁶⁴ Roberto González Torre. *Manual de fideicomiso en Ecuador y América Latina*. 1era ed., Guayaquil: Edino, 2009, p. 25-27.

⁶⁵ Ley de Mercado de Valores. Artículo 109. Registro Oficial Suplemento N°. 21 de 5 de enero 24 de 2006.

⁶⁶Código de Comercio de Colombia. Art. 1226. Decreto 410 de 1971.

El libro III, título VII del Dominio Imperfecto del Código Civil Argentino, en su artículo 2662, define al dominio fiduciario como aquel que "se adquiere en un fideicomiso singular, destinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición o hasta el vencimiento de un plazo resolutivo, para el efecto de restituir la cosa a un tercero"⁶⁷.

El tratadista Villagordoa Lozano, expresa sobre el contrato de fideicomiso:

Es el negocio fiduciario en el que se pueden apreciar dos relaciones jurídicas, una de carácter real que siempre implica transmisión de bienes y derechos y que se establece entre el fiduciante, en nuestro caso el fideicomitente, con el fiduciario, quien es la persona que recibe tales bienes y derechos con la obligación de destinarlos al cumplimiento de los fines del fideicomiso, en beneficio del propio fideicomisario, todo en virtud de la otra relación de carácter obligatorio que vincula al fiduciario con el beneficiario o fideicomisario⁶⁸.

Sergio Rodríguez Azuero, define al fideicomiso mercantil:

Como el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente en su favor o en beneficio de un tercero⁶⁹.

Una vez estipuladas los distintos conceptos encontrados tanto en la legislación extranjera como nacional, y aquellos otorgados por tratadistas de la materia, es Gómez de la Torre quien abarca en su concepto lo principal:

El acto jurídico por el que se transfieren uno o más bienes a un patrimonio autónomo, mismo que será administrado por una persona jurídica, de acuerdo a las reglas estipuladas en el contrato; y que luego de cumplirse la condición o finalidad establecida por el constituyente o constituyentes, se transferirá dicho patrimonio, más lo que haya producido, al beneficiario o beneficiarios, designados en el acto⁷⁰.

⁶⁷Código Civil Argentina. Art. 2662.

http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf. (acceso: 29/05/2012)

⁶⁸ José Manuel Villagordoa Lozano. *Doctrina General del Fideicomiso*. México: Asociación de banqueros de México, 1976, p. 66.

⁶⁹ Sergio Rodríguez Azuero. *Contratos Bancarios: Su significación en América Latina*. 3era ed., Bogotá: ABC, 1985, p. 627.

⁷⁰ Diego Gómez de la Torre. *El fideicomiso mercantil*. 1era ed. Quito: UASB, 1998, p. 13.

2.1 Naturaleza Jurídica

A fin de encontrar una idea clara sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso mercantil, puedo exponer las siguientes teorías doctrinarias emitidas por autores extranjeros y establecer aquella que considero más apropiada para la problemática jurídica planteada.

2.1.1. Teoría del Negocio Fiduciario

Esta teoría tiene varios exponentes como lo son Rodríguez Rodríguez, Barrera Graf, Villagordoa Lozano, entre otros y establecen que el fideicomiso mercantil es una especie de negocio fiduciario porque se compone de dos elementos: el real, que consiste en la transferencia de bienes o derechos y el elemento personal que se constituye por las obligaciones que se generan dado el acuerdo de las partes⁷¹.

En palabras de Domínguez Martínez citado por Gómez de la Torre, "se entiende por negocio fiduciario aquel acuerdo de voluntades cuya finalidad es la transferencia de ciertos bienes o derechos de un otorgante a otro con la obligación adquirida por este último, de destinar el objeto transferido a una finalidad específica"⁷².

Bajo esta teoría, tratadistas como Rodríguez Azuero, afirman que el fideicomiso mercantil es un tipo de negocio fiduciario impuro, porque justamente no se basa solo en la confianza sino además en derechos y obligaciones de las partes que se encuentran estipuladas en la ley;

Además, debe de observarse que no se trataría en todo caso de un negocio fiduciario puro por cuanto él no radica en forma exclusiva en la confianza, sino que los derechos y obligaciones de las partes están cuidadosamente regulados por la ley sin que quepa entonces posibilidad de abuso, en el sentido de tradición a la voluntad del constituyente que quedase impune por no existir control distinto sobre el cumplimiento de la misma que la propia conciencia del fiduciario, como sucedía en las manifestaciones primitivas de estos negocios. Por ello, y por este aspecto, tendrá que decirse que es una especie de negocio fiduciario impuro⁷³.

⁷¹ Diego Gómez de la Torre. *El fideicomiso Mercantil*. Óp. cit., 39.

⁷² Jorge Alfredo Domínguez Martínez. Citado en Gómez de la Torre. *El fideicomiso mercantil*. Óp. cit., 39.

⁷³ Sergio Rodríguez Azuero. *Contratos Bancarios*. Óp. cit., p. 630.

2.1.2. Teoría del Patrimonio de Afectación

Fue el autor francés, Pierre Lepaulle, quien adoptó en su obra "Naturaleza del Trust", la teoría del patrimonio de afectación en la que se entiende por patrimonio de afectación "a aquellos patrimonios impersonales, que carecen de dueño, pero se encuentran adscritos al logro de una finalidad determinada y gozan de garantías jurídicas especiales"⁷⁴. El Código Civil de Quebec Canadá, en su artículo 1261 establece que:

1261: The trust patrimony, consisting of the property transferred in trust, constitutes a patrimony by appropriation, autonomous and distinct from that of the settlor, trustee or beneficiary and in which none of them has any real right⁷⁵.

La tradición jurídica ecuatoriana, no reconoce en lo absoluto a la afectación del patrimonio puesto que varios tratadistas han catalogado de "inconcebible a la existencia de un patrimonio sin titular"; en efecto, Araujo Valdivia considera que sostener la existencia de un patrimonio si titular sería "admitir el absurdo de que algo distinto a las personas realizara las finalidades jurídico económicas de ese patrimonio cuya naturaleza reclamara el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden"⁷⁶.

Sin embargo, Gómez de la Torre establece una salvedad y considera que el mayor aporte que dio esta teoría a la naturaleza jurídica del fideicomiso es que por medio de ella se estableció la existencia de un patrimonio autónomo, al que no se le puede afectar y por el que el fiduciario, dado que se considera como su representante legal, debe responder por el destino que le de. "Los bienes recibidos por el fiduciario forman un conjunto o unidad patrimonial separado del resto de los bienes de la institución y, lo que

⁷⁴ Pierre Lepaulle, citado en Rodolfo Batiza. *Principios básicos del Fideicomiso y de la administración fiduciaria*, 2da ed., México: Porrúa, 1985, p. 76.

⁷⁵ El patrimonio fiduciario, formado por los bienes transferidos en fideicomiso, constituye un patrimonio de afectación autónomo y distinto del patrimonio del constituyente, el fiduciario o del beneficiario, sobre el cual ninguno de ellos tiene un derecho real. (Traducción). Civil Code of Quebec. http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ/CCQ_A.html. (acceso: 20/06/2012)

⁷⁶ Luis Araujo Valdivia. *Derecho de las cosas y derecho de las sucesiones*. Puebla: Cajica, 1965, p. 26.

es más importante, libre por tal motivo de las vicisitudes económicas que pudiesen afectar a fideicomitente, fiduciario y fideicomisario⁷⁷.

2.1.3. Teoría del Mandato Irrevocable

La siguiente teoría es la que considero más apropiada para establecer la verdadera naturaleza jurídica del contrato de fideicomiso mercantil, por que en esencia el fiduciario y el mandatario son intervinientes que ejecutan un encargo para cumplir con la finalidad que ha establecido el constituyente o encargado el mandante.

Ricardo J. Alfaro, considerado el exponente más renombrado de esta teoría, es quien ha considerado al fideicomiso como una especie de "mandato asimilado"; fue en 1920, cuando dicho autor manifestó que el fideicomiso es "un mandato irrevocable en virtud del cual se transfieren al fiduciario, determinados bienes, para que disponga de ellos y de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario"⁷⁸.

El sustento de la presente teoría según Alfaro, es que entre el trust inglés y el fideicomiso romano existe un elemento esencial a los dos que es, que "tanto el fiduciario como el *trustee* inglés es siempre una persona que ejecuta un encargo o comisión que ha sido dado por otra persona para beneficio de un tercero"⁷⁹, y siendo el mandato un contrato por medio del cual una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera⁸⁰, el mencionado autor concluye que el fideicomiso en esencia tiene "estrecha semejanza con el mandato civil, en el cual el fideicomitente es el mandante y el fiduciario el mandatario".

2.2. Elementos del Fideicomiso

Para Bauche, "las características esenciales del fideicomiso son dos: una, que el fin debe ser lícito; y la otra, que solamente pueden ser fiduciarias las instituciones de

⁷⁷ Sergio Rodríguez Azuero. *Contratos Bancarios. Óp., cit.*, pp. 833-834.

⁷⁸ Diego Gómez de la Torre. *El fideicomiso mercantil. Óp. cit.*, p. 37.

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ Código Civil Ecuador. Art. 2020. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de Junio de 2005.

crédito, es decir, los bancos con autorización para realizar operaciones fiduciarias⁸¹; para Carregal en cambio, las dos características principales del fideicomiso consisten en la existencia de un encargo y la transferencia de propiedad fiduciaria de los bienes sobre los que recaerá su ejecución, "no admite excepciones: [...] si existe transferencia de titularidad de la propiedad sin que medie encargo alguno, habrá compraventa, permuta o donación"⁸².

El autor, Mosset Iturraspe⁸³ señala por su parte, que los elementos de un negocio fiduciario son:

- a) La confianza entre fiduciante y fiduciario
- b) El doble juego de relaciones: real y obligacional
- c) La legitimación del fiduciario para contratar respecto del bien fideicomitado.

Y el Doctor Wladimiro Villalba Vega, haciendo referencia a una sentencia de Casación de la Corte Suprema de Colombia⁸⁴, señala que:

Los códigos modernos determinan y establecen los elementos esenciales que constituyen el fideicomiso, que son los siguientes: bienes que sean susceptibles de constituirse en fideicomiso; existencia de dos personas: fiduciario y fideicomisarios; y existencia de una condición en virtud de la cual la propiedad pasa del fiduciario al fideicomisario (Artículos 794, 795 y 799 Código de Comercio Colombia⁸⁵).

En consecuencia, lo que vincula al constituyente con el fiduciario son dos elementos; el uno real, en el que se trata de una transferencia de derechos; es decir, en el cual "el fiduciante transmite la propiedad de un bien al fiduciario"; y otro personal, que se verifica con la celebración de un contrato con obligaciones que el fiduciario debe cumplir.

⁸¹Mario Bauche GarcíaDiego. *El Fideicomiso*. La Superintendencia de Compañías en su trigésimo segundo aniversario de vida institucional. Universidad Andina Simón Bolívar, p. 30.

⁸²Mario A. Carregal. *Fideicomiso: Teoría y aplicación a los negocios*. Buenos Aires: Heliasta, 2008, p. 71.

⁸³ Barbieri y Fernández Estudio jurídico. *Fideicomiso*. <http://rodolfobarbieri.com.ar/sobre-el-derecho/derecho-civil/contratos/fideicomiso/>(acceso: 2-04-2012).

⁸⁴Wladimiro Villalba Vega. *Fundamentos de Práctica Forense*. *Óp. cit.*, p. 195.

⁸⁵ Artículos equivalentes en nuestro Código Civil: Artículos 748, 749 y 753 Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de Junio de 2005.

En cuanto al primer elemento, Rodríguez Azuero nos comenta que no existe una posición unánime en la doctrina que considere que dicha transmisión de derechos ya sean reales o personales, es plena o limitada, porque se ha dicho que es una limitación al derecho real de propiedad plena, el cumplimiento de la finalidad propuesta por el fiduciante, "y por consiguiente, no modifica la esencia del derecho de propiedad, constituyendo apenas una modalidad del mismo"⁸⁶. Vale recordar entonces, lo expuesto por la Doctrina I expedida por la Superintendencia de Compañías del Ecuador⁸⁷, en la que se establece que 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"⁸⁸.

Y en cuanto a los derechos personales, conforme los define el artículo 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"⁸⁹. Para Rodríguez Azuero, el elemento obligacional "consiste en el acuerdo mediante el cual el fiduciario limita su potestad de propietario, en orden al cumplimiento de la finalidad prevista por el fiduciante".

Así, el citado autor, Villagordoa Lozano, en un seminario que brindó a la Universidad Autónoma de México, manifestó que la transmisión de la propiedad al fideicomiso no tiene limitación y que por lo tanto se trata de una transmisión plena y absoluta "pudiéndose además, denominar fiduciaria"⁹⁰.

⁸⁶ Sergio Rodríguez Azuero. *Negocios Fiduciarios: Su significación en América Latina*. 1era ed., Colombia: Legis S.A., 2005, p. 170.

⁸⁷ Doctrina de la Superintendencias de Compañías (Ecuador). *Doctrina I: Certificados de Derechos Fiduciarios*.

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ José Manuel, Villagordoa Lozano. *Breve estudio sobre el fideicomiso*. Seminario de Derecho Mercantil y Bancario. Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

2.3. Características del Contrato de Fideicomiso

El fideicomiso tiene elementos propios que lo caracterizan, uno de los más importantes es su carácter consensual, no obstante la existencia de una parte de la doctrina que ha sostenido que es un contrato real. En efecto, la Doctrina II de la Superintendencia de Compañías de Ecuador manifiesta textualmente que: “en el caso del contrato de fideicomiso, la doctrina ha considerado a este tipo de contrato como del tipo consensual, esto no debe confundirse con las formalidades requeridas para la adquisición del derecho real”⁹¹.

La bilateralidad es otra de sus características en cuanto para su perfeccionamiento se requiere de al menos dos voluntades y obligaciones recíprocas, ya que como dice Borja Gallegos, “el fiduciante se halla obligado a transmitir en propiedad el bien”⁹² y como dice Pedro Gutiérrez “el fiduciario se obliga a la gestión que constituye el encargo”⁹³.

Este contrato es además solemne, ya que en la legislación ecuatoriana se estipula bajo el artículo 110 de la Ley de Mercado de Valores, que los fideicomisos deberán constituirse mediante instrumento público abierto. Es oneroso, en cuanto tiene por objeto la “utilidad de ambos contratantes; gravándose recíprocamente tanto fiduciante como fiduciario”⁹⁴.

Es conmutativo, al ser equivalentes los beneficios de las partes; es principal, por ser un contrato que no necesita de otro para ser perfecto y existir; es de tracto sucesivo porque las prestaciones una vez entregado el patrimonio al fiduciario “suponen una serie sucesiva de acciones que debe desarrollar el fiduciario, para el logro del fin del fideicomiso”⁹⁵. Es finalmente nominativo porque claramente se encuentra estipulado en como contrato de fideicomiso en la Ley.

⁹¹ Doctrina de la Superintendencia de Compañías (Ecuador). *Doctrina II: Constituyentes de Fideicomisos Mercantiles*.

⁹² Ramiro Borja Gallegos. *La fiducia o fideicomiso mercantil y la titularización*. 2era ed. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 1995, p. 25.

⁹³ Pedro Gutiérrez. *Los Fideicomisos y las obligaciones negociables*. Mendoza: Ediciones Jurídicas, 1998, p. 95.

⁹⁴ *Id.*, p. 26.

⁹⁵ Diego Gómez de la Torre Reyes. *El fideicomiso mercantil*. *Óp. cit.*, p. 16.

Es importante mencionar que en Latinoamérica se ha tipificado al fideicomiso como un contrato mercantil, y tal y como lo dice Rodríguez Azuero, ello se debe a la profesionalización que debe tener el fiduciario, es decir, que la función encargada al fiduciario se lo ha reservado para ciertas entidades como por ejemplo la Corporación Financiera Nacional en Ecuador, y las Administradoras de Fondos y Fideicomisos.

Otras características, propias del contrato de fideicomiso, son: la confianza, la necesidad de un objetivo final que se debe cumplir mediante el negocio, porque justamente esta es la razón de ser del contrato. En el caso ecuatoriano, es importante además, la designación de un administrador o fiduciario autorizado por la Superintendencia de Compañías; y, la conformación del patrimonio autónomo o de afectación que en palabras de Borja Gallegos, implica que los bienes que entrega el fiduciante se aíslan del patrimonio de éste de tal forma que los acreedores no pueden perseguirlos, embargarlos o solicitar su remate judicial para satisfacer deudas⁹⁶.

Para que el contrato de Fideicomiso tenga eficacia jurídica, debe cumplir con los requisitos esenciales de validez que son: voluntad sin vicios de las partes, capacidad de las partes intervinientes en el contrato y objeto y causa lícita. En efecto, el consentimiento, debe estar libre de los vicios que estipula el artículo 1467 del Código Civil: error, fuerza y dolo; así, el autor Gómez de la Torre establece que al igual que en casi todos los contratos, el error de derecho no produce vicio del consentimiento, por lo que, pone énfasis solamente en aquel error de hecho en la persona que es el que vicia de nulidad relativa al contrato de fideicomiso mercantil, porque éste contrato es de aquellos que la doctrina ha denominado "*intuitu personae*"⁹⁷, por lo que un error en la identidad de una de las partes intervinientes en el contrato es causa de rescisión de éste.

Siguiendo con el mencionado autor, en lo que respecta a la fuerza, para que vicie el consentimiento debe ser injusta o ilegítima, grave y determinante; finalmente en cuanto al dolo, como no se lo presumen en virtud del artículo 1475 del Código Civil, debe ser probado. La capacidad de las partes que se requiere en el contrato es la capacidad de ejercicio; de manera que aquellas personas estipuladas en la Ley como incapaces

⁹⁶ Ramiro Borja Gallegos. *La fiducia o fideicomiso mercantil...Óp. Cit.*, p.28.

