



Universidad Del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

***“El Trust Anglosajón y el Fideicomiso
Mercantil ecuatoriano: Análisis comparativo
de estas herramientas en el ámbito del
desarrollo empresarial.”***

**Trabajo de Graduación previo a la obtención del título de
Abogado de los Tribunales de Justicia de la República**

Autor: Juan Martín Cordero Matovelle

Director: Dr. Santiago Jara Reyes

Cuenca – Ecuador

2017

Dedicatoria

A mi Madre, luchadora incansable quien, de la mano, con amor y sacrificio me enseñó a caminar derecho a través de la única verdad que existe, la vida.

Agradecimientos

A mi abuelita Graciela, padres y hermanos, quienes son el pilar de mi vida.

A mis compañeros Coquis, Ivanna, Gustavo, JJ, David, Andrés, Juanse y Anafernandinha quienes hicieron de la Universidad una época muy feliz.

A mi primo Felipe quien me introdujo al mundo del Derecho y de quien aprendo todos los días.

A Juan José Cobo, mi más viejo e incondicional amigo.

To Grahame Ward who as a father taught me that there is nothing I can't achieve.

A mi director de tesis y amigo Dr. Santiago Jara quien fue un apoyo constante durante la Universidad y en la realización de este trabajo de graduación.

Índice de Contenidos

Dedicatoria	ii
Agradecimientos	iii
Índice de Contenidos.....	iv
Índice de Ilustraciones y Cuadros	vii
Índice de Anexos	viii
Resumen.....	ix
Abstract	x
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1.- NOCIONES INTRODUCTORIAS SOBRE EL TRUST ANGLOSAJÓN Y EL FIDEICOMISO MERCANTIL ECUATORIANO.	3
1.1 ATECEDENTES HISTORICOS DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS.	3
1.1.1 Fiducia cum creditore contracta o fiducia de garantía.	6
1.1.2 Fiducia cum amico contracta o encargo en confianza.....	7
1.1.3 Del Trust Anglosajón. -	9
1.2 LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS Y SUS CARACTERÍSTICAS.	12
1.2.1 La confianza	16
1.2.2 Irrevocabilidad	18
1.2.3 Finalidad Específica.....	19
1.2.4 Temporalidad.....	21
1.3 CONCEPTUALIZACION DEL FIDEICOMISO MERCANTIL.	22
1.4 CONCEPTUALIZACION DEL TRUST ANGLOSAJÓN.	29
CAPITULO 2.- SITUACIÓN LEGAL DEL FIDEICOMISO MERCANTIL EN EL ECUADOR.	36
2.1 EVOLUCIÓN DEL FIDEICOMISO MERCANTIL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.	36
2.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO MERCANTIL.	38
2.3 ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS DEL FIDEICOMISO MERCANTIL COMO NEGOCIO JURÍDICO.....	43
2.3.1 Elementos Subjetivos del fideicomiso mercantil ecuatoriano:	43
2.3.2. Elementos Objetivos del Fideicomiso Mercantil Ecuatoriano:.....	50
2.4 PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL FIDEICOMISO MERCANTIL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.	52
2.4.1. Patrimonio Autónomo	52
2.4.2. Especialización del Fiduciario	54

2.5	FORMALIDADES EXIGIDAS AL FIDEICOMISO MERCANTIL.....	56
2.6	APLICACIONES USUALES DEL FIDEICOMISO MERCANTIL.	58
2.6.1	Fideicomiso de Garantía	60
2.6.2	Fideicomiso de Administración.....	62
2.6.3	Fideicomiso Inmobiliario.....	63
2.6.4	Fideicomiso de Inversión	65
2.6.5	Fideicomiso de Procesos de Titularización	66
2.7	RESTRICCIONES LEGALES IMPUESTAS AL FIDEICOMISO MERCANTIL EN EL ECUADOR FRENTE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.	67
2.7.1	Fideicomisos realizados en fraude a la ley.....	68
2.7.2	Fideicomisos realizados en pos de limitar el Derecho General de Prenda.....	69
2.7.3	Prohibición del Fideicomiso de Garantía para Vehículos	70
2.7.4	Prohibición Instituciones Financieras de actuar como Beneficiarios del Fideicomiso Mercantil de Garantía.....	71
CAPITULO 3.- EL TRUST ANGLOSAJÓN Y SU APLICACIÓN PARA EL DESARROLLO EMPRESARIAL.		73
3.1.	NATURALEZA JURÍDICA DEL TRUST.....	73
3.2.	ELEMENTOS DEL TRUST COMO NEGOCIO JURÍDICO.	76
3.2.1	Elementos subjetivos del trust como negocio jurídico.....	76
3.2.2	Elementos objetivos del trust como negocio jurídico	80
3.3.	PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL TRUST EN LA LEGISLACIÓN ANGLOSAJONA. 82	
3.3.1	Independencia del Patrimonio	84
3.3.2	<i>Trustee</i> como titular de bienes frente a terceros.....	84
3.3.3	Facultades administrativas y dispositivas del <i>trustee</i> sobre cuya utilización debe dar cuenta	85
3.4.	APLICACIONES USUALES DEL TRUST ANGLOSAJÓN.....	86
3.4.1	<i>Family Trust</i>	88
3.4.2	<i>Investment Trust</i>	90
CAPITULO 4.- ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE EL TRUST ANGLOSAJÓN Y EL FIDEICOMISO MERCANTIL EN EL ÁMBITO DE DESARROLLO EMPRESARIAL.		92
4.1.	DIFERENCIAS ENTRE EL TRUST ANGLOSAJÓN Y EL FIDEICOMISO MERCANTIL ECUATORIANO.	92
4.2	VENTAJAS DEL TRUST ANGLOSAJÓN EN RELACIÓN AL FIDEICOMISO MERCANTIL, EN CUANTO AL ÁMBITO DE ORGANIZACIÓN PATRIMONIAL Y DESARROLLO DE LA EMPRESA.....	100

4.2.1 En la Organización Patrimonial	103
4.2.2 En el Desarrollo Empresarial.....	109
4.3 ASPECTOS DEL TRUST, QUE PODRÍAN APORTAR AL DESARROLLO DE LA FIGURA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO MERCANTIL.....	111
4.3.1 Versatilidad del Fiduciario	113
4.3.2 Más autonomía de la voluntad menos control estatal.....	116
Conclusiones.....	118
Bibliografía	120
Anexo 1 Introducción Entrevista Empresarios Ecuador	123
Anexo 2 Entrevista Dr. Felipe Coello Cordero	124
Anexo 3 Entrevista Ing. Carlos Joaquín Moreno	126
Anexo 4 Entrevista Dr. Sergio Ramos Vázquez	128
Anexo 5 Entrevista Eco. María Paz Ugalde	130
Anexo 6 Introducción Entrevista Expertos Extranjeros Inglés	133
Anexo 7 Introducción Entrevista Expertos Extranjeros Español.....	135
Anexo 8 Entrevista Peter Schofield.....	136
Anexo 9 Entrevista Kyle Turner.....	138
Anexo 10 Entrevista David Rowlands	140
Anexo 11 Entrevista Michael McDonald.....	142

