

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Colegio de Jurisprudencia**

**Alcance de la responsabilidad de las fiduciarias en actos que no están expresamente escritos en el contrato constitutivo, bajo el entendido de que las obligaciones de la fiduciaria son de medio y no de resultado, en los fideicomisos de garantía.**

**Diego Antonio Calderón Castelo**

Tesina presentada como requisito para la obtención del título de  
Abogado de los Tribunales de la República

Quito, mayo 7 del 2007

© Derechos de autor  
Diego Antonio Calderón Castelo  
2007-05-04

## **Sinopsis**

La Tesina titulada Alcance de la responsabilidad de las fiduciarias, en actos que no están expresamente escritos en el contrato constitutivo, bajo el entendido de que las obligaciones contractuales son de medio y no de resultado, en los fideicomisos de garantía, investiga cual es la responsabilidad que tiene la fiduciaria en actos que si bien no están expresamente estipulados en el contrato constitutivo, se entienden incorporados por la ley; En actos encaminados a la preservación del patrimonio autónomo, elemento esencial para garantizar las obligaciones en el Fideicomiso en Garantía.

## **Abstract**

This work named Level of the Trustee responsibility, in acts that are not expressed written in the constitutive contract in the warranty trustee, under the knowing that the contractual obligations are of medium not of result. This work analyze the responsibility of the trustee in acts that are not in the constitutive contract the law incorporates them, this acts are directed to preserve the Autonomous Inheritance, essential element to guarantee the obligations in the warranty trustee.

Agradezco a Antonio Calderón, Graciela Castelo, mis padres, a Tatiana Calderón mi hermana. A Verónica Sevilla mi compañera incondicional.  
Especial Agradecimiento a Vladimir Villalba, mi director; agradezco a Ernesto Albán y a Fabián Andrade por sus consejos

**ÍNDICE**

**INTRODUCCIÓN.****CAPITULO I****ASPECTOS PREELIMINARES**

	<b>Pág.</b>
1. Naturaleza	6
1.1. Confianza	6
1.2. Diferentes concepciones de confianza	8
1.3. Elementos del Negocio Fiduciario	9
1.3.1. Elemento Real	10
1.3.2. Personal u obligacional.	11
1.3.3. Relaciones	12

**CAPÍTULO II****FIDEICOMISO O FIDUCIA****MERCANTIL**

2.1. Naturaleza Jurídica	14
2.1.1. Teoría del Mandato Irrevocable.	14
2.1.2. Teoría del Patrimonio de Afectación.	15
2.1.3. Teoría del Negocio Fiduciario	16
2.2. Elementos de la Fiducia Mercantil.	17
2.3. Características del Contrato de Fiducia.	18
2.4. Intervinientes en el Contrato Fiduciario	20
2.4.1. Obligaciones del Fiduciante, Fideicomitente o Constituyente.	21
2.4.2. Derechos del Fiduciante, Fideicomitente o Constituyente.	22
2.4.3. El Fiduciario	22
2.4.4. Obligaciones del Fiduciario.	23
2.4.5. Derechos del Fiduciario.	24
2.4.6 Obligaciones del Beneficiario o Fideicomisario.	25
2.5. Patrimonio Autónomo.	27
2.5.1. Bienes separados del resto de activos	27
2.5.2. Excluidos de la garantía general de los acreedores.	28
2.5.3 Excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciante.	28
2.5.4. Excluidos de la garantía general de los acreedores del fideicomisario.	29
2.5.5. Garantiza obligaciones contraídas para cumplir el fin.	29
2.5.6. Deben retornar al fideicomitente.	29
2.5.7. Consideraciones Generales del Patrimonio Autónomo.	30
2.6. Clases de Fideicomisos.	31
2.6.1. Fideicomiso de Administración.	32
2.6.2. Fideicomiso de Inversión.	32
2.6.3. Fideicomiso de Garantía.	33

**CAPÍTULO III**

## **OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA EN RELACIÓN AL FIDEICOMISO EN GARANTÍA**

3.1. Autonomía de Voluntad y Orden Público	38
3.2. Requisitos esenciales en el Contrato de Fiducia	40
3.3. Obligaciones Contractuales	42
3.4. Obligaciones Contractuales de la Fiduciaria en el Fideicomiso en Garantía.	43
3.4.1. Administrar los bienes en forma establecida.	45
3.5. Obligaciones de medio y no de resultado.	46

## **CAPÍTULO IV**

### **CUÁL ES EL NIVEL DE RESPONSABILIDAD QUE TIENE LA FIDUCIARIA PARA EL CUMPLIMIENTO DE SU OBLIGACIÓN?**

4.1. Elementos de la Responsabilidad.	50
4.1.1. La culpa	51
4.1.1.1. Formas de Culpa	52
4.1.1.2. Culpa grave, negligencia grave o culpa lata.	52
4.1.1.3. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero.	53
4.1.1.4. Culpa o descuido levísimo.	53
4.1.2. Perjuicio.	54
4.1.2.1. Perjuicio Material.	55
4.1.2.2. Perjuicio Moral.	55
4.1.2.3. Requisitos del daño o perjuicio.	56
4.1.3 Causalidad entre culpa y daño.	58
4.2. Consideraciones generales sobre la responsabilidad civil y las obligaciones de Medio.	59
4.2.1. Obligaciones de medio	59
4.3. Culpa Leve en Materia de preservación del patrimonio.	61
4.3.1. Principios.	62
4.3.2. Naturaleza de la responsabilidad del fiduciario.	62
4.3.5. Modelos de Conducta.	63
4.3.6. Bienes con los que responden los Fiduciarios.	64

## **CAPÍTULO V.**

### **REVISIÓN CRÍTICA Y APLICACIÓN PRÁCTICA.**

## **CONCLUSIÓN BIBLIOGRAFIA**



## INTRODUCCIÓN

En la actualidad podemos observar como los Negocios Fiduciarios tiene gran trascendencia dentro del mundo contractual, al 31 de enero del 2007 encontramos 371 fideicomisos dentro del Ecuador, de los cuales 57 son de garantía<sup>1</sup>(lo cual denota la novedad), en los cuales se encarga a un determinado ente la administración de un determinado bien para que el mismo a base de las obligaciones que contraen las Fiduciarias puedan ejercer fehacientemente lo encomendado no solo en el Contrato Constitutivo sino en lo establecido en la ley.

A lo largo de esta tesina veremos una peculiaridad de este tipo de Negocios Fiduciarios, en cuanto a la conservación del Patrimonio Autónomo, en el cual me propuse la siguiente hipótesis. ***” ¿Responde el fiduciario frente al deterioro de los bienes fideicomitados cuando una obligación de conservación no está expresamente en las cláusulas del contrato constitutivo del fideicomiso en garantía?”***

---

<sup>1</sup> Superintendencia de Compañías, Intendencia de Mercado de Valores, [www.supercias.gov.ec](http://www.supercias.gov.ec).

Para entender dicha hipótesis me basaré, en la Doctrina existente en relación a esta figura jurídica, también, analizaré las leyes nacionales que regulan el tema, por el interés de ver cual es su regulación en esta materia entendiendo el alcance y ver como se soluciona el problema en nuestro país.

Para esto analizaré dentro del Primer Capítulo sobre los aspectos principales de los cuales denotamos que la noción de confianza es el eje en este tema, porque etimológicamente Fideicomiso viene del Latín Fides y Comissus, que vendrá a ser un encargo de confianza por ser contratos intuito persona.

Este nace por medio de un contrato constitutivo independiente, donde la fiducia que es el administrador, tienen límites impuestas en el contrato y las leyes.

Hay que distinguir una diferenciación entre este tipo de negocios, que son los puros, que son aquellos surgidos por simple autonomía de voluntad y exclusiva confianza entre las partes, e impuro, cuando hay regulación normativa.

Se da una transferencia de dominio, manifestándose un elemento real, y el elemento personal porque las obligaciones perseguibles son interpartes.

La tesis que recoge que hay una propiedad fiduciaria la misma que se da en los negocios fiduciarios impuros porque se dan los elementos:

- Personal, porque hay un acuerdo con el propietario donde se le exige al fiduciario cumplir con lo estipulado en el contrato constitutivo.
- Relaciones, donde el elemento real se encuentra subordinado al obligacional porque se establece instrucciones al fiduciario a que realice sus acciones en el contrato constitutivo.

Dejando claro la naturaleza del Negocio Fiduciario, veremos en el Segundo Capítulo, lo que vendría a ser el fideicomiso o fiducia mercantil en esencia.

Vemos el nacimiento de este Negocio Jurídico donde el constituyente o fideicomitente hace una transferencia al fiduciario de bienes, el mismo fiduciario los administrará o enajenará para cumplir con el fin. Esta transferencia por disposición legal es temporal e irrevocable, creándose también un patrimonio independiente establecido para conseguir un fin, este Patrimonio Autónomo, responde y garantiza las obligaciones del constituyente. Porque el fideicomitente bajo un contrato

constitutivo y la ley, define y limita las actuaciones de la fiduciaria. Resaltando el elemento real que es el de eficacia general y el personal que limita los efectos reales a las partes.

Son reales para el fiduciario porque se le transfiere titularidad de los bienes. Mientras los personales son del beneficiario si lo hubiere porque el contrato constitutivo es a favor del mismo, sino serán del mismo constituyente.

Lo primordial es la confianza, la finalidad pretendida y el gestor profesional son claves para perseguir el fin constituido en el Fideicomiso Mercantil.

Dentro de este tipo de Contratos como partes hay, Constituyente, con sus derechos y obligaciones. Pueden ser personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, privadas o publicas.

El Fiduciario son personas jurídicas competentes para administrar fideicomisos, estipulado en el Artículo 97 de la Ley de Mercado de Valores. Sus principales obligaciones son las de diligencia, ejercer la protección y defensa y obtener el mayor rendimiento de los bienes fideicomitados. Artículo 103 de la Ley de Mercado de Valores.

El beneficiario puede ser el mismo constituyente si no se dispone otro en el contrato constitutivo, puede ser alguien que no exista al momento de la celebración del Fideicomiso. Una de sus principales derechos es el de pedir medidas cautelares.

Como elemento fundamental del fideicomiso está el Patrimonio Autónomo, porque es con el mismo con el que se va a garantizar las obligaciones contraídas del constituyente para cumplir con el fin, que al ser de fideicomiso de garantía su fin es garantizar las obligaciones contraídas por el mismo.

En el Capítulo tercero, veremos las obligaciones que nacen de un fideicomiso en garantía, si bien son generales para todos los Fideicomisos, veremos la incidencia en los fideicomisos en garantía.

La Autonomía de Voluntad es existente, pero la misma no puede irse en contra del Orden Público, que por contrato social, cedimos libertades en orden de seguridad, no solo jurídica, a la vez convivencia social saludable.

Analizaremos los requisitos esenciales de los Contratos de Fiducia, que se desprenden del Código Civil, entre lo cuales están.

- La capacidad de las Partes
- Voluntad libre y espontánea
- Objeto lícito
- Cosa finalidad lícita
- Pago, remuneración precio

Especialmente se ve las principales obligaciones contractuales del Fideicomiso de Garantía. La administración por parte de la fiduciaria encomendada por el contrato constitutivo y la ley, determina los límites de acción de la fiducia, sin que los mismos puedan ser violentados.

También se analizará las obligaciones que devienen de la administración de la fiduciaria, las mismas que están reconocidas por la Ley de Mercado de Valores, en su artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores. Que son las de medio y no de resultado y sus efectos, como es el hecho que por este tipo de obligaciones no se responde por un fin, sino por el medio encaminado a la consecución del mismo. Cómo inciden estas en la responsabilidad del fiduciario y cómo debe probarse la misma.

En el capítulo cuarto de esta tesis, nos enfocaremos cómo responde la fiduciaria en el cumplimiento de las obligaciones; para esto tendremos que basarnos en las concepciones de la responsabilidad y sus elementos que son la culpa, el perjuicio y la relación entre ellos, cada uno con sus respectivas características y elementos.

En este capítulo veremos como incide las obligaciones de medio y no de resultado en la responsabilidad de la fiduciaria, la misma que es recogida por el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores, y que bajo esta norma, se establece un nivel de culpa para responsabilizar a la fiduciaria en sus actuaciones, que es la culpa leve. Esta será analizada dentro de la preservación del patrimonio, únicamente bajo ese canon de responsabilidad.

En este capítulo se resaltarán la preponderancia, de la diligencia y profesionalismo que debe tener la fiduciaria para que no afecte a las partes intervinientes, también evitar la afectación de terceros interesados.

Por último pero no menos importante se analizará críticamente con sus consideraciones prácticas, los temas fundamentales tratados en esta tesis, para poder analizar si la hipótesis a contestar es de resultado positivo o negativo y cual es su justificación y sustento.

La diligencia, el profesionalismo y la forma en que se aplica la normativa ecuatoriana, para solucionar el nivel de responsabilidad que tienen el fiduciario en actos que no están consagrados expresamente en el contrato constitutivo, pero necesarios para la preservación del patrimonio, cuya finalidad y naturaleza dentro de los fideicomisos en garantía es, como su nombre dice, garantizar las obligaciones constituidas por el constituyente bajo el respaldo de una persona jurídica competente para llevar a cabo tal función, por el cual se constituyó un patrimonio autónomo que responderá por el monto obligacional del mismo constituyente. Reflejándose la prudencia, profesionalismo y diligencia que debe tener el fiduciario para que el Patrimonio Autónomo no sufra menoscabos y pueda efectivamente garantizar lo estipulado en el contrato constitutivo.

## **CAPÍTULO I.**

### **ASPECTOS PREELIMINARES.**

#### **1. Naturaleza.**

Etimológicamente, encontramos que el concepto de Fideicomiso viene del Latín FIDES que significa fe, creencia, fidelidad, Lealtad, Promesa, Patrocinio o amparo, es decir, confianza<sup>2</sup> y de COMISSUS<sup>3</sup> que quiere decir comisión, encargo.

##### **1.1. Confianza**

Bajo este canon, podemos ver que el elemento principal de los Fideicomisos es la Confianza circunstancia primordial de este tipo de Negocio Jurídico.

En este sentido GARRIGUES, expresa:

---

<sup>2</sup> CFR. G. CABANELLAS, *DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, TOMO IV F-I*, 20ª EDICIÓN, EDIT. HELIESTA S.R.L, BUENOS AIRES. P. 64

<sup>3</sup> BLANQUÉZ, *DICCIONARIO ESPAÑOL-LATINO. LATINO-ESPAÑOL*, EDITORIAL RAMÓN SOPENA S.A., ESPAÑA 1998. P. 304

“Todo el derecho de las obligaciones se apoya en la noción de confianza, por cuanto contratar es, precisamente, creer en la honorabilidad de la otra persona, y observa que no todos los contratos exigen el mismo grado de confianza, y que, así como ésta es mínima en las compraventas al contado de cosas de escaso valor, aumente considerablemente en los contratos *intuitu personae* que llega a su expresión máxima en los negocios fiduciarios, porque quien los celebra, obrando como fideicomitente, se la juega toda, a su confianza en el fiduciario.”<sup>4</sup>

El Régimen de Mercado de Valores, en su segundo Tomo, tomando de lo dicho por la, Doctrina II (G.S. No.26, pp. 15-16) dispone lo siguiente:

“Los Negocios Fiduciarios son contratos *intuitu personae*, es decir son negocios de confianza que se constituyen tomando en consideración las cualidades individuales de la persona a la cual el constituyente le concede la confianza para la real ejecución del contrato. La confianza que el constituyente otorga al fiduciario ha llevado a los tratadistas Regel Sberger y Grasseti citados por el Doctor Sergio Rodríguez Azuero en su obra “Contratos Bancarios” a definir a los negocios fiduciarios como “...aquellos seriamente queridos, cuya característica consiste en la incongruencia o heterogeneidad entre el fin contemplado por las partes y el medio jurídico empleado para lograrlo...”, dado que el constituyente en razón de la confianza que le tiene el fiduciario, le otorga a éste desmedidas facultades para que mediante su actuación obtenga la finalidad establecida en el negocio fiduciario.”

Bajo este supuesto, vemos como los negocios fiduciarios, tienen como característica principal la confianza, misma, que es depositada en el fiduciario, es espacialísima y por lo tanto revestida con un grado superior a lo normal en cuanto a la seguridad.

Dicha confianza vendría ser el punto medular de cualquier Negocio Fiduciario, que tiene una mayor significación y valor, que otros Negocios Jurídicos, como fue el caso expresado por Garrigues, en el cual si bien uno expresa confianza y buena fe en

---

<sup>4</sup> J. GARRIGUES, “DERECHO MERCANTIL”, EDITORIAL PORRUA S.A., MADRID 1977. CITADO POR R. BORJA GALLEGOS, *LA FIDUCIARIA O FIDEICOMISO MERCANTIL Y LA TITULARIZACIÓN*, EDIT. JURÍDICA DEL ECUADOR. QUITO 1995. P. 19

todo tipo de contrato, al momento de celebrar un fideicomiso, además de los anteriores elementos, esta sobre todo la Confianza, porque, motiva a contratar con una o determinada administradora de fideicomisos, por su importancia y responsabilidad dentro del manejo de los bienes entregados.

## 1.2. Diferentes Concepciones de la Confianza.

Nacen diferentes tendencias sobre la naturaleza del Fideicomiso entre estas podemos ver lo dicho por HIDELBRANDO LEAL DÍAZ que sostiene que:

“Dentro de las diferentes Teorías, algunas sostienen que la fiducia solo es el mero negocio fiduciario, por la concurrencia de los mismos elementos que conforman al último. Otros plantean el mandato irrevocable para indicar que una vez se aceptara el encargo fiduciario, sus facultades se tornaban irrevocables. Hay quienes sostienen la teoría del patrimonio afectación. Así, se afirma que la fiducia es una institución jurídica conformada por un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho, cuya unidad constituida por una afectación que es libre dentro de los límites de las leyes vigentes y el orden público”<sup>5</sup>

Otra acepción de la naturaleza del Fideicomiso, de manera clara expresa MARIO BAUCHE GARCÍA DIEGO, haciendo hincapié en cuanto a la creación y afectación de un determinado patrimonio, donde una persona física o moral destina sus bienes o derechos para que otra parte realice con ellos un fin, para su propio beneficio o de una tercera persona.

“Por virtud de este negocio Jurídico, el bien o el derecho salen de la esfera patrimonial de quien lo constituye –fideicomitente- para que su titularidad pase a la institución fiduciaria, pero no de manera absoluta, ya que solamente puede disponer de ellos de acuerdo con las instrucciones y para los fines que haya determinado el autor del fideicomiso”<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> LEAL DÍAZ HIDELBRANDO, “CONTRATOS BANCARIOS”, EDIT. LIBRERÍA PROFESIONAL, BOGOTÁ. 1990. P.88. EN, *FIDEICOMISO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS*, QUITO ECUADOR, ABRIL 1996.

<sup>6</sup> BAUCHE GARCIA DIEGO, “OPERACIONES BANCARIAS ACTIVAS”, PASIVAS Y COMPLEMENTARIAS, CUARTA EDICIÓN, EDIT. PORRUA, S.A. MÉXICO, 1981, P. 30. EN *FIDEICOMISO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS*, QUITO ECUADOR, ABRIL 1996.