⁹⁷ Diego Gómez de la Torre Reyes. *El fideicomiso mercantil. Óp. cit.*, p. 1617.

absolutos, no pueden celebrar contratos de fideicomiso. “La validez de un contrato queda condicionada en primer término, a la circunstancia de que las personas que lo celebran tengan aptitud legal para obligarse”⁹⁸. El objeto de este contrato para Carregal es:

La actuación de una de las partes –fiduciario- respecto de un bien que se le transmite a fin de darle en su momento el destino previsto en la convención [...] en cuanto a los bienes (cosas, servicios o derechos) sobre los que recae la función fiduciaria no constituyen en verdad el *objeto* del fideicomiso⁹⁹.

Mientras que para Villalba Vega, el objeto son los bienes que van a ser transferidos al fiduciario, y por ello los requisitos que dicho objeto debe cumplir; que sea real, es decir, que existan o se espera que existan; determinado específicamente a fin de separarlos de los patrimonio de las partes que intervienen; y, comerciable o dentro del comercio¹⁰⁰.

En términos generales, “toda clase de bienes y derechos pueden constituirse en fideicomiso, salvo aquellos personalísimos del fideicomitente que, en general, no son nunca susceptibles de enajenación”¹⁰¹; es decir, que la transferencia de los bienes puede realizarse con aquellos corporales que incluyen muebles e inmuebles y aquellos incorporales que hacen referencia a derechos. Rodríguez Azuero, nos aclara que la regla general es la posibilidad de enajenar bienes singulares, no obstante existen legislaciones como la de Uruguay, Honduras, México, Panamá y Costa Rica, en las que se permite la enajenación de universalidades.

No existe todavía una doctrina uniforme en cuanto al objeto del contrato de fideicomiso; sin embargo es indiscutible que uno de los requisitos de validez de dicho contrato es que el objeto sea lícito dado que el artículo 1477 del Código Civil, hace referencia a que se encuentre ajustado a la ley a las buenas costumbres y al orden público; y que también la causa o finalidad sea lícita, porque “no puede haber obligación

⁹⁸ Ramiro Borja Gallegos. *La fiducia o fideicomiso mercantil Óp. cit.*, p.31.

⁹⁹ Mario A. Carregal. *Fideicomiso... Óp. cit.*, pp. 143-144.

¹⁰⁰ Wladimiro Villalba Vega. *Fundamentos de Práctica Forense. Óp. cit.*, pp.65-66.

¹⁰¹ Sergio Rodríguez Azuero. *Negocios Fiduciarios...Óp. cit.*, p. 196.

sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla¹⁰². La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente¹⁰³.

Finalmente, en base al artículo 132 de la Ley de Mercado de Valores que estipula:

Art. 132.- Remuneración del fiduciario.- La actuación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos será siempre remunerada y constará en el contrato de fideicomiso mercantil

El pago o remuneración a la administración que realiza el fiduciario durante la vida del fideicomiso, es otra de sus características.

Es importante mencionar que dentro del contrato de fideicomiso al igual que en los demás contratos, existen las cláusulas esenciales, sin las cuales el contrato no surte efecto o degenera en otro contrato, "son aquellas que tipifican al contrato, que al faltar transforman en otro contrato diverso del querido, o lo invalidan"¹⁰⁴; las de la naturaleza, aquellas que se entiende que pertenecen sin ser esenciales y sin necesidad de un cláusula especial; y las accidentales, que son las que se agregan por medio de una cláusula especial¹⁰⁵. En consecuencia, el contenido básico de este contrato se encuentra estipulado en la Ley de Mercado de Valores bajo el artículo 120.

2.4. Intervinientes en el Contrato de Fideicomiso

Es importante establecer las partes que intervienen en la fiducia que son tres: el constituyente o fideicomitente; el fiduciario; y el beneficiario o fideicomisario.

El Constituyente.-

"La calidad de constituyente con sus derechos y obligaciones se la adquiere mediante la manifestación de la voluntad de éste al comparecer y suscribir el respectivo

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ Código Civil del Ecuador. Artículo 1483. Registro Oficial Suplemento N° 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁰⁴ Wladimiro Villalba Vega. *Fundamentos de Práctica Forense. Óp. cit.*, pp. 291-292.

¹⁰⁵ Código Civil del Ecuador. Artículo 1460. Registro Oficial Suplemento N° 46 de 24 de junio de 2005.

contrato¹⁰⁶, se encuentra claramente definido por Villagordoa Lozano cuando dice que fideicomitente es “la persona que constituye el fideicomiso y destina los bienes y derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines, transmitiendo su titularidad al fiduciario¹⁰⁷; sus características comunes en base a Roberto González Torre en *Manual de Fideicomiso en Ecuador y América Latina*, son: que se trate de personas físicas o jurídicas¹⁰⁸, que tengan capacidad de ejercicio; que en el caso de fideicomisos testamentarios sean capaces de testar; que la finalidad por la que transmiten los bienes sean lícitas, sin importar si son gratuitas u onerosas; y, que son libres de constituir fideicomisos puros y simples o sujetos a plazo o condición. La legislación ecuatoriana regula la actuación de los fideicomitentes en el artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores y establece que:

Art. 115.- Pueden actuar como constituyentes de fideicomisos mercantiles las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, quienes transferirán el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil.

Las instituciones del sector público que actúen en tal calidad, se sujetarán al reglamento especial que para el efecto expedirá el C.N.V¹⁰⁹.

Asimismo, como dice Carregal, nada se opone a que exista más de un fiduciante; “puede existir varios fideicomitentes simultáneos, ya sea por ser copropietarios del bien objeto de fiducia, o porque aportan varios bienes de los cuales son propietarios independientes, con el fin de formar un fondo común¹¹⁰, y el mejor ejemplo que el mencionado autor nos presenta, consiste en un proyecto inmobiliario en el cual un fiduciante transfiere la propiedad fiduciaria de un terreno, otro una suma determinada de dinero, y un tercer fiduciante los planos de la edificación; de manera que lo que se hace es establecer en cada caso los derechos, facultades y obligaciones de cada uno de los fiduciantes y el destino de sus bienes.

¹⁰⁶ Doctrina de la Superintendencia de Compañías (Ecuador). *Doctrina II: Constituyentes de Fideicomisos Mercantiles*.

¹⁰⁷ Miguel Acosta Romero y P. Roberto Almazán Alaniz. *Tratado teórico práctico de fideicomiso*. 4ta ed., México: Porrúa, 2002, p. 221.

¹⁰⁸ En Ecuador: se incluye expresamente que pueden actuar como constituyentes fondos y otros fideicomisos (Roberto González Torre. *Manual de Fideicomiso... Óp. cit.*, p.32).

¹⁰⁹ Ley de Mercado de Valores. Artículo 115. Registro Oficial Suplemento N°. 21 de 5 de enero 24 de 2006.

¹¹⁰ Lisandro Peña Nossa. *De los contratos mercantiles: nacionales e internaciones*. 2da ed., Bogotá D.C: Kimpres Ltda., 2006, p. 433.

Finalmente, existe en Ecuador y otras legislaciones afines, la posibilidad de que terceros interesados puedan adherirse al contrato de fideicomiso, siempre que acepten sus términos y condiciones, que conste por escrito y se registren en la fiduciaria¹¹¹.

El citado autor, Diego Gómez de la Torre nos recuerda que la principal obligación del constituyente o fideicomitente consiste en transferir al fideicomiso los bienes y derechos que van a formar parte del patrimonio autónomo, que además tiene como deber remunerar al fiduciario de acuerdo a lo establecido en la ley y a las determinaciones respectivas en el contrato de fideicomiso, "el no pago de la remuneración es justa causa en buen número de países para que el fiduciario pueda renunciar y por ende, para que termine el fideicomiso"¹¹²; y que finalmente, debe responder por el saneamiento en caso de evicción¹¹³ y vicios redhibitorios; éstas últimas, obligaciones que no se pierden por una cesión de derechos, porque como manifiesta la Superintendencia de Compañías en su Doctrina II, lo que contempla la legislación ecuatoriana es una cesión de derechos y no una cesión de obligaciones.

Los bienes fideicomitados salen del patrimonio del fideicomitente para formar el patrimonio autónomo del fideicomiso, y lo único que el fideicomitente tendrá en su patrimonio, en relación con dichos bienes, serán los derechos que expresamente se haya reservado, y el derechos a la reversión al extinguirse el fideicomiso¹¹⁴.

Entre los derechos que tiene el constituyente de un fideicomiso, están aquellos recogidos por el artículo 126 de la Ley de Mercado de Valores.

El Fiduciario.-

El fiduciario según la legislación ecuatoriana es quien se compromete a administrar o enajenar los bienes fideicomitados y "que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso"¹¹⁵. Como dice el citado autor González Torre, el negocio fiduciario y la

¹¹¹ Reglamento General a la Ley de Mercado de Valores. Artículo 25. Registro Oficial 87 de 14 de Diciembre de 1998.

¹¹² Sergio Rodríguez Azuero. *Contratos Bancarios: Óp. cit.*, p. 868.

¹¹³ *Id.*, pp. 868-869: "Siendo el fideicomiso un acto traslativo, el fideicomitente debe salir al saneamiento por evicción, pero distinguiendo entre el fideicomiso gratuito en que tal cosa no se presume de ordinario, sino debe resultar de un pacto expreso por aplicación analógica de las normas sobre donación, del fideicomiso oneroso en donde tal obligación se instituye siempre para el fiduciante".

¹¹⁴ Raúl Cervantes. *Títulos y Operaciones de Crédito*. México: Editorial Herrero S.A., 1979, p. 62.

¹¹⁵ Jorge Serrano Transviña. *Aportación al Fideicomiso*. Citado en: Miguel Acosta Romero y P. Roberto Almazán Alaniz. *Tratado teórico práctico de fideicomiso. Óp. cit.*, p. 54.

actividad en América Latina, revela que la legislación latinoamericana ha recogido varios sistemas, entre los cuales se encuentra aquél acogido por el Ecuador llamado *Sistema del profesionalismo especializado y reserva de la actividad*, “las legislaciones latinoamericanas han establecido restricciones acerca de la persona del fiduciario, profesionalizando la función y reservándola a entidades que hacen parte del sector financiero”¹¹⁶, debido a que se ha establecido la actuación fiduciaria como una actividad que puede ser desempeñada por específicas instituciones determinadas en la ley.

Así, de acuerdo con el citado artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, los fiduciarios son las Administradoras de Fondos y fideicomisos. En Ecuador desde 1998 por la derogatoria que hizo la LMV al artículo 51 literal r) de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, “ya no pueden actuar como fiduciarios mercantiles los bancos, las sociedades financieras, las mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda y otras instituciones sujetas a la LGISF”¹¹⁷. Con lo que se establece que en nuestro país se requiere de una entidad profesional para administrar el fideicomiso mercantil y se descarta la intervención como fiduciaria de una persona natural.

Las legislaciones latinoamericanas han introducido en su mayoría una restricción respecto a la persona del fiduciario señalando que solo pueden actuar como tales los bancos autorizados para ello o las sociedades fiduciarias que hayan recibido [...] La excepción está constituida por algunos países en los cuales todavía se permite que el fiduciario pueda ser una persona natural o jurídica sin especial calificación ni autorización¹¹⁸.

Como hemos dicho, el fiduciario es meramente el titular de los bienes aportados al fideicomiso y no su propietario; sino quien “se compromete a cumplir con relación a los bienes fideicomitados el encargo o encomienda fiduciaria”¹¹⁹; de manera que de la diligencia y prudencia que emplee a fin de lograr el objetivo final del fideicomiso, depende la eficacia del contrato.

El fiduciario, siguiendo a Raúl Cervantes, tiene a manera de regla general, el deber de desempeñar su cargo de buena fe, *como un buen padre de familia*, es decir, no podrá

¹¹⁶ Sergio Rodríguez Azuero. *Negocios Fiduciarios... Óp. cit.*, p. 225.

¹¹⁷ Roberto González Torre. *Manual de fideicomiso en Ecuador... Óp. cit.*, p. 41.

¹¹⁸ Sergio Rodríguez Azuero. Citado en: Diego Gómez de la Torre Reyes. *El fideicomiso mercantil. Óp. cit.*, pp. 55-56.

¹¹⁹ Mario A. Carregal. *Fideicomiso... Óp. cit.*, p. 134.

utilizar ni hacerse dueño de los bienes del fideicomiso, y deberá entre otras gestiones, mantener por separado el patrimonio de cada fideicomiso y rendir cuentas de su actuación. Además, esta parte del contrato de fideicomiso, deberá actuar de manera equilibrada, como dice Rodríguez Azuero, "fiel de la balanza" "que vele por mantener el equilibrio y proteger los intereses legítimos de los intervinientes"¹²⁰.

Todas las obligaciones que debe cumplir la figura del fiduciario se constituyen por el hecho de la evolución de la noción de los fiduciarios profesionales y su consiguiente responsabilidad, así ante todo el fiduciario es:

Un gestor profesional de intereses ajenos. Un gestor en el sentido moderno del término que se refiere a quien, por prestar de manera masiva un servicio para el que se requiere preparación particular, es reconocido por la comunidad que aspira a obtener bienes o servicios de satisfactoria calidad y está dispuesta a reclamarle severamente en caso de que no los obtenga¹²¹.

Son varias las obligaciones profesionales del fiduciario que con el tiempo han tratado tanto la ley como la jurisprudencia, y a pesar de que nuestra legislación todavía no consagra la línea contemporánea en cuanto a las posibles obligaciones de resultado que puede asumir el fiduciario, es interesante realizar un análisis general sobre las posturas de aquellos doctrinarios que soportan la tesis de que el fiduciario tiene obligaciones tanto de medio como de resultado.

En nuestro sistema, todas las gestiones que realice el fiduciario deben hacerse con el fin de cumplir la finalidad prevista en el contrato de fideicomiso mercantil sin que ello signifique que su actuación garantice el efectivo cumplimiento de los resultados y finalidades; así, tal y como se expresa en el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores, el cumplimiento de la gestión del fiduciario es de medio y no de resultado, por lo que su responsabilidad no va más allá de actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente. "Solo responderá de su gestión y no podrá asumir obligación directa sobre sus resultados"¹²².

¹²⁰ Sergio Rodríguez Azuero. *Contratos Bancarios*. Óp. cit., p. 132.

¹²¹ Sergio Rodríguez Azuero. *Negocios Fiduciarios...* Óp. cit., p.265.

¹²² Raúl Cervantes. *Títulos y Operaciones de Crédito*. Óp. cit., p. 62.

Esta línea doctrinaria de las obligación de medio y no de resultado, fue aportada por el jurista René Demogue que manifestó que “la obligación se traduce en la realización de los mejores esfuerzos profesionales enderezados a obtener un resultado, pero sin que tal carga suponga, en manera alguna, el compromiso de obtenerlo”¹²³. Es decir, que los fiduciarios se comprometen a poner todo su *expertise*, pero no pueden garantizar un resultado.

Es claro que una de las diferencias fundamentales entre las obligaciones de medio y de resultado aluden específicamente al tema de las pruebas; es decir, que cuando se trata de obligaciones de medio, entendidas como aquellas en las que “el deudor se obliga solamente a utilizar todos los medios posibles en la búsqueda de un resultado sin prometer su obtención”¹²⁴, la no obtención del resultado hace que la carga de la prueba recaiga sobre el acreedor quien debe probar la negligencia o culpa del gestor. En cuanto a la obligación de resultado entendida como aquella en la cual “el objeto está estrictamente determinado, pues el deudor promete un resultado”¹²⁵, la no obtención del resultado presumen la culpa del deudor incumplido y por lo tanto éste tiene que probar que no es responsable.

No obstante, en la actualidad, existe de manera conjunta, la teoría que plantea la inexistencia de actividades que generen solamente obligaciones de medio y no de resultado en determinados fideicomisos “resulta haberse adoptado con un criterio simplista un principio que podría ser orientador de buena parte de los negocios fiduciarios pero no de todos y por lo tanto no puede formularse como regla absoluta”¹²⁶.

Si bien ha quedado señalado que el fiduciario contrae obligaciones de medio respecto de la finalidad pretendida por el constituyente, no es menos cierto que en el desempeño de su gestión, sí tiene que cumplir obligaciones de resultado. Ejemplos de obligaciones de resultado son: desembolsar el dinero que le fue entregado en las fechas fijadas para ello, rendir cuentas de su gestión [...] informar del estado de los bienes e inversiones del fideicomiso, mantener separado el fideicomiso mercantil, etc. La explicación anterior demuestra que no puede manejarse con un concepto simplista

¹²³ Sergio Rodríguez Azuero. *Negocios Fiduciarios... Óp. cit.*, p. 274.

¹²⁴ Juan Manuel Díaz-Granados Ortiz. *El Seguro de Responsabilidad*. 2da ed., Bogotá: Universidad del Rosario, 2006, p. 57.

¹²⁵ *Ibíd.*

¹²⁶ Sergio Rodríguez Azuero. *Negocios Fiduciarios... Óp. cit.*, p. 280.

la afirmación de que “todas las obligaciones del fiduciario son de medio y no de resultado”¹²⁷.

Es más, si algo resulta confuso para la comunidad es que bajo todas las circunstancias y con los mejores argumentos se repite que la fiducia es un negocio diseñado para lograr resultados, en donde todos sus mecanismos apoyan su consecución y tratan de evitar que se frustre. Y cuando se han agotado los argumentos para demostrarle al interlocutor que eso es así, recibe el baldazo de agua fría de saber que el fiduciario está dispuesto a hacer su mejor esfuerzo, pero que no responde por la obtención del resultado, cuya búsqueda constituye de ordinario la causa determinante del negocio¹²⁸.