Índice de Ilustraciones y Cuadros

Figura 1	59
Figura 2	61
Figura 3	62
Figura 4	64
Figura 5	65
Figura 6	67
Figura 7	71
Figura 8	106

Índice de Anexos

Anexo 1 Introducción Entrevista Empresarios Ecuador	123
Anexo 2 Entrevista Dr. Felipe Coello Cordero	124
Anexo 3 Entrevista Ing. Carlos Joaquín Moreno	126
Anexo 4 Entrevista Dr. Sergio Ramos Vázquez	128
Anexo 5 Entrevista Eco. María Paz Ugalde	130
Anexo 6 Introducción Entrevista Expertos Extranjeros Inglés	133
Anexo 7 Introducción Entrevista Expertos Extranjeros Español.....	135
Anexo 8 Entrevista Peter Schofield.....	136
Anexo 9 Entrevista Kyle Turner.....	138
Anexo 10 Entrevista David Rowlands	140
Anexo 11 Entrevista Michael McDonald.....	142

Resumen

El presente trabajo busca conocer y analizar la figura del fideicomiso mercantil ecuatoriano y la del “Trust” anglosajón, comparando las aplicaciones de estas herramientas en el ámbito empresarial y poder de esta manera identificar que tan efectivo es el fideicomiso mercantil para el desarrollo económico de las empresas. Una vez se identifiquen las virtudes y falencias de la figura, se planteará la adaptación de las bondades del “trust” a la figura del fideicomiso mercantil ecuatoriano.

Palabras Clave: Trust; Fideicomiso Mercantil; Análisis Comparativo; Common Law; Equity; Civil Law Trust; Desarrollo Empresarial; Conservación Patrimonial.

Abstract

This work aimed to know and analyze the Ecuadorian mercantile trust, and the Anglo-Saxon "Trust" figures, comparing the applications of these tools in the business area, so as to identify how effective the mercantile trust is for the business economic development. Once the strengths and weaknesses of the mercantile trust figure were identified, the adaptation of the benefits of the trust to the Ecuadorian mercantile trust figure will be considered.

Keywords: trust; mercantile trust; comparative analysis; common law; equity; civil law trust; business development; heritage preservation.




Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

INTRODUCCIÓN

Estoy convencido que la libertad conlleva a la evolución de la sociedad y nos acerca más a la justicia. En mis años de estudio del Derecho tuve un interés particular por aquellas figuras jurídicas que tienen potencial para plasmar la autonomía de la voluntad sin restricciones ni limitaciones. Llegue a la conclusión que es el fideicomiso mercantil la figura que mayor potencial posee para materializar la voluntad de los contratantes, sin embargo, en los últimos años este amplio campo de acción se ha visto menoscabado por reformas que han limitado su vasto potencial. La razón de este trabajo de graduación es analizar la estructura, el funcionamiento y el alcance del fideicomiso mercantil y compararlo con el trust – figura similar, pero del sistema jurídico del *Common Law*- con la finalidad de identificar las bondades que tiene la una figura sobre la otra, y buscar que el fideicomiso mercantil ecuatoriano se desarrolle.

El trust una herramienta jurídica muy usada en países Angloamericanos, debido a ser una figura que permite gran libertad para plasmar la autonomía de la voluntad de quien la constituye, se puede decir que el espectro de acción es tan amplio como la del mismo contrato por las numerosas aplicaciones para las cuales se puede usar, muchas de ellas que permiten el desarrollo económico de la familia y de la empresa. El fideicomiso mercantil ecuatoriano es muy similar al trust en principio, tiene varias bondades y es versátil, pero no permite las mismas aplicaciones que este.

En base de esa premisa se busca conocer y analizar la figura del fideicomiso mercantil ecuatoriano y la del trust anglosajón, comparando los usos de estas herramientas en el ámbito empresarial y poder de esta manera identificar que tan optimo es el fideicomiso mercantil para el desarrollo empresarial, y de no serlo, distinguir cuales

son las virtudes del trust que se pueden aplicar al fideicomiso mercantil ecuatoriano para que este sea más útil para la sociedad y potencie el desarrollo económico del país.

El trabajo se encuentra dividido en cuatro capítulos; en ellos se tratarán temas referentes a las figuras jurídicas y su aplicación en el ámbito empresarial; el análisis comenzará en los inicios de las figuras y su evolución hasta la actualidad; el panorama legal del fideicomiso mercantil, así como, su naturaleza, características y otros aspectos importantes sobre el tema; también se estudiará el trust desde ese mismo enfoque, lo que nos permitirá entender a cada figura por separado e identificar sus similitudes y diferencias, como la aplicación de cada una de ellas en el ámbito empresarial; y finalmente, se realizará un análisis comparativo entre las dos figuras apoyándonos en entrevistas de expertos que nos ayuden a entender en la práctica el funcionamiento y aplicación real de cada herramienta.

En el caso de determinarse que existen cualidades que la figura del trust pueda aportar al fideicomiso mercantil ecuatoriano, identificaremos las más viables y beneficiosas y recomendaremos una reforma de la legislación ecuatoriana para que el fideicomiso mercantil pueda desarrollarse y a su vez fomente el desarrollo económico del país.

CAPÍTULO 1.- NOCIONES INTRODUCTORIAS SOBRE EL TRUST ANGLOSAJÓN Y EL FIDEICOMISO MERCANTIL ECUATORIANO.

1.1 ATECEDENTES HISTORICOS DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS.

Resulta imperioso que al inicio de este capítulo se dé a conocer la historia y el origen de las figuras jurídicas motivo de análisis de esta tesis de pregrado, lo que nos permitirá comprender posteriormente como fue su evolución histórica -tomando en cuenta que, tanto el fideicomiso mercantil, como el trust parten de un mismo fin o una misma necesidad social- pero como se va a ver en el desarrollo de este trabajo, cada una tiene diferente naturaleza, elementos y características.

Podemos afirmar que existen profundas diferencias entre el sistema de derecho anglosajón y el sistema de derecho romanista; pese a este hecho, muchas figuras jurídicas aplicables en la actualidad en ambos sistemas tuvieron un origen análogo. Es el caso del fideicomiso y el trust anglosajón; estos nacieron como una sola figura y, con el pasar de los años bifurcó en dos diferentes herramientas jurídicas que se adaptaron de a poco a las diferentes necesidades que poseía cada sociedad hasta convertirse en figuras que pese a tener similitudes, son herramientas disímiles.

En primer lugar, es importante referirse a la definición etimológica de la palabra “fideicomiso”, la misma viene del latín: *fideicommissum* que se compone de las palabras *fides* que significa fe y *commissus* que es comisión – destacamos que la palabra “trust” significa también confianza, lo que nos señala el núcleo común de las instituciones jurídicas desde su etimología-. El fideicomiso tiene origen durante la primera etapa de la antigua Roma, la monarquía, y se consolida en la época de la república, etapa en la cual fue regulado.