Apoyando este concepto vemos como SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO diferencia a los Negocios Fiduciarios en Puros en Impuros por lo que dice lo siguiente:

“Los Negocios Fiduciarios **puros**, surgidos de la autonomía de voluntad privada y basados en la exclusiva confianza entre las partes, dejan de serlo y pasan a calificarse como **impuros**, en cuanto la regulación legislativa los reconozca y confiera derechos y defensas en torno a su celebración.

Proceso que resulta ser una constante dentro de la evolución, explicable cuando especial posición del fiduciario conduzca a la comisión de abusos respecto al fiduciante, al beneficiario o terceros.”<sup>7</sup>

En la actualidad vemos cómo el término “confianza”, usado por muchos autores, se ha reducido en el sentido en que las entidades encargadas de ejecutar los negocios fiduciarios, responden a la confianza con una garantía para que se cumpla una determinada finalidad.

La autonomía de voluntad en los Negocios Fiduciarios Impuros, son los que en el Ecuador se los conoce como Fideicomisos Mercantiles, a los que la Ley de Mercado de Valores y su Reglamento, regularizan esta actividad, para que la confianza dada al ente fiduciario, tenga una regulación para evitar que se den abusos por parte de este ente.

En este caso, vemos que inclusive en encargo fiduciario, donde no existe transferencia de la propiedad esta regulado por dicho cuerpo legal.

Como vemos, la diferencia entre negocios fiduciarios puros e impuros, vendría a ser lo que son los negocios fiduciarios en esencia, lo primeros, mientras que los impuros vendrían a ser la Fiducia Mercantil, porque la misma es un acto nominado y esta previsto en un cuerpo normativo.

### **1.3. Elementos del Negocio Fiduciario.**

---

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ AZUERO SERGIO, *CONTRATOS BANCARIOS, SU SIGNIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA*, 5TA EDICIÓN LEGIS, BOGOTÁ, MÉXICO D.F., BUENOS AIRES, CARACAS, LIMA, SANTIAGO, 2002. P. 810

De lo anteriormente tratado vemos como el negocio fiduciario presenta como elementos esenciales, la transferencia plena de derechos (elemento real) la misma que es limitada, en la práctica, por las obligaciones consagradas a cargo del fiduciario (elemento personal).

Bajo el entendimiento de los Negocios Fiduciarios por el mencionado autor, MARIO BAUCHE GARCÍA DIEGO<sup>8</sup>, resalta entre los elementos principales de fideicomiso dos:

Primero, los fideicomisos deben ser lícitos, esto es entendido, ya que, ningún negocio jurídico para que sea válido debe contravenir el orden público.

Segundo, solamente pueden ser fiduciarias, las personas jurídicas administradoras de fondos y fideicomisos, previa autorización del la autoridad competente

Otros elementos propuestos por HIDELBRANDO LEAL DÍAZ,<sup>9</sup> son:

- La transferencia del fiduciante al o constituyente al fiduciario o entidad administradora.
- El Encargo de confianza, hecho por el constituyente, siendo siempre inseparable de acto de transferencia patrimonial.
- La destinación o finalidad determinada por el fiduciante.

La Doctrina I (G.S. No. 26, pp. 7-14), del Régimen de Mercado de Valores en su segundo Tomo, pp. 1681 y 1682, establece los siguientes elementos.

### **1.3.1. Elemento Real.**

Es la transferencia plena de derechos, sean reales, como es el caso de la propiedad, o personales, como la titularidad de un crédito por parte del fiduciante al fiduciario, en forma de constituirlo frente a terceros como dueño o titular sin limitación alguna y frente a sí mismo, apenas con las que surgen del pacto obligatorio.

---

<sup>8</sup> CFR. D. BAUCHE GARCIA, "OPERACIONES BANCARIA" S ACTIVAS, PASIVAS Y COMPLEMENTARIAS, CUARTA EDICIÓN, EDIT. PORRÚA, S.A. MÉXICO, 1981. P. 30. EN *FIDEICOMISO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS*, QUITO ECUADOR, ABRIL 1996

<sup>9</sup> CFR. H. LEAL DÍAZ, *CONTRATOS BANCARIOS*, EDIT. LIBRERÍA PROFESIONAL, BOGOTA-1990. P. 89. EN *FIDEICOMISO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS*, QUITO ECUADOR, ABRIL 1996

En este sentido no hay una posición unánime, la primera teoría dice que la transferencia limitada no genera un nuevo derecho de propiedad siendo únicamente una modalidad del mismo, niegan que exista propiedad fiduciaria. Mientras que también hay la teoría opuesta.

En el primer caso, el derecho real adquirido por el fiduciario carece de limitación alguna, las posibles limitaciones que pueden existir de su ejercicio son obligaciones ínter partes, las mismas que siendo incumplidas, las únicas acciones perseguibles, son personales en contra de aquél, arrebatándoles la capacidad de iniciar acciones dominicales o de domino.

En cuanto al reconocimiento de una Propiedad Fiduciaria, el autor citado, sostiene que solo debe aplicarse a los negocios de naturaleza denominada impuros, porque, como se conceptualizó anteriormente, estos son los de naturaleza reglada, es decir, los que tiene parámetros normativos que regulan su funcionamiento, los mismos que determinan derechos y obligaciones para las partes y que reconocen una nueva modalidad de derecho real.

Este último punto tratado, es lo que consideramos un Fideicomiso o Fiducia Mercantil, porque “...constituye una manifestación de un negocio jurídico regulado, las limitaciones que el se consagren o las que surjan de la precisión sobre la finalidad establecida, serán de ordinario conocidas por los terceros oponibles a ellos. **Usualmente, además, se establecerán mecanismos de control a disposición de los distintos intervinientes para velar por el cumplimiento de la finalidad y evitar los abusos u obtener los resarcimientos que se impongan, si ellos se cometen.**”<sup>10</sup> (Lo resaltado es nuestro).

### 1.3.2. Personal u obligacional

R. CERVANTES<sup>11</sup>, indica que se limita mediante un acuerdo la potestad de propietario, en pro de cumplir con la finalidad prevista por el fiduciante. Dichas

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ AZUERO SERGIO, *CONTRATOS BANCARIOS, SU SIGNIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA*, 5TA EDICIÓN LEGIS, BOGOTÁ, MÉXICO D.F., BUENOS AIRES, CARACAS, LIMA, SANTIAGO, 2002. PP. 810-812

<sup>11</sup> CFR, R. CERVANTES, “TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO”, EDITORIAL HERRERO S.A., MÉXICO-1979. PP 60-6, EN *FIDEICOMISO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS*, QUITO ECUADOR, ABRIL 1996

obligaciones que tiene a cargo el fiduciante son varias, específicamente instruye al fiduciante cómo debe destinar los bienes y la forma de restituirlos cuando haya lugar para ello.

### **1.3.3. Relaciones.**

En este elemento se distinguen dos posiciones. Por un lado la que trata al Negocio Fiduciario como dos negocios autónomos, subordinado el obligatorio con el real.

Por otro lado esta la que lo considera como un solo negocio.

“En la primera posición vemos que se puede distinguir las partes constitutivas y autónomas la relación real y la personal, existe una oposición entre las dos, imperando el negocio real positivo que es tan sólo limitado por el obligatorio negativo. El negocio obligatorio aparece, entonces, sometido por el real.

La primera tesis sostenida, y estando de acuerdo con el autor citado desde el principio, porque al existir una influencia por parte del fiduciante en el Negocio, es el elemento real el que se encuentra subordinado al obligatorio, por las condiciones que le impone, quedando el real subordinado al obligatorio y no viceversa, al ser la Fiducia Mercantil un negocio de confianza donde se establece las acciones del fiduciario por parte del fiduciante en el contrato constitutivo y por el orden público. En cuanto a la tesis de que es un solo negocio formado sustancialmente en unidad, donde hay un elemento real y obligatorio que influyen recíprocamente. Vemos que se descarta la primera teoría en cuanto al Elemento Relacional, ya que, no existe solo una influencia sobre el real por parte del personal, cuando limita sus efectos, sino que de esa forma se puede imponer frente a terceros.

Esta teoría es válida en legislaciones en las cuales se consagra el negocio como tal, con efectos y características propias preestablecidas. Lo mismo sucede dentro de nuestra legislación, en la Ley de Mercado de Valores (Codificación 1, Registro Oficial No. 215 de 22 de Febrero del 2006). En la cual se regula el Fideicomiso Mercantil y el Encargo Fiduciario, en el Título XV de la citada Ley.

## **CAPÍTULO II.**

### **FIDEICOMISO O FIDUCIA MERCANTIL**

EL Fideicomiso Mercantil es una figura nacida de un acto por el cual, una o más personas, las cuales se las conoce como constituyentes o fideicomitentes, hacen una transferencia de bienes, que son específicos a otra persona que se lo llama fiduciario, que se obliga a administrar o enajenar dichos bienes para cumplir con la finalidad establecida en el contrato constitutivo, a favor de si mismo o de un beneficiario.

Esta transferencia del dominio al fiduciario, es elemento característico del Fideicomiso Mercantil, para que el fiduciario mediante una administración cumpla con un fin estipulado en el contrato constitutivo. Para lo cual constituye un patrimonio independiente y autónomo que será estudiado más adelante.

El Negocio Fiduciario la Ley de Mercado de Valores en su Art. 109 define: “Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la

propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.”

Se puede identificar una peculiaridad dentro del Fideicomiso al momento en que se quiere conciliar los derechos del fiduciario con los del constituyente y beneficiario. Para esto se acude a definiciones y a las normas, donde se precisa que si bien el fiduciario es propietario frente a terceros, no tiene facultades dispositivas. Únicamente las conferidas en el contrato constitutivo o necesarias para la finalidad prevista o concedida por la ley.

“La intención del transmitente no que el adquirente reciba el bien para quedarse con él, sino par que en forma transitoria este bajo su domino o sea titular del derecho de propiedad sobre el bien transmitido, hasta tanto se cumpla el plazo o la condición a que está subordinado. De allí que la transmisión a título de confianza resulta característica de esta figura.”<sup>12</sup>. Porque justamente lo que busca el transmitente no es darle de manera definitiva un bien, son que por la confianza depositada en él, lo administre de manera diligente para alcanzar el fin requerido.

## **2.1. Naturaleza Jurídica.**

De los anteriores conceptos, podemos desprender las siguientes teorías sobre la Naturaleza del Fideicomiso o Fiducia Mercantil que nos presenta SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO<sup>13</sup>.

### **2.1.1. Teoría del mandato irrevocable**

Esta teoría justamente fue debatida desde su nombre, porque el mandato es un contrato de naturaleza revocable (Art. 2067 numeral 3 del Código Civil

---

<sup>12</sup> CARREGAL ALBERTO MARIO, “EL FIDEICOMISO”, EDITORIAL UNIVERSIDAD, BUENOS AIRES. 1982. p.50, EN *FIDEICOMISO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS*, QUITO ECUADOR, ABRIL 1996.

<sup>13</sup> CFR. S. RODRÍGUEZ AZUERO, *CONTRATOS BANCARIOS, SU SIGNIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA*, 5TA EDICIÓN LEGIS, BOGOTÁ, MÉXICO D.F., BUENOS AIRES, CARACAS, LIMA, SANTIAGO, 2002. PP 832-834

ecuatoriano). También se lo considera inconsistente, “en principio, el mandatario obra en nombre y representación de su mandante aun cuando no tenga esta última, los negocios jurídicos que celebran están destinados a radicarse en cabeza de su comitente.”<sup>14</sup>

Esto no ocurre en el fideicomiso actual, donde “el fiduciario actúa como propietario o titular de los bienes frente a terceros, celebrando los negocios en su nombre o en el del fideicomiso, si se quiere, pero no en el del constituyente ni en su beneficio, aunque enderece su actividad a la consecución de una determinada finalidad, como tal, pueda resultarle provechosa”<sup>15</sup>

## 2.1.2 Teoría del patrimonio de afectación.

Esta teoría fue desarrollada por el jurista Francés Leupaulle, donde explica la naturaleza del Trust, por medio del estudio de sus elementos fundamentales, “no debe hacer énfasis en las supuestas obligaciones derivadas de las relaciones entre las partes, pues ellas no son constantes ni necesarias y las modalidades estudiadas demuestran que puede faltar una y otro, dentro de las distintas soluciones.”<sup>16</sup>

Con esto se determina la existencia de un patrimonio y una destinación, donde se afirma que, “es una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y en que la unidad está constituida por una afectación que es libre dentro de los límites de las leyes en vigor y el orden público”<sup>17</sup>

Esta teoría se criticó severamente porque se la consideró artificiosa porque, “para probar que los elementos personales no eran esenciales, se tomaron ejemplos de distintas modalidades de trust, en una de las cuales no es necesario el settlor, en

---

<sup>14</sup> IBID. PP. 832

<sup>15</sup> COLOMBIA. LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA SOSTUVO QUE LA FIDUCIA ES UN NEGOCIO JURÍDICO DISTINTO DEL MANDATO (OFICIO OJ-379/73), EN, RODRÍGUEZ AZUERO SERGIO, *CONTRATOS BANCARIOS, SU SIGNIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA*, 5TA EDICIÓN LEGIS, BOGOTÁ, MÉXICO D.F., BUENOS AIRES, CARACAS, LIMA, SANTIAGO, 2002. P 833

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ AZUERO SERGIO, *CONTRATOS BANCARIOS, SU SIGNIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA*, 5TA EDICIÓN LEGIS, BOGOTÁ, MÉXICO D.F., BUENOS AIRES, CARACAS, LIMA, SANTIAGO, 2002. P. 833

<sup>17</sup> LEPAULLE, CITADO POR BATIZA, OP. CIT., P.76. RODRÍGUEZ AZUERO SERGIO, *CONTRATOS BANCARIOS, SU SIGNIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA*, 5TA EDICIÓN LEGIS, BOGOTÁ, MÉXICO D.F., BUENOS AIRES, CARACAS, LIMA, SANTIAGO, 2002. P.833

otra, si no se designa trustee él será designado por el tribunal y en muchos supuestos el beneficiario es inexistente.”<sup>18</sup>

De esto se desprende que siempre hay un elemento personal vinculado con cualquier modalidad del Trust. También la concepción de afectación no es recogida por la mayoría de nuestras legislaciones. Desestimando el alcance pretendido por el jurista Francés.

“... lo que si se puede reconocerse, en la mayor parte de las legislaciones, es que los bienes recibidos por el fiduciario forman en conjunto o unidad patrimonial separado del resto de los bienes de la institución y, lo que es más importante, libre por tal motivo de las vicisitudes económicas que pudiesen afectar al fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, como lo veremos. Este es el gran valor del aporte hecho por la teoría, al permitir reconocer la autonomía jurídico-económica de los bienes transferidos.”<sup>19</sup>

### 2.1.3 Teoría del negocio fiduciario.

Bajo esta teoría enfoca a la fiducia mercantil como una especie de negocio fiduciario, porque concurren dos elementos:

“real, de una parte, constituido por la transmisión de los bienes o derechos y personal de la otra, constituido por las limitaciones obligatorias resultante del acuerdo entre las partes. No puede afirmarse, sin embargo, que exista una desproporción entre el medio utilizado y la finalidad que se busca porque en cuanto se trate de figuras tipificadas, como sucede en nuestro caso, la finalidad que se busca debe conseguirse precisamente a través del expediente de la transmisión.”<sup>20</sup>

Con este concepto, el citado autor, nos demuestra que no es un negocio fiduciario puro, porque no radica en forma exclusiva en la confianza, sino que los derechos y obligaciones de las partes están cuidadosamente codificados por la ley sin

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ AZUERO SERGIO, *CONTRATOS BANCARIOS, SU SIGNIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA*, 5TA EDICIÓN LEGIS, BOGOTÁ, MÉXICO D.F., BUENOS AIRES, CARACAS, LIMA, SANTIAGO, 2002. P. 833

<sup>19</sup> GIRALDO ARISTIZÁBAL, MARÍA HELENA, SANÍN DE SAFON, NOHORA LUCÍA, “EL PATRIMONIO ESPECIAL DE LA FIDUCIA MERCANTIL”, ED. EXCELSIOR, BOGOTÁ, 1982. EN RODRÍGUEZ AZUERO SERGIO, *CONTRATOS BANCARIOS, SU SIGNIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA*, 5TA EDICIÓN LEGIS, BOGOTÁ, MÉXICO D.F., BUENOS AIRES, CARACAS, LIMA, SANTIAGO, 2002. P. 834

<sup>20</sup> RODRÍGUEZ AZUERO SERGIO, *CONTRATOS BANCARIOS, SU SIGNIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA*, 5TA EDICIÓN LEGIS, BOGOTÁ, MÉXICO D.F., BUENOS AIRES, CARACAS, LIMA, SANTIAGO, 2002. P. 834



que quede, entonces posibilidad de abuso en el sentido de traición de voluntad del constituyente que queda 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. Demostrando la impureza, por así decirlo de este negocio fiduciario.

Bajo esta teoría, se manifiesta que a través de la relación obligacional que está consagrada en la ley, queda explicado que el fiduciario tiene un derecho de propiedad restringido y encaminado únicamente a cumplir con las finalidades preestablecidas en el contrato constitutivo.

Otra nota, es la de la constitución del patrimonio autónomo con los bienes adquiridos. Se separa el los bienes recibidos por el fiduciario, de su propio patrimonio, por lo mismo éstos tienen su propia e independiente administración, no se confunden con los bienes del fiduciario, no corren la suerte tanto de reducción o acrecimiento por ser de una determinada administradora de fondos y fideicomisos, sino, únicamente por la administración diligente de la fiduciaria. Dicha administración establecida en el contrato constitutivo y en las leyes aplicables. Para que la transferencia de dominio cumpla la finalidad pretendida.

## **2.2. Elementos de la Fiducia Mercantil.**

De lo dicho por el autor RAMIRO BORJA GALLEGOS<sup>21</sup>, vemos como elementos esenciales del Fideicomiso Mercantil los Siguietes:

- a) Real: Cuando hay transferencia de propiedad al fiduciario, constituyéndoles en dueño frente a terceros; y,
- b) Personal u Obligacional: en el que anterior elemento se ve subordinado a los términos concretos establecidos en el contrato por el fiduciante.

Bajo este esquema la Doctrina I (G.S. No.26, pp. 7-14) encontrada en el Régimen de Mercado de Valores, vemos como el elemento personal, que nace del contrato fiduciario, genera los derechos y por lo mismo es el titular con derechos y obligaciones.

---

<sup>21</sup> CFR, R.BORJA GALLEGOS, *LA FIDUCIARIA O FIDEICOMISO MERCANTIL Y LA TITULARIZACIÓN*, EDIT. JURÍDICA DEL ECUADOR, QUITO. 1995. P. 22

El Art. 136 de la Ley de Mercado de Valores, determina claramente la existencia de derechos personales, porque mediante la relación fiduciaria, las personas que gozan de derechos contractuales, obviamente nacidos de un contrato de fideicomiso, los que tengan la calidad de constituyentes, constituyentes adherentes o beneficiarios deberán contabilizar en sus libros en atención a que las transferencias de bienes efectuadas en fideicomiso mercantil se hacen en beneficio del propio constituyente o beneficiario. Este registro contable es de exclusiva responsabilidad de los titulares de derecho fiduciario.