La distinción además, abarca el tema del régimen de responsabilidad, porque al incumplir una obligación de medios, el régimen aplicable es el subjetivo de responsabilidad por culpa; mientras que si se incumple una obligación de resultado, el régimen de responsabilidad será la objetiva; de manera que surge la duda de si debería o no mantenerse vigente y con qué utilidad, la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado “para establecer a qué cosa se encuentra obligado el deudor de una obligación determinada; el régimen de responsabilidad aplicable será, por lo tanto, una consecuencia”¹²⁹.

Para terminar, en cuanto a los derechos del fiduciario debe partirse como establece Leal Pérez, del principio según el cual el fiduciario tiene “todas las facultades necesarias para cumplir la finalidad señalada por el fideicomiso, con las limitaciones que se deriven de los términos del encargo de su incompatibilidad con el logro de la misma finalidad”¹³⁰; de manera que los derechos siguiendo al mencionado autor se reducen a ser:

1. Ejercer todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso.
2. La obligatoriedad en el desempeño de su cargo.

¹²⁷ Roberto González Torre. *Aspectos Jurídicos del Fideicomiso en Latino América*. http://www.felaban.com/archivos/memorias_XVIII_congreso/pres_word_roberto_gonz.pdf (acceso 15/02/2012)

¹²⁸ Sergio Rodríguez Azuero. *Negocios Fiduciarios...Óp. cit.*, p. 279.

¹²⁹ Guido Alpa *et al. Estudios sobre la Responsabilidad Civil*. 1era ed., Lima: ARA editores, 2001, p. 382.

¹³⁰ Hidelbrando Leal Pérez. *Contratos Bancarios*. 1era ed., Bogotá: Librería del profesional, 1990, pp. 407-408.

3. Asumir la obligación de conservar los bienes y derechos recibidos en su integridad material.

El Fideicomisario.-

“Es la persona que en virtud del negocio jurídico debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo, y eventualmente, los mismos bienes fideicomitidos al vencimiento del término estipulado”¹³¹.

Art. 116 L.M.V.- Serán beneficiarios de los fideicomisos mercantiles o de los encargos fiduciarios, las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, de derecho privado con finalidad social o pública, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica designadas como tales por el constituyente en el contrato o posteriormente si en el contrato se ha previsto tal atribución.

La Ley ha previsto que el beneficiario o fideicomisario puede ser el propio constituyente si es que así se ha establecido en el contrato¹³²; de manera que como regla general, pueden tener esta calidad cualquier persona natural o jurídica con capacidad de goce. El artículo 116 de la LMV en su inciso segundo establece que:

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.

Así, una parte de la doctrina, afirma que lo “normal”¹³³ sería que el fideicomisario exista al momento de perfeccionarse el contrato, mientras que ciertas legislaciones como la nuestra, afirma el principio de que la existencia del fideicomisario no es esencial para el negocio; ya que existe la posibilidad de que se designe como beneficiario del fideicomiso mercantil a una persona que al momento de su constitución no exista pero se espera que exista. Como dice Raúl Cervantes, el fideicomisario “no es un elemento esencial del fideicomiso, ya que pueden darse fideicomisos sin fideicomisario”¹³⁴. Viene a discusión entonces, tal y como nos plantea Rodríguez Azuero en su libro *Negocios Fiduciarios*, si es posible, dada la experiencia del trust

¹³¹ Sergio Rodríguez Azuero. *Contratos Bancarios. Óp. cit.*, p. 841.

¹³² Diego Gómez de la Torre Reyes. *El fideicomiso mercantil. Óp. cit.*, p. 57.

¹³³ Sergio Rodríguez Azuero. *Contratos Bancarios. Óp. cit.*, p. 841.

¹³⁴ Raúl Cervantes. *Títulos y operaciones de crédito. Óp. cit.*, p. 64.

anglosajón¹³⁵, que un fideicomiso pueda nacer o subsistir sin que nunca aparezca un beneficiario; en la actual legislación de Mercado de Valores Ecuatoriana, no cabe la inexistencia absoluta de un beneficiario, porque al ser el objeto del fideicomiso el cumplimiento de un fin a favor de éste, es necesaria su existencia ya sea al momento de constitución del contrato o en su transcurso. "Si no puede considerarse que el efecto buscado haya sido obtenido, sino cuando exista un fideicomisario, habría que concluir que su inexistencia se traduciría en una causal de extinción del negocio, consistente, en la imposibilidad absoluta de realizar los fines"¹³⁶.

Explicado lo anterior, es necesario puntualizar la naturaleza de beneficiario y si debe ser considerado como parte o como un tercero dentro el contrato de fideicomiso mercantil; así, tenemos que el citado autor Sergio Rodríguez Azuero, sostiene que el derecho del fideicomisario deriva de la estipulación del fideicomitente con acuerdo del fiduciario, hecha a su favor, por lo que dentro de este criterio, se podría afirmar que el beneficiario es un tercero, que por excepción suscribe el contrato. Sin embargo, dicha afirmación no tendría mayor sustento cuando, como he explicado con anterioridad, el fideicomisario es la misma persona que el constituyente del fideicomiso, "el beneficiario es parte en cuanto fideicomitente y no en cuanto fideicomisario"¹³⁷. Por otro lado, el mismo autor, sostiene que dada la definición de parte como "cada uno de los centros de imputación de los efectos jurídicos de un acto jurídico, cuya participación es necesaria para hacerlo surgir", es parte del negocio, aquél sujeto en el que se verifican dos circunstancias simultáneamente¹³⁸:

- a) Que la participación del sujeto sea determinante, de manera que sin ella el acto no pueda verificarse;
- b) Que los efectos jurídicos se radiquen en su patrimonio

De manera que analizada la condición del beneficiario o fideicomisario, no cumple con los requisitos de parte que nos manifiesta Rodríguez Azuero, porque ni es esencial

¹³⁵ "En la experiencia del trust, cuando el fideicomiso se crea para fundaciones o para estímulos culturales, el trust puede constituirse por tiempo indefinido y al no haber beneficiario pre designado, se beneficiará a la comunidad" Sergio Rodríguez Azuero. *Negocios Fiduciarios... Óp. cit.*, pp. 246-247.

¹³⁶ Sergio Rodríguez Azuero. *Negocios Fiduciarios... Óp.cit.*, pp. 246-247.

¹³⁷ *Id.*, p. 251.

¹³⁸ *Id.*, pp. 251-252.

su presencia al momento del contrato "su voluntad es irrelevante a la formación del contrato", como bien lo hemos determinado con base a la legislación actual; ni los efectos jurídicos se radican en su patrimonio. En consecuencia, concuerdo con aquella parte de la doctrina que manifiesta la naturaleza del beneficiario o fideicomisario como un tercero y no como parte en el contrato de fideicomiso mercantil.

En cuanto a las obligaciones de este interviniente, Batiza citado por Diego Gómez de la Torre dice que:

La única obligación que se impone al fideicomisario, en forma subsidiaria, puesto que corresponde en primer término al fideicomitente o a sus causahabientes, consiste en pagar a la institución fiduciaria las compensaciones estipuladas a su favor. En forma también subsidiaria, el fideicomisario debe reembolsar los gastos que el fiduciario hubiere hecho en la administración del fideicomiso.

Es importante tener en claro que, como manifiesta Cervantes, "los derechos del fideicomisario son derechos personales contra el fiduciario para exigir el cumplimiento del fideicomiso o contra los terceros detentadores de los bienes fideicomitados, para hacerlos volver a poder del fiduciario"¹³⁹; es decir, que no se trata de derechos reales sobre los bienes objeto del patrimonio autónomo.

Por consiguiente, los derechos del fideicomisario se reducen a ser aquellos estipulados en el artículo 127 de la Ley de Mercado de Valores; y, siguiendo a Gómez de la Torre¹⁴⁰, los siguientes:

- 1) Exigir el cumplimiento del fideicomiso.
- 2) Impugnar los actos anulables por el fiduciario y exigir la devolución de los bienes a quien corresponda dados en fideicomiso.
- 3) Oponerse a toda medida preventiva o de ejecución que afecte a los bienes fideicomitados si es que el fiduciario no lo hiciera.

¹³⁹ Raúl Cervantes. *Títulos y Operaciones de Crédito*. Óp. cit., p. 64.

¹⁴⁰ Diego Gómez de la Torre. *El Fideicomiso Mercantil*. Óp. cit., p. 57.

2.5. Naturaleza del Patrimonio Fideicomitado

Es importante hacer mención tanto a la naturaleza del patrimonio fideicomitado, como a las características de los bienes que se transfieren en el fideicomiso; los bienes que transfiere el constituyente del fideicomiso salen del patrimonio de éste y se colocan en un patrimonio autónomo "afectado al fin del fideicomiso, y respecto del cual solo podrán ejercitarse los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran"¹⁴¹. Los bienes fideicomitados de manera general mantienen uniformidad en sus características principales que son¹⁴², que estén en el comercio y no sean personales; que sean determinados o determinables en cuanto a su especie; que existan para ser transferidos, que puedan llegar a existir o cuando lleguen a existir incrementen el fideicomiso¹⁴³ y que deben ser aquellos susceptibles de transferencia sin olvidar, la transcendencia directa en cuanto a las solemnidades según el carácter del bien, como mueble o inmueble. En consecuencia, el patrimonio autónomo es "el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato"¹⁴⁴; cada patrimonio, está dotado entonces, de personalidad jurídica y se lo concibe en la legislación ecuatoriana como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario en atención a las instrucciones señaladas en el contrato¹⁴⁵.

En cuanto al patrimonio, comienzo por citar a Claro Solar con su definición de éste como "el conjunto de bienes de una persona, activa y pasivamente considerados"¹⁴⁶; así, dentro del fideicomiso mercantil, dicho patrimonio tiene una naturaleza jurídica con características propias que vale mencionar:

1) Patrimonio Autónomo: es importante la caracterización del patrimonio como uno distinto de los intervinientes que lo conforman, es decir, que se trata de un patrimonio que está excluido del principio general de prenda de que gozan los

¹⁴¹ Sergio Rodríguez Azuero. *Contratos Bancarios. Óp. cit.*, p. 841.

¹⁴² Roberto González Torre. *Manual de fideicomiso en Ecuador ... Óp. cit.*, pp. 53-54.

¹⁴³ Ley de Mercado de Valores. Artículo 117. Registro Oficial Suplemento 215 de 22 de Febrero de 2006.

¹⁴⁴ Roberto González Torre. *Manual de fideicomiso en Ecuador Óp. cit.*, p. 58.

¹⁴⁵ Ley de Mercado de Valores. Artículo 109. Registro Oficial Suplemento 215 de 22 de Febrero de 2006.

¹⁴⁶ Luis Claro Solar. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno.... Óp. cit.*, p. 278.

acreedores del fiduciario y fideicomitente e independiente de los bienes del constituyente, fiduciario y fideicomisario¹⁴⁷.

2) Patrimonio de afectación: bienes transferidos a un fideicomiso que debe cumplir una finalidad "esta es la esencia del fideicomiso, tanto más que, en razón de lograr un fin se constituyen sobre bienes determinados un patrimonio sometido a tal finalidad"¹⁴⁸.

3) Patrimonio con personalidad jurídica: es el único caso en Ecuador, y ha sido motivo de varias críticas; nuestra legislación considera al patrimonio autónomo o fideicomiso como una ficción jurídica y si bien expresamente manifiesta que no es ni puede ser considerado como una sociedad civil o mercantil, al dotarle de personalidad jurídica que debe ejercer sus funciones por medio de un representante legal, lo que hace es precisamente darle una de las características que definen a una sociedad. Además, decir que se trata de un patrimonio con personalidad jurídica, trae consecuencias como el limitar la actuación del fiduciario a solamente un representante legal. "Cada patrimonio autónomo, 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"¹⁴⁹.

"No estamos de acuerdo en que se le haya dado al fideicomiso mercantil personalidad como si fuese una especie de sociedad [...] creemos que esa concepción se presta además para que el fideicomiso pueda ser entendido, de forma genérica, como una sociedad tributaria, situación jurídica que no debería ser tal atendiendo su naturaleza de ser un medio para la obtención de un fin económico"¹⁵⁰.

De todo lo expuesto y de conformidad con la legislación ecuatoriana, que consagra al patrimonio como autónomo y dotado de personalidad jurídica en el que el fiduciario es solamente su representante legal, concuerdo con aquellos autores que consideran

¹⁴⁷ Diego Gómez de la Torre. *El Fideicomiso Mercantil. Óp. cit.*, p. 67

¹⁴⁸ *Id.*, p. 69.

¹⁴⁹ Ley de Mercado de Valores. Artículo 109 Inc. 3. Registro Oficial Suplemento 215 de 22 de Febrero de 2006.

¹⁵⁰ Roberto González Torre. *Manual de fideicomiso en Ecuador... Óp. cit.*, pp. 55- 56.

válida la teoría de que el fiduciario no es dueño del patrimonio, sino acreedor de la transferencia por parte del constituyente de administrar los bienes. "El derecho de administrar es el único que ingresa al patrimonio propio del fiduciario, más no el derecho de propiedad sobre los bienes en sí, pues ellos configuran un continente dentro del continente mayor o propio del fiduciario"¹⁵¹.

El Doctor, Wladimiro Villalba Vega respecto de patrimonio fideicomitido expresa:

En cambio, los demás atributos de la propiedad sobre los bienes constituidos en fideicomiso forman un "patrimonio fiduciario" (individual) que ingresan al patrimonio (general) separado e independiente del fiduciario. En esta parte, pues el fiduciario es el dueño de este segundo patrimonio individualizado, que contiene los demás atributos del dominio. Si quiere, el fiduciario es "propietario mediato o de segundo nivel" de los bienes constituidos en fideicomiso, únicamente por ser propietario del patrimonio que contiene ese otro patrimonio individualizado¹⁵².

En conclusión, podríamos decir que en el fideicomiso mercantil, prevalece el principio de la autonomía patrimonial y solamente por excepción los acreedores podrían beneficiarse de éste. "No hay riesgo para el fiduciante ni para el beneficiario, pues las vicisitudes económicas que pueda sufrir la entidad fiduciario no comprometerá la suerte de los bienes recibidos"¹⁵³.

2.6. Tipos de Fideicomisos

El contrato de fideicomiso abarca varias modalidades definidas tanto en la doctrina como en la ley; tomando en cuenta que en el capítulo siguiente se analizarán ejemplos jurisprudenciales de tres tipos específicos, solamente estos serán brevemente definidos a continuación siguiendo a los autores Gonzalo Bello¹⁵⁴, Etchegaray¹⁵⁵ y Lisoprawski¹⁵⁶:

"la clasificación clásica (fideicomiso de administración, inversión o de garantía) se ve superada según se mire el fideicomiso desde el patrimonio y los bienes que lo

¹⁵¹ Diego Gómez de la Torre. *El Fideicomiso Mercantil. Óp. cit.*, p. 79.

¹⁵² Wladimiro Villalba Vega. Superintendencia de Compañías. Oficio SC-AJ. WV-94-138. Quito, 24 de noviembre de 1994.

¹⁵³ Sergio Rodríguez Azuero. *Negocios Fiduciarios... Óp., cit.* p. 200.

¹⁵⁴ Gonzalo Bello R. *Operaciones Bancarias en Venezuela*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2004, pp. 178, 179, 180.

¹⁵⁵ Natalio Pedro Etchegaray. *Técnica y Práctica Documental: Fideicomiso*. 1era ed., Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo, Depalma, 1998, pp. 13-14.

¹⁵⁶ Claudio Kiper & Silvio Lisoprawski. *Teoría y Práctica del Fideicomiso*. 2da edición. Buenos Aires: Depalma, 2002.

integran, o se apunte a la función del fiduciario o bien se considere en la clasificación, la finalidad perseguida¹⁵⁷.

2.6.1. Inversión

“Se entiende por fideicomiso de inversión, el contrato en virtud del cual los constituyentes o fideicomitentes adherentes entregan al patrimonio autónomo valores o dinero para que la fiduciaria los administre o los invierta según las instrucciones establecidas en el contrato, para beneficio propio o de terceros¹⁵⁸.”

Se dirige tanto a personas naturales como jurídicas mediante las que el fideicomitente transfiere al fideicomiso o patrimonio autónomo la cantidad de dinero o valores necesarios para que la fiduciaria proceda con la inversión que señala el contrato de fideicomiso.

2.6.2. Garantía

El fideicomiso de garantía es un contrato por medio del cual el fideicomitente transfiere al fiduciario determinados bienes con el propósito de garantizar obligaciones contraídas con terceros y limitando así los derechos de los acreedores.

Es aquel cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas por quien lo constituye o por un tercero. [...] precisamente, por salir los bienes de la esfera patrimonial del fideicomitente, quedan fuera de órbita de sus responsabilidades frente a terceros, constituyendo lo que se llama fideicomiso de garantía.¹⁵⁹

Lisoprawski, considera que el fideicomiso de garantía es un mecanismo para asegurar la satisfacción de las obligaciones incumplidas, es decir, que mediante este tipo de contrato, el fiduciante transfiere la propiedad de los bienes a un fiduciario a fin de garantizar con éstos el cumplimiento de obligaciones debidas¹⁶⁰. “El fiduciario se obliga con los acreedores que le indicó o indique el fideicomitente a enajenar o disponer de los

¹⁵⁷ Rodolfo Batiza. *El fideicomiso: Teoría y práctica*. 4ta ed., México D.F: Porrúa, 1980, p. 13.

¹⁵⁸ Resolución del Consejo Nacional de Valores. Art. 17 Núm. 4. Registro Oficial Suplemento: 1 de 8 de marzo de 2007.