El nacimiento del fideicomiso es muy particular ya que fue un método usado principalmente para solventar algunos inconvenientes que se daban en el momento de la sucesión por causa de muerte, como lo mencionan Kipper y Lisoprawski en su libro *Tratado de Fideicomiso*, al señalar que “ El fideicomiso es de origen romano, se introdujo principalmente con dos objetos: el primero, facilitar los actos de última voluntad buscando un medio de que dispusiesen de sus bienes los peregrinos, o quienes por otras causas no pudiesen hacer el testamento romano; segundo, hacer llegar las herencias a las personas incapacitadas por ley para ser herederas, pero que no obstante merecen ser remuneradas por los servicios que habían prestado a los testadores”. (Kipper & Lisoprawski, 2004)

Del aserto anterior se abstrae que los sujetos en pos de manifestar su voluntad hicieron “fraude a la ley” y lograron consumir la finalidad perseguida, como se refieren los autores. Los legisladores notaron que este comportamiento al ser reiterado, común y algunas veces abusado, tuvo que ser aceptado por la propia Roma e instaurado en el ordenamiento jurídico de la República. El término “fraude a la ley” describe un acto que es realizado fuera de lo establecido en la esfera normativa, eludiendo así una norma expresa que prohíba la consecución de dicho acto.

Entendiendo la función que tuvo el fideicomiso, se trae a colación la definición de Mario Carregal que en su libro “Fideicomiso teoría y aplicación a los negocios” señala que el fideicomiso es el “acto por el cual una persona (disponente) encargaba a otra (fiduciario) la transmisión de toda su herencia o de una cuota de ella o de un bien determinado de la misma a una tercera persona (fideicomisario)”. (Carregal, 2008)

El fiduciario tenía entonces, como encargo el cumplir la voluntad del disponente, es decir transferir lo encargado al fideicomisario para que este goce de la propiedad del bien. Es importante mencionar que este encargo se basaba exclusivamente en la buena fe del fiduciario, era un encargo netamente basado en la confianza, al punto de que, si no se cumplía lo delegado, no había acción que permitiera reclamar su ejecución.

Los problemas iniciaron debido a que algunos usuarios abusaron de la figura del *fideicommissum*, causando por medio de esta, daños a terceros, por lo que empezó a ser mal vista por la sociedad romana; pese a plasmarse la voluntad del causante, se causaba graves perjuicios a los legítimos sucesores quienes se veían perjudicados al notar como su asignación hereditaria era reducida o nulitada por el mal uso de esta figura.

En consecuencia, ante estos detrimentos el Emperador Augusto, limitó la figura del fideicomiso y la reguló dictando una norma que obligaba a que el testador otorgue la cuarta parte de su herencia a sus herederos forzosos y solo pueda disponer de las tres cuartas partes de la misma; sin embargo, reforzó la figura del fideicomiso, delegando a funcionarios del Estado llamados *praetor fideicomissarius*, a controlar el cumplimiento de la voluntad del disponente, supervisando la ejecución de la misma por el fiduciario.

A la par del fideicomiso, nacía también la fiducia o *pactum fiduciae*, la diferencia entre estas dos figuras es que la fiducia es un encargo que se hace entre vivos, y mediante un convenio multilateral expreso que describía la voluntad del disponente o fideicomitente como se menciona en el libro “Curso de Derecho privado romano” del autor Ferro Carmés que señala que “la persona que trasmitía a otra por *mancipio* la propiedad de una cosa, agregaba al acto un convenio por el cual el *mancipio accipiens* (*fiduciario*) se comprometía a volverla a transmitir al *mancipio dans* (fideicomitente) o

emplearla en cierto destino cuando se produjera determinada circunstancia prevista por las partes”. (Carmés, 1953)

Entendemos en esta cita a *mancipio (dar en la mano)* como un modo de transferir el dominio que se perfecciona con la entrega de la cosa. Las formas características que revestía la fiducia eran la *fiducia cum creditore contracta* y la *fiducia cum amico contracta*, por su relevancia histórica y por su transcendencia a la actualidad es importante hacer una pequeña conceptualización de estas dos figuras.

1.1.1 Fiducia cum creditore contracta o fiducia de garantía.

La *fiducia cum creditore* nace para garantizar la obligación de una persona con otra, en síntesis, el deudor transfería un bien a una persona de confianza en beneficio del acreedor o al acreedor mismo, como respaldo de una obligación previamente contraída con él, para que este la retenga y la conserve hasta que la obligación fuera satisfecha en su totalidad.

En caso de que la deuda no fuera saldada, el fiduciario tenía que otorgar al acreedor el bien retenido como compensación a la obligación no satisfecha. Si el bien objeto de la garantía excediese el valor de la deuda en inicio garantizada no era necesario devolver el remanente al deudor sino este valor pasaba a ser del acreedor a manera de compensación por el no pago de la deuda.

Como señala el autor español Bonfante, posteriormente se implementaron algunas regulaciones que limitaban el accionar del fiduciario “en sustancia él (fiduciario) no podía gozar o usufructuar la cosa, que llamábase también fiducia, sino conforme al pacto. La *actio fiduciae*, establecida para obtener la restitución del objeto, fue extendida poco a poco para subsanar toda violación de lo pactado y todo uso ilícito e la cosa. El

fiduciario debía tratarla precisamente como fiducia, restituir los frutos, si la cosa era fructífera y si él la poseía y emplear con ella la diligencia debida”. (Bonfante, 1965)

De esta noción nace el nombre mismo de la figura el termino *cum creditore*, que significa justamente “al acreedor”, por lo tanto, es un encargo de confianza a favor del acreedor de la obligación, lo que miles de años después se convertiría en el fideicomiso mercantil de garantía, figura de la cual nos referiremos en detalle más adelante.

1.1.2 Fiducia cum amico contracta o encargo en confianza.

La *Fiducia cum amico* es una figura contractual que resalta las bases del fideicomiso, “*cum amico*” significa con un amigo, lo que quiere decir que es un encargo que se da solamente a personas a las cuales se les tiene tal nivel de confianza como al que se concede la calidad de amigos, y que debido a este lazo afectivo quien recibe el encargo va a cumplir con la finalidad para lo cual fue comisionado.

Resulta importante resaltar que, es precisamente la época y los acontecimientos que en ella ocurrían, lo que hace que nuevas figuras de Derecho nazcan, y en este caso no es la excepción. En el entorno social de Roma, la migración y la expansión mediante guerra era una realidad latente, esta realidad traía consigo muerte y división del pilar fundamental en donde se basó lo que sería el imperio romano, la familia. (Morales A., Derecho Civil de las Personas, 1992)

Cuando se habla de la familia hay que hacer énfasis en el entorno que en esta época la rodeaba. Eran precisamente los guerreros que, al estar lejos de esta, buscaban la manera de proteger el patrimonio familiar que se veía amenazado por constantes saqueos que azotaban a la población romana, por lo que encargaban su patrimonio y la administración

de este a un amigo de confianza, para que plasme la voluntad del fideicomitente, en pos del bienestar de la familia distante.

En este contexto histórico existen tres puntos que valen la pena resaltar; primordialmente la finalidad máxima era la ejecución de la autonomía de la voluntad de quien aportaba el objeto al fideicomiso; el sujeto al cual se aportaba quien resultaba ser el medio para la consecución del objetivo, era una persona sobre la cual no se tenía ninguna seguridad y el encargo era solamente basado en la confianza y el tercer punto era los bienes que se encargaban, estos eran parte o la totalidad del patrimonio del fideicomitente.