Mientras tanto el derecho real, en esencia son los que tenemos respecto sobre una cosa sin importar una determinada persona, en esta línea dentro de la misma doctrina nombrada anteriormente, tenemos al derecho de propiedad como el principal dentro de estos derechos reales, que una determinada cosa se somete a nuestra exclusiva y absoluta voluntad, en la cual se le atribuye total dominio sobre la cosa pudiendo hacer con la misma cualquier acto que dicte nuestra voluntad. Sin dejar a un lado que los limitantes a cualquier ejercicio de un determinado derecho son la ley y el derecho ajeno.

La importancia de estos dos elementos dentro del Fideicomiso Mercantil, porque si dejamos a un lado el elemento personal, sería una simple transferencia de dominio y si dejamos a un lado el elemento real sería un simple mandato sin ninguna particularidad.

De esto se desprenden dos derechos, el real y el personal que limita los efectos del real a las partes contratantes y al beneficiario

Siendo el primero un derecho que le corresponde al fiduciario porque bajo la figura se le transfiere la titularidad de los bienes, y los personales son derechos del beneficiario si existiere y el contrato debe cumplirse a favor del mismo, y a falta de este al constituyente.

Bajo derecho, el fiduciario es el propietario pleno de los bienes fideicomitados, mientras que el constituyente o beneficiario, son únicamente titulares de los derechos personales.

### 2. 3. Características del Contrato de Fiducia

Las principales son, las mismas que recogen RAMIRO BORJA GALLEGOS<sup>22</sup> Y PEDRO FEDERICO GUTIÉRREZ<sup>23</sup>:

- a) Bilateral: En los Fideicomisos mercantiles, esta característica se presenta cuando existen obligaciones recíprocas para cada parte, manifestándose en la obligación del constituyente de transferir la propiedad al fiduciario, y éste se obliga a ejercer los derechos reales de la manera que se pacto en el contrato constitutivo. Dejando claro que es una necesidad la transferencia del dominio para que se constituya el fideicomiso
- b) Solemne: Siguiendo lo dispuesto en el En el artículo 750 del Código Civil dice: “los fideicomisos no pueden construirse sino por acto entre vivos, otorgado en instrumento público, o por acto testamentario”. “La constitución que comprenda un bien inmueble deberá inscribirse en el correspondiente Registro”.

Dicha norma tiene concordancia con el Art. 110 de la Ley de Mercado de Valores, cuando hace referencia ha la constitución del fideicomiso con bienes inmuebles, se debe seguir las solemnidades necesarias para la inscripción y cambio de dueño del mismo, el instrumento es público abierto o cerrado. Pero al contarse con bienes inmuebles deberán ser registrados en respectivo registro de la propiedad.

- c) Oneroso: Existe una valoración patrimonial de la prestación en la otra, asignadas en el contrato constitutivo, tanto para el fiduciante como para el fiduciario.
- d) Conmutativo: Cuando hay obligaciones equivalentes de dar o hacer una cosa, lo mismo para la otra parte, Art. 1457 del Código Civil, dispone lo siguiente: “El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”

---

<sup>22</sup> IBÍD. P. 24

<sup>23</sup> CFR, P. GUTIÉRREZ, *LOS FIDEICOMISOS Y LAS OBLIGACIONES NEGOCIABLES*, EDICIONES JURÍDICAS CUYO, MENDOZA, ARGENTINA, 1998. PP. 95-96.

La obligación del fiduciario y su gestión, tiene un valor pagado por el constituyente y el valor el servicio de la fiduciaria se mira equivalente el valor del pago.

- e) Principal: Es un contrato independiente, no necesita de otro para existir Art. 1458 del Código Civil
- f) Nominativo y típico: Tiene su propio nombre y distinción con los demás contratos.
- g) De Medio y no de resultado: Porque el contrayente compromete todo su esfuerzo para conseguir un fin determinado, pero no responde por la efectiva consecución del mismo.

Con todo lo analizado podemos adicionar con unas características propias del negocio fiduciario, que adecuadamente las señala el autor. SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO, que comparte JORGE ROBERTO HAYZUS

Las mismas son.

1. La confianza: Como se explicó antes, al ser una relación intuito personae, esta característica tiene mucho valor, la cual es recíproca entre los intervinientes del Negocio Fiduciario
2. Una finalidad para cumplir: Al momento de celebrar un negocio fiduciario, el mismo tiene una finalidad, porque sus efectos buscan cumplir un resultado y beneficio para las partes que intervienen en el mismo.
3. Un gestor profesional: Son personas jurídicas constituidas para administrar fondos y fideicomisos mercantiles.
4. La separación absoluta de bienes: No se pueden confundir con el patrimonio tanto del constituyente como el del fiduciario. Por lo mismo se conforma lo que más adelante lo veremos más a profundidad, llamado Patrimonio Autónomo, cuya finalidad es ser un patrimonio independiente y especial, siendo de esta manera inembargable o que el mismo se lo remate por parte de los acreedores del constituyente, con la excepción de que la deuda sea contraída antes de la constitución del fideicomiso.

## 2. 4. Intervinientes en el contrato fiduciario

Hay que tomar en cuenta que no es necesario que se encuentren los tres intervinientes para que nazca el Negocio Fiduciario, es decir, el Fiduciante, Fideicomitente o Constituyente, el Fiduciario y Fideicomisario o beneficiario, los mismos que serán analizados individualmente, que constan en la Ley de Mercado de Valores como en la Doctrina.

### 2.4.1 Obligaciones del Fiduciante, Fideicomitente o Constituyente

Es la persona que tiene disposición sobre los bienes con los cuales va a constituir el fideicomiso, en el mismo acto que al carecer de expresión explícita de revocamiento del contrato se lo entiende irrevocable.<sup>24</sup>

Pueden ser fideicomitentes las personas naturales o jurídicas, privadas o mixtas, nacionales o extranjeras, o la entidad con la capacidad necesaria para realizar la afectación de sus bienes implicados en el fideicomiso, o autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes bajo su custodia o a los mismos que ellos designen.<sup>25</sup> Es importante que también el sector público puedan serlo, bajo reglamento especial del Consejo Nacional de Valores.

También terceros interesados pueden adherirse a un fideicomiso, a los cuales se los llamará constituyentes adherentes, que deben aceptar las disposiciones previstas.

El Constituyente, es el propietario pleno del bien, donde su voluntad libre de vicios, es expresada entre vivos o por causa de muerte, de manera clara, donde estipula que otra persona reciba su o sus bienes muebles o inmuebles, para que él mismo use y goce, hasta que se cumpla la finalidad o la condición con la cual se creó, para que se la restituya al beneficiario que puede ser el mismo constituyente, teniendo las siguientes obligaciones<sup>26</sup>:

- a) Transferir el dominio de los bienes y derechos especificados en el contrato al fiduciario.

<sup>24</sup> CERVANTES RAÚL, "TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO", EDIT. HERRERO S.A., MÉXICO 1979. P. 61. EN *FIDEICOMISO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS*, QUITO ECUADOR, ABRIL 1996.

<sup>25</sup> FLORES MARTÍNEZ MIGUEL, "DERECHO MERCANTIL MEXICANO", EDIT. PAX, MÉXICO 1980. EN *FIDEICOMISO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS*, QUITO ECUADOR, ABRIL 1996. P. 140

<sup>26</sup> CFR, R. BORJA GALLEGOS, *LA FIDUCIARIA O FIDEICOMISO MERCANTIL Y LA TITULARIZACIÓN*, EDIT. JURÍDICA DEL ECUADOR. QUITO. 1995. P. 26

- b) Pagar la remuneración al fiduciario cuando este a su cargo;
- c) Pagar los gastos hechos por el fiduciario, salvo estipulación en contrario;
- d) Sanear la cosa objeto de la fiducia; y,
- e) Colaborar para que la causa o finalidad del contrato fiduciario se cumpla plenamente.

#### **2.4.2. Derechos del Fiduciante, fideicomitente o constituyente**

Se desprende del Art. 126 de la Ley de Mercado de Valores los siguientes derechos: Que recoge RAMIRO BORJA GALLEGOS<sup>27</sup>

- a) La reserva de ciertos derechos sobre los bienes fideicomitidos, por ejemplo: si entregó un bien inmueble puede reservarse el derecho de uso del mismo.
- b) Pedir la remoción del fiduciario y nombrar al sustituto.
- c) Obtener la devolución de los bienes fideicomitidos al extinguirse el negocio fiduciario;
- d) Exigir la rendición de cuentas al fiduciario;
- e) Ejercer las acciones pertinentes en caso de incumplimiento del fiduciario;
- f) En general todos los derechos expresamente estipulados y que no sean incompatibles con los del fiduciario o del beneficiario..

#### **2.4.3. El Fiduciario.**

Es la persona jurídica que por normativa ecuatoriana, que se compromete a administrar o enajenar a los bienes, para alcanzar el fin establecido en el contrato constitutivo. Además de representar al fideicomiso frente a terceros, ejecuta la voluntad expresada en dicho acto constitutivo.<sup>28</sup>

Siendo los fideicomisos negocios que resaltan la confianza, el fiduciario debe alcanzar los objetivos manteniendo la diligencia y profesionalismo necesario para cumplir lo estipulado en el contrato constitutivo.

---

<sup>27</sup> CFR, R. BORJA GALLEGOS, *LA FIDUCIARIA O FIDEICOMISO MERCANTIL Y LA TITULARIZACIÓN*, EDIT. JURÍDICA DEL ECUADOR. P. 27

<sup>28</sup> CFR, S. RODRÍGUEZ AZUERO, *CONTRATOS BANCARIOS, SU SIGNIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA*, 5TA EDICIÓN LEGIS, BOGOTÁ, MÉXICO D.F., BUENOS AIRES, CARACAS, LIMA, SANTIAGO, 2002. P. 839

Deben ser personas jurídicas debidamente autorizadas por la Superintendencia de Compañías en donde su razón social estará la administración de fondos y fideicomisos, las mismas que tengan a verdaderos gestores profesionales en el manejo de Negocios Fiduciarios, porque es por su prestigio el que una persona decide contratar sus servicios.<sup>29</sup>

Estas obligaciones que adquieren los fiduciarios son de medio y resultado, tomando textualmente las palabras del autor RAMIRO BORJA GALLEGOS<sup>30</sup>:

“Las obligaciones principales que adquieren las instituciones financieras que realizan **negocios fiduciarios son de medio y no de resultado, esto significa que deben manejar los negocios ajenos como lo haría un buen padre de familia, poniendo todo su diligencia y profesionalismo en procura de la consecución de la finalidad que le ha sido encomendada sin que puedan garantizar un resultado concreto.**” (El resaltado es nuestro). La obligación de medio, conlleva a responder hasta por culpa leve. Art. 125 de la Ley de Mercado de Valores

Quedando claro, que si bien no pueden garantizar un resultado, pero las acciones que realicen deben ser diligentes, por el mismo hecho que se dijo antes, que los que administran en negocio fiduciario deben ser profesionales en todos los temas que competan la administración –en su sentido amplio- para cuidar las obligaciones de medio.

#### 2.4.4. Obligaciones del Fiduciario

Son obligaciones indelegables del fiduciario además de las previstas en el contrato las siguientes:<sup>31</sup>

- a) Realizar todos los actos necesarios para cumplir con la finalidad del contrato fiduciario, buscando siempre el mayor beneficio para su cliente caso contrario deberá responder **hasta de culpa leve**, si bien es como cualquier otro contrato bilateral, hay que resaltar la prudencia y diligencia que por ley

<sup>29</sup>CFR. J.LASCALA, ETCHEGARAY, NATALO, PROL, *PRÁCTICA DEL FIDEICOMISO*. PARTES. ESTRUCTURA. OBJETO. PLAZO Y CONDICIÓN. PACTO DE FIDUCIA, EFECTOS. EXTINCIÓN. RESPONSABILIDAD. FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS Y FINANCIEROS. MODELOS DE CONTRATOS Y ESCRITURAS. EDITORIAL ASTREA, BUENOS AIRES, 2003. P. 278

<sup>30</sup> CFR, R. BORJA GALLEGOS, *LA FIDUCIARIA O FIDEICOMISO MERCANTIL Y LA TITULARIZACIÓN*, EDIT. JURÍDICA DEL ECUADOR. QUITO. 1995. P. 28

<sup>31</sup> *IBÍD.* P. 29

impone al fiduciario para alcanzar las finalidades. Este hecho esta contenido en el ultimo inciso del art. 125 de la Ley de Mercado de Valores

- b) Mantener los bienes del objeto de la fiducia separados de los suyos y a los que correspondan a otros negocios fiduciarios, debiendo llevar libros contables separados.
- c) Negociar los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo y en la ley;
- d) Ejercer la representación legal para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente, pudiendo intervenir como demandante, demandado o tercerista.** (Lo resaltado es nuestro)
- e) Obtener **el mayor rendimiento de los bienes objeto de la fiducia o del negocio fiduciario**, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria en el acto constitutivo. (Lo resaltado es nuestro)
- f) Una vez concluido el negocio fiduciario deberá transferir los bienes a la persona a quien corresponda de acuerdo a lo señalado en el contrato o la Ley. No es permitida la transferencia de los bienes a favor del fiduciario;
- g) Rendir cuentas de su gestión al beneficiario de acuerdo con la ley o en la forma que se determine en el contrato, adjuntando la documentación del respaldo;
- h) Efectuar el inventario de los bienes recibidos en fiducia, así como prestar la caución especial a petición del juez competente; y,
- i) Guardar la reserva o secreto del negocio fiduciario. La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, dispone en su artículo 87, que las instituciones del sistema financiero no podrán revelar a terceros, las informaciones no las operaciones que efectúen con sus clientes, esta obligación es tanto para la entidad como para su personal.



### **2.4.5. Derechos del fiduciario**

Siguiendo lo doctrinariamente explicado en la Guía Práctica, del Régimen de Mercado de Valores vemos que el fundamento de la fiducia mercantil es que el fiduciario no debe hacer aquello que no puede hacer directamente su fideicomitente; por tanto el fiduciario tiene los siguientes derechos:

- a) Percibir una remuneración por todas las gestiones realizadas para el cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato fiduciario.
- b) Disponer de los bienes que le fueron entregados, en los términos convenidos en cuanto mejor cumplan la finalidad impuesta en la fiducia; y,
- c) Renunciar a su gestión por aquellos motivos expresamente indicados en el contrato.

### **2.4.6. Obligaciones del Beneficiario o Fideicomisario**

Como dice su nombre, es la persona que se beneficia con el Fideicomiso Mercantil, al momento en que se cumple el término o la condición pactada.

Al igual que el constituyente para obligarse, el Beneficiario debe tener la capacidad de recibir los bienes, como bien dice la Ley de Mercado de Valores en su artículo 116, que sea el propio fiduciario, el beneficiario de dicho Negocio Jurídico.

También pueden ser beneficiarios los incapaces por medio de sus representantes.

Normalmente, el fideicomisario debe existir en el momento de celebrarse el contrato. Nuestra legislación regula el tema según lo dispuesto en el Art. 116 de la Ley de Mercado de Valores; que podrán designarse como beneficiario a una persona que al momento de la constitución del fideicomiso no exista pero se espera que exista.

Este puede ser una persona que no concurre a la celebración del contrato, pero a cuyo favor se deja constancia en el contrato que irán los bienes o los resultados de los mismos. Pero no por esto se le deja al beneficiario como una persona que no tienen ningún derecho hasta que se cumpla la condición o que se cumpla el tiempo

del fideicomiso, el mismo puede pedir medidas cautelares o cualquier acto conservatorio<sup>32</sup>.

Como se vio anteriormente, el beneficiario puede ser el mismo constituyente, o el mismo beneficiario puede traspasar la propiedad absoluta del bien cuando se cumpla la condición o el tiempo pactado en el contrato constitutivo. No tiene derecho alguno sobre ella mientras pende la condición, como excepción puede pedir medidas conservatorias.

Artículo 774 del Código Civil.

“El fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo.

Podrá sin embargo solicitar las providencias conservatorias que le convengan, si la propiedad pareciere peligrar o deteriorarse en manos del fiduciario.

Tendrán el mismo derecho los ascendientes del fideicomisario que todavía no existe y cuya existencia se espera; los personeros de las corporaciones y fundaciones interesadas; y si el fideicomiso fuere a favor de un establecimiento de caridad, el respectivo personero.”

El beneficiario no tiene ningún derecho sobre la propiedad, únicamente una expectativa, basándose sus derechos en una condición suspensiva y para el fiduciario resolutoria.

Artículo 1495 del Código Civil “Condición suspensiva se llama si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho”

Por esta razón de que el artículo 722 del mismo Código señala: “El fideicomiso supone siempre la condición expresa o tacita de existir el fideicomisario o sustituto, a la época de la restitución”. Ya que de morir o no haber llegado a existir ningún derecho habrá asumido sobre la propiedad fiduciaria. El artículo 7 del mismo cuerpo legal en su regla 6ta, manifiesta que las meras expectativas no constituyen derecho, sin embargo en virtud de esta posibilidad es que la ley le confiere ciertos

---

<sup>32</sup> CFR, P. GUTIÉRREZ, *LOS FIDEICOMISOS Y LAS OBLIGACIONES NEGOCIABLES*, EDICIONES JURÍDICAS CUYO, MENDOZA, ARGENTINA, 1998. P.103

derechos personales en relación a la conducta del fiduciario aun antes de que se abra la restitución.

Algunas de las obligaciones que tiene el beneficiario:

- a) Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el cumplimiento de aquellas solicitando la indemnización por los perjuicios al fiduciario hasta por culpa leve;
- b) Oponerse, si el fiduciario no lo hace, a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes dados en fiducia;
- c) Impugnar los actos realizados por el fiduciario que se opongan al contrato de fiducia dentro de los cinco años contados desde el día en que el beneficiario hubiere tenido noticia del acto que da origen a la acción, y exigir la devolución de los bienes dados en fideicomiso a quien corresponda;
- d) Solicitar la remoción o sustitución del fiduciario siempre y cuando haya una causa justificada, y a la vez pedir el nombramiento de un administrador interino hasta que se nombre el fiduciario definitivo;
- e) Solicitar al juez competente que le obligue al fiduciario a efectuar el inventario de los bienes fideicomitidos y prestar caución; y,
- f) Exigir la entrega de los bienes dados en fideicomiso a la terminación del contrato fiduciario, cuando así se haya estipulado o por mandato de la ley.

## **2. 5. Patrimonio Autónomo**

El patrimonio autónomo, bajo la teoría de afectación, está destinado a un fin, que no se puede confundir con los bienes tanto del fiduciario como del constituyente y beneficiario.

Los mismos que son diferentes del los otros que tenga los participantes del contrato fiduciario, con una finalidad determinada en el contrato constitutivo y bajo la titularidad del fiduciario.

El Doctor Sergio Rodríguez Azuero dispone las siguientes características del Patrimonio Autónomo.<sup>33</sup>,

### **2.5.1. Bienes Separados del Resto del Activo.**

Esta característica, se refleja específicamente en lo contable, ya que, dicho patrimonio no puede confundirse con los bienes del Fiduciario, y los otros negocios fiduciarios que podría manejar el mismo.

Debe establecerse en cada Fideicomiso cuentas claras y separadas. De igual manera debe estar claro cada interviniente del contrato fiduciario, de esta manera no queda duda de cómo se constituyen los incrementos recibidos, cargos hechos, etc.

“Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que solamente serán satisfechas con los bienes del fideicomitidos”<sup>34</sup>

Lo cual es prudente, porque justamente en eso esta la transferencia de dominio como requisito fundamental para los fideicomisos mercantiles.

### **2.5.2. Excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario.**

Si bien el patrimonio del deudor constituye prenda general de los acreedores, pero en este caso al estar determinados bienes bajo el dominio del Fiduciario, aunque dichos bienes adquieran mayor valor comercial o se incrementen, dichos acreedores generales no pueden perseguir los bienes constituidos en el patrimonio autónomo.

Justamente por esto se da la separación de los bienes y los mismos son independientes, es una forma de desmembración del dominio, esto alisaremos más adelante.

---

<sup>33</sup> CFR, RODRÍGUEZ AZUERO SERGIO, *CONTRATOS BANCARIOS, SU SIGNIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA*, 5TA EDICIÓN LEGIS, BOGOTÁ, MÉXICO D.F., BUENOS AIRES, CARACAS, LIMA, SANTIAGO, 2002. PP. 844-847

<sup>34</sup> LASCALA, JORGE HUGO, ETCHEGARAY, NATALO, PROL, *PRÁCTICA DEL FIDEICOMISO. PARTES. ESTRUCTURA. OBJETO. PLAZO Y CONDICIÓN. PACTO DE FIDUCIA, EFECTOS. EXTINCIÓN. RESPONSABILIDAD. FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS Y FINANCIEROS. MODELOS DE CONTRATOS Y ESCRITURAS*. EDITORIAL ASTREA, BUENOS AIRES, 2003. P.287

### **2.5.3. Excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciante.**

Como en el caso anterior, al ser un patrimonio autónomo separado del patrimonio general del fiduciante, impide que los acreedores lo persigan, con la excepción, si el negocio fue constituido como fraude a dichos acreedores. Este fraude se presenta generalmente cuando el fiduciante contrajo una deuda que no la pudo pagar y para que no le sigan la totalidad de sus bienes, obviamente exceptuando los inembargables por ley, constituye un fideicomiso para evitar la persecución de sus bienes. O que dicha deuda se contraiga antes de la celebración del Fideicomiso Mercantil

Además de esta vicisitud, el Fideicomiso tiene muchas ventajas, como el ejemplo señalado del citado autor, en el caso de una persona de negocios por su profesión tenga riesgos inherentes a la misma, y para evitar problemas a futuro, constituye un fideicomiso para tener una reserva para el y su familia. Porque si el percance sucede después de constituirse el fideicomiso, los acreedores pueden perseguir todos sus bienes menos los constituidos en el fideicomiso.

Esta es una de las formas, en que se le ve al Fideicomiso como un contrato que sirve para establecer una seguridad a la persona que lo contraiga de manera lícita, siendo un respaldo para una crisis económica.

### **2.5.4. Excluidos de la garantía general de los acreedores del fideicomisario.**

Como el beneficiario, no es propietario de los bienes fideicomitados, únicamente tiene una expectativa sobre la transferencia o los frutos del mismo, por lo mismo los acreedores no pueden pretender embargar los bienes con lo que se constituyó el patrimonio autónomo, aunque esto no deja la posibilidad de embargar los frutos que al fideicomisario le corresponda.

### **2.5.5. Garantiza las obligaciones contraídas para cumplir el fin.**

Con lo anteriormente dicho se protege el bien contra terceros, pero no por esto deja de tener un propósito los bienes fideicomitidos, el mismo es que garantice el cumplimiento de un determinado fin o propósito por el cual se constituyó el Fideicomiso, para que al Fiduciaria respalde sus actos con los bienes fideicomitidos.

“Sin perjuicio de la responsabilidad que los interesados pudieren deducirle más tarde al fiduciario en caso de extralimitación en sus funciones o de la adopción de conductas censurables, a las cuales pudiera imputarse el incumplimiento de las obligaciones y las consecuencias negativas sobre los bienes”<sup>35</sup>

### **2.5.6. Deben retornar al fideicomitente.**

Una vez terminado el fideicomiso, los bienes fideicomitidos deben retornar al fideicomitente y si no se ha estipulado cosa contraria, a sus herederos.

Con esto vemos que con salvedad de los fideicomisos que se celebran con término indefinido, lo normal es que exista un plazo de vencimiento. Y como el fiduciario, como vimos, no puede hacerse dueño, dichos bienes pasan al beneficiario si lo hubiere o en su defecto al constituyente.<sup>36</sup> Plasmado en el Artículo 122 de la Ley de Mercado de Valores.

“Consisten esos derechos en tener sobre la propiedad ajena algunas de las prerrogativas, del dominio integral. Por eso hemos dicho que tales derechos reales de grado inferior son, con relación al dominio por regla general, derechos reales limitados y, a la vez, limitativos del dominio.”<sup>37</sup>

Por lo mismo este patrimonio autónomo, el cual caracteriza al fideicomiso mercantil, se identifica porque el fiduciario debe responder a la fidelidad y honradez, con la que el constituyente deposito en él, cumpliendo de buena fe la destinación de los bienes o derechos que cree el fideicomiso, para satisfacer lo querido por el fiduciante. “Esta confianza peligrosa, por cierto, constituye el

<sup>35</sup> RODRÍGUEZ AZUERO SERGIO, *CONTRATOS BANCARIOS, SU SIGNIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA*, 5TA EDICIÓN LEGIS, BOGOTÁ, MÉXICO D.F., BUENOS AIRES, CARACAS, LIMA, SANTIAGO, 2002. P. 846

<sup>36</sup> CFR, S. RODRÍGUEZ AZUERO, *CONTRATOS BANCARIOS, SU SIGNIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA*, 5TA EDICIÓN LEGIS, BOGOTÁ, MÉXICO D.F., BUENOS AIRES, CARACAS, LIMA, SANTIAGO, 2002. P. 846-847

<sup>37</sup> PINTO ROGERS HUMBERTO, *CURSO BÁSICO DEL DERECHO CIVIL, DERECHO PRIVADO I*, TOMO III, EDIT. ANDRÉS BELLO, SANTIAGO 1972. P. 50

alma de esta institución, de ahí, entre nosotros se haya entregado solo a los bancos.”<sup>38</sup>. Como vimos, en nuestra legislación no es exclusividad de los Bancos, sino de personas jurídicas debidamente autorizadas, para administrar fondos y fideicomisos.

### **2.5.7. Consideraciones generales del Patrimonio Autónomo.**

El patrimonio autónomo se constituye independiente del patrimonio de los intervinientes en el contrato de fideicomiso, el fiduciario es una persona jurídica que realiza actos en representación del mismo. Se debe recalcar que lo hace para complacer un interés ajeno, porque no puede el fiduciario apropiarse de lo bienes fideicomitidos. (Artículo 118 de la Ley de Mercado de Valores).

Es autónomo y como vimos, que el patrimonio autónomo es independiente y por lo tanto no se confunden con los bienes de las partes intervinientes.

Justamente por esto los bienes únicamente responden a las obligaciones contraídas por el fideicomiso en pro de la finalidad del mismo.

“Porque en la misma línea de pensamiento estos bienes sólo responden por las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso. Por lo tanto y a la inversa, quien contrata con el patrimonio autónomo tiene que saber cuales son los activos que respaldan los compromisos contraídos en el desarrollo del negocio.”<sup>39</sup>

SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO<sup>40</sup>, y compartiendo con él, vemos que la información es un punto crucial dentro de la buena administración del Patrimonio Autónomo, porque si no se le comunicara el estado del Patrimonio Autónomo a terceros, porque en los fideicomisos en garantía se responden con los bienes constituidos en el Patrimonio Autónomo, si no se les informa a los terceros el estado de los mismos, para ver si cubren las obligaciones contraídas

---

<sup>38</sup> IBÍD... P. 84

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ AZUERO SERGIO, *LA RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO*, PRIMERA EDICIÓN, BIBLIOTECA JURÍDICA DIKE, EDICIONES ROSARISTAS, MEDELLÍN-COLOMBIA. 1997.p.54

<sup>40</sup> CFR, S. RODRÍGUEZ AZUERO, *LA RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO*, PRIMERA EDICIÓN, BIBLIOTECA JURÍDICA DIKE, EDICIONES ROSARISTAS, MEDELLÍN-COLOMBIA. 1997.pp 55-56

de modo que no sean insuficientes, no se estaría cumpliendo el fin de un fideicomiso en garantía y por lo mismo denota negligencia del fiduciario siendo este responsable civilmente de sus actos.

Los Fideicomisos, como dice la ley, en el artículo 109 en su primer inciso, dispone que deben ser individualizados. Pero también debe ser identificado con el estado de los bienes fideicomitados a terceros que contraten con el fideicomiso.

## **2.6. Clases de fideicomisos.**

La clasificación de clases de Fideicomisos son muchas, pero nos basaremos en los más importantes y sus elementos esenciales.

### **2.6.1. Fideicomiso de Administración.**

Este tipo de Fideicomisos, como dicen los autores, es usado por personas que por determinados sucesos, como su edad, porque viaja con frecuencia sea por política o filantrópica, no les permite dedica mucho tiempo a sus negocios, por lo mismo usan este tipo de figura de Fideicomiso, como lo dice Sergio Rodríguez Azuero<sup>41</sup>, como Bollini Shaw-Boneo Villegas<sup>42</sup>, es una transferencia de determinados bienes a una entidad crediticia donde se tiene no solo la seguridad de ser una institución especializada y seria en el tema que va a estar rigurosamente regulada por el Estado. También es una institución que para que brinde esos servicios justamente por el control del Estado, tiene que tener vastos conocimientos sobre el tema del mundo financiero y bursátil, además con ejecutivos altamente calificados, es lo que permite tener la CONFIANZA en la institución elegida para realizar el negocio fiduciario, por lo cual administrara de manera inmejorable. Con las ventajas propias del patrimonio autónomo, anteriormente mencionadas.

---

<sup>41</sup> CFR, S. RODRÍGUEZ AZUERO, *CONTRATOS BANCARIOS, SU SIGNIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA*, 5TA EDICIÓN LEGIS, BOGOTÁ, MÉXICO D.F., BUENOS AIRES, CARACAS, LIMA, SANTIAGO, 2002. P. 884.

<sup>42</sup> CFR, BOLLINO SHAW-BONEO VILLEGAS, "MANUAL PARA OPERACIONES BANCARIAS Y FINANCIERAS", SEGUNDA EDICIÓN, BUENOS AIRES-1981. P. 213, *EN FIDEICOMISO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS*, QUITO ECUADOR, ABRIL 1996



### **2.6.2. Fideicomisos de Inversión.**

Es una derivación del anterior tipo de Fideicomiso, donde además de existir una administración y manejo de los bienes, el constituyente realiza este tipo de fideicomiso para obtener otros rendimientos. Como el ejemplo que los autores mencionados en la anterior clasificación disponen, gracias a este tipo de fideicomiso si un determinada entidad maneja bienes, con los rendimientos de dicho manejo pueden invertirlos en comprara otros bienes, sean inmuebles como un terreno o edificio, o muebles como acciones de determinadas empresas.

Este tipo de fideicomiso puede servir para el manejo de fondos de empleados de un compañía o mutuales, etc. También para fondos de Bienestar Social, pensiones de empresas, etc.<sup>43</sup>

Como se ve se desprenden sin número de operaciones de inversión en cuanto a la colocación de los recursos.

Para esto los bancos establecen determinados parámetros para realizar las inversiones en el contrato constitutivo, para saber como van a emplear fondos, pues de esto depende el grado de responsabilidad.

Para esto se establecen comités de inversión, donde tanto la entidad bancaria con los constituyentes evalúan las inversiones. Esta forma de colocación de inversiones puede ser destinada a un fin específico o amplio. La entidad financiera debe cumplir con lo dispuesto en el contrato y lo que engloba al mismo, donde ocurriendo vicisitudes, la culpa va hacia el constituyente, exceptuando los casos de dolo y culpa del fiduciario que permita responsabilizarlo por el mal uso de los bienes.

Porque no puede el fiduciario garantizar sus gestiones, por su obligación fundamental de medio y no de resultado.

### **2.6.3. Fideicomisos en Garantía.**

---

<sup>43</sup> CFR, BOLLINO SHAW-BONEO VILLEGAS, "MANUAL PARA OPERACIONES BANCARIAS Y FINANCIERAS", SEGUNDA EDICIÓN, BUENOS AIRES-1981, EN *FIDEICOMISO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS*, QUITO ECUADOR, ABRIL 1996. PÁG. 214

Este es sin duda el más interesante de las formas de Fideicomiso. Porque existe siguiendo los dicho por SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO<sup>44</sup> y BOLLINI SHAWN-BONEOVILLEGAS.<sup>45</sup>

Son todos los supuestos donde el deudor transfiere, bienes a la entidad fiduciaria con el objetivo de respaldar el cumplimiento de una obligación principal, en pro de un tercero, donde el hecho de que no se satisfaga en su momento oportuno, se venda dichos bienes para cancelar la totalidad de la deuda.

Las claras ventajas de este tipo de Fideicomiso en Garantía, en relación de las formas tradicionales de garantía como es la prenda y la hipoteca, “el acreedor no tiene que someterse a los procedimientos judiciales enderezados a rematar los bienes, sino que en un cumplimiento de la orden recibida de su cliente el Banco procede a venderlos o liquidarlos y a satisfacer su obligación.”<sup>46</sup>

Estas ventajas no son solo para el acreedor, incluso para el deudor, ya que cuando se le va a hacer el remate de los bienes puestos en garantía, estos tengan un valor superior en la subasta que en condiciones normales, además la intervención de un entidad financiera de reconocido prestigio, agiliza los trámites y el precio obtenido es mucho mejor, incluso pudiendo el deudor recibir un saldo, significando que el acreedor satisface su crédito en su totalidad.

Esta forma de Fideicomiso, se puede presentar como cuando un deudor en mala situación económica, sin poder manejar adecuadamente sus negocios, reúne a los acreedores o al acreedor. Acordado que para evitar el concurso de acreedores o quedarse en quiebra, transfiere los bienes a una persona jurídica administradora de fondos y fideicomisos para que la misma los administre y que de esa manera se pueda pagar de mejor manera a sus acreedores, obviamente que

---

<sup>44</sup> CFR, S. RODRÍGUEZ AZUERO, *CONTRATOS BANCARIOS, SU SIGNIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA*, 5TA EDICIÓN LEGIS, BOGOTÁ, MÉXICO D.F., BUENOS AIRES, CARACAS, LIMA, SANTIAGO, 2002. PP. 891-895

<sup>45</sup> CFR, BOLLINO SHAW-BONEO VILLEGAS, “MANUAL PARA OPERACIONES BANCARIAS Y FINANCIERAS”, SEGUNDA EDICIÓN, BUENOS AIRES-1981, PP. 214-215 EN, *FIDEICOMISO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS*, QUITO ECUADOR, ABRIL 1996.

<sup>46</sup> CFR, S. RODRÍGUEZ AZUERO, *CONTRATOS BANCARIOS, SU SIGNIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA*, 5TA EDICIÓN LEGIS, BOGOTÁ, MÉXICO D.F., BUENOS AIRES, CARACAS, LIMA, SANTIAGO, 2002. P. 891

se necesita el acuerdo de los mismos y con mismos derechos dentro del Fideicomiso.

El Fideicomiso en garantía ha tenido algunas críticas, se piensa que “es un mecanismo para que el acreedor se apodere del bien recibido en garantía; se coloca al fiduciario en trance de ejercitar sus funciones jurisdiccionales y por último, se priva al deudor del ejercicio legítimo de derecho de defensa”<sup>47</sup>.

Lo cual siguiendo la doctrina, del autor citado, no es verdad porque el fiduciario no le compete el juzgamiento de los elementos subjetivos, únicamente debe cerciorarse de cómo dice en el contrato si se produce el pago o no, al no producirse puede ejecutar el fideicomiso tal como lo dice en el contrato.

Si la voluntad del deudor es constituir un fideicomiso para garantizar sus obligaciones, este es voluntario, donde si bien no se cumple lo adeudado puede venderse el bien y pagarse al acreedor, pero si el bien es superior a la deuda le queda un remanente y no como se dice, que simplemente se le traspasa la propiedad al acreedor para satisfacer su derecho de crédito.

“...No parece que haya propiamente una privación del derecho de defensa si se advierte que la renuncia anticipada al controvertir cualquier circunstancia accesorio tiene un contenido eminentemente patrimonial y dispositivo, como el que estaría implícito en un acuerdo transaccional que tal cosa previere. A lo que habría de agregarse la circunstancia de que si el fiduciario no cumple de manera adecuada las instrucciones del fideicomitente deudor, éste estará en condiciones de demandar su responsabilidad y, por supuesto, el correspondiente resarcimiento de perjuicios. Dicho de otras palabras, no desaparece la facultad de invocar sus argumentos, sino que habrá de hacerlo ante la persona a quien el encomendó la gestión.”<sup>48</sup>

Esta figura al ser joven y en crecimiento, como toda figura legal de este tipo presenta problemas, pero los mismos son menores a los resultados. Según el citado autor, esta figura se usa cuando se esta en víspera de crisis económicas,

---

<sup>47</sup> IBÍD. P. 891

<sup>48</sup> IBÍD. P. 893

por lo mismo los acreedores no estarán tan cooperantes y si bien es una mejor forma de cumplir con las obligaciones no siempre puede ser tan rápida y expedita. Por la presión que ejercen los acreedores. Pero en mi opinión a la larga es más beneficiosa, porque no solo es una forma de satisfacer una obligación, sino, que al ser por una entidad prestigiosa reviste de mayor confianza que una persona independiente.

Como ejemplo, si el inmueble puesto en garantía tiene dificultades intrínsecas como es el hecho de que el bien no tenga todos los requerimientos legales o este susceptible a un invasión, son factores, que a mi opinión la fiduciaria debe poner en empeño en preservar el valor del inmueble según se dio en el contrato constitutivo, pero aún con toda esta diligencia, el mercado inmobiliario está en recesión no se podrá venderlo de manera ágil, siendo esto un factor extrínseco y no propio de la fiduciaria.

Otro problema que se suscita dentro de la figura del Fideicomiso en Garantía, es el vinculado con el precio justo del activo, porque dicho avalúo debe ser llevado de forma seria y confiable, porque gracias a este primer avalúo es lo que en futuro se garantizara como máximo con el patrimonio autónomo. Para lo mismo se deben escoger evaluadores profesionales para que resalten la CONFIANZA, elemento esencial de cualquier Fideicomiso. Si la fiduciaria no tomara en cuenta este factor, podrá y debería ser demandada por perjuicios.

Por lo visto podremos sostener lo dicho por HERNÁNDEZ A .OCTAVIO “Fideicomiso de Garantía es aquel cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de obligaciones...”<sup>49</sup>

Justamente resumiendo todo lo antes visto, el Art. 17 numeral 1, del Reglamento de Negocios Fiduciarios dispone lo siguiente:

Entiéndase, por fideicomiso de garantía, al contrato en virtud del cual el constituyente transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios

---

<sup>49</sup> GARCADIAGO BAUCHE MARIO, “OPERACIONES BANCARIAS ACTIVAS, PASIVAS Y COMPLEMENTARIAS”, CUARTA EDICIÓN, EDIT. PORRUA, S.A., MÉXICO 1981, P. 29, EN *FIDEICOMISO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS*, QUITO ECUADOR, ABRIL 1996

bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones, designando como beneficiario al acreedor de éstas, quien en caso de incumplimiento puede solicitar a la fiduciaria, la realización o ventas de los bienes fideicomitados para que su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato.