¹⁵⁹ Mario Bauche GarcíaDiego. *El Fideicomiso*. *Óp. cit.*, p. 29.

¹⁶⁰ Claudio Kiper & Silvio Lisoprawski. *Teoría y Práctica del Fideicomiso*. *Óp. cit.*, p. 4.

bienes fideicomitidos para atender las obligaciones garantizadas, presentes o futuras, respecto del contrato de fideicomiso en caso de que el deudor no las satisfaga¹⁶¹.

2.6.3. Inmobiliario

El fideicomiso inmobiliario es un contrato mediante el cual el fideicomitente transfiere al patrimonio autónomo, bienes inmuebles para que éste los administre y desarrolle con ello un proyecto inmobiliario en función de las condiciones establecidas en el contrato.

Las ventajas de la utilización del fideicomiso son las mayores seguridades, beneficios y garantías que tendrá todo aquel que participe en el negocio. Así quien transmite la fracción de terreno, como quien recibe y desarrolla el emprendimiento, no confunden sus bienes ni su patrimonio personal con el patrimonio fiduciario en cuestión [...]¹⁶².

De todo lo anterior, podemos ver que el contrato de fideicomiso mercantil tiene características propias que permiten analizar el grado de responsabilidad del fiduciario en comparación con otros contratos bilaterales.

¹⁶¹ *Ibíd.*, p. 8.

¹⁶² Natalio Pedro Etcheagaray. *Técnica y práctica documental: Fideicomiso. Óp. cit.*, p. 113.

3. Nivel de Responsabilidad del Fiduciario

Una vez establecida la noción de responsabilidad y definido al fideicomiso mercantil, observaremos que el régimen de responsabilidad que rige para dicho interviniente es el de la responsabilidad civil contractual y administrativa profesional.

Veremos que tanto las características esenciales del contrato de fideicomiso como la especial figura del fiduciario, influyen al momento de determinar una responsabilidad específica en caso de incumplimiento por parte de éste. A continuación encontraremos el sustento jurídico para afirmar la responsabilidad mayor del fiduciario.

3.1. Aplicación del Mandato Civil al Fideicomiso Mercantil

En el presente trabajo, la norma contenida en el artículo 2033 inciso segundo del Código Civil, es aplicada como fundamento base para la responsabilidad civil de un fiduciario mercantil, en virtud de varios aspectos importantes que vale recalcar a continuación.

En primer lugar, como se estableció en el capítulo anterior, la naturaleza jurídica del fideicomiso mercantil se remonta a las distintas teorías manifestadas por antiguos tratadistas, dentro de las cuales considero de mayor aplicación a la teoría del "mandato irrevocable", que nace con el exponente Alfaro y se sustenta en que tanto el mandatario como el fiduciario realizan la gestión que se les ha encargado respectivamente el mandante o constituyente.

De manera que la naturaleza jurídica del contrato de fideicomiso mercantil nace justamente del contrato de mandato civil. Sabemos del capítulo anterior, que ambos contratos son bilaterales al crear obligaciones recíprocas para las partes y que son negocios de confianza por cuanto por definición el constituyente o mandante confía la gestión de sus negocios a un tercero: fiduciario o mandatario.

Es natural y de hecho en esa forma se ha comportado frecuentemente la doctrina que, en virtud de las posibilidades de aplicación analógica brindadas por la ley, al estudiar

la fiducia mercantil se acuda, frecuentemente, a los principios generales del mandato en sus aplicaciones civiles y mercantiles, lo cual es de recibo en muchos casos¹⁶³.

Un segundo fundamento, es la adopción que tuvo la teoría del mandato irrevocable por parte de las primeras leyes expedidas en México, considerado como el primer país latinoamericano en importar al *trust* anglosajón a su legislación y que luego sirvió como base para la nuestra. Fue en 1926 cuando la Ley de Bancos de Fideicomiso consideró al fideicomiso como un mandato irrevocable; después siguió la Ley General de Crédito y Establecimientos bancarios que repitió el mismo criterio y finalmente la Ley General de Instituciones de Crédito que asimismo definió al fideicomiso como un mandato.

Debe tenerse presente que la naturaleza convencional del mandato se revela también en el fideicomiso mercantil; porque si bien, las normas reguladas en la Ley de Mercado de Valores con respecto al contrato de fideicomiso no deja que los intervinientes puedan irse más allá de lo estipulado, la potestad de elección que tiene el constituyente en elegir a qué fiduciario confía la gestión de su negocio, revela la característica de convencionalidad del fideicomiso.

Otras características importantes que dan cabida al símil del fideicomiso mercantil con el mandato civil son: primero, la obligación que tiene tanto el mandante como el constituyente de remunerar al mandatario o fiduciario por su gestión (Obligación de dar). Segundo, las obligaciones del mandatario de ejecutar el mandato de conformidad con lo que ha encargado el mandante (Obligación de hacer jurídico); o del fiduciario de cumplir con las instrucciones del contrato de fideicomiso (Obligaciones de hacer jurídico y hacer material). Y tercero, que tanto mandatario como fiduciario deben rendir cuentas de su gestión.

No debemos olvidar que la norma del mandato civil es análoga al fideicomiso mercantil también en la medida de que el mandatario no se hace dueño de los bienes que transfiere el mandante ni el fiduciario de los bienes que transfiere el constituyente, sino que es solamente un representante legal de los bienes fideicomitados y en consecuencia el fiduciario es en el fondo un mandatario: "la persona que confiere el

¹⁶³ Sergio Rodríguez Azuero. *La Responsabilidad del Fiduciario*. 1era ed., Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1997, p. 35.

encargo se llama comitente o mandante y la que lo acepta apoderado, procurador y en general, mandatario¹⁶⁴.

En resumen, cuando hablamos del contrato de fideicomiso mercantil, nos encontramos frente a un mandato, porque "en las dos figuras se encomienda tanto a los fiduciarios como al mandatario los intereses personales y patrimoniales de otras personas, para que lo conserven, administren o transmitan a terceros"¹⁶⁵.

En consecuencia las normas civiles referentes al mandato civil aplican de igual manera al fideicomiso mercantil.

3.2. Experticia y Confianza como Caracteres Esenciales de la Fiducia

Es válido, retomar dos de las características esenciales del fideicomiso, puesto que éstas influyen al momento de determinar la responsabilidad del fiduciario. La confianza es una característica definitoria del fideicomiso mercantil; y, la experticia del fiduciario sin duda marca la diferencia del contrato de fideicomiso frente a otros contratos bilaterales. Del concepto de profesional experto como lo es el fiduciario, se deduce la confianza que en él depositan todos los intervinientes del fideicomiso y la expectativa de que realice su gestión con especial diligencia, puesto que además es remunerado.

Como dice Lisoprawski, con respecto a la Ley 24.442 de Argentina, "nos da dos pautas que deben combinarse para valorar la conducta del fiduciario: una abstracta como es el estándar del "buen hombre de negocios" y la otra más concreta y subjetiva, como es la confianza depositada en el sujeto"¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Código Civil del Ecuador. Artículo 2020. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2008.

¹⁶⁵ Oscar Rabasa. *El derecho angloamericano, estudio expositivo y comparado del common law*. México: Fondo de Cultura Económica, 1991, p. 296.

¹⁶⁶ Silvio Lisoprawski. *Práctica del fideicomiso: problemas y soluciones. Aspectos civiles, comerciales y penales*. 1era ed., Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, p. 363.

3.2.1. El Negocio de Confianza

Para Lisoprawski, el sentimiento de confianza es parte de la esencia del fideicomiso; a su manera de ver, se trata de un elemento fundamental del cual depende la figura fiduciaria, "entonces el factor psicológico de la confianza adquiere un rango predominante, ya que se presuponen, en uno de los contratantes, cualidades peculiares por las cuales la otra parte lo escoge"¹⁶⁷.

Dentro de los negocios fiduciarios, la doctrina considera inmersos a todos aquellos que tienen como característica principal al elemento personal de confianza, que marca la voluntad decisiva para la realización del negocio; así, Carregal advierte que "los negocios fiduciarios considerados en general son una categoría dentro de la cual se incluye al fideicomiso, en cuanto participa del signo distintivo que los caracteriza: *el factor confianza*"¹⁶⁸. Asimismo la legislación ecuatoriana afirma en su artículo 112 de la Ley de Mercado de Valores que los:

Negocios fiduciarios son aquellos *actos de confianza* en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos para que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del constituyente o de un tercero. Si hay transferencia de la propiedad de los bienes el fideicomiso se denominará mercantil, particular que no se presenta en los encargos fiduciarios [...][*las cursivas son más*]¹⁶⁹.

Por lo que, la confianza que el fiduciante posee en que el fiduciario actúe de conformidad a la finalidad que se quiere alcanzar; es una de las características principales y que definen al fideicomiso,

[*la confianza depositada en el fiduciario que, a diferencia de la que existe en casi todos los negocios jurídicos es especialísima y reviste 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.[las cursivas son más]*]¹⁷⁰.

Además, como bien nos dice Lisoprawski, la confianza como elemento primordial de los negocios fiduciarios, específicamente en el que nos interesa, el fideicomiso, es

¹⁶⁷ Silvio Lisoprawski. *Práctica del fideicomiso... Óp. cit.*, p. 364.

¹⁶⁸ Mario A. Carregal. *Fideicomiso... Óp. cit.*, p.62

¹⁶⁹ Ley de Mercado de Valores. Artículo 112. Registro Oficial Suplemento N°. 21 de 5 de enero 24 de 2006.

¹⁷⁰ Sergio Rodríguez Azuero. *Negocios Fiduciarios... Óp. cit.*, p. 168.

mayor cuando se trata de un fiduciario plenamente autorizado, tal como lo son, las administradoras de fondos y fideicomisos, autorizadas para ser fiduciarias bajo la Ley de Mercado de Valores de Ecuador.

Es importante, dejar en claro, que en todos los negocios en los que existe confianza entre las partes, es justamente este factor, uno de los que determinará el grado de responsabilidad de sus actuaciones. "Si fiducia es confianza, ello explica la especial responsabilidad de quienes, con base en ella, realizan actividades por cuenta e interés de terceros"¹⁷¹.

Y en consecuencia, dado el incumplimiento de las obligaciones de la persona del fiduciario, el derecho comparado ha establecido una particular severidad con la cual se refieren a la conducta esperada de éste, justamente por el elemento de "especial confianza" que exige de dicho gestor un comportamiento ejemplar¹⁷².

3.2.2. La Experticia: "El buen hombre de negocios"

Conocemos que la doctrina se ha puesto de acuerdo en elevar el estándar del "buen hombre de familia" al "buen hombre de negocios", dado el profesionalismo del ente fiduciario a cargo del negocio. Recurriendo a la doctrina societaria, Otaegui citado por Lisoprawski, señala que el administrador societario, al desempeñar las funciones no regladas de gestión operativa empresarial, deberá obrar con la diligencia de un hombre de negocios, "no es lo mismo transferirle bienes a una sociedad que tenga objeto fiduciario para que administre un patrimonio separado, que los beneficios esperables de una encomienda efectuada a un amigo o familiar, en los que no hay ninguna competencia profesional"¹⁷³.

Así, este carácter esencial del fiduciario, de ser un experto en la materia que gestiona, determina un grado mayor de diligencia y en consecuencia una valoración de la culpa con un criterio más severo.

¹⁷¹ Sergio Rodríguez Azuero. *La obligación de reparar y la responsabilidad fiduciaria.* <http://www.rodriuezazuero.com/documentos/LaObligacion%20.pdf>. (acceso: 20/08/2012)

¹⁷² Sergio Rodríguez Azuero. *Negocios Fiduciarios... Óp. cit.*, p. 361

¹⁷³ Silvio Lisoprawski. *Práctica del fideicomiso.... Óp. cit.*, p. 369.

La doctrina del prudente hombre de negocios apunta mas bien a juzgar la conducta del fiduciario según el grado de acatamiento que hubiere dado al deber de aplicar el mismo cuidado y diligencia a los asuntos del fideicomiso que una persona competente dedicaría a sus propios intereses. Es un modo indirecto de instar al fiduciario a que se esmere en su tareas, *en vista a que su desempeño será juzgado con severidad* [las cursivas son mías]¹⁷⁴.

Como veremos a continuación, es el profesionalismo además de la confianza, otro de los elementos que determinan la responsabilidad agravada del fiduciario, porque ha sido elegido por el constituyente por sus cualidades privativas de conocer el negocio fiduciario, para que lleve adelante su administración. Y en consecuencia se le exige obrar con diligencia, prudencia y conocimiento de las cosas, puesto que como dice Clusellas, "cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la responsabilidad que resulte de las consecuencias posibles de los hechos"¹⁷⁵.

3.3. La Responsabilidad del Fiduciario

En general, los fiduciarios, cuando incumplan con el contrato o infrinjan las leyes y reglamentos reguladores del mercado de valores, tienen responsabilidades civiles y administrativas respectivamente. Según Clusellas, dentro del ámbito de la responsabilidad del fiduciario, en su ejercicio administrativo orientado a conseguir las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso, existen tres categorías de su responsabilidad: la primera, su responsabilidad frente a terceros; la segunda, su responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones impuestas por el fideicomiso; y la tercera, la responsabilidad penal.

Tomando en cuenta que, el contrato de fideicomiso mercantil no solamente abarca lo expresamente estipulado en el contrato sino que además en él se incorporan todas aquellas leyes aplicables al contrato, dentro de las cuales, se encuentra la Ley de Mercado de Valores; y, que un contrato de fideicomiso mercantil puede afectar tanto al constituyente como terceros, quienes podrían acudir al ente controlador a denunciar sobre violaciones a las leyes reguladoras del contrato de fideicomiso. Es importante

¹⁷⁴Jorge Roberto Hayzus. *Fideicomiso*. 2da ed., Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 166.

¹⁷⁵Eduardo G. Clusellas & Carolina Ormaeunea. *Contratos con garantía fiduciaria*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma. S.R.L., 2003, p. 98.

brindar un análisis tanto a la responsabilidad civil o contractual como a la responsabilidad profesional o administrativa aplicable al fiduciario.

Independientemente de que son los jueces de lo civil quienes conocerán a la responsabilidad civil contractual del fiduciario cuando incumpla lo regulado en el contrato. Es la Superintendencia de Compañías quien conocerá todas las infracciones administrativas que se produzcan por transgresiones a la Ley, Reglamentos, resoluciones y todas las disposiciones que regulen el mercado de valores.

En primera instancia administrativa dichas faltas lo conocerán las Intendencias de Mercado de Valores de conformidad con el artículo 10 numeral 6 de la Ley de la materia¹⁷⁶.

Y en caso de apelación de sanciones, la última instancia administrativa, se le otorga al Consejo Nacional de Valores por medio del artículo 9 numeral 28 *ibídem*¹⁷⁷, porque es la entidad competente para determinar y consecuentemente sancionar la responsabilidad administrativa de las fiduciarias.

3.3.1. La Responsabilidad Civil del Fiduciario Profesional

Al principio del presente trabajo, se estableció que la responsabilidad aplicable para resolver la problemática jurídica planteada es la responsabilidad civil contractual, que abarca los elementos concurrentes: hecho ilícito, culpa, daño y nexo de causalidad.

Nos hemos enfocado en la responsabilidad por incumplimiento del contrato de fideicomiso mercantil y más específicamente en la responsabilidad por incumplimiento del fiduciario mercantil.

Sabemos que la responsabilidad civil contractual de los fiduciarios se rige por los principios generales del Código Civil, porque el fideicomiso mercantil es un contrato bilateral. Además, que es justamente a los efectos de la responsabilidad civil que se

¹⁷⁶ Ar. 10 Núm. 6: Conocer y sancionar, en primera instancia, las infracciones a la presente Ley, a sus reglamentos, resoluciones y demás normas secundarias.

¹⁷⁷ Art. 9 Núm. 28: Resolver en última instancia administrativa, los recursos que, de conformidad con esta Ley, fueren interpuestos por los participantes del mercado.

asimila la conducta del fiduciario con el mandatario, y en consecuencia su vinculación con el grado de culpa. A pesar de que rige para el fiduciario las mismas reglas de culpabilidad; por tener éste características especiales, se deberá observar que al caso específico del fiduciario debe tratarse el tema específico de la culpa profesional y por este motivo resulta indispensable a su vez, el tratamiento de la responsabilidad civil profesional.

De dicha culpa profesional habrá de resultar a su vez la responsabilidad civil profesional, que, como toda responsabilidad, emerge de la transgresión de un deber jurídico preexistente y consiste en la obligación de resarcir, por medio de una indemnización, el perjuicio ocasionado a otros sujetos con esa conducta contraria a derecho¹⁷⁸.

De conformidad con la doctrina, se aclara para comenzar, que la responsabilidad civil profesional no difiere de los principios fundamentales que gobiernan a la responsabilidad civil en general; de manera que no se trata de una especie de culpa particular sino de la misma responsabilidad civil pero aplicada a un caso concreto, que en este caso es el profesional fiduciario.

“[N]i para la impericia, ni para los errores profesionales, se deben establecer teorías especiales [...], no son modos especiales de culpa, sino que entran en los conceptos generales fijados en material de comportamiento ilícito”¹⁷⁹.

Una vez aclarado lo anterior, podemos establecer que la responsabilidad profesional, pone énfasis en aquellas personas que han sido definidos por la doctrina como “profesionales”; ya se adelantó Lisoprawski, afirmando que “si no hay doctrina de responsabilidad del fiduciario, habrá que recurrir a la de los Administradores, Profesionales y Mandatarios”¹⁸⁰.

La doctrina ha planteado dos criterios generales para definir a un profesional; el primero, alude aquellas personas que realizan una actividad habitual, lícita y que reciben una remuneración a cambio. El segundo criterio, se refiere a que la profesionalidad está marcada por el hecho de poseer un cierto nivel de conocimientos en

¹⁷⁸ Félix A. Trigo Represas. *Responsabilidad civil de los profesionales*. 1ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987, p. 28.