En la *Fiducia cum amico* como se mencionó previamente, el fin era la administración de los bienes del fideicomitente, esto se podía realizar una vez los bienes del fideicomitente eran transferidos al patrimonio del fiduciario. El fiduciario podía “disponer de los bienes y ejercitar las facultades inherentes al dueño como administrarlos, celebrar contratos en torno a ellos, defenderlos contra el ataque de terceros, etc.” (Rodríguez Azuero, 2005) pese a esto, se esperaba que cumpliera con las instrucciones del fideicomitente.

De la referencia de Rodríguez Azuero, se puede notar que existe una suerte de incertidumbre en el momento de transferir el bien al fiduciario, debido a que este podía cumplir o no con lo encargado por el fideicomitente, y pese a que el honor fue muy importante en la sociedad romana, existieron violaciones al encargo dado, lo que dio paso a importantes reformas al contrato de fideicomiso como señalaremos posteriormente.

1.1.3 Del Trust Anglosajón. -

Retomando lo mencionado con anterioridad, la palabra “trust” viene del idioma inglés, esta traducida al español es “confianza”. No es ninguna coincidencia que la etimología de fideicomiso y la etimología de trust sean tan similares, y justamente esto sucede porque en ambas figuras lo primordial es la confianza, misma que es depositada en otro para que gestione el patrimonio del fideicomitente o del *trustee* conforme su voluntad.

Las primeras manifestaciones del Trust como tal, se pueden encontrar en una figura anterior del derecho inglés llamada “uses”, el concepto era el mismo, la transferencia de un bien a un tercero de confianza para que este haga cumplir la voluntad del primero, o como lo define Arthur Curti citado por Rodríguez de Azuero “un trust es la obligación de equidad que contrae una persona (*trustee*) de administrar un bien que le es entregado (trust) por cuenta de un tercero (beneficiario) que tiene el derecho de exigir el cumplimiento de esta obligación”. (Rodríguez Azuero, 2005)

De la anterior definición se colige que es primordial que se cumpla la voluntad del constituyente sobre el patrimonio que le es entregado a una determinada persona para el beneficio de una tercera que puede exigir el cumplimiento de esta voluntad inicial.

Jorge Domínguez por su parte, posee una definición más extensa, él dice que el trust es: “un estado de relación fiduciaria respecto de bienes que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos a deberes de equidad y a manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, la cual se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo”. (Domínguez Martínez J. , 1982)

Para una mejor comprensión del concepto anterior, se debe vislumbrar los términos aplicados por el autor. Así, “el estado de relación fiduciaria” como un vínculo que se crea entre dos personas, teniendo a la fe o confianza como eje central, el objeto de este vínculo son los bienes, los cuales tendrán como finalidad la voluntad de quien en un principio confió los mencionados bienes, y finalmente concebimos a los “deberes de equidad”, como una protección al constituyente, para que quien recibe los bienes los administre como si fuesen de él mismo.

Con el objetivo de apreciar el desarrollo de la figura y entender por qué llega en la actualidad a concebirse de la manera en la que se lo hace es fundamental conocer el contexto histórico del trust, el cual es similar al del fideicomiso mercantil como lo revisamos con anterioridad.

El rey Enrique VIII, monarca de Inglaterra en el siglo XV, crea la iglesia anglicana en 1534, yendo en contra de la fe de él y de su pueblo hasta ese entonces, creencias que seguían la línea de la iglesia cristiana romanista. Esta ruptura se da, debido a que los cristianos romanistas dentro de su credo no permitían la anulación de un matrimonio, y Enrique VIII quería separarse de su esposa ya que ella no le daba un hijo varón para que se convirtiese en su heredero, por lo que fundó una religión con fundamentos diferentes dentro de los cuales se permitía el divorcio y él fuera el máximo representante.

Las repercusiones de esta ruptura, fueron persecuciones a clérigos y órdenes cristianas romanistas y el despojo del patrimonio que estos poseían, este despojo fue justificado con el estatuto de manos muertas, dictado por el mismo monarca como lo menciona Rodríguez Azuero “su utilización parece haberse popularizado con motivo de la expedición del estatuto de manos muertas (statute of mortmain) que impedía a las

comunidades religiosas poseer bienes inmuebles. Para obviar el inconveniente, los monjes transferían o adquirirían a través de un tercero (feoffe to use) la propiedad de un inmueble destinado a beneficiar a la comunidad (cestui to use)". (Rodríguez Azuero, 2005)

Lo mismo sucedía como consecuencia de las múltiples guerras que se daban en esa época; como en toda guerra, los bienes de los soldados que caían derrotados eran confiscados por el pueblo ganador, por lo que los soldados a manera de precaución, transferían sus bienes a una persona de confianza teniendo el uso el cesionario y sus herederos, entonces en el caso de que el guerrero caiga prisionero o fuese muerto en batalla, sus bienes estarán ya en manos de otra persona y no podrán ser confiscados garantizando así el bienestar de su familia.

La persona encargada de la administración de los bienes debía hacerlo según las instrucciones recibidas por la persona que los encomendaba, pero a mediada del paso del tiempo, muchas personas que tenían esta potestad de administración, empezaron a aprovecharse de ella para sacar rédito de los bienes a su cargo.

Al notar los múltiples abusos que se daban por parte de los encargados de la administración la Corte de Chancery o "Court of Chancery" expidió una normativa en la cual se regulaba el Trust, garantizando el cumplimiento de lo que el transferente disponía y dando plena validez jurídica a la figura anglosajona.

A lo largo de la historia la regulación del trust fue siendo desarrollada acorde los problemas que se generaban con el mismo y las necesidades en el tiempo, por ejemplo, se reguló que tribunales tenían competencia para conocer problemas relacionados con el trust, y se compiló las distintas resoluciones judiciales en torno a este, en texto jurídicos como el "Trust Act" de 1893.

Finalmente, el Trust es aceptado con algunas distinciones en los países pertenecientes al Commonwealth o Mancomunidad de Naciones, estados como, Reino Unido, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, etc., siendo la última disposición del mismo dictada en el “Trust Act” del año 2000 en el que “se regulan las facultades de que dispone el *trustee* en la relación con la inversión de los fondos fiduciarios, la designación de los agentes, custodios y asesores, así como un nuevo deber estatutario de cuidado, su remuneración y la facultad de asegurar la propiedad fiduciaria”. (Rodríguez Azuero, 2005)

La figura del trust será profundizada más adelante en detalle, por el momento, es importante destacar su contexto histórico y las numerosas similitudes que el trust tiene con el fideicomiso mercantil.

Es notorio que, al igual que en el fideicomiso mercantil, el trust nace actuando fuera de la esfera del derecho, es decir teniendo como lo primordial la autonomía de la voluntad antes que la ley establecida en ese entonces. Y debido a su constante uso entró al ordenamiento jurídico para irse adaptando a la necesidad social y perfeccionando con el tiempo hasta proteger a los sujetos intervinientes en el contrato.