La Fiduciaria, en ningún caso se convierte en deudora de la obligación u obligaciones garantizadas; sólo asegura que en caso de que el deudor no cumpla tales obligaciones, cumplirá con las disposiciones previstas en el contrato

La Fiduciaria debe cumplir su encargo de acuerdo con las instrucciones contenidas en el contrato, debiendo además practicar avalúos periódicos de los mismos a fin de mantener actualizado su valor comercial, todo con sujeción a los que disponga en el contrato.

En caso de que el constituyente no cumpla con la obligación u obligaciones garantizadas, la fiduciaria deberá proceder de acuerdo a lo estipulado en el contrato.

El contrato de fideicomiso deberá contemplar, claramente, la obligación del constituyente o del beneficiario de sufragar los costos de los avalúos.

Pero no por esto tenemos que dejar a un lado el principal elemento de un fideicomiso de garantía que como su propio nombre dice, sirve para que garantice las obligaciones del fiduciante, de manera que el fiduciario debe actuar de manera diligente y profesional en pro de conseguir los fines pactados en el contrato constitutivo.

Si bien existen numerosos modos de Constituir Fideicomisos como es el Testamentario, Inmobiliario, de Seguros, de Desarrollo, entre otros, por el tema de la Tesina que trata de los fideicomisos en garantía, nos focalizaremos en esta.

**CAPÍTULO III.**  
**OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA EN RELACIÓN DE**  
**UN FIDEICOMISO EN GARANTÍA.**

Las obligaciones que nacen de un fideicomiso son generales, pero por el tema de la Tesina veremos como estas afectan al fideicomiso en garantía.

### 3.1. Autonomía de Voluntad y Orden Público

La autonomía de voluntad es un elemento fundamental de los contratos privados, ya que gracias a la misma los contratantes, son los que negocia y estipulan términos del contrato, en el cual se vinculan. De manera que los particulares se encarguen de arreglar entre sí, de manera amplia las relaciones que les rigen.<sup>50</sup>

Siendo reconocidos ciertos actos que realizan los particulares, por la manifestación de los particulares, en la ley.

“Consiste en la Delegación que el legislador hace a los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos”<sup>51</sup>

Ahora bien, como vemos la Autonomía es un elemento fundamental que rige los negocios jurídicos entre particulares. La misma no puede irse en contra del orden público, justamente porque si bien se les da la capacidad a las partes de negociar y vincularse bajo lo que las mismas quieren una de las otras, no pueden irse en contra del Ordenamiento Jurídico Preexistente al momento de contraer obligaciones.

Primero que nada la concepción de un derecho activo el cual subordina a los individuos los cuales se someten al mismo. Las actividades estipuladas en el Orden Publico, debe imponer ante todo los principios superiores que integran la vida social y cuya observancia depende su conservación. Resaltando esto vemos que en Orden Público, hay un sin numero de normas que imponen patrones de conducta, de esta manera se disminuye la posibilidad de que los individuos actúen, por su mera voluntad, sino como es en si el derecho, el mismo limita su Autonomía, en pro de una convivencia social estable.

---

<sup>50</sup> CFR, G.OSPINA FERNÁNDEZ GUILLERMO, E. OSPINA ACOSTA, *TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y DEL NEGOCIO JURÍDICO*, SEXTA EDICIÓN, EDIT. TEMIS S.A. BOGOTÁ-COLOMBIA 2000. PÁG. 6

<sup>51</sup> CFR, G. OSPINA FERNÁNDEZ, OSPINA ACOSTA EDUARDO, *TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y DEL NEGOCIO JURÍDICO*, SEXTA EDICIÓN, EDIT. TEMIS S.A. BOGOTÁ-COLOMBIA 2000. P. 6

Segundo, al ser la sociedad un ente que está en continua evolución, surgen nuevas instituciones y nuevas prácticas sociales, las cuales deben ser reguladas por el Estado, para que el mismo cumpla su función encomendada en el Contrato Social, siendo el Estado que propicie seguridad jurídica en Igual Condiciones para todos los individuos bajo su administración.

La Autonomía de Voluntad se ve restringida por la Intervención estatal bajo principios de justicia y morales, sin dejar a un lado los hechos económicos considerados como parte primordial del Orden Público.

Para realizar lo anteriormente dicho, se produce: una regulación legal, directa y en forma imperativa de las relaciones entre las partes en los actos jurídicos o de alguna de ellas.

Como ejemplo, el autor citado expone: fijando precios mínimos en los arrendamientos y compraventa, como prestaciones fundamentales y mínimas en los contratos laborales, entre otros.<sup>52</sup>

Incluso se les quita toda la autonomía en los casos, como la prestación de Servicios Públicos por parte del Estado. Por lo mismo el desarrollo social y la justicia social, anteriormente mencionadas, son regulados y legislados por el Estado

Para controlar el seguimiento del Orden Público en las relaciones de los Individuos, el Estado delega a la función Judicial como a funcionarios del Ente Administrativo para la regulación del mismo.

Por lo mismo el Art. 1477 inciso 3 del Código Civil ecuatoriano, dispone que el objeto de una declaración de voluntad, no es válida:

“Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.”

### **3.2. Requisitos esenciales en el Contrato de Fiducia**

---

<sup>52</sup> CFR, G. OSPINA FERNÁNDEZ, E. OSPINA ACOSTA, *TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y DEL NEGOCIO JURÍDICO*, SEXTA EDICIÓN, EDIT. TEMIS S.A. BOGOTÁ-COLOMBIA 2000. P. 12



Hay determinados requisitos que se exigen para constituir un contrato constitutivo de la Fiducia Mercantil, siendo los requeridos por el Código Civil en su artículo 1461 en adelante.

- 1) Capacidad de las partes: La aptitud legal para obligarse. Dejando a un lado a los incapaces, estipulados en los artículos En los artículos 1462 y 1463 del Código Civil.
- 2) Voluntad libre y espontánea: La simple, expresión de voluntad dan nacimiento a un contrato, pero se necesita que dicha expresión de voluntad, sea plasmada en el contrato constitutivo, demostrando los intereses sin vicios a la voluntad, los mismos que están plasmados en los artículos 1467 que son error, fuerza y dolo, y los siguientes artículos.
- 3) Objeto lícito: Que el objeto del contrato no sea contrario a la moral, a la ley y a las buenas costumbres, artículo 1477 del Código Civil
- 4) Causa o finalidad lícita: Como dispone el artículo 1483, no puede haber una obligación irreal o ilícita, sin necesidad de expresarla, basta con la pura liberalidad o beneficencia.
- 5) Pago, remuneración o precio: Como se explico antes, todo contrato de fiducia incluye un precio que el constituyente debe pagar al fiduciario por cumplir con la administración establecida en el contrato.

Como vemos, éstas son los principales requisitos en un Contrato Fiduciario, justamente por la novedad de esta institución y por la dificultad de acceso a documentos y casos concretos, pondré como Ejemplo el Contrato Constitutivo del Fideicomiso Mercantil, entre Interibis Compañía Limitada y Produfondos Sociedad Anónima.<sup>53</sup>

**Capacidad de las Partes**, dentro de la cláusula Primera se establecen como comparecientes, por una parte la compañía Interibis Compañía Limitada,

---

<sup>53</sup> CFR, NOTARIA VIGÉSIMO TERCERA, ESCRITURA DE FIDEICOMISO MERCANTIL EN GARANTÍA, ADMINISTRACIÓN Y PAGOS, OTORGADO POR INTERIBIS COMPAÑÍA LIMITADA, A FAVOR DE PRODUFONDOS SOCIEDAD ANÓNIMA, 6 DE ABRIL DEL 2001, DÉCIMA COPIA CERTIFICADA

representada por el Rafael Botero Velásquez, en calidad de Presidente Ejecutivo, según se desprende del nombramiento adjuntado como habitante, siendo el Constituyente.

Por otro lado la Sociedad Administradora de Fondos y Fideicomisos Produfondos, representada por el señor Gilberto Pazmiño Arias en calidad de Gerente General de la misma, habilitado por el nombramiento adjunto, siendo la Fiduciaria.

**Objeto lícito.** Cláusula Sexta, El objeto del FIDEICOMISO INTERBIS, es la recepción de los aportes del CONSTITUYENTE para destinarlos al pago de las obligaciones contraídas por este a favor de los beneficiarios.

**Causa.** En la cláusula Segunda en el punto Tres dispone. Dentro de su operación Interibis planea contraer obligaciones, ha considerado la constitución de un Fideicomiso Mercantil de fuente de pago y garantía, que es el que consta en el presente instrumento.

**Pago, remuneración o precio.** EL CONSTITUYENTE pagará por concepto de comisiones al PRODUFONDOS:

Uno.- Una comisión de estructuración de MIL CIEN DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, pagaderos a la firma del presente contrato.

Dos.- Una comisión fija mensual de QUINIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, que será cobrada, el primer día hábil de cada mes mediante factura emitida al CONSTITUYENTE. Para el efecto éste autoriza expresamente para que el valor antes mencionado sea debitado directamente del Fideicomiso. Esta comisión podrá ser revisada semestralmente en función de la operatividad del Fideicomiso. En caso de no existir recursos suficientes en el Fideicomiso, será obligación del CONSTITUYENTE pagar directamente al FIDUCIARIO. En caso retardo injustificado por más de treinta días en el pago de las comisiones, el FIDUCIARIO tendrá el derecho de renunciar a la administración del Fideicomiso, de acuerdo con las normas establecidas en el Reglamento de Negocios Fiduciarios, sin perjuicio del derecho de cobrar los que se le adeude, más

el interés legal correspondiente, contado desde la fecha en que se debió efectuar el pago.

### **3.3. Obligaciones Contractuales**

Son aquellas que nacen de las convenciones y contratos. Siendo las convenciones, los acuerdos de voluntades de dos o más actores, que se encaminan a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. A este género pertenecen los contratos siendo las mismas fuentes principales de las relaciones sinalagmáticas.

Lo mismo está estipulado, en el artículo 1453 del Código Civil ecuatoriano, que dispone en su parte pertinente “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones...”

Siendo el contrato como dije antes lo consagrado en el artículo 1454 del mismo cuerpo legal. “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.”

En el caso de Fideicomisos Mercantiles, tal cual se desprende del Artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, la entidad administradora y fiduciaria es una, porque en el mismo artículo no establece a entidades fiduciarias, sino, solo a una.

Los Contratos de Fideicomiso Mercantil tienen las características explicadas en el Primer Capítulo de la Tesina. Veremos las obligaciones que con ellas se desprenden, específicamente en el Fideicomiso Mercantil, con su aplicación directa.

### **3.4. Obligaciones Contractuales de la Fiduciaria, en el Fideicomiso en Garantía.**

A diferencia de los visto en el Capítulo I, acá nos centraremos en sus obligaciones que nacen del contrato y que repercuten en el Fideicomiso en Garantía. Las obligaciones contractuales como su nombre dice, son aquellas que nacen del Contrato, las mismas que están establecidas en un Contrato Constitutivo de Fideicomiso Mercantil.

Además de las que se conciertan en el contrato, también deben contener lo dispuesto en el Art. 103 de la Ley de Mercado de Valores, que son las siguientes:

Sin perjuicio de los deberes y obligaciones que como administradora de fondos tiene esta sociedad, le corresponden en su calidad de fiduciario, además de las disposiciones contenidas en el contrato de fideicomiso mercantil, las siguientes:

a) Administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos en fideicomiso mercantil, y los bienes administrados a través del encargo fiduciario, pudiendo celebrar todos los actos y contratos necesarios para la consecución de las finalidades instituidas por el constituyente;

b) Mantener el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario separado de su propio patrimonio y de los demás fideicomisos mercantiles y encargos fiduciarios que mantenga, llevando para el efecto una contabilidad independiente para cada uno de éstos.

La contabilidad del fideicomiso mercantil y de los encargos fiduciarios deberá reflejar la finalidad pretendida por el constituyente y se sujetarán a los principios de contabilidad generalmente aceptados;

c) Rendir cuentas de su gestión, al constituyente o al beneficiario, conforme a lo que prevea el contrato y con la periodicidad establecida en el mismo y, a falta de estipulación la rendición de cuentas se la realizará en forma trimestral;

d) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al contrato;

e) Terminar el contrato de fideicomiso mercantil o el encargo fiduciario, por el cumplimiento de las causales y efectos previstos en el contrato; y,

f) Informar a la Superintendencia de Compañías en la forma y periodicidad que mediante norma de carácter general determine el Consejo Nacional de Valores

También siguiendo lo dicho por el mismo cuerpo legal, vemos que en el Art. 125, dispone la obligación principal de las fiduciarias, mismas que siempre son recogidas por los contratos constitutivos. Se desprende las obligaciones de medio y no de resultado que tienen el Fiduciario. Disponiendo que el Fiduciario no garantiza el cumplimiento de las finalidades y resultados queridos por el constituyente que efectivamente se cumplan.

Las obligaciones de la Fiduciaria fueron tratadas en el Punto 2.4.4 de esta tesis sobre lo cual en esta sección se harán unas precisiones en cuanto a la forma de administrar los bienes que es el eje de este tema de tesis.

### **3.4.1. Administrar los bienes en la forma establecida.**

Estas son obligaciones exigibles al fiduciario en el sentido de que el mismo debe realizar actos en los que debe poner especiales cuidados y precauciones que se le pueda exigirle al fiduciario por la forma estipulada en el contrato y en la Ley, para que de esta manera pueda tener el constituyente el mejor manejo posible de sus bienes cometidos.

Si bien como vimos en la Ley de Mercado de Valores, el fiduciario no puede garantizar una finalidad, el mismo debe emplear todos los medios necesarios para que la voluntad del constituyente se cumpla de la mejor manera.

Para esto debe comenzar por una buena conservación de los bienes y custodia de los mismos.

Por lo mismo “el fiduciario debe ordenar las obras y reparaciones indispensables para conservar el bien o permitirle cumplir mejor la finalidad económica correspondiente<sup>54</sup>...”

---

<sup>54</sup> RODRÍGUEZ AZUERO SERGIO, *CONTRATOS BANCARIOS, SU SIGNIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA*, 5ª EDICIÓN LEGIS, BOGOTÁ, MÉXICO D.F., BUENOS AIRES, CARACAS, LIMA, SANTIAGO, 2002. P. 854

También debe responde el fiduciario sobre el manejo de los bienes fideicomitidos, bajo este concepto se desprende el grado de culpa que debe tener el fiduciario, como dice la Ley, la misma es culpa leve, lo mismo que será analizado en el siguiente capítulo.

Justamente al tener que defender el patrimonio y mantenerlo de la manera más profesional y diligentemente posible, vemos también como el mismo debe ejercer medidas legales para cuidar el patrimonio autónomo, para que tenga la integridad jurídica con el cual comenzó.

Para esto en los contratos constitutivos de fideicomiso, se estipula que el constituyente es el que debe pagar las acciones para las cuales el fiduciario está facultado en el caso de perjuicio al patrimonio autónomo, acciones que son judiciales o extrajudiciales. Pero con esto denotando la exigibilidad de cuidado del patrimonio autónomo para de esa forma garantizar las obligaciones del constituyente.

Bajo este concepto el autor Sergio Rodríguez Azuero<sup>55</sup>, presenta un claro ejemplo.

Al hablar de un fideicomiso donde el patrimonio autónomo sea un inmueble, el fiduciario para el autor, deberá que defenderlo contra ocupaciones de hecho o proponer las defensas necesarias contra demandas reivindicatorias o juicios de cualquier respecto en contra de los bienes.

Podrá seguir a los inquilinos morosos, cobrar deudas vencidas con sus intereses, entre otras.

Todo esto con la consideración que debe tener los recursos para hacer todas las gestiones las mismas, que el constituyente está obligado a proveerlas, porque no debe el Fiduciario gastar por cuenta propia, únicamente con lo que conste en el Patrimonio Autónomo.

“La obligación del Fiduciario es de tal alcance que comprende las defensas contra actos del beneficiario y aun del mismo constituyente, pues salvo que éste último se haya reservado derechos específicos en el acto constitutivo y que la disputa gire en

---

<sup>55</sup> IBÍD. P. 860

torno a ellos, lo cierto es que el fiduciario como titular jurídico de los bienes o derechos transmitidos tiene la obligación de protegerlos contra cualquier pretensión extraña”<sup>56</sup>

### 3.5. Obligaciones de Medio y No de Resultado

“Las obligaciones principales que adquieren las instituciones financieras (actualmente son personas jurídicas que realicen administraron de fondos y fideicomisos, pero no exclusivamente las fiduciarias) que realizan **negocios fiduciarios son de medio y no de resultado, esto significa que deben manejar los negocios ajenos como lo haría un buen padre de familia, poniendo todo su diligencia y profesionalismo en procura de la consecución de la finalidad que le ha sido encomendada sin que puedan garantizar un resultado concreto.**”<sup>57</sup> (Lo resaltado es nuestro)

Es importante denotar la importancia, la diligencia y el profesionalismo que debe tener la Fiduciaria para procurar la consecución del objetivo que esta establecido en el Contrato Constitutivo de Fideicomiso.

BEATRIZ QUINTERO DE PRIETO<sup>58</sup> dice, cuando son obligaciones de medio, son aquellas que se debe actuar con prudencia y diligencia para alcanzar un fin, pero a diferencia de las obligaciones de resultado dicho fin no puede ser garantizado. Pero se debe realizar todos los actos de manera diligente y profesional para no alejarse del objetivo

Dentro de la responsabilidad contractual, generalmente el obligado, se compromete a un resultado, en las misma responde de todo cuando el resultado no se consiga, excepcionándose a la misma cuando sucedan casos de fuerza mayor o fortuitos, con estos elementos el nexo causal que debe hacer entre el hecho dañoso y el daño en sí no se presenta porque por los casos mencionados le vuelve a la obligación tanto imprevisible como irresistible.

---

<sup>56</sup> IBÍD. P. 861

<sup>57</sup> BORJA GALLEGOS RAMIRO, *LA FIDUCIARIA O FIDEICOMISO MERCANTIL Y LA TITULARIZACIÓN*, EDIT. JURÍDICA DEL ECUADOR. QUITO. 1995. P. 28

<sup>58</sup> CFR, B. QUINTERO DE PRIETO, *TEORÍA BÁSICA DE LA INDEMNIZACIÓN (MANUAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL)*, EDIT. LEYER. PP.22-24

De lo dicho, en el campo contractual, las obligaciones que necesitan prudencia y diligencia, que son las obligaciones de medio, son más escasas, las mismas en si son la excepción, no es lo común en la responsabilidad contractual, por lo mismo significa un alejamiento de ese régimen analizado, de derecho común, porque, el objeto de la obligación no es el resultado en si, sino el compromiso diligente en hacerlo.