¹⁷⁹ *Ibíd.*

¹⁸⁰ Silvio Víctor Lisoprawski. Responsabilidad del Fiduciario. www.fiduciaria.com.pe/Fiduciaria/.../33_presen_fiduciaria.ppt. (acceso: 30/07/2012) p. 6.

una determinada materia por encima de los del común de la gente, “[d]e forma tal que se alude como profesional a todo aquel que por tal razón es un experto en relación con el profano que requiere sus servicios”¹⁸¹. Asimismo, la jurisprudencia arbitral colombiana ha manifestado que los elementos para considerar a un profesional son tres:

En primer lugar, el profesional ha de desarrollar una actividad especializada, en forma habitual y, de otra parte, debe contar con una organización gracias a la cual puede actuar de manera eficaz y anticipar o prever riesgos de los que su actividad pueda causar a terceros; y finalmente, tiene una posición de preeminencia, esto es, un dominio profesional basado en una competencia especial o habilidad técnica lograda por su experiencia y conocimientos en un campo técnico o científico que lo colocan por encima de los demás. El profesional, por tanto, ha de tener la capacidad de dominar los riesgos de las cosas que maneja y de evitar o precaver los daños que su actividad usualmente conlleva¹⁸².

De manera que el caso de las fiduciarias, quienes actúan como representantes legales del patrimonio fideicomitado, al ser entidades autorizadas por ley para actuar, se enmarcan perfectamente dentro de la definición de un profesional.

El fiduciario se encuentra vinculado a la noción global de quien cause daño, será obligado a reparar, y que su responsabilidad específicamente será hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo. No obstante, dada la evolución de la responsabilidad profesional, debemos observar el tema del fiduciario en el sentido de que dada la experiencia y confianza que los caracteriza, su nivel de responsabilidad exigida debe ser mayor.

Debido a la experticia que caracteriza al ejercicio de las actividades llevadas a cabo por estos sujetos, el nivel de exigencia es mayor, debido justamente o a su preparación, o a los varios años que lleva la persona desarrollando un oficio y que, por tanto, permiten crear la expectativa de un procedimiento, y en no pocas veces un resultado, específico¹⁸³.

Ahora bien, a pesar de que el grado de exigencia de las obligaciones y en consecuencia su responsabilidad es mayor cuando se trata de profesionales, ello no hace

¹⁸¹ Marcelo J. López Mesa y Félix A. Trigo Represas. *Responsabilidad Civil de los Profesionales*. 1era ed., Buenos Aires: LexisNexis, 2005, p. 19

¹⁸² Laudo Arbitral de Tribunal de Arbitraje, Cámara de Comercio de Bogotá, 31 de Julio de 2000, p. 59. Véase el mismo criterio en: Laudo Arbitral de Tribunal de Arbitraje, Cámara de Comercio de Bogotá, 9 de Mayo de 2003, p. 49.

¹⁸³ “El factor de imputación de la responsabilidad profesional en la doctrina moderna” *Revista de Derecho* No. 34 (2010) p. 308.

escapar a la responsabilidad del profesional de la generalidad del factor de imputación que es la culpa. El mismo Rodríguez Azuero nos dice: “[a]dviértase para comenzar, que el fiduciario está vinculado por los principios generales, en virtud de los cuales todo aquel que irroge un daño está obligado a repararlo”¹⁸⁴. Además se establece que para el caso de fiduciario se aplica la responsabilidad subjetiva que tiene como criterio base, a la culpa contractual. “Su responsabilidad civil es más estricta porque toma en cuenta su carácter de profesional y la confianza que implica la operación fiduciaria”¹⁸⁵.

Como bien establece la doctrina colombiana¹⁸⁶, dado el caso particular del fiduciario, que tanto en el derecho colombiano como en el nuestro, lo tienen entidades autorizadas por el Estado y que se caracterizan por su experticia en el tema, se debe aportar al juicio de imputación admisible en este caso de la culpa, criterios de una graduación para este elemento cuando de profesionales se trata, porque:

Aún cuando no exista un concepto profesional de culpa, es obvio, es razonable que no cabe equiparar un profesional a un hombre común. La responsabilidad del profesional se basa en una culpa determinada por la omisión de la diligencia especial exigible por sus conocimientos técnicos, exigencia que no puede confundirse con la más simple de un hombre cuidadoso¹⁸⁷.

De dicho fragmento citado, se colige que además, la interpretación de diligencia al tratarse de profesionales como el fiduciario, es una de carácter especial que como bien dice, no puede ser comparada con la exigencia “simple de un hombre cuidadoso”. El ya citado tratadista Rodríguez Azuero manifiesta que en virtud de que el Código Civil, define a la culpa leve como aquella que se opone a la diligencia o cuidado ordinario, sería solamente necesario esperar esta conducta, a mi criterio insuficiente, de un profesional o experto en la materia que además ha sido previamente autorizado por el Estado para actuar.

Claro que para apreciar la culpa profesional no se puede recurrir al modelo del *bonus pater familiae*, o sea el hombre prudente y diligente, muy por el contrario acá

¹⁸⁴ Sergio Rodríguez Azuero. *Negocios Fiduciarios... Óp. cit.*, p. 344.

¹⁸⁵ Sergio Rodríguez Azuero. *La responsabilidad del Fiduciario. Óp. cit.*, p. 49.

¹⁸⁶ Beatriz Londoño Toro y Diana María Gómez Hoyos. *Diez años de investigación jurídica y socio jurídica en Colombia: La responsabilidad del profesional en la jurisprudencia civil de la corte suprema de justicia: el criterio de imputación*. 1era ed. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2010 p. 223.

¹⁸⁷ Marcelo J. López Mesa y Félix A. Trigo Represas. *Responsabilidad Civil de los Profesionales. Óp. cit.*, p. 145.

será necesario ocurrir al arquetipo del buen profesional; (...) cabrá pretender del deudor profesional que ponga en el cumplimiento de sus obligaciones todos los cuidados de un buen profesional de su especialidad¹⁸⁸.

En cuanto a un modelo de imputación admisible para los profesionales en general, es importante aclarar que por ejemplo, tanto la doctrina como la jurisprudencia colombiana, han evaluado el criterio de que para demostrar el comportamiento imputable al profesional, se deberá demostrar que la forma en la que actuó para incurrir en incumplimiento ya sea por acción u omisión, no corresponde al empleado por el "profesional modelo". En otras palabras, el arquetipo o patrón de comparación deberá en algunos casos mirar la especialidad de ciertas profesiones u oficios para hacer un juicio de culpabilidad. "Así, por ejemplo para valorar si un médico ha cometido culpa en un procedimiento quirúrgico, se debe mirar si un médico de su especialidad hubiera actuado de igual o de diferente manera"¹⁸⁹.

De todo lo expuesto, y notando que no existe un juicio de imputación claro de responsabilidad por culpa, tratándose de profesionales como el fiduciario, considero que dicha labor la debe tener el Juzgador en cada caso particular; es decir, aplicando el principio general de responsabilidad de los contratos bilaterales para aquellas cuestiones en los que no interviene un profesional remunerado, y poniendo mayor estrictez en aquellos casos en los que sí lo hace una persona que se caracteriza como experto en una determinada materia.

La responsabilidad de los profesionales es una parte de la responsabilidad civil, justamente, aquel segmento de ella que trata la responsabilidad en que incurren quienes poseen conocimientos específicos de alguna rama [...] y que por ello son cargados con obligaciones más intensos que un simple ciudadano padre de familia¹⁹⁰.

Para sustentar este criterio sobre la estrictez del juez aplicado al caso particular del profesional fiduciario, he observado la opinión juzgadora en cuanto la parte pertinente a la responsabilidad contractual del laudo arbitral colombiano dentro del proceso que

¹⁸⁸ Félix A. Trigo Represas. *Responsabilidad civil de los profesionales*. Óp. cit., p. 33.

¹⁸⁹ Beatriz Londoño Toro y Diana María Gómez Hoyos. *Diez años de investigación jurídica...* Óp. cit., p. 225.

¹⁹⁰ Marcelo J. López Mesa y Félix A. Trigo Represas. *Responsabilidad Civil de los Profesionales*. Óp. cit., p. 15

sigue el fideicomitente, Inmobiliaria Rueda Hermanos Limitada en contra de la Fiduciaria Fiducia Cafetera S.A. Fiducafé S.A.¹⁹¹.

En síntesis, las partes celebran un contrato de fiducia mercantil de garantía y la Inmobiliaria Rueda Hermanos Limitada demanda el incumplimiento por parte de la fiduciaria de las obligaciones contenidas en dicho contrato. En la parte pertinente al tema del profesional, el Tribunal de arbitraje manifiesta lo siguiente:

El quehacer de los fiduciarios institucionales se caracteriza en Colombia por ser una actividad profesional, vale decir, especializada, habitual, onerosa y desarrollada a través de una organización [...]. No cabe duda que el fiduciario es un profesional, dedicado a la prestación de servicios financieros controlado por un organismo gubernamental de reconocida idoneidad, seriedad y exigencia, como es la Superintendencia Bancaria. Suele ser característica de las actividades que desarrollan las compañías fiduciarias el ofrecer confianza y credibilidad al mercado, tanto por su bien ganada reputación de rectitud y probidad, como por su experiencia y conocimientos profesionales, así como por sus actuaciones prudentes y cuidadosas. [las cursivas son mías].

Y en cuanto al nivel de exigencia del profesional declara que:

Desde luego que hoy en día no puede acudirse a un único e invariable patrón de conducta, como lo era el del buen padre de familia del Código Civil, pues hoy proliferan actividades económicas de toda índole y especialidades técnicas y científicas, que hacen necesario establecer modelos de conducta que se adapten mejor a las circunstancias y se acerquen más a la realidad de los distintos campos de la vida empresarial [...]. Algunas pautas nos indican que la labor del profesional ha de ir más allá de lo que normalmente se le exigiría a un hombre ordinario o medio. Es así como las normas del mandato que suelen gobernar las labores de gestión y administración de los profesionales nos señalan que la diligencia exigible al deudor que es la propia del buen padre de familia, en ocasiones debe aumentar, esto es, hacerse más rigurosa. [las cursivas son mías].

La responsabilidad aplicable a la responsabilidad del fiduciario, es aquella que rige para los profesionales y que en virtud de su carácter de experto remunerado en el tema de fideicomiso, y la gestión de confianza que se le ha encomendado, su comportamiento está por encima del correspondiente al buen padre de familia. Por ello, su responsabilidad por culpa será interpretada de manera más rigurosa.

¹⁹¹ Laudo Arbitral de Tribunal de Arbitraje, Cámara de Comercio de Bogotá. 9 de mayo de 2003. <http://vlex.com/vid/-355231026>. (acceso: 30/05/2012)

3.3.2. La Responsabilidad Administrativa del Fiduciario Profesional

Independientemente de las responsabilidades civiles o penales a que hubiere lugar, es la Superintendencia de Compañías la entidad de control competente para conocer las infracciones administrativas cometidas por las entidades fiduciarias y en consecuencia también para sancionarlas de conformidad con las estipulaciones que para ello ha consagrado la Ley de Mercado de Valores. Esto, en virtud de que el contrato de fideicomiso mercantil abarca además de las estipulaciones contractuales, las normas que lo regulan, dentro de las cuales se encuentra la Ley de Mercado de Valores. En consecuencia, se puede establecer que el incumplimiento contractual, podría acarrear consecuentemente, un incumplimiento de las obligaciones que por ley tiene el fiduciario.

Como consecuencia del carácter de fiduciario profesional, tenemos que hoy en día, la responsabilidad de la entidad fiduciaria ha alcanzado un gran desarrollo en razón de su posición de experto y de la confianza que de ello emana para todos los intervinientes en el contrato de fideicomiso. De manera que por estas razones se les exige un comportamiento con mayor diligencia y en consecuencia, se les puede exigir una mayor responsabilidad.

Diligencia de un buen hombre de negocios es aquella derivada de la conducta de quien, haciéndose cargo de negociaciones ajenas, utiliza su experiencia técnica (profesional y comercial) para obtener un beneficio a favor de la sociedad satisfaciendo el objeto que hace a la sociedad. [...] Experiencia técnica esa, en fin, que por venir retribuida económicamente, lleva un plus a nuestro entender, de mayor responsabilidad¹⁹².

Específicamente en la responsabilidad administrativa se toma en cuenta, la característica especial que tienen las entidades fiduciarias al ser autorizadas por la autoridad competente para ejercer su función; y por ello deben tener un mayor y especial cuidado y diligencia en el cumplimiento de su gestión.

¹⁹² Raúl A. Argeri. "Responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima". *Responsabilidad civil: doctrinas esenciales*. Félix A. Trigo Represas. Buenos Aires: Revista Jurídica Argentina La Ley, 2007, p. 1047.

Todo ello, influye al momento de determinar y en ciertos casos sancionar, por parte de la entidad controladora, la responsabilidad administrativa en la que incurren los administradores de fideicomiso o fiduciarios. La Ley de Mercado de Valores ha sido muy clara al momento de establecer por un lado las infracciones administrativas en general, refiriéndose a todas aquellas transgresiones a las normas que regulan el mercado de valores y a establecer taxativamente los actos que considera como infracciones administrativas en particular. Respecto de las cuales tiene competencia, la Superintendencia de Compañías, para ejercer un control sancionador tomando en cuenta la mayor o menor gravedad de la violación, por medio de la siguiente norma:

Art. 206 Ley de Mercado de Valores.- Las transgresiones a esta Ley, a sus reglamentos y otras normas y resoluciones complementarias y a las demás disposiciones que regulan el mercado de valores, incluidos los estatutos de las entidades sometidas a la aplicación de esta Ley, son en general infracciones administrativas que serán sancionadas por la Superintendencia de Compañías, en conformidad con esta Ley y con las resoluciones que expida el C.N.V¹⁹³.

En cuanto a la gravedad según la cual se sanciona a las infracciones cometidas por parte de las entidades fiduciarias, sabemos que se toma en cuenta la dimensión del perjuicio causado y se mide según éste sea leve, grave o muy grave. Una vez identificada la acción y omisión del fiduciario en el cumplimiento de su gestión como infracción general o particular, se debe determinar la responsabilidad administrativa del ente fiduciario y dictaminar su sanción en virtud del artículo 208 de la Codificación de la Ley de Mercado de Valores que manifiesta:

Infracciones leves: aquellas que involucran meros retrasos en el cumplimiento de obligaciones formales o incumplimiento de obligaciones que no lesionen intereses de partícipes en el mercado de valores, o de terceros, o lo hiciere levemente. Por ejemplo, el siguiente caso:

DE HECHO: El citado fideicomiso registraba aprox. el 16% del paquete accionario de Empresa A antes de la transferencia de 3,387.745 acciones, al respecto la fiduciaria no presentó que evidencie el cumplimiento del artículo 35 de la LMV. El fideicomiso suscribe con B la orden de venta de las citadas acciones por un valor de 47 dólares. No informa con 5 días de anticipación a la SC sobre la citada transferencia.
DE DERECHO: Incumplimientos a **Ley de Mercado de Valores.- Art. 35**, de la

¹⁹³ Ley de Mercado de Valores. Art. 206. Registro Oficial Suplemento N°. 21 de 5 de enero 24 de 2006.

transferencia y adquisición de acciones. **Art. 103, literal a)** de las obligaciones de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos como fiduciario. **Art. 125, segundo inciso**, de las obligaciones de medio y no de resultado¹⁹⁴.

Infracciones graves: aquellas que ponen en peligro o lesionan gravemente los intereses de los partícipes en el mercado o de terceros. Es claro ejemplo de ello el siguiente caso:

Ratificar parcialmente la Resolución No. ..., mediante la cual se sancionó, a la Compañía "A", con la suspensión temporal de una semana de la autorización para participar en el mercado de valores y la reversión de las operaciones que constan en las Liquidaciones de Contrato de Compra y Venta [...] de conformidad con el **numeral 2, literales d) y e) del artículo 208 de la Ley de Mercado de Valores** al verificarse los hechos determinados en los Informes de Control citados en los considerandos de este acuerdo que constituyen transgresiones a lo dispuesto en el **artículo 57, cuarto inciso**, de la LMV, **artículo 14** del Reglamento General a la Ley de Mercado de Valores; y, **Art. 13 numeral 7**, Sección III, Capítulo I, Subtítulo II, Título II, de la Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, incurriendo de esta forma en la infracción administrativa tipificada en el artículo 206 de la LMV¹⁹⁵.

Infracciones muy graves: aquellas que ponen en gravísimo peligro o lesionan enormemente los intereses de los partícipes en el mercado o de terceros atentando contra el objetivo de esta Ley. El siguiente es un ejemplo de este tipo de infracción:

Sancionar a la Compañía A. Administradora de fondos y fideicomisos, con una multa de \$26.289, de conformidad con lo dispuesto en el **numeral 3 letra a) del artículo 208 de la Ley de Mercado de Valores**, en razón de haber incurrido en las infracciones administrativas previstas en los artículos **206 y 207 literal h)** de la referida Ley, por haber inobservado las disposiciones constantes en los **literales a) y c) del artículo 103, artículos 109 y 135, letra c) del artículo 126, y 128** de la Ley de Mercado de Valores, con concordancia con el **artículo 15** del Capítulo I del Título V de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores¹⁹⁶.

3.4. El Mandatario Remunerado

Una vez establecido en el capítulo anterior que una de las características esenciales del fideicomiso y que se encuentra plasmada en la ley, es la remuneración del

¹⁹⁴Cuadro de Sanciones a partir del 8 de marzo de 2007 de la Superintendencia de Compañías. No. Resolución Q.IMV.08. 2089: 12 de junio de 2008.