1.2 LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS Y SUS CARACTERÍSTICAS.

Esclarecidos los antecedentes históricos de las figuras jurídicas que son tema central de esta tesis, se procederá a estudiar los negocios fiduciarios, los cuales son el género del que se ramifica el fideicomiso mercantil.

El negocio fiduciario, es aquel acto revestido de confianza en el cual un sujeto interviniente entrega a otro uno o más bienes de su patrimonio, ya sea a manera de

encargo (encargo fiduciario) o transfiriendo el dominio a otra persona (fideicomiso mercantil).

Su fundamento primordial radica en la autonomía de la voluntad, ya que el actuar del fiduciario estará limitado a las instrucciones que exprese el constituyente o también llamado fideicomitente tanto en el contrato de fideicomiso mercantil como en el de encargo fiduciario.

El Negocio Fiduciario es según la doctrina un “Un acto por el que el fideicomitente afecta unilateralmente ciertos bienes a un fin determinado, y otro, que sigue al primero, el contrato por virtud del cual la institución fiduciaria se obliga a realizar el fin para el que están afectos dichos bienes” (Domínguez Martínez J. , 1982)

A manera de complemento, el artículo 112 de la Ley de Mercado de Valores del Código Orgánico Monetario y Financiero señala que “son aquellos actos de confianza en virtud de los cuales, una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, para que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del constituyente o de un tercero” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014). La distinción entre las clases de negocios fiduciarios está justamente en la transferencia o no de la propiedad de los bienes como será analizado posteriormente.

Finalmente, los autores Kipper y a Lisoprawski definen a los negocios fiduciarios como una “declaración de voluntad a través de la cual el fiduciante inviste a otro, el fiduciario, de una posición jurídica frente a terceros, como medio que excede al fin práctico tenido en vista por las partes, con la obligación de devolver el derecho estando su realización limitada por la convención fiduciaria establecida entre los dos sujetos” (Kipper & Lisoprawski, 2004)

De estas tres definiciones se colige que, los negocios fiduciarios son encargos de confianza, que se hacen a cuenta de una persona que debe cumplir con la voluntad del constituyente quien encarga la gestión. Como se manifestó con anterioridad se distinguen dos clases de negocios fiduciarios, el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario.

La doctrina clasifica a los negocios fiduciarios como “puros” e “impuros”, los denominados “impuros” cuentan con una regulación legal, que otorga a las partes una serie de derechos que pueden ser ejercitados para el correcto desarrollo de la figura. Los negocios fiduciarios que se denominan “puros” estos son aquellos que surgen de la autonomía de la voluntad privada, y están basados solamente en la confianza de las partes.

Esto quiere decir que la autonomía de la voluntad se ve restringida por la normativa ya dictada para regular a la figura jurídica. Entonces, todo lo que se pacte deberá estar establecido conforme a la ley, sin embargo, esto no quiere decir que se deba considerar a los negocios fiduciarios como actos que no permiten plasmar la voluntad del constituyente, solamente tiene que estar acorde con el derecho.

Por otro lado, los negocios fiduciarios puros, abren un vasto campo de acción, permitiendo al constituyente plasmar absolutamente todo lo que este considere, pero, sin caer por su puesto en el campo de lo ilícito o contrario al derecho. Lo mismo sucedía con las figuras del fideicomiso o del trust en su nacimiento, tiempo en el cual, al carecer de disposiciones jurídicas que lo regulen, los mismos se usaban frecuentemente para hacer “fraude a la ley”, y plasmar la voluntad de manera irrestricta.

Rodríguez Azuero conceptualiza a esta sub-clasificación de la siguiente manera “Los negocios fiduciarios puros, surgidos de la autonomía de la voluntad privada y basados en la exclusiva confianza entre las partes, dejan de serlo y pasan

doctrinariamente a calificarse como impuros, en cuanto la regulación legislativa los reconozca y confiera derechos y defensas en torno a su celebración” (Rodríguez Azuero, 2005)

No obstante, centrémonos en el Fideicomiso Mercantil y el Encargo Fiduciario conforme lo reitera el artículo primero del Reglamento sobre negocios fiduciarios del Ecuador; “Son negocios fiduciarios el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario, actos de confianza que en su constitución, naturaleza jurídica y efectos se rigen por las disposiciones contempladas en el título XV de la Ley de Mercado de Valores”. (Reglamento sobre negocios fiduciarios, 2001) La ley describe a cada uno de estas figuras de la siguiente manera.

En el artículo 109 de la mencionada ley, se define el contrato de fideicomiso mercantil como el contrato por el cual “una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014)

Mientras que el artículo 114 del mismo cuerpo legal define al encargo fiduciario como “Llámesse encargo fiduciario al contrato escrito y expreso por el cual una persona llamada constituyente instruye a otra llamada fiduciario, para que, de manera irrevocable, con carácter temporal y por cuenta de aquél, cumpla diversas finalidades, tales como de gestión, inversión, tenencia o guarda, enajenación, disposición en favor del propio

constituyente o de un tercero llamado beneficiario.” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014)

Estas definiciones dadas por la normativa ecuatoriana, demuestran con claridad que la distinción de los dos negocios jurídicos radica en que, en el encargo fiduciario no opera la transferencia del bien a manera de enajenación, es meramente la entrega del bien para que cumpla un objetivo más el bien sigue siendo propiedad del fideicomitente, mientras que en el fideicomiso mercantil si se da la transferencia a título de fideicomiso mercantil, el cual es un título translaticio de dominio que opera solamente en la figura del fideicomiso mercantil.

Teniendo claro la mencionada distinción de los negocios fiduciarios es importante destacar las características propias de los mismos, las cuales permitirán comprender su naturaleza jurídica a futuro.

1.2.1 La confianza

Este es elemento principal de los negocios fiduciarios, y hasta del trust anglosajón; esto se debe a que sin ella el negocio jurídico no tuviera sentido, desde el nacimiento del contrato y hasta antes de que este entre a las legislaciones de los diferentes ordenamientos jurídicos, era indispensable la confianza.

Retomamos la historia y traemos a colación los negocios fiduciarios impuros, estos estaban fuera de la esfera tutelada por el derecho, por esta razón pese a la amplitud de autonomía de la voluntad que se podía plasmar en ellos, no se protegían los derechos de los constituyentes ni se regulaba el accionar del fiduciario ni los derechos del beneficiario.

Debido a esta falta de tutela, la persona a la cual se le encargaba la gestión del bien, debía tener ciertas cualidades que lo convirtan en una persona proba para la gestión encargada y de suma confianza de quien disponía de su patrimonio con la fe ciega de que el fiduciario la recibiría y cumpliera con lo prometido.

Con las aseveraciones antes expuestas se comprueba que el grado de confianza que debe existir de parte del fideicomitente al fiduciario, en un negocio jurídico de esta índole, reviste un grado superior al normal, a tal punto que el fiduciario pese a poder enriquecerse con el patrimonio encargado, no lo haga, sino cumpla los fines del encargo.

Con el pasar de los años y el evolucionar del derecho, la ley ya otorgaba una protección al fideicomitente al igual que atribuciones al fiduciario, pero pese a este amparo existía un gran riesgo que el fideicomitente corre en el caso de que el fiduciario llegue a abusar de sus prerrogativas.