Por esto la peculiaridad de las obligaciones de medio, sería la prudencia que debe tener el Fiduciario en el manejo del lo encargado en el Contrato Constitutivo “Pero si a pesar de la diligencia empleada cabe un inmenso y notorio margen de la aleatoriedad en el obtención de resultado, el objeto de la prestación solo puede ser ese quid, que adquiere certeza, jamás algo que queda a merced del aleas y por eso el objeto de la prestación en estas obligaciones se ve restringido a la conducta empeñativa en la obtención del resultado.”<sup>59</sup>

En el caso del fiduciario, las obligaciones de medio y no de resultado se reflejarían en la responsabilidad hasta culpa leve que corresponde a todo contrato bilateral, en la administración del fideicomiso el fiduciario debe poner toda la prudencia y diligencia que no se compromete a cumplir un fin, por el hecho de los factores externos variables: Como el continuo cambio de factores comerciales con todo lo que el mismo engloba. No puede garantizar que el resultado sea el querido en otro momento histórico, que es el momento en que se constituye el Fideicomiso, que el momento en que se liquidará o necesariamente debe garantizar un determinado objetivo consagrado en el contrato constitutivo. Pero esto no significa que no dedique todo su esfuerzos y conocimiento como compañía especializada en al administración de fondos y fideicomisos.

Como vemos, lo fundamental de las obligaciones de medio es el criterio y dedicación profesional que debe ser empleada para obtener un fin, más no el fin mismo.

---

<sup>59</sup> IBÍD... P. 23



Específicamente podemos ver una diferencia importante entre las obligaciones de medio y de resultado. Lo normal es que la responsabilidad presunta que acompaña a las obligaciones de resultado. Lo anormal, sería que se le imponga a la víctima del daño la carga de la prueba, para demostrar que el contratado no empleo los medios necesarios para alcanzar el fin más allá del fin mismo, cosa que sucede en las obligaciones de medio.

“Pero aun en este asunto es preciso puntualizar que aun cuando la obligación que deriva del contrato sea la del evidenciar probatoriamente la conducta observada para acreditar esa diligencia y cuidado. Otro entendimiento haría imposible deducir un comportamiento profesional culposo negligente o imprudente. La mayoría de las obligaciones contractuales son de resultado y por ello la víctima esta amparada con una presunción de culpa. El aserto significa que para pretender condena del contratante incumplido al pago de la indemnización de su perjuicio, le basta a la víctima del incumplimiento demostrar la celebración y exigencia del contrato válido y afirmar simplemente el incumplimiento de la obligación de resultado. La carga de la prueba se invierte, y será el demandado contratante incumplido, quien deba demostrar circunstancias eximentes de su responsabilidad, todo de acuerdo con la normatividad general de los contratos y con la especial del contrato incumplido”<sup>60</sup>.

Recogiendo todo lo anteriormente dicho SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO<sup>61</sup>, la obligación en considerable de medio cuando quien la contrae se compromete a poner toda su capacidad y esfuerzo en la CONSECUCIÓN de un determinado fin. Siendo culpable de no emplear todo el esfuerzo consecutivo para el fin. Recogido en el Art. 125 de la Ley de Mercado de Valores

---

<sup>60</sup> IBÍD. P. 24

<sup>61</sup> CFR, S.RODRÍGUEZ AZUERO, CONTRATOS BANCARIOS, SU SIGNIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA, 5TA EDICIÓN LEGIS, BOGOTÁ, MÉXICO D.F., BUENOS AIRES, CARACAS, LIMA, SANTIAGO, 2002. P. 71

**IV. ¿CUÁL ES EL NIVEL DE RESPONSABILIDAD QUE TIENE LA FIDUCIARIA PARA EL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES?**

Las obligaciones que nacen del fideicomiso para con el fiduciario, en el ejercicio de sus funciones como ente administrador de un patrimonio autónomo, encomendado a él para que persiga la consecución de un fin. Las mismas que si ocasionan un daño, esta obligado a un resarcimiento.

Siendo la regla general la de la responsabilidad del fiduciario en todo daño causado al constituyente, o al beneficiario, cuando no ejecuta total o la ejecuta parcialmente la obligación emergente del fideicomiso, exceptuando cuando fuera el incumplimiento producto de fuerza mayor o caso fortuito.<sup>62</sup>

#### **4.1. Elementos de la responsabilidad**

Los elementos principales que se presentan en la responsabilidad civil son:

La culpa

El perjuicio

La relación de causalidad entre el daño y la culpa.

##### **4.1.1. La culpa.**

Siguiendo lo dicho por el doctor RAMIRO J GARCÍA FALCONÍ.<sup>63</sup>, la culpa en términos generales, vendría a ser, la falta de diligencia o cuidado que debe tener el obligado en un hecho cualquiera.

Para los hermanos MAZEAUD, la culpa es “un error de conducta en que no habría incurrido una persona advertida y prudente, colocadas en las mismas circunstancias externas que obró el autor del daño”.<sup>64</sup>

Esta falta de diligencia, descuido, profesionalismo, entres otras ocasiona “culpa porque no se previo lo que con diligencia se hubiese podido preverse. Por lo

---

<sup>62</sup> CFR, C. KIPER Y S. LISOPRAWSKI, *OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO*, EDICIONES DESALMA, BUENOS AIRES, 1999. P. 87.

<sup>63</sup> CFR, R. J. GARCÍA FALCÓN, *LA CULPA CONTRACTUAL*, WWW.DERECHOECUADOR.COM.

<sup>64</sup> DURÁN TRUJILLO RAFAEL, *NOCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (CONTRACTUAL Y DELICTUOSA)*, EDIT. TEMIS, BOGOTÁ 1957. P.174.

mismo el daño generado, no obstante ser previsible; o bien, en preverlo sin tomar los recaudos o la conducta necesaria para evitarlo.”<sup>65</sup>

Cabe anotar que no existe un propósito deliberado e intención.

La culpa puede producirse de manera contractual y extracontractual. Siendo la primera se suscita cuando una obligación previa es violada, mientras que la extracontractual es la que nace de un hecho culpable.

En cuanto a la prueba de las mismas, en el contractual es presumida y le toca al deudor probar que fue cuidadoso o diligente, mientras que en la extracontractual se debe probar y tiene que para esto el acreedor demostrar que el deudor actuó descuidada o negligentemente.

Con esto vemos que en cuanto a obligaciones contractuales la culpa que tienen las partes se ven reflejadas en el contrato preexistente.

En sentido estricto la culpa se caracteriza por el hecho de carecer de mala fe, que en derecho civil se lo llama culpa lata (Artículo 29 del Código Civil) y por esta se desconoce que el resultado devenga dañoso.

La culpa gira alrededor de la previsibilidad, porque la culpa significa la no revisión de cualquier evento que pudiendo preverse, no se lo hace, que pudo tenerse cuidado y evitarse si se empleaba cuidado.

Porque en el caso de que se prevea con total cuidado y diligencia aun, se suscita el hecho culposo, sería un caso fortuito.

El análisis del mismo debe hacerse al momento en que se hizo el acto manifestado por al Fiduciaria para ver si tienen culpa.

“La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha resuelto que para que exista culpa "es menester que se produzca una acción u omisión voluntaria pero no intencional por el agente que ejecute un acto inicial sin tomar aquellas cautelas o precautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales a otro.

---

<sup>65</sup> LISOPRAWSKI VICTO SILVIO, XIV CONGRESO LATINOAMERICANO DEL FIDEICOMISO, *RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO*, QUITO-ECUADOR, OCTUBRE 20, 21 Y 22 DEL 2004.

Todo hombre tiene el deber de obrar con la adecuada diligencia para que de su conducta no se originen consecuencias dañosas”<sup>66</sup>.

#### **4.1.1.1 Formas de culpa.**

Hay dos formas en que se manifiesta la culpa, por un acto o por omisión, en ambos casos debe hacer una violación de una norma jurídica.

Nuestra legislación divide a la culpa en:

- Culpa Grave, negligencia grave o culpa lata
- Culpa Leve, descuido leve, descuido ligero y
- Culpa o descuido levísimo

Todo esto está estipulado en el Art. 29 del Código Civil.

#### **4.1.1.2. Culpa Grave, negligencia grave o culpa lata.**

Según se desprende del Código Civil, este tipo de culpa, es en el manejo que debe tener incluso el hombre descuidado, evitando las precauciones más elementales que cualquier otro sujeto o tipo proveyeran.

El Código Civil, otorga la misma responsabilidad que el dolo

#### **4.1.1.3. Culpa Leve, descuido leve, descuido ligero.**

La misma que consiste en la omisión de diligencia que ordinariamente los hombres emplean en sus negocios. El ejemplo de ésta que viene desde el derecho Romano, es la diligencia que debe tener el padre de familia en el cuidado de los bienes de sus hijos. El fiduciario responde sus negligentes actuaciones. Art. 125 Ley de Mercado de Valores.

#### **4.1.1.4 Culpa o descuido Levísimo.**

La falta de diligencia que se emplea a un hombre sumamente juicioso y prudente en la administración de sus negocios importantes.

---

<sup>66</sup> HIDALGO LÓPEZ LUÍS, *RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS* (GLOSAS DE LA CONTRALORÍA), EDIT. PUDELECO, PÁG. 122. FORMATO ADOBE ACROBAT.

En el Art. 1563 del Código Civil expresa:

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.

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

Como vemos éstas son las características primordiales de la Culpa, como elemento de la Responsabilidad del Fiduciario, si bien el hecho de que contractualmente basta con probar que no se cumplió, en la esfera extracontractual siguiendo lo dicho por LUÍS HIDALGO LÓPEZ<sup>67</sup>, vemos 4 requisitos

1. Que cause daño esto es un perjuicio económico
2. Que sea imputable a su autor
3. Que el acto sea culposo
4. Que haya una relación de causalidad, nexo causal entre la culpa y el daño,

#### **4.1.2. Perjuicio**

Daño y perjuicio son lo mismo, por lo mismo WALSMANN<sup>68</sup>, define al daño como

“el perjuicio concreto experimentado por la persona en su patrimonio, en forma de pérdida o menoscabo de determinados bienes patrimoniales” (en el caso del fideicomiso, a los bienes del patrimonio autónomo)

---

<sup>67</sup> CFR, L. HIDALGO LÓPEZ LUÍS, *RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS* (GLOSAS DE LA CONTRALORÍA), EDIT. PUDELECO, P. 131. FORMATO ADOBE ACROBAT.

<sup>68</sup> DURÁN TRUJILLO RAFAEL, *NOCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL* (CONTRACTUAL Y DELICTUOSA), EDIT. TEMIS, BOGOTÁ 1957. P.78.

Siendo el acto dañoso el que da lugar a un reparación.

ALESSANDRI Y SOMARRIVA <sup>69</sup>disponen:

“Daño es todo detrimento, molestia o dolor que por causa de otro sufre un individuo en sus bienes o persona, sea éste físico, moral, intelectual o afectivo. Para que exista daño no es necesario que se lesione un derecho; basta que se prive a la víctima de una ventaja o beneficio lícito.”

Justamente debe existir un perjuicio para que se produzca un daño alegable, es decir la víctima debe haber experimentado un perjuicio.

Claramente esto se puede ver en los Fideicomisos en Garantía, porque por la naturaleza del mismo que lo que busca es garantizar con el patrimonio autónomo las actuaciones del Constituyente, cualquier acto negligente que reduzca el valor por el cual se pactó previamente en el Contrato Constitutivo sobre los bienes fideicomitidos, cuando el Fiduciario deba garantizar las actuaciones del constituyente.

Concordando con CLAUDIO M. KIPER Y SILVIO V. LISOPRAWSKI.<sup>70</sup>

Tomando en cuenta que las obligaciones del fiduciario son de medios, las actividades por él realizadas no son determinables para que haya el nexo causal entre la culpa y el perjuicio, porque las acciones que tome el mismo son a base de su criterio, en este caso hay que analizar si el medio elegido constituye efectivamente el objeto cierto de la obligación, la que no es determinable al momento de la celebración del contrato constitutivo, la misma se vera en el transcurso del cumplimiento del mismo, cuando el fiduciario realiza actos u omite los mismos, se puede valorar si los hizo de manera prudente o no. En ese instante se verá si es imputable de su actuar.

“Pensamos que la indemnización no se debe limitar al interés negativo sino que debe velar por el interés del cumplimiento, que consiste en la privación de bienes que el acreedor tendría si el negocio se realizaría eficientemente.”<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> *Ibíd.* p. 78

<sup>70</sup> CFR, C. KIPER Y S. LISOPRAWSKI, *OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO*, EDICIONES DESALMA, BUENOS AIRES, 1999. p.108

<sup>71</sup> KIPER M. CLAUDIO Y LISOPRAWSKI V. SILVIO, *OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO*, EDICIONES DESALMA, BUENOS AIRES, 1999. p.108

El Perjuicio se divide de la siguiente manera.

#### **4.1.2.1 Perjuicio Material**

Daño material y perjuicio patrimonial económico significan lo mismo, porque es el conjunto de todos los derechos de los hombres reales y personales, materiales y morales.

Cuando se presenta un daño material, la disminución del patrimonio económico, la valoración del mismo se suscita cuando en un contrato se establece un valor, y al producirse un daño disminuye el valor preestablecido,

#### **4.1.2.2. Perjuicio Moral**

“El daño moral ofrece dos perspectivas el lado moral objetivo, por que la misma puede ser objetivizada ya que la misma puede contabilizarse a una cifra.

En segundo es subjetivo porque permanece abstracto, y que el segundo es subjetivo sin poder transformarse en dinero.”<sup>72</sup>

Para el autor citado, no puede concebir que haya dos perjuicios morales, porque no puede hablarse de un daño moral que sea determinable en dinero y de otro que no lo sea, porque la idea lo moral, de lo impersonal, aleja todo método de conversión económica.

“No se discute ya el derecho a una reparación por el daño moral. Esta consagrado en algunas legislaciones, entre las cuales figura la colombiana. Y es que cuando la ley ordena resarcir todo acto del hombre que ocasione perjuicios a otro, no distingue: cualesquiera que sean los derechos (patrimoniales o extramatrimoniales) a que ese daño afecte, produce la acción de responsabilidad civil para las indemnizaciones correspondientes”<sup>73</sup>.

#### **4.1.2.3. Requisitos del daño o perjuicio**

---

<sup>72</sup> CFR, R. DURÁN TRUJILLO, *NOCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (CONTRACTUAL Y DELICTUOSA)*, EDIT. TEMIS, BOGOTÁ 1957. PP.81-82.

<sup>73</sup> IBÍD. P. 82-83



- Debe ser cierto. Cuando el perjuicio aparece consumado y definitivo, es real al momento de liquidarse. Bajo esta teoría debe esperarse que el acontecimiento produzca para poder contabilizarlo
- Debe ser actual. El perjuicio es actual o futuro pero siempre debe tener el anterior requisito, o sea, la certeza.
- Debe ser directo. Esta es solo en cuanto a la inejecución del contrato

Si bien con lo que hemos visto anteriormente, parecería que únicamente hay perjuicio cuando el daño es cierto no cuando es una hipótesis de lo que pueda suceder, pero en el caso de que por actuaciones negligentes se le prive a una persona a llegar a una finalidad MAZEAUD-TUNC<sup>74</sup> expresa:

“Es lo que pasa, de modo especial, cuando el demandado ha privado, por su culpa, al demandante de una probabilidad de conseguir una ganancia o de evitar una pérdida. La dificultad proviene de que, en este supuesto, no resulta posible ya esperar para determinar si el perjuicio existirá o no existirá; la realización del perjuicio no depende ya de acontecimientos futuros e inciertos. La situación es definitiva; nada la modificará ya; por su culpa, el demandado ha detenido el desarrollo de una serie de hechos que podían ser fuente de ganancias o pérdidas. Esto lo expresa la Corte de casación al decir que “esté consumado el hecho del cual dependa el perjuicio eventual.”<sup>75</sup>

Tampoco se debe por lo anteriormente expuesto, suponer que si no sucede un hecho por el cual se efectuó ciertamente el perjuicio, el hecho en el cual se ve claramente como se deteriora no debe quedar impune, sino como dice el autor, el juez competente debe evaluar el costo de los daños que se están ocasionando, con ayuda de peritos y de su sana crítica.

---

<sup>74</sup> CFR, MAZEAUD-TUNC, *TRATADO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*, TOMO PRIMERO, VOLUMEN 1, EDICIONES JURÍDICAS EUROPA-AMÉRICA, BUENOS AIRES. P.307.

<sup>75</sup> IBÍD. P. 308

Cuando se demande a un juez el perjuicio actual que puede deslindar en un perjuicio futuro, el juez debe analizar el perjuicio al momento reservándose al accionante a demandar el hecho futuro si se mantiene las mismas condiciones.

Porque si bien no consta en el contrato están en las leyes que se entienden incorporadas al momento de su celebración

Un ejemplo de lo anteriormente dicho es un informe de la Superintendencia de Compañías, donde se señala de manera concreta que

”Se debe recalcar, que en caso que las deudas del constituyente, garantizadas por el fideicomiso, hubiesen tenido que ser canceladas con los bienes del patrimonio autónomo y los valores de las facturas no hubieran podido realizarlas o venderlas, se habría causado un grave perjuicio a los acreedores del constituyente y no se habría cumplido con la finalidad para la cual se constituyó este Fideicomiso. La situación antes descrita, lleva a concluir que las inobservancias de la fiduciaria, se encasillan en las infracciones muy graves, determinadas en el artículo 208, íbidem, numeral 3 (Ley de Mercado de Valores), ya que estas inobservancias “ponen en gravísimo peligro”, los intereses de los beneficiarios, especialmente si estas inobservancias se dan en un fideicomiso de garantía”<sup>76</sup>.

Debe responder la Fiduciaria por el daño emergente más el lucro cesante, siendo el primero los gastos que el tiempo perdido ocasiona en el cumplimiento del contrato, mientras que el lucro cesante es lo que se pudiese percibir si se hubiese ejecutado de buena forma el contrato. La indemnización comprende la privación de los bienes que el negocio hubiese percibido si se hubiese hecho de una manera diligente. Justamente al ser esto un enfoque subjetivo no hay como establecer reglas absolutas. Para esa evaluación se aplica los bienes generales de responsabilidad civil.

#### **4.1.3. Causalidad entre la Culpa y el Daño.**

---

<sup>76</sup> No. SC.IMV.DJMV, 03.133, 17 DE ABRIL DEL 2003.

El vínculo que debe existir entre, culpa y daño es la causalidad, que debe ser directo, íntimo e inmediato, de manera que no se dude que la acción dio por resultado un determinado perjuicio.

El problema recae sobre el vínculo exacto el cual produce perjuicio pero todos basado en el hecho ilícito, sea contractual o extracontractual. Por lo mismo RAFAEL DURÁN TRUJILLO<sup>77</sup>, prevé la precaución que debe tener el juez al momento de sancionar, las peticiones del interesado para que no se sancionen causas injustificadas o alejadas de el hecho.

La relación de causalidad es una consecuencia nacida de hechos conocidos, que saca el hombre y que sirve junto con los hechos probados, para fundamentar un derecho legítimo, el de la indemnización. El derecho no se prueba, se aplica por el juez; se prueban los hechos y actos jurídicos, como los contratos.

Con esto vemos que en el caso de los Fideicomisos, al estar las obligaciones estipuladas en el contrato e incluso las extracontractuales, se debe ver los hechos que genera el acto culposo, es decir, se debe analizar si las actuaciones de la Fiduciaria por actos culposos tiene los elementos de conexión para se sancionada. Porque en el caso de que fuera sancionada la Fiduciaria, habría que probar que los hechos que realiza la misma afectan al patrimonio autónomo en el caso de los fideicomisos en garantía, estos hechos generarán daños porque entra de una forma pero si al momento del reclamo el Patrimonio Autónomo por falta de diligencia del la Fiduciaria es menoscabada nace una imposibilidad de cumplir con el objeto del fideicomiso, lo cual conlleva a responsabilizarla por la ley.