¹⁹⁵Superintendencia de Compañías. Resolución No. O.IMV.08 1670: 15 de mayo 2008. Acuerdo No. CNV.2009.007: 11 de junio 2009.

¹⁹⁶Superintendencia de Compañías. Resolución No. Q.IMV.08 0687: 3 de marzo 2008. Acuerdo No. CNV.2009.003: 2 de mayo 2009.

fiduciario, podemos acercarnos de manera más profunda al tema de la remuneración como elemento esencial al momento de interpretar la responsabilidad civil del fiduciario por el incumplimiento del contrato de fideicomiso.

Si bien el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores, siguiendo la regla general de los contratos bilaterales, establece que el fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su encargo, el artículo 2033 inciso segundo del Código Civil aplicable al fideicomiso mercantil, permite mirar con mayor estrictez la responsabilidad de un mandatario remunerado.

Art. 2033.- El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo.

Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado.

Por lo que es clara la excepción relativa al tema de la responsabilidad civil del fiduciario, ya que por ley, la exigencia de interpretar sus actuaciones deberá verse de manera más rigurosa tratándose de un mandatario remunerado, tal y como lo es el fiduciario profesional, que recibe también por ley, la remuneración a la administración y gestión que realiza.

Esta interpretación de las actuaciones del fiduciario, deberá mirarse al momento de incumplir con sus obligaciones estipuladas en el contrato; para así determinar su mayor responsabilidad.

3.4.1. Interpretación Más Estricta del Acto

Observando a la norma citada sobre la estrictez que recae sobre el mandatario remunerado, se deberá establecer en esta tesina con motivo de aclarar la problemática jurídica planteada, que tratándose del fiduciario como un “*mandatario remunerado*”, el grado de interpretación del acto dentro del incumplimiento contractual deberá mirarse más estrictamente, y así, en casos en los que normalmente se respondería de un acto por culpa leve, realizado el mismo hecho por un fiduciario, se mira más estrictamente. Además, lo que se entiende por debida diligencia se mirará de manera más precisa y

rigurosa, y la culpa leve de la que es responsable, será una culpa leve en un grado de interpretación mayor.

En igual forma el derecho civil nos permite aplicar analógicamente las reglas del mandato para recordar cómo, a vuelta de consagrar, también allí, que el mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo, establece que “*esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado*”. Y ¿cómo hacer recaer más estrictamente tal responsabilidad sobre el mandatario si no entendiendo que la responsabilidad ha de extenderse al grado más severo de culpa [...]?”¹⁹⁷

3.4.1.1. Debida Diligencia

Afirmando que el fiduciario es un profesional remunerado, la visión de tanto la doctrina como la jurisprudencia ha ido dando un giro en razón de que en un encargo o gestión encomendada a un experto en la materia, no puede esperarse un diligencia media, sino una *especial*, que justifique la razón de ser de las entidades que pueden ejercer como fiduciarias y que en el caso de Ecuador por ejemplo, son incluso solamente aquellas autorizadas por Ley.

Una corporación fiduciaria se proyecta por encima de los comunes mortales. Con personal especializado [...] lidiando y resolviendo problemas fiduciarios diariamente, el fiduciario corporativo se proyecta como capaz de proveer un *expertise* que no sería real esperar e injusto demandar, de un hombre o una mujer de prudencia común quien acepta probablemente sin remuneración alguna [...]”¹⁹⁸.

Por lo que en la actualidad no se puede recurrir al de un simple hombre cuidadoso o al antiguo “buen padre de familia”, porque al existir el elemento de la remuneración de por medio, tenemos que mirar no al hombre medio sino aquel diligente en los negocios en el que es experto y obtiene una remuneración. Y que en virtud de ello, su incumplimiento admitirá una responsabilidad de mayor intensidad al momento de graduar su gestión.

Considero válido hacer alusión al profesional del abogado, a manera de comparación con el profesional fiduciario, dada la amplia jurisprudencia que existe en relación a la actuación de los profesionales del derecho. Al igual que el fiduciario, el

¹⁹⁷ Sergio Rodríguez Azuero. *La Responsabilidad del Fiduciario*. Óp. cit., p. 49.

¹⁹⁸ Caso Bartlett v. Barclays Bank Trust Co. Ltd. Citado en: Dayra Berbey de Rojas. *Simposio Internacional sobre Negocios Fiduciarios*. Panamá 29 de Octubre de 2011.

médico, el abogado y otros profesionales se caracterizan por emplear su mayor esfuerzo y cuidado a fin de obtener la finalidad perseguida, pero sin garantizar un resultado:

El contrato exige al abogado, el cumplimiento diligente de sus servicios que deriva de las normas generales sobre obligaciones, pero esta diligencia ostenta una particular intensidad en virtud de las normas reguladoras de dicha actividad en cuanto los cánones profesionales que sirven de buena y estricta medida de su actuación [...]. Imponen al abogado el cumplimiento con el máximo celo y diligencia de la misión de defensa que le sea encomendada, así como el sometimiento de la *lex artis* o exigencias técnicas, lo que *supera el tipo medio de diligencia definida por la del buen padre de familia*. [las cursivas son más]¹⁹⁹.

En especial, la jurisprudencia de España y Colombia se ha pronunciado en el sentido de que la interpretación de debida diligencia del profesional debe mirarse desde la perspectiva de que se trata de un experto en la materia del cual no se espera la misma diligencia que los hombres comunes emplean en sus gestiones, sino una más especial. Como dice Ariz Fortich, "el grado de diligencia que se exige responde a la especialidad del sujeto y, por tanto, eleva el grado de perfección de la labor desarrollada"²⁰⁰. Además, de que como se ha recalado con anterioridad, el fideicomiso es un contrato en el que el cliente brinda su total confianza en la gestión que encomienda al fiduciario.

La elección de un abogado constituye el inicio de una relación contractual basada en la confianza y de aquí que se le exija, con independencia de su conocimiento o del acierto en los planteamientos, diligencia, mayor aún que la del padre de familia²⁰¹.

Recordamos que en el capítulo anterior se hizo referencia a las obligaciones de medio y no de resultado que tiene el fiduciario, y que dentro de este tema, la doctrina ha planteado la tesis general y que es adoptada por nuestra legislación, en la que se establece que el fiduciario solamente tiene obligaciones de medio más no de resultado. La segunda tesis sostiene que el fiduciario tiene además de las obligaciones de medio, ciertas obligaciones de resultado como la de información, rendición de cuentas entre otras.

¹⁹⁹ Sentencia No. 539/2006 de AP Madrid, Sección 10ª, 26 de Septiembre de 2006. Número de Recurso: 92/2006, p. 7.

²⁰⁰ Alma Ariz Fortich. "El factor de imputación ..." *Óp. cit.*, p. 327.

²⁰¹ Sentencia No. 539/2006 de AP Madrid, Sección 10ª, 26 de Septiembre de 2006. Número de Recurso: 92/2006, p. 5.

Considero válido exponer que existen dos corrientes distintas en relación a las obligaciones del fiduciario; ya que dentro de la responsabilidad es importante tener en claro que solamente tratándose de una obligación de medios la culpa tiene una función relevante. Si consideramos que la obligación del fiduciario es de resultado, la responsabilidad se torna objetiva y la culpa pierde importancia. "El fiduciario será responsable cuando el daño sea el resultado de una acción u omisión culpable"²⁰².

La primera tesis, es aquella que adopta nuestra legislación bajo el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores citado a continuación, que manifiesta que las obligaciones de las entidades de las fiduciarias son de medio mas no de resultado porque por definición, una obligación de medio es una obligación de diligencia:

Art. 125).- De las obligaciones de medio y no de resultado.- No obstante las obligaciones señaladas precedentemente, así como las que se prevean en el contrato de fideicomiso mercantil y en el de encargo fiduciario, el fiduciario no garantiza con su actuación que los resultados y finalidades pretendidas por el constituyente efectivamente se cumplan.

El fiduciario responde hasta por culpa leve en el *cumplimiento de su gestión, que es de medio y no de resultado; esto es, que su responsabilidad es actuar de maneradiligente y profesionala* fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan.[las cursivas son mías].

Además, expresamente nuestra ley en su artículo 105 literal d) *ibídem*, prohíbe garantizar un resultado.

La segunda tesis afirma que siempre existe un mínimo de resultado en las actuaciones de un fiduciario, que es el de realizar la gestión por medio de la cual se obtendrá la finalidad pretendida. En palabras de Tamayo es muy claro esto cuando establece que:

El abogado se obliga a representar judicialmente a su cliente, no a tratar de hacerlo; el médico se obliga a tratar al paciente; el mandatario se obliga a realizar la gestión. Si el abogado no actúa, si el médico no trata al paciente, o si el mandatario no ejecuta la misión encargada, pues serán responsables por incumplimiento puro y simple, sin necesidad de establecer culpa alguna de su parte²⁰³.

²⁰² Silvio Lisoprawski. *Práctica del fideicomiso... Óp. cit.*, p. 361.

²⁰³ Javier Tamayo Jaramillo. *Culpa Contractual. Óp. cit.*, pp. 27, 28

Y asimismo, el mencionado autor transcribe en su obra *Culpa Contractual*, que la jurisprudencia colombiana se rige en el mismo sentido de considerar que el profesional obtiene tanto obligaciones de medio como de resultado, cuando cita la parte pertinente del antiguo fallo del Tribunal de Casación de mayo 31, 1938 que manifiesta:

Las obligaciones contraídas por los Ireguis, en su calidad de mandatarios, fueron de *medios* en cuanto se refieren a las circunstancias de gestionar diligentemente y con cuidado, la empresa del cafetal; pero son de *resultado* en lo relativo a la aplicación convenida de todo lo obtenido en virtud de la administración [las cursivas son mías]²⁰⁴.

Del análisis anterior, acojo la tesis general o primera y afirmo que las obligaciones del fiduciario son de *medio mas no de resultado*; en primer lugar, porque solamente un incumplimiento en las obligaciones de medio, acarrear la responsabilidad subjetiva por culpa. Y en segundo lugar, porque la responsabilidad del profesional deriva del incumplimiento diligente de su gestión. Claro está, que entendemos a las obligaciones de medio como aquellas respecto al fin y no a las reglas que se deben cumplir en el desarrollo del fideicomiso porque éstas son claramente de resultado.

Al tener la característica de experto en el manejo de sus negocios, se entiende que deberá tener los conocimientos necesarios para cumplir con las gestiones encomendadas con la debida diligencia y prudencia que se espera de aquel fiduciario en el que se confió para la concertación del negocio.

Es oportuno, dado el análisis de debida diligencia, establecer que el ente controlador de las fiduciarias tiene un régimen sancionatorio por responsabilidad administrativa cuando verifica la falta de debida diligencia en el desarrollo de su gestión. En efecto, es con fundamento en el artículo 103 literal a) de la Ley de Mercado de Valores citado a continuación, que el ente controlador ha sancionado en su mayoría a las fiduciarias del país.

Art. 103.-De las obligaciones de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos como fiduciario.-Sin perjuicio de los deberes y obligaciones que como administradora de fondos tiene esta sociedad, le corresponden en su calidad de

²⁰⁴ Casación Civil. Gaceta Judicial XLVI. Mayo 31 1938, p. 572. Citado en: Javier Tamayo Jaramillo. *Culpa Contractual. Óp. cit.*, pp. 57, 58.

fiduciario, además de las disposiciones contenidas en el contrato de fideicomiso mercantil, las siguientes:

a) *Administrar prudente y diligentementelos* 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 [las cursivas son más].

Con el fin de fundamentar lo expuesto, tomaré como ejemplos, casos reales de fiduciarias que han sido sancionadas por falta de debida diligencia. Esto a fin de realizar un análisis profundo de la motivación que otorga la Intendencia de Mercado de Valores y en ciertos casos el Consejo Nacional de Valores para sancionar administrativamente a las fiduciarias que han sido sujetas a control, tomando en cuenta la mayor o menor infracción calificándolas de leves, graves o muy graves.

Los casos serán mencionados con toda la reserva y discreción que tienen los entes administrativos, puesto que no todos han llegado todavía a una instancia final.

- Caso Fideicomiso de Administración A:

El fideicomiso A tiene como finalidad del contrato que los bienes que lo conforman sean administrados por el fiduciario con el objeto de canalizar, a través de las instituciones financieras, los recursos patrimoniales y proporcionar microcréditos para desarrollar proyectos productivos y servicios de apoyo a la producción. Además, invertir los recursos del patrimonio autónomo que no hayan sido utilizados en el cumplimiento del objeto en cualquier tipo de operación financiera.

La administración de control verifica de los registros contables, que existe un rubro con un valor que corresponde a los préstamos concedidos a los fideicomisos inmobiliarios administrados por la misma fiduciaria en cuestión.

Puesto que dentro de las cláusulas del contrato estipuladas no establecen como finalidad conceder préstamos a fideicomisos mercantiles con los recursos que no hayan sido utilizados en el cumplimiento del objeto, se impone una sanción "muy grave" a la fiduciaria por no limitarse a administrar los fideicomisos en los términos establecidos en el contratos y por proveer recursos de los Fideicomisos que administraba a otros fideicomisos que igualmente se encontraban bajo su administración. Y en consecuencia

“por actuar contraviniendo lo establecido en el artículo 103 literal a) de la Ley de Mercado de Valores, por cuanto la fiduciaria ha incumplido la obligación de administrar prudente y diligentemente los bienes que pertenecen al patrimonio autónomo del fideicomiso”.

- Caso Fideicomiso Inmobiliario B:

De acuerdo a la inspección efectuada del Fideicomiso Mercantil B, la Dirección Jurídica mediante informe, solicita que la fiduciaria establezca el porqué de la iniciación de las obras del proyecto inmobiliario, “sin haberse cumplido con los requerimientos mínimos para alcanzar el punto de equilibrio, dispuestos en el contrato de constitución”.

En lo pertinente, la cláusula tercera sección tercera del respectivo contrato de fideicomiso manifiesta:

Punto de equilibrio: a fin de que la Junta del Fideicomiso instruya que la Fiduciaria pueda autorizar a la Constituyente la utilización de las sumas que componen el Patrimonio Autónomo del fideicomiso en las obras de infraestructura y construcción del proyecto inmobiliario, o de una etapa o sub-etapa de estos, deberá contarse con [...], registro de resolución de la Junta de Fideicomiso determinando el punto de equilibrio financiero correspondiente a cada etapa sub etapa del Proyecto.

Y la resolución destaca que la aprobación del punto de equilibrio, debe realizarse dentro de los seis meses establecidos en el contrato, por lo que la autorización del inicio de obras a los cuatro días de firmado el contrato implica vulneración del mismo. Además, como la fiduciaria ha permitido que se inicien obras del proyecto inmobiliario sin que se cumplan las condiciones para declarar el punto de equilibrio, La Intendencia de Mercado de Valores de Quito, establece que:

Lo indicado *deja ver la falta de la debida diligencia* que no ha observado la fiduciaria al permitir las obras antes de aprobar el punto de equilibrio y posteriormente la declaratoria de dicho punto de equilibrio, sin el debido sustento legal y financiero del mismo, así como iniciar las obras a los seis meses de aprobado el mismo [las cursivas son mías].

La administración prudente y diligente de los bienes transferidos al patrimonio del fideicomiso, obligación impuesta a las fiduciarias por el artículo 103 literal a) de la Ley de Mercado de Valores, no tuvo en cuenta la fiduciaria cuando permitió el inicio de obras y la posterior aprobación el punto de equilibrio por parte de la Junta del Fideicomiso, poniendo en riesgo la ejecución y culminación del proyecto inmobiliario.

Asimismo, en otra parte pertinente de la resolución aludida, el pronunciamiento jurídico con respecto a la falta de debida diligencia de la fiduciaria, manifiesta que de situaciones como el hecho de que una compañía está inmersa en las causales para suspender el permiso de operación de una sucursal extranjera, la fiduciaria debería estar en conocimiento de aquello que constituye un serio riesgo para la culminación del proyecto inmobiliario en virtud de una:

[L]abor diligente y profesional como fiduciaria, que le exige conocer a su cliente, más aún cuando a través de la contratación de éste, se va a ejecutar la finalidad prevista en el respectivo contrato de fideicomiso y no argüir que la responsabilidad sobre el desarrollo económico financiero de la empresa recae en sus representantes legales”.

Por las consideraciones expuestas, la Intendencia de Mercado de Valores resuelve:

Sancionar administrativamente a la fiduciaria en su calidad de fiduciaria del Fideicomiso mercantil B con amonestación escrita y multa [...] *al no administrar prudente y diligentemente* los bienes transferidos en fideicomiso mercantil transgrediendo de esta forma lo dispuesto en el artículo 103 literal a) de la Ley de Mercado de Valores [las cursivas son mías].

3.4.1.2. Culpa

El fiduciario será responsable por culpa al verificarse el incumplimiento diligente de su gestión; el concepto amplio de culpa abarca a la negligencia, imprudencia e impericia. Negligencia se define como “omisión del cuidado que debe ponerse en el cumplimiento de los deberes”. Imprudencia, es la “omisión de la diligencia debida, defecto de advertencia o de previsión en alguna cosa, negligencia inexcusable y punible por olvido o desdén de las precauciones que la cautela vulgar aconseja [...]”. Finalmente, impericia es “la falta de conocimientos o de la práctica que cabe exigir a uno en una profesión, arte u oficio”²⁰⁵.

Verificado el incumplimiento contractual de la obligación, se debe determinar su gravedad dentro de las categorías de culpa del artículo 29 del Código Civil, teniendo en

²⁰⁵ Manuel Ossorio y Florit y Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Diccionario de Derecho*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L. 2010, p. 655

cuenta la confianza involucrada en el contrato de fideicomiso, que su patrón de conducta diligente debe mirarse de manera más rigurosa, y que el profesional *expertise* del fiduciario es remunerado.