Rodríguez Azuero, haciendo referencia a los negocios jurídicos impuros, señala que “el fiduciario tiene la posibilidad, en las manifestaciones primigenias, de abusar de su posición, como si no existiera la carga obligatoria que es inoponible por o frente a terceros” (Rodríguez Azuero, 2005), por este tipo de abusos muchas legislaciones permiten solamente a instituciones autorizadas para que actúen como fiduciarios, como bancos, administradoras de fondos y fideicomisos, etc.

El fiduciario en la actualidad debe cumplir ciertos requerimientos, que denoten profesionalismo, seriedad y la capacidad para poder servir de manera adecuada; prestan un servicio remunerado por lo que el fideicomitente o el fideicomisario deben pagar una cantidad de dinero para que la fiduciaria realice la gestión encargada.

Como se colige de la historia, el riesgo del fideicomisario ha disminuido con el paso del tiempo, y es el legislador quien, a través de las leyes, ha brindado seguridad a aquellos que optan por el fideicomiso para realizar distintas operaciones, al punto que en países como el nuestro, se reconoce un patrimonio autónomo al cual se aportaran los bienes a título de fideicomiso mercantil, para que el fiduciario lo administre.

La importancia de la confianza es mayor, en aquellas jurisdicciones que no reconocen la creación de un patrimonio autónomo dentro del negocio jurídico. Esto se debe a que, en el momento que se transfieran los bienes al fiduciario, estos puedan ser perseguidos por sus acreedores; sin la posibilidad del fideicomitente de ejercer oposición a esta persecución de los bienes, lo que puede generar una pérdida de los bienes transferidos.

Para concluir, consideramos la vasta importancia de la confianza en los negocios fiduciarios, ya que es la piedra angular del negocio jurídico, y es este sentimiento expresado hacia una persona la única garantía, en principio de que los bienes aportados vayan a tener el destino señalado en un inicio.

1.2.2 Irrevocabilidad

Es fundamental dejar sentado como característica de los negocios fiduciarios, tanto de los encargos fiduciarios como del fideicomiso mercantil, que estos son irrevocables. La irrevocabilidad quiere decir que, una vez hecho el negocio fiduciario, el propietario de los bienes dados en fideicomiso pierde su disposición sobre los mismos, de igual manera una vez establecidas las instrucciones plasmadas en el contrato estas no pueden ser modificadas.

En este punto, es fundamental entender que el momento en el que se constituye un negocio fiduciario, este es blindado hasta del mismo fideicomitente ya que pese a ser propietario de los bienes en un inicio y aun así el mismo haya establecido las instrucciones, no puede modificarlas; salvo acuerdo con el beneficiario o cuando no se cause un perjuicio a terceros.

Si se está tratando de un fideicomiso mercantil en legislaciones en las que aceptan el patrimonio autónomo, los bienes aportados se vuelven además inembargables debido a que ya no son parte del patrimonio del constituyente, sino son transferidos a un patrimonio ajeno al de sus constituyentes con su propia personalidad jurídica.

Se refuerza la idea con el criterio de Jorge Alfredo Domínguez Martínez en su obra Fideicomiso en México “la irrevocabilidad es un concepto que al contrato de fideicomiso en cierto sentido lo hace intocable” (Domínguez Martínez J. A., El Fideicomiso, 2009). Todas las instrucciones del constituyente son irrevocables, solo en casos específicos determinados por la ley y cuando el fideicomitente y el beneficiario están de acuerdo a más de no causar perjuicio a terceros, algunas de las instrucciones son revocadas, ya que la irrevocabilidad está dada precisamente para garantizar la efectividad del contrato, así como para otorgar seguridad a los sujetos que en él intervienen.

1.2.3 Finalidad Específica

Se entiende la finalidad específica como la instrucción que da el fideicomitente en los negocios fiduciarios. Es decir, el destino o la finalidad que con los bienes aportados se pretende cumplir, se puede traducir en el mismo objeto del contrato ya que es la razón por la cual se constituye este negocio jurídico.

La finalidad del negocio fiduciario señala la ruta por la que debe actuar el fiduciario, por lo tanto, también rige las atribuciones que el mismo va a tener y el alcance de las mismas. Como señala Rodríguez Azuero, “Generalmente son varias las obligaciones a cargo del fiduciario y dicen tanto con su facultades como con el destino de los bienes y la forma de restituirlos en el momento a que a ello haya lugar” (Rodríguez Azuero, 2005)

Pese a esto, es importante señalar que el rol del fiduciario es de medios más no de resultados, lo que se traduce en que el fiduciario debe hacer todas las gestiones a su alcance para lograr que se cumpla la finalidad, más no puede asegurar o responsabilizarse por el cumplimiento de la misma, como lo señala el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores del C.O.M.F. “su responsabilidad es actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan”. (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014)

El citado artículo 125, señala que el fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, así mismo el artículo 1563 del Código Civil ecuatoriano dispone que los contratos bilaterales y aquellos en los cuales existe una contraprestación equilibrada entre las partes están obligados a responder hasta por culpa leve en el caso de no cumplir de manera cabal sus obligaciones, tal y como sucede en el fideicomiso mercantil ecuatoriano.

Es importante distinguir de donde proviene la culpa leve, según el artículo 29 de nuestro Código Civil, la culpa leve es “la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la

diligencia o cuidado ordinario o mediano.” (Código Civil, Actualizado a agosto de 2015), esta característica demuestra el equilibrio que debe haber entre las prestaciones que deben cumplir los sujetos intervinientes en este contrato.

Como se observa en el texto, la finalidad del negocio fiduciario es clave para el correcto desarrollo de la figura jurídica, y en esta se encuentra plasmada la autonomía de la voluntad del constituyente, entonces su correcta determinación se vuelve un elemento clave en el contrato.

1.2.4 Temporalidad

Los negocios fiduciarios en principio y de manera general son temporales, lo cual está netamente ligado con la característica anterior que es la finalidad, esto se debe a que en el momento en el que se cumple con la finalidad del negocio jurídico, el contrato llega a su fin.

A más de eso existen otros dos factores que van a demostrar la temporalidad en los negocios fiduciarios, en el caso del Ecuador, la misma ley determina que el fideicomiso mercantil puede tener una duración máxima de 80 años salvo algunas excepciones que se retomaran posteriormente, como lo son cuando están destinados a fines altruistas o son creados por una fundación, de igual manera cuando la condición resolutoria es la disolución de una persona jurídica.

Se entiende a la condición resolutoria como una estipulación que en el caso de cumplirse resuelve el contrato, es decir le pone fin. Esta condición es establecida por el fideicomitente en el momento en el que constituye el negocio fiduciario. Se entiende entonces que el contrato dura hasta que se cumple el objeto para el cual fue creado, y de no ser así, hasta que se cumplan las otras dos prerrogativas mencionadas anteriormente.

1.3 CONCEPTUALIZACION DEL FIDEICOMISO MERCANTIL.

Pese a los antecedentes señalados con anterioridad, es prudente que se distinga que el fideicomiso mercantil como tal es una figura más bien moderna, que ha sido integrada en los cuerpos legales Latinoamericanos de manera reciente.