#### **4.2. Consideraciones generales sobre la responsabilidad civil y las obligaciones de Medio.**

La responsabilidad civil, se reduce a la reparación de un daño que una persona causa a otra por un equivalente económico. Porque si obra ilícitamente,

---

<sup>77</sup> CFR, DURÁN TRUJILLO RAFAEL, *NOCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (CONTRACTUAL Y DELICTUOSA)*, EDIT. TEMIS, BOGOTÁ 1957. P. 291

contra el orden público y las buenas costumbres, tiene la obligación de reparar el mismo.

La responsabilidad civil puede devenir de un contrato o extracontractualmente, siendo las primeras cuando la violación es causada por violar una obligación preestablecida en un contrato o una declaración de voluntad. Las segundas, cuando se viola una Norma Jurídica, la misma puede ser un delictual o penal si la acción está tipificada como tal y no dolosa cuando es por una falta involuntaria.

#### **4.2.1. Obligaciones de Medio.**

Se diferencian de las obligaciones de las de resultado. Tiene una forma específica de determinar la responsabilidad

Cuando hay normas o un contrato de las cuales nace la obligación, sea de dar, hacer o no hacer algo, se considera de resultado. Como ejemplo puede darse cuando una persona se compromete a llevar una bien a un determinado lugar y no lo logra, se le demanda porque no cumplió con el resultado contratado, la única forma de excepcionarse sería si se produjo caso fortuito o fuerza mayor.

Mientras que en los casos en que las normas o por el contrato obligan a una parte a actuar con profesionalismo y diligencia se considera de medios.

De igual que en el caso anterior ponemos como ejemplo a las fiduciarias donde en la encomienda de sus gestiones no pueden garantizar un resultado pero si poner todo su conocimiento y diligencia, para actuar de forma prudente. En este caso la carga de la prueba la tiene la víctima, la que demanda el mal cumplimiento por negligencia y falta de prudencia en el manejo de sus obligaciones

En el caso de estas obligaciones en cuanto la prueba de la responsabilidad civil, es más complicada, porque como no se debe solo probar que no se logró el resultado, también debe probar que lo hubiese logrado si actuaba de manera diligente.

El objetivo principal de la responsabilidad civil es procurar que se repare el daño con relación al patrimonio para que el mismo se restablezca al momento anterior de sufrir el daño. De esta manera la prevención es lo que busca la actuación prudente de las partes, para evitar sanciones.

. El objetivo principal de la responsabilidad civil es procurar la reparación, que consiste en restablecer el equilibrio que existía entre el patrimonio del autor del daño y el patrimonio de la víctima antes de sufrir el perjuicio. La responsabilidad civil posee un aspecto preventivo, que lleva a los ciudadanos a actuar con prudencia para evitar comprometer su responsabilidad; y un aspecto punitivo, de pena privada.

Al ser las obligaciones del fiduciario de medios, porque por mandato legal se le prohíbe al fiduciario garantizar un resultado (Artículo 105 literal d de la Ley de Mercado de Valores), el mismo únicamente puede poner toda su diligencia, conocimientos y profesionalismo, para alcanzar el fin del Fideicomiso establecido en el contrato constitutivo.

Como bien disponen CLAUDIO M. KIPER Y SILVIO V. LISOPRAWSKI<sup>78</sup> Es de anotar que existe obligaciones del fiduciario que no son de medios, como son las obligaciones instrumentales y accesorias que son evidentemente de resultado, como es la inscripción en el registro de propiedad, como por ejemplo cuando haya un bien inmueble como Patrimonio Autónomo, como también hacer cuentas, hacer inventario, mantener separado los bienes del patrimonio autónomo con los propios, etc.

### **4.3. Culpa Leve en materia de preservación de patrimonio**

Siguiendo SILVIO VÍCTOR LISOPRAWSKI<sup>79</sup>, en cuanto al a culpa del Fiduciario se desprenden elementos que han sido recogidos a lo largo de esta Tesina de los cuales tenemos los siguientes.

Como elemento de partida, vemos que a la culpa implica, negligencia, imprudencia falta de profesionalismo y precaución, respondiendo por daños provocados por descuido, apuro, es decir, sin intención. Se deviene la culpa porque si se hubiese actuado con prevención y diligencia lo mismo pudiese preverse

---

<sup>78</sup> CFR, C. KIPER Y S. LISOPRAWSKI, *OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO*, EDICIONES DESALMA, BUENOS AIRES, 1999.P 106

<sup>79</sup>CFR, LISOPRAWSKI VICTO SILVIO, XIV CONGRESO LATINOAMERICANO DEL FIDEICOMISO, RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO, QUITO-ECUADOR, OCTUBRE 20, 21 Y 22 DEL 2004.

tomando las precauciones necesarias para evitar el daño. Se diferencia del dolo porque no hay actuación maliciosa.

La previsibilidad es mayor para las personas que por sus funciones cumplen un papel predominante en la Sociedad y por lo mismo deben tener mayor diligencia. Si no existe previsibilidad del daño no puede haber culpa, debe ser concretamente con él que hizo el daño.

La culpa se presenta como negligencia si se omite las diligencias que exige la obligación en su parte esencial correspondiendo a un tiempo y lugar. Imprudencia por hacer algo que no le corresponde e impericia cuando no se conoce sobre el tema.

En este punto al ser en el Ecuador, fiduciarias, personas jurídicas que tienen como razón social el administrar fideicomisos, se entiende que tienen un grado de profesionalidad especializado.

“Su particular conocimiento de los negocios que ofrecen a un mercado, los obliga a actuar con un cuidado excepcional, por cuando de por medio está el **expertise** con el cual asume, en forma competente, las prestación de servicios”<sup>80</sup> (El resultado es nuestro).

Compartiendo la dispuesto por SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO<sup>81</sup>,

En cuanto a las entidades fiduciarias debe denotarse un grado alto de profesionalismo, porque cuentan con numerosos empleados, que para que tengan el lugar dentro de la fiduciaria, deben demostrar conocimiento del tema. Las personas que contratan con la fiduciaria son atraídas por la capacidad y prestigio de la institución, tomando en cuenta que si la fiduciaria acepta el encargo, esta en capacidades de llevarlo a cabo. En este sentido se podrá decir que el fiduciario responde hasta por culpa leve. Porque actúa como lo haría un buen padre de familia o un buen profesional, de la misma manera que haría un profesional diligente en su posición.

---

<sup>80</sup> RODRÍGUEZ AZUERO SERGIO, *LA RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO*, 1ERA EDICIÓN, BIBLIOTECA JURÍDICA DIKE, EDICIONES ROSARISTAS, MEDELLÍN-COLOMBIA, 1997. P 46.

<sup>81</sup> CFR. S. RODRÍGUEZ AZUERO, *LA RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO*, 1ERA EDICIÓN, BIBLIOTECA JURÍDICA DIKE, EDICIONES ROSARISTAS, MEDELLÍN-COLOMBIA, 1997. PP.47-48

Pero en el caso de los beneficiarios adherentes que se unen a un determinado fideicomiso ya creado, la responsabilidad debe ser mayor, es decir, levísima, porque se le ofrece un producto ya diseñado. El mismo que es atraído por el nivel profesional del fiduciario porque lo considera un experto.

### **4.3.1 Principios.**

A los fiduciarios se les aplica los principios generales de la responsabilidad civil. El mismo es responsable de todo daño ocasionado al fiduciante o al beneficiario por la culpa de este exceptuando caso fortuito o fuerza mayor.

Hay dos tipos de responsabilidad, la extracontractual, donde se responde por las consecuencias mediatas e inmediatas abarcando las causales. Contractuales, donde se responde sobre las inmediatas y necesarias pudiendo llegar a las mediatas si fue por comportamiento maliciosos.

### **4.3.2 Naturaleza de la responsabilidad del Fiduciario.**

La atribución de culpa hacia el fiduciario es subjetiva, ya que la responsabilidad recae en determinar si la actitud del mismo es por negligencia, ligereza o ignorancia de lo que debe conocer necesariamente como Administrador Fiduciario (justamente se contrata con determinada fiduciaria al ser negocios de confianza se asume su experticia en estos temas)

Justamente falta de profesionalismo y diligencia, se pueda dar tanto en actos de acción como de omisión, porque si el Fiduciario “incurra en la omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación, ya sea por impericia, imprudencia o negligencia, faltará a su obligación y será culpable”<sup>82</sup>.

Para que el Fiduciario sea imputable la obligación de reparar el daño debe el mismo haberlo causado.

---

<sup>82</sup> IBÍD..DIAPOSITIVA NO. 8

### 4.3.3. Modelos de Conducta

Este modelo sirve para determinar la responsabilidad del Fiduciario.

El modelo de conducta del Fiduciario al responder por Culpa Leve, serían las que tiene un buen padre de familia en los negocios, por tener que responder por obligaciones de medio y no de resultado.

Dentro de la Ley de Mercado de Valores, se establece en el Art. 125 establece que la manera de actuar es de manera diligente y profesional.

La imposición de estos modelos de conducta implica, que el fiduciario, debe actuar con la prudencia establecida, que es la de diligencia y profesionalismo.

Con esto se establece la naturaleza de los Fideicomisos, que son negocios de confianza, para establecer las reglas claras del juego para el momento de contratar (lo mismo no es necesariamente así porque es subjetivo el análisis no hay patrones mínimos porque el del buen padre de familia es muy amplio)

Impone un análisis más riguroso de la culpa del fiduciario: este debe responder por culpa grave y leve. Es opinable si también abarca la levísima. Por el hecho de que existe diligencia y profesionalismo, como presupone la misma, peor como en la doctrina se desprende lo mismo es solo cuando hay un beneficio de una sola de las partes.

Los diferentes modelos de conducta que se pueden ver son:

- El buen hombre de negocios. Mediante este presupuesto se deben conocer las reglas, costumbres, prácticas y métodos propios del tipo de negocios se comprometió a realizar, el mismo debe alcanzarlos con previsión y diligencia. Si el Fiduciario se equivoca por mala práctica es culpable, porque responde por errores que objetivamente no se le pueden presentar a un experto.

-El buen padre de familia, este concepto es insuficiente porque no hay objetividad como en el anterior caso, de cual es la responsabilidad del buen padre de familia en negocios de confianza que son los Fideicomisos.



-Apreciación de la culpa por el Modelo Abstracto<sup>83</sup>. “En este sentido se debe tomar en cuenta la posibilidad de consulta o obtener asesoramiento en operaciones más complejas y riesgosas, el tiempo histórico, la coyuntura, y el componente psicológico que supone la prestación, en si misma y enmarcada en el contexto general”<sup>84</sup>.

La confianza se mide por la condición especial de los funcionarios, justamente el Fideicomiso es un contrato que por ley se supone la confianza. Por lo mismo se exige una mayor responsabilidad, espacialmente por la condición de la Fiduciaria por su renombre y preponderancia en el Mercado en el cual se desenvuelve.

De esto se desprende la concepción del Fiduciario profesional, porque la ser la Fiduciarias entes autorizadas por el Estado, el mismo exige que los que manejen los negocios sean profesionales, tiene que las mismas deben tener un conocimiento técnico y practico por lo mismo hay un costo oneroso.

La confianza de los que contratan con determinada Fiduciaria se basa en el renombre de la misma, por lo mismo los jueces al determinar el grado profesional debe tener en cuenta el renombre al momento en que se pacto su servicio.

#### **4.3.4. Bienes con los que responden los Fiduciarios.**

Hay separación de los bienes con los cuales responde el Fiduciario, respecto del que adquiere con el Fideicomiso en este caso el Fiduciario tiene dos patrimonios. “En virtud de dicha separación los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario, los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos Responsabilidad del Fiduciario frente al Fiduciante o al Beneficiario: recaerá sobre su propio patrimonio y no sobre el fideicomitado.”<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> CFR, S. LISOPRAWKI, XIV CONGRESO LATINOAMERICANO DEL FIDEICOMISO, *RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO*, QUITO-ECUADOR, OCTUBRE 20, 21 Y 22 DEL 2004. DIAPOSITIVA NO.18

<sup>84</sup> LISOPRAWKI VICTO SILVIO, XIV CONGRESO LATINOAMERICANO DEL FIDEICOMISO, *RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO*, QUITO-ECUADOR, OCTUBRE 20, 21 Y 22 DEL 2004. DIAPOSITIVA NO.18

<sup>85</sup> IBÍD. DIAPOSITIVA NO. 34

**V. REVISIÓN CRÍTICA Y APLICACIÓN PRÁCTICA.**

A lo largo de esta Tesina, comenzando por la definición etimológica de lo que es un Fideicomiso, reconoce que es un contrato por el cual la Confianza es el elemento principal de este tipo de Negocio Jurídico.

En cuanto a lo que es un fideicomiso en garantía, lo fundamental de este tipo de Negocio Fiduciario es el respaldo de las obligaciones que contraiga el fiduciante con terceros, para lo mismo se constituye el patrimonio autónomo para garantizar las obligaciones del mismo, por esto, está destinado en un contrato constitutivo para conseguir un fin por el cual se celebra el Negocio Fiduciario, que en el fideicomiso de garantía será de garantizar las obligaciones constituidas por el fiduciante. (Art. 17 numeral 1 del Reglamento de Negocios Fiduciarios)

Si bien, dentro del fideicomiso en garantía se establece en el contrato constitutivo las facultades y obligaciones a la cual se sujetan las partes, éstas no son contrarias y excluyentes del Orden Público, es más en los contratos de Fideicomiso Mercantil se estipula que además de las obligaciones en el mismo estipuladas, se deberán tener en cuenta la Ley aplicable para el tema.

Es claro que el artículo 1562 del Código Civil, presume la buena fe de los contratantes, como bien dice el artículo, no solo obliga a lo que las partes pacten en el contrato, sino a todo lo que emana de la naturaleza de la obligación. Siguiendo lo dicho en el Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores, se observa que la consideración que da el cuerpo legal mencionado a los contratos de fideicomiso mercantil, es la de transferir de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles, para que la fiduciaria en su calidad de representante legal cumplan con las finalidades especificadas en el contrato constitutivo.

Es preciso determinar que la naturaleza del negocio fiduciario es la confianza, en virtud de la misma una persona entrega al fiduciario determinados bienes para que cumplan finalidades específicas.

Teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones de las fiduciarias esta la de administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos en fideicomiso mercantil, atribuyéndole la capacidad de celebrar todos los contratos para la consecución de las finalidades instituidas por el constituyente. (Artículo 103 literal a de la Ley de Mercado de Valores).

Denotando la intención que da el legislador de corresponder a la confianza, elemento principal, reflejada en las actitudes que debe tener para reforzar este encargo que hace el fiduciante, porque busca obtener del fiduciario una administración prudente que le permita alcanzar el objetivo pretendido en el contrato constitutivo.

Con esto vemos que la normativa gira alrededor de garantizar que el fiduciario cumpla con la finalidad encomendada en el contrato constitutivos, ya que, justamente para eso contrata sus servicios, además de ser una entidad que es escogida por el constituyente que de entre muchas selecciona por la seriedad y prestigio a una determinada fiduciaria en pro de cumplir el fin querido por el mismo. Reflejando una vez más la confianza elemento esencial del Fideicomiso, por lo mismo el Reglamento de Negocios Fiduciarios en su artículo 1, resalta que la confianza es un acto por el cual se constituye dicho contrato.

Ahora bien en la práctica hay que ver hasta donde llegan las acciones del fiduciario en cuanto la conservación del Patrimonio Autónomo, en el cual refleja el interés máximo para la satisfacer las obligaciones contraídas por el fiduciante en los fideicomisos en garantía, para lo mismo tenemos que analizar hasta que punto llega la responsabilidad del fiduciario en la consecución del fin estipulado en el contrato constitutivo.

Si bien en el contrato constitutivo se ponen los lineamientos de acción de las partes, la ley, igualmente los regula y limita, también es preciso decir, que en los mismo contratos constitutos, se dispone que además de las consideraciones y parámetros por mera autonomía de voluntad, se tomará en cuenta lo dispuesto en la Ley de Mercado de Valores y sus normativa conexas.

Cabe recalcar, que los bienes fideicomitidos dentro del fideicomiso en garantía tienen la función de garantizar las obligaciones contraídas por el fiduciante. Por lo mismo según se desprendió de lo visto en el punto 2.5.7 de esta Tesina, el patrimonio autónomo debe ser evaluado diligentemente, porque es con él lo que se garantizara las obligaciones contraídas.

En este punto la Doctrina XII, de la Intendencia de Mercado de Valores Vemos como si bien el Artículo 10 del reglamento sobre negocios fiduciarios faculta las fiduciarias a verificar la valoración de los bienes fideicomitidos, esta facultad no le exime de responsabilidad por no hacerlo.

Justamente partiendo del elemento fundamental de este tipo de Negocios Fiduciarios que es la confianza, el artículo 103 literal a) de la Ley de Mercado de Valores, resalta la administración prudente y diligente de los bienes transferidos en fideicomiso mercantil, también enfatiza la capacidad de la fiduciaria de celebrar todos los actos y contratos necesarios para conseguir el fin instituidas por el constituyente. Concordando con esto el artículo 125 del mismo cuerpo legal, donde se determina la responsabilidad de actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir las instrucciones del fiduciante pretendidas.

Por esto no se podrán estipular dentro de los contratos cláusulas inequitativas o ilegales, tales como aquellas que disminuyan las obligaciones impuestas al fiduciario, como son las que le exoneran de responsabilidad. (Artículo 120 numeral 2 literal a) de la Ley de Mercado de Valores).

El artículo 10 en su tercer inciso, del Reglamento de Negocios Fiduciarios, estipula que en el caso de bienes muebles o inmuebles, la valoración de estos bienes transferidos al patrimonio autónomo será realizada por los constituyentes. Pero dentro de ese mismo artículo determina la facultad de las fiduciarias de verificar dicha valoración.

Porque de esto depende en el fideicomiso mercantil de garantía que se garantice las obligaciones contraídas por el fiduciante y como protección para los terceros.

Por lo mismo la Intendencia de Mercado de Valores en su Doctrina XII dispone el siguiente criterio.

La Sociedad Administradora de Fondos por ser una entidad especializada en el manejo de los negocios fiduciarios a ella encomendados, por su condición de profesional en la gestión fiduciaria, se presume que posee todos los conocimientos y habilidades superiores a las del hombre medio; razón fundamental para la celebración del contrato de fideicomiso mercantil, que es por esencia un contrato de confianza que exige y acentúa la responsabilidad del fiduciario. Si bien, éste, debe cumplir estrictamente con las instrucciones establecidas por el constituyente en el contrato, fundamentalmente.

Demostrando que se debe impulsar que las fiduciarias no solo se conformen con el avalúo que haga el constituyente, sino, que ellas deben hacer su propio avalúo o se cercioren de manera diligente para que puedan cumplir con la finalidad del fideicomiso en garantía, es decir, efectivamente se garanticen las obligaciones contraídas por el constituyente.