El incumplimiento acarrea responsabilidad, entendida como la obligación de reparar. En vista de que el fideicomiso es un negocio de confianza y el fiduciario un profesional remunerado, el mismo Código Civil le otorga un nivel de interpretación mayor de la culpa; es decir, que tratándose de un profesional que por definición es remunerado, debe responder por una culpa de mayor gravedad, una culpa leve más estricta.

En el caso de que el fiduciario no realice una gestión con especial diligencia y que por ello incumpla con lo establecido en el contrato, su incumplimiento acarreará culpa, que al igual que el concepto de debida diligencia, deberá tener una interpretación mayor en cuando a sus niveles.

La imposición de un modelo de conducta implica la existencia de un especial deber de obrar con más prudencia y conocimiento. Impone *un análisis más riguroso de la culpa del fiduciario*: éste debe responder por culpa grave, leve y es opinable si también abarca la levísima [las cursivas son más]²⁰⁶.

En virtud de la manera como se ha pronunciado la jurisprudencia, la actuación del fiduciario experto ya no puede ser valorada de conformidad con el modelo antiguo del buen padre de familia, sino de un profesional en las gestiones que realiza. Consecuentemente, la necesidad de que se interpreten en el caso concreto del fiduciario, el modelo de conducta esperado de un profesional, que implica una gestión de especial diligencia y de conformidad con ello su responsabilidad por culpa más estricta que la regla general.

Y se ha dicho cuando se trata de apreciar la culpa profesional, no se puede ocurrir sin más al modelo del *bonus pater familiae* o sea del hombre prudente y diligente término medio, sino que muy por el contrario *será necesario recurrir al arquetipo del buen profesional de que se trate, o, al menos, agravar [...], la apreciación de la diligencia debida* [las cursivas son más].²⁰⁷

²⁰⁶Silvio Víctor Lisoprawski. *Responsabilidad del Fiduciario*. Óp., cit., p. 9.

²⁰⁷Marcelo J. López Mesa y Félix A. Trigo Represas. *Responsabilidad Civil de los Profesionales*. Óp. cit., p. 155.

Así, los niveles de culpa están conformados por estándares abstractos que deben ser concretados en una gradación que implique una subdivisión de grados dentro de cada una de las culpas. En este caso específicamente, la culpa leve deberá subdividirse a su vez entre culpa leve de mayor o menor gravedad; incluso se ha planteado el establecer una norma expresa que eleve la responsabilidad del fiduciario hacia la culpa levísima²⁰⁸, porque como manifiesta el autor colombiano Rodríguez Azuero:

Su condición de profesionales, su particular conocimiento de los negocios que ofrecen a un mercado, los obliga a actuar con un cuidado excepcional por cuanto, de por medio está el *expertise* con el cual asumen, en forma competente, la prestación de sus servicios. Cómo podría entenderse, entonces, que justamente en el mundo mercantil, aquellos interlocutores llamados por sus condiciones y calidades de actuar de manera más eficiente, se sustraigan de asumir la carga de conducta que, el derecho civil espera de [...] *un hombre juicioso que emplea en la administración de sus negocios importantes*²⁰⁹.

En general, cuando el estudio circunstancial de un caso lo ameritara y, en particular, para productos elaborados por él, creemos que el fiduciario tendría que responder hasta por la culpa levísima²¹⁰.

Tenemos entonces que en la práctica, lo que ordena el Código Civil, es que los criterios de interpretación de los jueces competentes en cada ámbito, deben ser más rigurosos.

Parecería que lo que el legislador está proponiendo o exigiendo es que en el interior de la culpa leve haya a su turno sub-gradados de culpa, es decir, que sea más grave la culpa leve del mandatario gratuito, que la culpa leve del mandatario remunerado.

Tendríamos así entonces, que ya la culpa leve a su turno se divide en dos, una más leve para el mandatario gratuito, y otra más grave para el mandatario remunerado. ¡Vaya encrucijada!²¹¹.

En resumen, aplicada la excepción del mandatario remunerado en el fideicomiso, tenemos que el fiduciario al ser remunerado, en el incumplimiento de sus obligaciones como profesional diligente, responde por un nivel de responsabilidad de una *culpa leve más estricta* que la que está consagrada en el criterio general de los contratos bilaterales.

²⁰⁸ Silvio Lisoprawski. *Responsabilidad del Fiduciario. Óp. cit.*, p. 10.

²⁰⁹ Sergio Rodríguez de Azuero. *La Responsabilidad del Fiduciario. Óp. cit.*, p.46.

²¹⁰ *La Responsabilidad del Fiduciario. Óp. cit.*, p.82

²¹¹ Javier Tamayo Jaramillo. *Culpa Contractual. Óp. cit.*, p.95.

3.5. Aplicación de los Principios de Responsabilidad del Fiduciario a un caso particular Colombiano

El sustento requerido para esta tesis, se tratará a continuación exponiendo el criterio juzgador de la jurisprudencia arbitral colombiana que muestra un profundo análisis sobre el nivel mayor de responsabilidad del fiduciario. Puesto que se presenta el mismo criterio en todos los casos estudiados de los tres tipos de fideicomisos que se definieron en el capítulo dos, se analizará a profundidad, solamente uno que abarca al fideicomiso inmobiliario y a una oferta comercial de fideicomiso de inversión.

El Tribunal Arbitral de Colombia en laudos arbitrales correspondientes a conflictos presentados en fideicomisos de inversión, garantía e inmobiliario, ha interpretado el tema de la responsabilidad por culpa *más estricta* del fiduciario remunerado por cuanto se trata de un contrato de confianza y porque se espera una especial diligencia de dicho profesional en el cumplimiento de su gestión.

El caso motivo de análisis hace referencia a un contrato de fideicomiso inmobiliario y a una oferta comercial de fideicomiso de inversión²¹²:

1. Laudo Arbitral de Tribunal de Arbitraje, Cámara de Comercio de Bogotá²¹³

Id. Vlex: VLEX 355231250

Fecha: Diciembre 7, 2001

- Convocantes: José Omar Acosta Castillo y Rosa Irene Ávila de Acosta

- Convocada: Santander Investment Trust Colombia S.A, con sus antecesoras La Nacional Fiduciaria S.A. y Fiduciaria BCA. S.A.

Hechos

²¹² Los mismos criterios se manifiestan con motivo del Caso de fideicomiso de Garantía: Laudo Arbitral de Tribunal de arbitraje, Cámara de Comercio de Bogotá, 9 de mayo 2003. *Fiduciaria Cafetera S.A – Fiducafè S.A vs. Fideicomiso Quijano Rueda Hermanos e Inmobiliaria e Inversiones Quijano Rueda Hermanos Ltda.*, pp. 49-52.

²¹³ Laudo Arbitral del Tribunal de Arbitraje, Cámara de Comercio de Bogotá. *Caso José Omar Acosta Castillo y Rosa Irene Ávila de Acosta c. Santander Investment Trust Colombia S.A* .Diciembre 7, 2001, pp. 1-48

- Entre la Sociedad Promotora de Condominio Limitada Sopco Ltda., representada por Gilberto Parra Bernal, y La Nacional fiduciaria S.A. quien posteriormente cambió su nombre a fiduciaria BCA S.A. y actualmente se denomina Santander Investment Trust Colombia S.A. se celebró un contrato de fiducia inmobiliaria, plasmado en la escritura pública 2294 del 9 de junio de 1988 cuyo objeto consistía en el desarrollo y construcción del proyecto inmobiliario denominado Sabazynda, incluyéndose dentro del mismo objeto, la administración y la enajenación de las áreas prometidas a los denominados fideicomitentes de inversión o al fideicomitente inicial.

Pretensiones principales sobre el incumplimiento de la convocada.-

Que se declare que la sociedad convocada *incumplió las obligaciones* a cargo contenidas en la oferta comercial del fideicomiso de inversión y en el contrato de fideicomiso inmobiliario por las siguientes razones:

- Haber terminado de manera anticipada el contrato citado sin contar con el consentimiento expreso de todos y cada uno de los fideicomitentes de inversión adherentes al contrato de fideicomiso inmobiliario.
- Haber terminado de manera anticipada el contrato citado sin haber dado cumplimiento a su obligación de obtener del fideicomitente inicial, la Sociedad Promotora Condominios Limitada, Sopco Ltda., el documento necesario para garantizar el pago de lo adeudado por el fideicomiso a los convocantes.
- Haber terminado de manera anticipada el contrato citado, suscribiendo el acto jurídico que consta en la escritura 7924 de diciembre 13, 1993 sin verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Plan de desarrollo.

Análisis del Tribunal Arbitral

Con motivo de fundamentar todo lo expuesto en la presente tesina, cito partes del análisis del Tribunal en esta causa, dado el incumplimiento de la fiduciaria con sus obligaciones establecidas en la oferta comercial de fideicomiso de inversión y el contrato de fideicomiso inmobiliario.

La responsabilidad profesional del fiduciario.-

Hemos dicho que la responsabilidad civil aplicable a las fiduciarias dado su conocimiento y experiencia en la materia es la responsabilidad civil profesional. Esta jurisprudencia comparada manifiesta en el presente caso que el comportamiento de la

sociedad fiduciaria deberá evaluarse de conformidad con los criterios de responsabilidad que para ellas se han establecido:

La actividad fiduciaria es considerada como una actividad profesional, vale decir, especializada, habitual, onerosa y desarrollada a través de una organización, gracias a la cual el fiduciario puede actuar de manera eficaz y anticipar o prever riesgos [...]. Ese carácter de las sociedades fiduciarias las ubica en el campo de la *responsabilidad civil de los profesionales*, conforme a la cual el ejercicio de una profesión no implica solamente la aplicación de los principios técnicos y científicos, sino que también está condicionado a normas protectoras del individuo y de la sociedad y que constituyen los elementos de la moral profesional, de donde se concluye que la responsabilidad civil y por tanto la profesional, puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro [las cursivas son mías].

El grado de interpretación a emplear para los actos del fiduciario es más estricto

Debida Diligencia:

Ya nos adelantamos en el sentido de que las fiduciarias, salen del concepto generalizador de que su actuación debe ser una actuación media, es decir, de conformidad con el modelo del "buen padre de familia". Al ser entes profesionales que son expertos en la materia fiduciaria, al estar expresamente autorizados por ley y además al ser remunerados como contraprestación a sus servicios; su actuación debe ser realizada con más alta y especial diligencia que el hombre común.

El ejercicio de la actividad fiduciaria exige al operador, de una parte, tener los conocimientos técnicos y prácticos de la respectiva profesión y, de otra, actuar con la previsión y diligencia necesarias. En consecuencia, el incumplimiento se produce cuando el profesional no emplea los medios debidos, es decir, presta los servicios sin tener los conocimientos o la experiencia suficientes, o no utiliza los recursos científicos y técnicos disponibles o no obra con la diligencia ordinaria de la profesión, todo lo cual refleja de entrada la existencia de culpa.

Hoy en día no puede acudirse a un único e invariable patrón de conducta, como lo era el del buen padre de familia del Código Civil, pues hoy proliferan actividades económicas de toda índole y especialidades técnicas y científicas, que hacen necesario establecer modelos de conducta que se adapten mejor a las circunstancias y se acerquen más a la realidad de los distintos campos de la vida empresarial.

Culpa:

Sobre el análisis realizado en cuanto a la interpretación más estricta sobre la culpa que debe emplearse sobre las actuaciones del fiduciario, tenemos que la principal razón para ello se encuentra estipulada en la misma norma civil cuando manda en su artículo 2033 a que se mire con mayor estrictez la responsabilidad por culpa del mandatario remunerado. El Tribunal Colombiano analiza la culpa de la fiduciaria:

En todo caso, algunas pautas nos indican que la labor del profesional ha de ir más allá de lo que normalmente se le exigiría a un hombre ordinario o medio. Es así como las normas del mandato que suelen gobernar las labores de gestión y administración de los profesionales nos señalan que la diligencia exigible al deudor que es la propia del buen padre de familia, o culpa levis in abstracto en ocasiones debe aumentarse, esto es, hacerse más rigurosa, en particular cuando el mandatario es remunerado.

A este respecto el artículo 2155 del Código Civil establece que el mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo. Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado .

Esta disposición pone en evidencia que el mayor rigor exigible en razón de la remuneración no puede ser extremo, pues se encuentra también dentro del ámbito de la culpa leve, que se subdividiría así en menos estricta y más estricta, sin llegar esta última hasta hacer responsable al deudor de la culpa levísima, pues para ello se requeriría una estipulación especial que así lo estableciera.

Decisión

En cuanto al incumplimiento de la obligación de haber terminado de manera anticipada el contrato de fideicomiso inmobiliario sin contar con el consentimiento expreso de todos los fideicomitentes de inversión adherentes a dicho contrato, la Sala resuelve que de conformidad con los criterios establecidos en el análisis sobre la responsabilidad profesional del fiduciario, considera que la conducta de la fiduciaria convocada de terminar anticipadamente y liquidar el contrato de fideicomiso mercantil:

No correspondió a un comportamiento prudente y diligente y constituyó en cambio una conducta culposa, por cuanto para la fecha primeramente mencionada no se había obtenido el consentimiento de todos los fideicomitentes de inversión para la terminación y liquidación anticipada del fideicomiso inmobiliario, y en particular el de la aquí convocante señora Rosa Irene Ávila de Acosta.

Por otro lado, frente al incumplimiento de la fiduciaria de obtener del fideicomitente inicial un pagaré para garantizar el pago de lo adeudado por el fideicomiso a los convocantes; el Tribunal Arbitral manifiesta que dado que la terminación anticipada del fideicomiso inmobiliario no fue aceptada por todos, debió a

la liquidación de dicho fideicomiso, diligenciar el pagaré que constituía un activo del patrimonio autónomo, con las sumas a que hubiere lugar de conformidad con las cuentas del negocio y las instrucciones impartidas por Sopco Ltda., para que aquellos fideicomitentes de inversión que no aceptaron el plan de desarrollo, puedan adelantar las acciones de cobro contra el fideicomitente inicial. Pero como la fiduciaria no realizó esto, sino que mantuvo en su poder el pagaré y no permitió que los fideicomitentes puedan proteger sus intereses, dicha conducta es calificada por el Tribunal como “negligente y culposa con arreglo a los criterios de responsabilidad del fiduciario expresados”.

Finalmente, y en cuanto al incumplimiento por parte de la fiduciaria de verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Plan de desarrollo, el Tribunal Arbitral considera que “como parte de su gestión profesional”, a la fiduciaria le correspondía verificar el cumplimiento de los elementos del referido plan que son parte de su encargo y al no hacerlo, “compromete la responsabilidad de la fiduciaria al configurar una conducta negligente y culposa, con arreglo a los mismos criterios de responsabilidad del fiduciario”.

3.6. Necesidad de un Control Efectivo a Nivel Administrativo por parte de la Entidad de Control

En vista de que al fiduciario le rige además de la responsabilidad civil, la responsabilidad administrativa y teniendo como caso hipotético que el constituyente denuncie a la Superintendencia de Compañías que el fiduciario ha transgredido a las normas que regulan el mercado de valores . Considero importante que la entidad de control también ejerza su potestad sancionadora de manera más estricta, en razón de que el contrato abarca entre otras normas, las de la Ley de Mercado de Valores; y que al ser el contrato de fideicomiso un mandato, se incorpora asimismo el régimen de responsabilidad del mandatario remunerado.

De manera, que el ente sancionador administrativo también deberá establecer un control proactivo que involucre un análisis profundo respecto a la responsabilidad del

fiduciario para la determinación y consiguiente imposición de las sanciones administrativas por parte del ente controlador .

La consecuencia de haber infringido las normas de la Ley de Mercado de Valores, se extiende a la sanción impuesta por la entidad de control que deberá en primer lugar, verificar la culpa de la entidad fiduciaria para luego, enmarcarla dentro de la gravedad del perjuicio causado y finalmente, determinar si dicho ente es merecedor de una sanción de tipo leve, grave o muy grave, según lo determina la Ley de Mercado de Valores.

Para la aplicación práctica de lo mencionado, se observa la necesidad de reformar la Ley de Mercado de Valores, específicamente el artículo 125 que establece el máximo de culpa por la que será responsable el fiduciario; y de esta manera, darle una herramienta al Consejo Nacional de Valores para que amplíe la responsabilidad de dicho profesional, desde el ámbito administrativo instando una actuación más exigente.

El mencionado control, deberá imponer mayor rigurosidad, estableciendo sanciones con montos más altos o que abarquen la suspensión definitiva de la autorización para participar en el mercado de valores o la remoción definitiva del cargo a aquellos profesionales fiduciarios que, a pesar de que manejan un negocio de confianza, que se caracterizan por su *expertise* en el tema de fideicomisos y que por su gestión son remunerados; no han actuado con la especial diligencia que se espera, porque han incurrido en una responsabilidad por culpa leve más estricta que aquella que se estipula para el común de los contratos bilaterales.

3.7. Propuesta de Reforma al Artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores

Todo el análisis anterior se concreta en la necesidad de la siguiente reforma a la Ley de Mercado de Valores:

Art. 125 L.M.V. Inc. 2: El fiduciario responde por culpa leve agravada en el cumplimiento de su gestión, que consiste en actuar de manera diligente y profesional como un *buen hombre de negocios ajenos* a fin de cumplir con las instrucciones

determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan.

4. Conclusiones

Al terminar con la Tesina, cabe responder a la hipótesis planteada al inicio del presente trabajo,

¿Responde el fiduciario más estrictamente al simple grado de responsabilidad por culpa leve en el incumplimiento del contrato de fideicomiso mercantil?