Muchos autores que hablan sobre este tema, mencionan la falta de aplicación de la figura y las múltiples bondades que esta posee tanto en el ámbito empresarial como en el ámbito financiero; este es el caso de Ramiro Rengifo quien señala que “(...) la fiducia encuentra sus raíces en un derecho ajeno y extraño. Como lo es el anglosajón. Podría decirse que esta carencia de raíces es la causante de la poca utilización de la fiducia en la práctica de los negocios en Colombia y, sobre todo, de su desafortunado manejo, y esto a pesar de que su utilidad práctica es innegable, como se demuestra por la funcionalidad que ha tenido y sigue teniendo en algunos países latinos a los cuales fue trasplantada.” (Rengifo, 2001)

Esta utilidad de la que habla el autor, es el núcleo de esta tesis, pero para poder comprenderla es necesario en principio, conceptualizar al Fideicomiso Mercantil.

Rodríguez Azuero define al fideicomiso mercantil como “el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y que, con el producto de su actividad cumpla la finalidad establecida por el constituyente, ya sea en su favor o en beneficio de un tercero”. (Rodríguez Azuero, 2005)

Por su contenido, esta definición es la más próxima a la real debido a que varias legislaciones Latinoamericanas coinciden en lo fundamental del concepto propuesto, como por ejemplo, la colombiana en el Art. 1226 de su Código de Comercio

conceptualiza al fideicomiso mercantil como “un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”. (Código de Comercio Colombiano, 1992)

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el Art.109 del libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero define al fideicomiso mercantil como “Contrato por medio del cual una o más personas llamadas constituyentes transfieren de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o 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 que en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien a favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014)

De las enunciaciones antes mencionadas se destaca como característico, la transferencia de la propiedad de una persona (el fideicomitente) a otra (el fiduciario), o en el caso del Ecuador, a un patrimonio autónomo, de ciertos bienes, para que esta los administre o enajene, ya sea para su beneficio o el beneficio de un tercero (fideicomisario o beneficiario).

Llega a ser tan importante la noción de confianza en este contrato, que se la llega a comparar incluso con instituciones jurídicas que protegen derechos fundamentales del hombre, como lo hace Rodríguez Azuero en su obra Negocios Fiduciarios “Esta noción de confianza, así como en el contrato de fideicomiso, también es aplicable en todas aquellas relaciones en las cuales una persona deposita en otra una particular confianza de

manera que se crea o puede apreciar una natural relación de dependencia, y es debido a esta dependencia que se juzga su actuar con especial severidad. Esta exclusiva relación de confianza entre la fiduciaria y el beneficiario del fideicomiso, puede ser comparada con la relación que existe entre, el mandatario y el mandante, entre los accionistas y el gerente de la sociedad o entre los inversionistas del mercado y los administradores de los fondos de inversión; de todas estas relaciones se observa una forma de otorgarle a alguien facultades administrativas o dispositivas que se suponen deberean ser realizadas de manera cabal, por la confianza que este tercero merece o que a disposición de la ley se le debe dar.” (Rodríguez Azuero, 2005)

La confianza, finalmente se expresa por medio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, pero especialmente del constituyente, ya que, pese a que todos los sujetos intervinientes en este contrato deben expresar su voluntad de ser parte, es el constituyente quien va a decidir cuáles serán las obligaciones de la fiduciaria, de qué manera las realizará, que bienes se aportarán, y quienes serán los beneficiarios de esos bienes.

Pocos actos manifiestan de mejor manera la lealtad entre hombres que el sostenimiento de la promesa hecha en un principio por las partes involucradas. Dicha promesa es de carácter privado puesto que el contrato es un acuerdo creador de relaciones jurídicas entre personas, y constituye un medio de realización social para intereses privados. He aquí uno de los puntos clave que lo hacen tan apreciado.

Es prudente destacar que, en legislaciones como la ecuatoriana, una característica particular del fideicomiso, es el hecho de que los bienes que se aporten, irán a un patrimonio autónomo, el cual es una ficción del derecho, que goza de personalidad

jurídica propia, y solamente es administrado por una fiduciaria, la cual también actúa como su representante legal.

Lo antes mencionado sin duda alguna protege al fideicomitente ya que los bienes aportados no son parte del patrimonio del fiduciario; el fiduciario será solamente el representante legal, administrador y gestor de las instrucciones dadas por el fideicomitente. Tal y como se señala en el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores del C.O.M.F. “El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil) no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014)

El Patrimonio Autónomo de este contrato se conforma por los bienes que se transfieren al momento en que se celebra el negocio jurídico, los mismos eran en un inicio parte del patrimonio del constituyente, pero pasa a formar parte del patrimonio autónomo, independiente y separado de los patrimonios del constituyente, fiduciario y beneficiario.

Al momento en que se perfecciona la transferencia el patrimonio autónomo pasa a ser titular de los bienes transferidos, debiendo ser el fiduciario quien ejercerá la representación legal del mismo. Se retomará el tratamiento Patrimonio Autónomo del Fideicomiso Mercantil en los capítulos posteriores.

Como negocio jurídico el fideicomiso mercantil posee las siguientes características, tomando las palabras de Rodríguez Azuero: “El fideicomiso o fiducia mercantil, en su forma más representativa, es un contrato principal, oneroso, y conmutativo, de ejecución instantánea por excepción, de tracto sucesivo por regla general, según el caso, tipificado en algunas legislaciones, y atípico o innominado en el

resto” (Rodríguez Azuero, 2005); estas características serán analizadas una a una de manera profunda a continuación:

1.- Principal: Un contrato principal es aquel que no necesita de otro para subsistir, es decir puede existir de manera aislada. En el caso del fideicomiso mercantil este al ser un contrato principal es independiente y no necesita de otro contrato para poder subsistir en el mundo jurídico

2.- Oneroso: Este negocio jurídico tiene una carga que es cuantificable en dinero, esta característica es muy interesante, ya que no solamente hace referencia a una remuneración hacia el fiduciario sino implica que los bienes aportados al contrato tienen una cuantía, a más de eso las obligaciones que asume el fiduciario como parte de la contratación son de carácter oneroso.

En aquellos países en los que el fideicomiso constituye un patrimonio autónomo es significativo señalar que el título al que se hace la transferencia no es ni oneroso ni gratuito, más son otras las razones por las cuales se considera a este contrato como oneroso.

3.- Conmutativo: Un contrato conmutativo es aquel en el cual las prestaciones son equivalentes entre las partes, en este caso, existe equivalencia entre la gestión que realiza la fiduciaria con la remuneración otorgada por parte del fideicomitente como retribución por mencionada gestión. Esta característica se evidencia mucho más en los contratos, ya que se estipula el pago de una cantidad determinada de dinero por cada instrucción que cumple la fiduciaria.

4.- Por regla general de tracto sucesivo: En principio el contrato de fideicomiso mercantil cumplirá su objeto en varias etapas, cabe recordar que el fiduciario debe

cumplir con lo solicitado por el constituyente, conforme las instrucciones señaladas en el propio contrato.