Como un ejemplo hipotético, podríamos ver la necesidad de la fiduciaria de verificar y avaluar profesionalmente y garantizar efectivamente el Patrimonio Autónomo, que pueden ser facturas por cobrar dentro de un fideicomiso en garantía.

La fiduciaria en su actuar profesional no debe solo verificar que existan físicamente las facturas, sino que mediante informes comprobados, dejar por escrito que las mismas están no solo bien hechas, también que efectivamente pueden cobrar los dicho en las mismas, ya que, de su soporte económico real, dependerá que las obligaciones contraídas por el constituyente tengan un soporte económico con terceros, que por venir dicho soporte de una persona jurídica que se dedica al negocio, tiene no solo el profesionalismo, sino la diligencia necesaria para cumplir con el fin de dicho fideicomiso en garantía.

Otro ejemplo que se me ocurre es en caso de que igualmente en un fideicomiso en garantía se disponga como patrimonio autónomo un inmueble con un determinado valor, el mismo que en transcurso del fideicomiso, tiene la posibilidad de ser invadido, porque el mismo no tiene una cerca o algún elemento disuasivo de este hecho y si bien en el contrato no se estipule literalmente que el

fideicomiso debe realizar tales acciones cautelares para evitar la invasión, a mi modo de pensar si debe hacerlas. Porque aunque no se estipule expresamente en el contrato constitutivo, las mismas acciones que velan el cumplimiento del fin del fideicomiso y el actuar diligente y profesionalmente de la fiduciaria, sin menoscabar el patrimonio autónomo. Esto está regulado por las leyes que se incorporan por estar vigentes al momento de celebrar el fideicomiso. Siguiendo lo dicho no solo por el hecho de lo dispuesto en el Art. 7 numeral 18 del Código Civil, sino porque en los contratos constitutivos expresamente se estipula incorporadas las normas de la Ley de Mercado de Valores y su reglamento dentro de sus cláusulas, que son las leyes aplicables en el tema.

Se establece el actuar prudente y diligente de la fiduciaria para alcanzar los fines establecidos en el contrato constitutivo que en el caso de los fideicomisos en garantía, es garantizar las obligaciones contraídas por el constituyente. Si el inmueble tiene un determinado valor es sobre este en el que él constituyente se apoyara para contraer obligaciones y sobre el monto del mismo, pero sin sufrir un deterioro no cubrirá el valor con el cual se constituyó. Por lo mismo no cumpliría el fin para el cual se celebró el contrato de Fideicomiso Mercantil de Garantía.

Siguiendo el Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores, dispone el fiel cumplimiento de las estipulaciones contractuales, en pro de la conservación del Patrimonio Autónomo, pero en su contenido resalta únicamente el cumplimiento de lo dispuesto en el contrato, pero como anotamos, dentro de los contratos constitutivos incorporan a la ley para determinar sus funciones y alcances.

El artículo 103 de la Ley de Mercado de Valores faculta a la fiduciaria a celebrar cualquier tipo de contrato o actos necesarios para la conservación del Patrimonio Autónomo, entre ellos puede ser el de protección del inmueble, o en su caso informar el particular con informes comprobados del particular a la Superintendencia de Compañías, porque siguiendo el artículo 130 de la Ley de Mercado de Valores, situaciones como una invasión del inmueble fideicomitado que garantiza la finalidad del fideicomiso en garantía, es una afectación importante y que

impiden el normal desarrollo del negocio fiduciario. Siendo este un actuar diligente y profesional estipulado en el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores.

Además como dispone el Artículo 119 de la Ley de Mercado de Valores, al ser titular legal del dominio. Puede intervenir en toda clase de proceso legal, para la protección de los bienes fideicomitidos

Éstas son las consideraciones que deben tener las fiduciarias para que su actuar encaminado a garantizar la confianza esencial dentro de los Fideicomisos en garantía se apegue a la ley.

Hay una discordia en el entendimiento de esto por parte de las Fiduciarias, ya que al ser subjetivo el proceder diligente y profesionalmente cada parte interpreta de diferente manera. Pero mi interpretación es la presentada.

Como argumento final citaré la cláusula de defensa del Patrimonio establecida en la Escritura Pública del fideicomiso Interibis <sup>86</sup>

“EL FIDUCIARIO será responsable de los daños y perjuicios que causare al CONSTITUYENTE, si no pusiere oportunamente en su conocimiento la notificación, emplazamiento, citación, requerimiento o interpelación, para encarar la adecuada defensa del patrimonio del fideicomiso. Sin embargo, si el cumplimiento de los fines del fideicomiso requiere la realización de actos urgentes de conservación, defensa jurídica o material del patrimonio del fideicomiso y no se pudiera obtener las instrucciones del CONSTITUYENTE, el FIDUCIARIO deberá actuar a discreción, siempre conforme a las sanas prácticas fiduciarias, con la diligencia de un buen padre de familia, según el Código Civil, sin perjuicio de la obligación que tiene el CONSTITUYENTE de designar, a la brevedad posible la persona a quien habrá de otorgar poder para la defensa del fideicomiso. En este caso el FIDUCIARIO podrá repetir en contra del CONSTITUYENTE los gastos ocasionados por los actos señalados en este inciso.

---

<sup>86</sup> NOTARIA VIGÉSIMO TERCERA, ESCRITURA DE FIDEICOMISO MERCANTIL EN GARANTÍA, ADMINISTRACIÓN Y PAGOS, OTORGADO POR INTERIBIS COMPAÑÍA LIMITADA, A FAVOR DE PRODUFONDOS SOCIEDAD ANÓNIMA, 6 DE ABRIL DEL 2001, DÉCIMA COPIA CERTIFICADA



**CONCLUSIONES.**

Al terminar con la Tesina, cabe responder a la hipótesis formulada al inicio de mi trabajo,

***”Responde el fiduciario frente al deterioro de los bienes fideicomitidos cuando una obligación de conservación no esta expresamente en las cláusulas del contrato constitutivo del fideicomiso en garantía?”***

La respuesta para la misma, es sí.

La naturaleza del fideicomiso es la confianza, por lo mismo son contratos intuitu personae, por que se constituyen tomando en consideración las cualidades individuales de la persona a la cual el constituyente concede la confianza en al real ejecución del contrato.

Este tipo de negocio fiduciario impuro, por estar regulado por el legislador, tiene parámetros para el accionar del fiduciario, para que el mismo logre el fin establecido en el contrato constitutivo.

Para lo mismo constituye un Patrimonio Autónomo en el cual transfiere un bien para que bajo normas establecidas en el contrato constitutivo y la ley respondan al fin querido por el fiduciante. Teniendo este último medidas para que se ejecute el fin por parte de le fiduciaria, de manera diligente y profesional.

Vemos la diferencia que hay entre el encargo fiduciario y el Fideicomiso Mercantil, porque si bien en las dos hay una administración en el último, hay un transferencia de dominio, para que con esos bienes se puedan alcanzar el fin pretendido de manera temporal e irrevocable. Pero esta transferencia es debidamente regulada y no es únicamente realizada por la confianza, protegiendo a las partes intervinientes del Negocio Fiduciario. Restringiendo el derecho de propiedad del fiduciario y evitando confusión con el patrimonio del mismo para que busque el fin determinado. Bajo derechos contractuales son exigibles a las partes.

El constituyente, el fiduciario y beneficiario giran alrededor del Patrimonio Autónomo. Siendo un elemento muy importante, el objetivo del mismo, que es garantizar las obligaciones contraídas por el constituyente en el Fideicomiso de Garantía, por lo mismo el fiduciario debe emplear todos sus conocimientos, diligencias y profesionalismo para alcanzar con el fin pretendido, todo estipulado en el contrato constitutivo y la ley.

Las obligaciones que tienen la fiduciaria específicamente en relación al fideicomiso de garantía, partiendo del principio autonomía de voluntad, el mismo que es regulado y limitado por el Orden Público, por lo mismo por más que no se determine una forma de actuación del fiduciario en el contrato constitutivo, si dicha actuación está contemplada en la ley, la misma debe ser tomada en cuenta y su incumplimiento ocasiona responsabilidad por parte del fiduciario

Las obligaciones de medio y no de resultado en materia de fideicomisos en garantía, observando como se aplican y como se prueba la falta de observancia de este tipo de obligaciones, donde si bien no se garantiza un resultado, se debe velar por el cumplimiento de los medios de manera prudente y diligente, que esta contemplado en el Art. 125 de la Ley de Mercado de Valores. Cabe recalcar que hay algunas obligaciones accesorias dentro de los Fideicomisos que pueden ser de resultado, como por ejemplo, el inscribir el bien si es un inmueble.

Teniendo claro cuales son las obligaciones primarias en los fideicomisos en garantía, vemos como recae la responsabilidad en el fiduciario en actos que perjudiquen al beneficiario y al fideicomiso en si. Hay que dejar claro que las obligaciones que

contrae las fiduciarias, para que no tengan responsabilidad civil, deben emplear todos los medios necesarios para que se deje constancia que se obró de manera profesional y diligente, de esa manera se logrará dentro de su responsabilidad leve dejar claro que puso todo el esfuerzo y medios necesarios para alcanzar el objetivo del contrato constitutivo.

También se estudia, el nivel de culpa que tiene el mismo que es leve, por mandato legal, se estructura viendo cuales son los principios rectores del mismo y por lo tanto porque es responsable el fiduciario cuando no cumple con las obligaciones de medio creando un perjuicio al fiduciante y a los beneficiarios. Y por lo tanto cuales son los bienes con los que responde el fiduciario, que si se demuestra la negligencia del mismo, al ser un patrimonio autónomo el que administra no responde por estos, sino con los bienes propios del fiduciario, para resarcir su mala negligencia y falta de profesionalismo.

Las mismas que son las que debe tener un buen padre de familia en la administración de los negocios y los hombres ordinarios en la gestión de sus propios negocios, tomando en cuenta el nivel de profesionalismo y reconocimiento de los fiduciarios, razón por la cual el constituyente busca sus servicios. Y al ser personas jurídicas que se dedican a la administración de fondos y fideicomisos, se entiende que el nivel de profesionalismo es alto y como conllevan contraprestaciones para las partes, reciben un beneficio mutuo.

Finalmente vemos que el la práctica como debe entenderse al fideicomiso en garantía, aclarando que los fiduciarios deben responder por acciones que si bien no están previstas en el contrato constitutivo, generan perjuicio al patrimonio autónomo. Porque si bien no están expresados textualmente al ser el fideicomiso de garantía un Negocio Jurídico por el cual el constituyente contrata los servicios de una determinada persona jurídica, porque, confía que ella responda con el fin establecido en el contrato constitutivo, estas acciones las regula la Ley de Mercado de Valores y sus reglamentos, definiendo la naturaleza de Fideicomiso y especialmente la Modalidad del Fideicomiso en garantía, regula cuales son las formas de accionar de la fiduciaria para que su gestión sea de manera profesional y diligente, especialmente responda a la obligación de medios. En esta obligación de medios, las

fiduciarias deben realizar todo tipo de actos y contratos en pro de cumplir con la finalidad prevista en el contrato constitutivo protegiendo el patrimonio autónomo. Por lo mismo si un determinado acto que no esta literalmente señalado en el contrato constitutivo, obliga a la fiduciaria a que realice todo lo que esta a sus manos como gestor profesional de fideicomisos para que obtenga la finalidad establecida en el contrato de fideicomiso. Para lo mismo si hace todo de la manera más diligentemente posible y aun así no se logra la finalidad el mismo no tiene responsabilidad alguna, porque de eso se trata las obligaciones de medios. Pero esto debe tener suficiente valor probatorio, emitiendo informes comprobados y si ve que el Patrimonio Autónomo esta en eminente peligro, informar al constituyente mediante documentos respaldados de los percances y si puede efectuar la fiduciaria actos para frenar dichos percances, realizarlos pudiendo repetir su actuar en contra del constituyente.

De esta manera demuestra su profesionalismo y diligencia, haciendo todo lo que este a su mano e informando a las autoridades competentes de los hechos que puedan perjudicar al fideicomiso para que de esta manera se deslinde de responsabilidad por su actuar, cumpliendo con la administración del fideicomiso de manera satisfactoria.

Por lo mismo la facultad que tiene el administrador fiduciario de mantener el patrimonio autónomo en excelentes condiciones, porque con este debe responder a las obligaciones que contraiga el constituyente y por los montos que pueda cubrir el patrimonio autónomo, puede irse más allá de lo que se estipula en el contrato constitutivo realizando todas las medidas conservatorias de los bienes fideicomitados. Esta obligación del fiduciario esta establecida en la ley, por lo mismo si no lo hace responde hasta por culpa leve.

Porque si el fiduciario no realiza su gestión diligentemente además de tener responsabilidad civil, perjudica enormemente no solo al constituyente sino al beneficiario si así lo hubiese en las actividades económicas de los mismos, este perjuicio se ve reflejado en el hecho de que no van a poder garantizar realmente las obligaciones contraídas y derechos generados según correspondan.

**BIBLIOGRAFIA**

- GARCADIEGO BAUCHE MARIO, *OPERACIONES BANCARIAS, ACTIVAS, PASIVAS Y COMPLEMENTARIAS*, CUARTA EDICIÓN, EDITORIAL PORRÚA S.A., MÉXICO, 1981
- BEDFORD NORTON M. *ADMINISTRACIÓN CONTABLE Y FINANCIERA DE LA EMPRESA*, TOMO 5, EDITORIAL, HISPANO EUROPEA, BARCELONA-ESPAÑA, 1976.
- CARREGAL ALBERTO MARIO, *EL FIDEICOMISO*, EDITORIAL UNIVERSIDAD, BUENOS AIRES, 1982.
- CERVANTES PAÚL, *TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO*, EDITORIAL HERRERO S.A., MÉXICO-1979
- GUTIÉRREZ GAVIRIA ENRIQUE, *LECCIONES DE DERECHO COMERCIAL*, SEGUNDA EDICIÓN, BIBLIOTECA JURÍDICA DIKE, 1987.
- LEAL DÍAZ HIDELBRANDO, *CONTRATOS BANCARIOS*, EDICIONES LIBRERÍA PROFESIONAL, BOGOTÁ-1990.
- ROCA LÓPEZ, *SERVICIOS FIDUCIARIOS Y BANCA DE INVERSIÓN*, BOGOTÁ-1988.
- FLORES MARTÍNEZ MIGUEL, *DERECHO MERCANTIL MEXICANO*, EDITORIAL PAX, MÉXICO-1980.
- MUÑOZ LUÍS, *CONTRATOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS FINANCIEROS*, TOMO II, EDITORIAL UNIVERSIDAD, BUENOS AIRES-1981.
- MUÑOZ LUÍS, *EL FIDEICOMISO*, SEGUNDA EDICIÓN, MÉXICO-1980.
- RENGIFO RAMIRO, *LA FIDUCIA*, LEGISLACIÓN NACIONAL Y DERECHO COMPARADO, BOGOTÁ-1984
- BOLLINI SHAW-BONEO VILLEGAS, *MANUAL PARA OPERACIONES BANCARIAS Y FINANCIERAS*, SEGUNDA EDICIÓN, BUENOS AIRES-1981
- RODRÍGUEZ AZUERO SERGIO, *CONTRATOS BANCARIOS SU SIGNIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA*, QUINTA EDICIÓN, EDITORIAL LEGIS, BOGOTÁ , 2002

- GUTIÉRREZ, PEDRO FEDERICO, *LOS FIDEICOMISOS Y LAS OBLIGACIONES NEGOCIABLES*, EDICIONES JURÍDICAS CUYO, MENDOZA, ARGENTINA, 1998.
- LASCALA JORGE HUGO, ETCHEGARAY, NATALO, PROL, *PRÁCTICA DEL FIDEICOMISO. PARTES. ESTRUCTURA. OBJETO. PLAZO Y CONDICIÓN. PACTO DE FIDUCIA, EFECTOS. EXTINCIÓN. RESPONSABILIDAD. FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS Y FINANCIEROS. MODELOS DE CONTRATOS Y ESCRITURAS*. EDITORIAL ASTREA, BUENOS AIRES, 2003.
- RODRÍGUEZ AZUERO SERGIO, *LA RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO, LA CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE EL TRUST EL PROYECTO DE LEY FRANCESA SOBRE LA FIDUCIA*, PRIMERA EDICIÓN, BIBLIOTECA JURÍDICA DIKE, EDICIONES ROSARISTAS MEDELLÍN-COLOMBIA. 1997.
- PARRAGUEZ RUIZ LUÍS S. *MANUAL DE DERECHO CIVIL ECUATORIANO DERECHOS REALES, VOLUMEN I*, EDICIONES UTP, CUENCA-1999.
- ALBALADEJO MANUEL, *DERECHO CIVIL DERECHOS DE OBLIGACIONES, VOLUMEN SEGUNDO, LOS CONTRATOS EN PARTICULAR Y LAS OBLIGACIONES NO CONTRACTUALES*, EDITOR JOSÉ MARÍA BOSCH S.A. BARCELONA 1993.
- MAZEAUD-TUNC, *TRATADO DE LAS RESPONSABILIDAD CIVIL*, TOMO PRIMERO, VOLUMEN I, EDICIONES JURÍDICAS EUROPA-AMÉRICA, BUENOS AIRES. 1977
- OSPINA FERNÁNDEZ GUILLERMO, OSPINA ACOSTA EDUARDO, *TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y DEL NEGOCIO JURÍDICO*, SEXTA EDICIÓN, EDITORIAL TEMIS, BOGOTÁ-COLOMBIA. 2000
- TRUJILLO DURÁN RAFAEL, *NOCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL (CONTRACTUAL Y DELICTUOSA)*, EDITORIAL TEMIS, BOGOTÁ. 1957.
- CABANELLAS GUILLERMO, *DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, TOMO IV F-I*, 20ª EDICIÓN, EDIT. HELIESTA S.R.L, BUENOS AIRES.
- GALLEGOS BORJA RAMIRO, *LA FIDUCIARIA O FIDEICOMISO MERCANTIL Y LA TITULARIZACIÓN*, EDIT. JURÍDICA DEL ECUADOR. QUITO. 1995

- HIDALGO LÓPEZ LUIS, *RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS* (GLOSAS DE LA CONTRALORÍA), EDIT. PUDELECO, FORMATO ADOBE ACROBAT
- HAYZUS ROBERTO JORGE, *FIDEICOMISO*, 2DA EDICIÓN ACTUALIZADA, EDITORIAL ASTREA DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA, BUENOS AIRES, 2004
- KIPER M. CLAUDIO Y LISOPRAWSKY V. SILVIO, *OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO*, EDICIONES DEPALMA, BUENOS AIRES, 1999.
- DURÁN TRUJILLO RAFAEL, *NOCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL* (CONTRACTUAL Y DELICTUOSA), EDIT. TEMIS, BOGOTÁ. 1957
- *FIDEICOMISO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS*, LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS EN SU SEGUNDO ANIVERSARIO DE VIDA INSTITUCIONAL, QUITO, 1994
- LISOPRAWSKI VICTO SILVIO, XIV CONGRESO LATINOAMERICANO DEL FIDEICOMISO, *RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO*, QUITO-ECUADOR, OCTUBRE 20, 21 Y 22 DEL 2004
- [WWW.DERECHOECUADOR.COM](http://WWW.DERECHOECUADOR.COM)
- [www.supercias.gov.ec](http://www.supercias.gov.ec)