La respuesta, es afirmativa.

El contrato de mandato es equivalente al contrato de fideicomiso mercantil, por la similitud de obligaciones principales que tiene tanto el mandatario como el fiduciario y porque se trata de un contrato convencional en el que el constituyente tiene potestad de elegir a qué fiduciario confía la gestión de su negocio. Además, la teoría más acorde a la naturaleza jurídica del contrato de fideicomiso mercantil, es la de "mandato irrevocable", en virtud de que tanto mandante como constituyente confían sus negocios al mandatario o fiduciario para cumplir una finalidad.

En consecuencia, la norma contenida en el artículo 2033 inciso segundo del Código Civil que alude a una responsabilidad más estricta de un *mandatario remunerado*, se aplica asimismo al fiduciario.

El régimen de responsabilidad aplicable al contrato de fideicomiso es el de la responsabilidad civil contractual y en consecuencia, en caso de incumplimiento, son las partes contratantes quienes serán responsables de reparar los daños o perjuicios producidos en ocasión del incumplimiento de una obligación. No podemos olvidarnos, que además el fiduciario responde por responsabilidad administrativa, a la que he hecho referencia en el presente trabajo, tomando en cuenta que el contrato de fideicomiso mercantil abarca las normas contenidas en la Ley de Mercado de Valores y en consecuencia un incumplimiento contractual, podría acarrear consecuentemente un incumplimiento legal.

Este régimen civil contractual se encuentra enteramente ligado al grado de culpabilidad del deudor. Así, en virtud del beneficio recíproco que reporta el contrato de fideicomiso, el grado de culpa por la que debe responder el fiduciario es el de la culpa leve.

Nos encontramos frente a un contrato bilateral, solemne, conmutativo, que se caracteriza por la especial confianza que se otorga a una de las partes contratantes: el fiduciario profesional; quien siendo el representante legal del patrimonio autónomo y por naturaleza remunerado, tiene el deber de desempeñar su gestión con prudencia y diligencia a fin de lograr el objetivo final del fideicomiso.

Se ha advertido que los profesionales tienen una responsabilidad cualificada en virtud de su condición de expertos y de la reserva que la misma legislación les otorga al estipular que solamente pueden actuar como fiduciarios aquellos previamente autorizados por Ley.

En razón de dicho profesionalismo especializado, se deduce la confianza que en él depositan los intervinientes del fideicomiso y la expectativa de que realice su gestión con especial diligencia y cuidado. Por ello, la doctrina se ha puesto de acuerdo en elevar el estándar del "buen hombre de familia" al "buen hombre de negocios", porque las entidades fiduciarias demuestran un mayor grado de habilidad, prudencia y diligencia, en virtud de su experiencia con los negocios fiduciarios.

Si bien, el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores, siguiendo la regla general de los contratos bilaterales, establece que el fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su encargo; aplicado el artículo 2033 inciso segundo del Código Civil al fideicomiso mercantil y tomando en cuenta las características mencionadas de que involucran este contrato, se permite mirar con mayor estrictez la responsabilidad de un mandatario remunerado.

Se puede establecer entonces, que en casos en los que normalmente se respondería de un acto por culpa leve, realizado el mismo hecho por un fiduciario, se mira más estrictamente. Es decir, que el estándar abstracto de culpa leve, se mirará de manera más

estricta y por ello la propuesta de subdividir a dicho grado de culpa con niveles de mayor o menor gravedad.

En conclusión, el grado de interpretación del acto dentro del incumplimiento contractual deberá mirarse más estrictamente; esto es, que el juez debe interpretar los actos de manera más rigurosa con relación a los actos que haría un profesional en la misma posición; y por tanto, se aspira de esta manera, a exigir una actuación con especial diligencia por parte del fiduciario y en consecuencia elevar el estándar de responsabilidad de dicho interviniente a una culpa leve de mayor gravedad que aquella que se estipula como regla general para el común de los contratos bilaterales. Definitivamente, considero que es necesaria una reforma al artículo 125 inciso segundo de la Ley de Mercado de Valores en este sentido.

Bibliografía

Libros:

- Acosta Romero, Miguel y Almazán Alaniz, P. Roberto. *Tratado teórico práctico de fideicomiso*. 4ta ed., México: Porrúa, 2002.
- Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno* Santiago de Chile: Imprenta Universitaria, 1943.
- Alpa, Guido *et al.* *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*. 1era ed., Lima: ARA editores, 2001.
- Araujo Valdivia, Luis. *Derecho de las cosas y derecho de las sucesiones*. Puebla: Cajica, 1965.
- Barragán Romero, Gil. *Elementos del Daño Moral*. Guayaquil: Edino, 1995.
- Batiza, Rodolfo. *El fideicomiso: Teoría y práctica*. 4ta ed., México D.F: Porrúa, 1980.
- Batiza, Rodolfo. *Principios básicos del Fideicomiso y de la administración fiduciaria*, 2da ed., México: Porrúa, 1985.
- BaucheGarcíaDiego, Mario. *Fideicomiso*. Superintendencia de compañías en su trigésimo segundo aniversario de vida institucional, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Bello R, Gonzalo. *Operaciones Bancarias en Venezuela*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2004.
- Borja Gallegos, Ramiro. *La fiducia o fideicomiso mercantil y la titularización*. 2era ed. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 1995.
- Carregal Mario Alberto. *Fideicomiso: teoría y aplicación a los negocios*. Buenos Aires: Heliasta, 2008.
- Cevallos Vásquez, Víctor. *Mercado de Valores y Contratos*. 1era ed., Quito: Jurídica del Ecuador, 1997.
- Cervantes, Raúl. *El Fideicomiso. Títulos y operaciones de crédito*. México: Herrero S.A, 1979.
- Claro Solar, Luis. *Derecho Civil Chileno y Comparado*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1978.

- Clusellas Eduardo G. & Ormaeunea, Carolina. *Contratos con garantía fiduciaria*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma. S.R.L., 2003.
- Consejo Nacional de Valores. *La Fiducia*. Quito: Superintendencia de Compañías, 1996.
- Cortés, Edgar. *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*. 2da ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- Cubides Camacho, Jorge. *Obligaciones*. 5ta ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- Díaz, Luis Eduardo. "Fondos de Retiro y Fideicomisos Laborales". *Revista Gaceta Laboral* Vol. 1. (1995), pp. 85 -98.
- Díaz-Granados Ortiz, Juan Manuel. *El Seguro de Responsabilidad*. 2da ed., Bogotá: Universidad del Rosario, 2006.
- Etchegaray, Natalio Pedro. *Técnica y Práctica Documental: Fideicomiso*. 1era edición. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998.
- Gete-Alonso, María del Carmen *et al.* *Lecciones del derecho civil aplicable en Cataluña*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2003.
- Gómez De La Torre Reyes, Diego. *El Fideicomiso Mercantil*. 1era ed. Quito: AlbazulFocet, 1998.
- González Torre, Roberto. *Manual de fideicomiso en Ecuador y América Latina*. 1era ed., Guayaquil: Edino, 2009.
- González Torre, Roberto. *El Fideicomiso*. 2da ed., Guayaquil, Edino, 2000.
- González Torre, Roberto. *El Fideicomiso en el Derecho Civil y Comercial*. Guayaquil: Superintendencia de Compañías, 1996.
- Gutiérrez, Pedro. *Los Fideicomisos y las obligaciones negociables*. Mendoza: Ediciones Jurídicas, 1998.
- Hayzus, Jorge Roberto. *Fideicomiso*. 2da ed., Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004.
- Jijón, Rodrigo. *Algunas Notas sobre Responsabilidad Civil en el Ecuador*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Kiper Claudio y Lisoprawski, Silvio. *Teoría y Práctica del Fideicomiso*. 2da edición. Buenos Aires: Depalma, 2002.
- Kiper Claudio y Lisoprawski Silvio. *Obligaciones y Responsabilidad del fiduciario*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1999.
- Larrea Holguín, Juan. *Manual elemental de derecho civil del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1989.

- Lascala Jorge Hugo. *Práctica del fideicomiso*. Buenos Aires: Astrea, 2003.
- Leal Pérez, Hidelbrando. *Contratos Bancarios*. 1era ed., Bogotá: Librería del profesional, 1990.
- Lisoprawski, Silvio. *Práctica del fideicomiso: problemas y soluciones. Aspectos civiles, comerciales y penales*. 1era ed., Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.
- Londoño Toro, Beatriz y Gómez Hoyos, Diana María. *Diez años de investigación jurídica y socio jurídica en Colombia: La responsabilidad del profesional en la jurisprudencia civil de la corte suprema de justicia: el criterio de imputación*. 1era ed. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2010
- López Mesa, Marcelo J. y Trigo Represas, Felix A. *Responsabilidad Civil de los Profesionales*. 1era ed., Buenos Aires: LexisNexis, 2005.
- Malagón, Jaime. *Fideicomiso y concesión*. México: Porrúa, 2002.
- Maury, Beatriz Alicia, et al.,. *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*. 1era ed., Buenos Aires: AdHoc, 2004.
- Mosset Iturraspe, Jorge. *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios II*. Buenos Aires: Ediar, 1974.
- Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecasas, Miguel A. *Responsabilidad Contractual*. 1ed. Santa Fe: RubinzalCulzoni, 2007.
- Muñoz, Luis. *Contratos y Negocios Jurídicos Financieros*. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1981.
- Ossorio, Manuel y Florit y Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Diccionario de Derecho*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L. 2010
- Peña Nossa, Lisandro. *De los contratos mercantiles: nacionales e internaciones*. 2da ed., Bogotá D.C: Kimpres Ltda., 2006.
- Rabasa, Oscar. *El derecho angloamericano, estudio expositivo y comparado del commonlaw*. México: Fondo de Cultura Económica, 1991.
- Rodríguez Azuero, Sergio y Juan Jacobo Calderón Villegas. *Temas de Derecho Financiero Contemporáneo*. Rosario: Universidad del Rosario, 2006.
- Rodríguez Azuero, Sergio. *Negocios Fiduciarios Su significación en América Latina*. Bogotá: Legis, 2005.
- Rodríguez Azuero, Sergio. *Contratos Bancarios: Su significación en América Latina*. 3era ed., Bogotá: ABC, 1985.
- Rodríguez Azuero, Sergio. *La Responsabilidad del Fiduciario*. 1era ed., Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1997.
- Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad Extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999.

- Romero Acosta Miguel. *Tratado teórico práctico de fideicomiso*: incluye compilación de disposiciones legales que rigen al fideicomiso en México. México: Porrúa, 2002.
- Santos Ballesteros, Jorge. *Instituciones de Responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Javeriana, 1996.
- Tamayo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo 1, Bogotá: Legis Editores S.A, 2007.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *Culpa Contractual*. Editorial Themis, 1990.
- Trigo Represas, Felix A.. *Responsabilidad civil de los profesionales*. 1ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987.
- Villagordoa Lozano, José Manuel. *Doctrina General del Fideicomiso*. 2da ed., México: Porrúa S.A., 1982.
- Villagordoa Lozano, José Manuel. *Breve estudio sobre el fideicomiso*. Seminario de Derecho Mercantil y Bancario. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Villalba Vega, Wladimiro. *Fundamentos de Práctica Forense*. 1era ed., Quito: Andrés Bello, 1987.
- Walker de Tuler, María Cristina. *Contratos Bancarios*. 1 ed. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 2005.

Documentos Web:

- Barros Bourie, Enrique. *Responsabilidad Contractual y Extracontractual*. http://vlex.com/vid/responsabilidad-contractual-extracontractual-314536526?ix_resultado=1.0&query%5Bbuscable_id%5D=4&query%5Bbuscable_type%5D=ColeccionTipo&query%5Bq%5D=A+pesar+de+la+antigua+genealog%C3%ADa+de+la+gran+divisi3n+del+derecho+de+obligaciones%2C+3ste+ha+sido+desarrollado+sistem3ticamente+a+partir+del+derecho+de+los+contratos. (acceso: 30/05/2012)
- Barros Bourie, Enrique. *La culpa en la responsabilidad civil*. http://vlex.com/vid/culpa-314536134?ix_resultado=1.0&query%5Bbuscable_id%5D=4&query%5Bbuscable_type%5D=ColeccionTipo&query%5Bq%5D=La+culpa+en+la+responsabilidad+civil. (acceso: 30/05/2012)
- Barbieri y Fernández Estudio jurídico. *Fideicomiso*. <http://rodolfobarbieri.com.ar/sobre-el-derecho/derecho-civil/contratos/fideicomiso/> (acceso: 2-04-2012).
- Fideicomisos, Fondos y mandatos: *rendición de cuentas y fiscalización*. Auditoría Superior de la Federación XVI Asamblea General de la OLACEFS. http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Sitios/Olacefs/Cepat/doc/PONENCIAS/Ponencias XVI OLACEFS/Fideicomisos/Fideicomisos_fondos_mandatos.pdf. (acceso: 29/5/2012)

González Torre, Roberto. *Aspectos Jurídicos del Fideicomiso en Latino América*. http://www.felaban.com/archivos/memorias_XVIII_congreso/pres_word_roberto_gonz.pdf.(acceso 15/02/2012)

Peña Núñez, Paúl. *La responsabilidad*. http://derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5648:la-responsabilidad-civil&catid=28:derecho-civil&Itemid=420 (acceso: 1/07/2012)

Pizarro Wilson, Carlos. *La responsabilidad contractual en derecho chileno*. http://www.fundacionfueyo.cl/articulos/carlos_pizarro/Responsabilidad%20contractual.pdf(Acceso: 28-05-2012).

Rodríguez Azuero, Sergio. *La obligación de reparar y la responsabilidad fiduciaria*. <http://www.rodriguezazuero.com/documentos/LaObligacion%20.pdf>. (acceso: 20/08/2012)

Rodríguez Grez, Pablo. *Segundo Presupuesto de la Responsabilidad Contractual. Inejecución de la conducta comprometida*. http://vlex.com/vid/contractual-inejecucion-comprometida-346399218?ix_resultado=4.0&query%5Bbuscable_id%5D=4&query%5Bbuscable_type%5D=ColeccionTipo&query%5Bq%5D=Pablo+Rodríguez+Grez.+Segundo+Presupuesto+de+la+Responsabilidad+Contractual.+Inejecución+de+la+conducta+comprometida. (acceso: 30/05/2012)

Superintendencia de Compañías. *Fiduciarias del Fideicomiso Mercantil*. <http://www.supercias.gov.ec/Documentacion/Mercado%20Valores/Publicacion%20Articulos/Tripticos/Administradoras%20de%20Fondos.pdf>

Revistas:

Raúl A. Argeri. "Responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima". *Responsabilidad civil: doctrinas esenciales*. Felix A. Trigo Represas. Buenos Aires: Revista Jurídica Argentina La Ley, 2007.

ArizFortich, Alma. *El factor de imputación de la responsabilidad profesional en la doctrina moderna*. Revista de Derecho No. 34 Barranquilla, 2010.

Jurisprudencia

Caso *Bartlett v. Barclays Bank Trust Co. Ltd.* Citado en: Dayra Berbey de Rojas. *Simposio Internacional sobre Negocios Fiduciarios*. Panamá 29 de Octubre de 2011.

Sentencia No. 539/2006 de AP Madrid, Sección 10ª, 26 de Septiembre de 2006. Número de Recurso: 92/2006

- Corte Suprema de Justicia. Caso *Viñán Vásquez v. Federación Médica Ecuatoriana*. Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12.
- Corte Constitucional Colombia. C-1008/10 de 9 de Diciembre de 2010. Referencia Expediente D 8146.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Caso *Importadora Nacional Imponac v. Compañía IntertekTestingServices International Limited*. Gaceta Judicial No. 5 Serie XVII.
- Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Caso *Fabiola Suárez c. Manuel de Jesús Coloma Lara y Municipio del Cantón El Triunfo*. Causa No. 228-04, de 1 octubre de 2004. Registro Oficial. No. 399 de 15 de junio de 2005.
- Laudo Arbitral de Tribunal de Arbitraje, Cámara de Comercio de Bogotá, 31 de Julio de 2000, p. 59. Véase el mismo criterio en: Laudo Arbitral de Tribunal de Arbitraje, Cámara de Comercio de Bogotá, 9 de Mayo de 2003.
- Laudo Arbitral de Tribunal de Arbitraje, Cámara de Comercio de Bogotá. 9 de mayo de 2003. <http://vlex.com/vid/-355231026>. (acceso: 30/05/2012)
- Laudo Arbitral del Tribunal de Arbitraje, Cámara de Comercio de Bogotá. Caso *José Omar Acosta Castillo y Rosa Irene Ávila de Acosta c. Santander Investment Trust Colombia S.A*. Diciembre 7, 2001,
- Sentencia No. 539/2006 de AP Madrid, Sección 10ª, 26 de Septiembre de 2006. Número de Recurso: 92/2006

Plexo Normativo

Nacional:

- Código Civil Ecuador
- Código de Comercio Ecuador
- Ley de Compañías Ecuador
- Ley de Mercado de Valores Ecuador
- Reglamento a la Ley de Mercado de Valores Ecuador
- Ley General de Instituciones del Sistema Financiero Ecuador
- Resolución del Consejo Nacional de Valores. Art. 17 Núm. 4. Registro Oficial Suplemento: 1 de 8 de marzo de 2007.
- Doctrina de la Superintendencias de Compañías (Ecuador). *Doctrina I: Certificados de Derechos Fiduciarios*.
- Doctrina de la Superintendencia de Compañías (Ecuador). *Doctrina II: Constituyentes de Fideicomisos Mercantiles*.
- Superintendencia de Compañías. Oficio SC-AJ. WV-94-138. Quito, 24 de noviembre de 1994.

Internacional:

Código Civil Argentina

Código Civil Québec

Código de Comercio Colombia