Se dice por regla general, ya que puede suceder que el pacto conste en el cumplimiento de una sola instrucción lo que significaría que en un mismo acto se cumple la constitución y la finalidad del fideicomiso y lo convertiría en un contrato instantáneo, pero es por la propia naturaleza del contrato que esto ocurre en casos singulares.

5.- Típico: Se consideran contratos típicos o nominados, aquellos que se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico de los países, y que contemplan la constitución, el objeto, los sujetos, las obligaciones y los derechos que emanan de ellos.

En el caso del fideicomiso mercantil, si se encuentra en las legislaciones de los países, pero tiene una clave diferenciación a un contrato típico común. Esta es el amplio campo de acción que tiene el constituyente ya que puede pactar todo lo que no se considere ilícito o prohibido por el ordenamiento jurídico del país en el cual fuese a celebrar el contrato.

Inexorablemente se entiende que se tienen que seguir los mandatos legales para la constitución del fideicomiso y de igual manera las reglas especiales que sobre esta figura recaiga, a más que, en el caso de que se deberá respetar los derechos que posea la persona que constituya el fideicomiso. Me refiero a esto debido a que una persona de ámbito público puede ordenar que el fideicomiso actúe con los derechos y obligaciones de un ente de Derecho Público, de igual manera la persona de carácter privado.

A más de la clasificación dada por Rodríguez Azuero es importante destacar que el contrato de fideicomiso mercantil en el Ecuador es bilateral, solemne, *intuito personae* y expreso como lo detallaremos a continuación.

6.- Bilateral: Como principio se entiende que la bilateralidad de un negocio jurídico se traduce en que el perfeccionamiento del mismo se debe al acuerdo de las partes. En el caso del fideicomiso mercantil no solamente es necesario que el fideicomitente y el fiduciario estén de acuerdo con el negocio jurídico sino también el beneficiario del contrato debe aceptar recibir el objeto del fideicomiso en el momento oportuno, claro está, esto no condiciona la validez del contrato, por lo que se puede considerar un contrato multilateral.

Otro aspecto del contrato del fideicomiso mercantil en el Ecuador está en que pueden existir varios constituyentes y varios beneficiarios, y es indispensable que el acuerdo de las voluntades sea de todos aquellos sujetos del negocio jurídico para que el contrato se perfeccione.

7.- Solemne: Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano el artículo 110 de La Ley de Mercado de Valores del Código Orgánico Monetario y Financiero sostiene que el fideicomiso mercantil debe, como requisito de validez, constituirse bajo escritura pública entre los constituyentes y la fiduciaria.

A más de la constitución se deberá respetar la solemnidad de los actos que se lleven a menester del fideicomiso, por lo que si se ordena la donación de un bien inmueble, este acto deberá hacerse bajo escritura pública y se lo deberá inscribir en el registro de la propiedad.

8.- *Intuitio Personae*: Como se mencionó con anterioridad el pilar fundamental del fideicomiso mercantil es la confianza. Confianza que es depositada por el fideicomitente en el fiduciario. Entendemos que la confianza nace de características particulares que posee el fiduciario por esta razón deberá ser ejecutado por aquella persona con la cual se contrató.

9.- Expreso: Es fundamental en el contrato de fideicomiso mercantil para su validez que se lo desarrolle por escrito, en la legislación ecuatoriana, es necesario que se lo haga en escritura pública, lo cual demuestra que de ninguna manera se puede constituir un fideicomiso de manera tacita o por instrumento privado y la importancia de las solemnidades en este negocio jurídico.

Lo fundamental de las palabras de Rodríguez Azuero, es destacar que este contrato, pese a ser un contrato típico o nominado, permite que las partes tengan un amplio espacio de decisión y manejo del mismo, es decir, la ley da ciertos lineamientos del contrato más no limita a las múltiples aplicaciones que le podemos dar al mismo.

Pese a lo antes mencionado, si existen prohibiciones y regulaciones especiales al Fideicomiso Mercantil, que varían por países, por esa razón en el siguiente capítulo se analizarán todo el marco de acción del contrato y las prohibiciones que existen para el mismo en el Ecuador.

1.4 CONCEPTUALIZACION DEL TRUST ANGLOSAJÓN.

Recordando los antecedentes históricos podemos colegir que el trust anglosajón tiene un nacimiento y un desarrollo muy similar al del fideicomiso mercantil, al punto de ser considerado para muchos autores, como figuras análogas.

El autor Rodríguez Azuero considera que “El trust ha sido considerado por muchos como uno de los aportes más formidables del derecho inglés a la cultura jurídica universal, a pesar de las dificultades de asimilación para los juristas de formación latina” (Rodríguez Azuero, 2005). Se le considera una herramienta muy importante debido a los múltiples campos en los cuales es usado.

Inicialmente se definirá la figura del trust para posteriormente profundizar en su funcionamiento; según el diccionario jurídico inglés *Oxford Companion to Law*, el trust es “Un acuerdo en virtud del cual –*truster* o *settlor*- (fideicomitente) entrega y concede la administración de alguna cosa o algún derecho a una persona o grupo de personas - *trustees*- (fiduciarios), para beneficiar a un tercero –*beneficiary*- (fideicomisario), o para la realización de un fin determinado.” Los sujetos intervinientes en el contrato serán tratados en lo posterior.

La enunciación ofrecida es válida pero no es insuficiente, por lo que es prudente una definición orientada al ámbito mercantil; esto posibilitará posteriormente comparar al trust con el fideicomiso mercantil –eje central de esta tesis-.

Según el autor francés Donovan Waters el trust es “un esquema en el cual se tiene la potestad para detentar y administrar bienes a favor de personas o para alcanzar objetivos. Esta institución es utilizada conjuntamente con una sociedad de capital y a veces una sociedad colectiva para la administración de bienes de una persona natural a fin de proveer de regímenes de retiro corporativo e institucionales y programas con ventajas sociales, para detentar activos y también para proveer de garantía a un préstamo”. (Waters, 2009)

Al igual que el fideicomiso, el trust está basado en la confianza y es una clara expresión de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, en el derecho inglés existe una separación de la propiedad, entre la propiedad legal y la propiedad en equidad. La propiedad legal quiere decir que el fiduciario es el dueño de los bienes en registros y con ciertas prerrogativas, mas este no puede disponer del bien, quien puede hacerlo es el propietario en equidad, quien es a quien le pertenece realmente la cosa porque el posee

un verdadero interés a futuro de ser el propietario del bien. Este concepto será profundizado posteriormente.

En este punto se hablará acerca de la confianza, que “aún entre hombres leales se vio, por propia voluntad, claramente limitada.” (Bonfante, 1965) Lo que se puede mencionar sobre lo anterior es que, en el caso del trust, la autonomía de la voluntad obedeció al hecho de limitar esta confianza, otorgándole así una nueva naturaleza al contrato que se efectuaba.

En inicio la figura del trust, es muy similar al fideicomiso mercantil, pero a diferencia de este su uso es considerablemente más frecuente y habitual. Es común para un ciudadano anglosajón conocer del uso del trust o estar familiarizado con el mismo; el trust se usa en la planificación patrimonial, en el derecho sucesorio, en el derecho de familia, para financiar proyectos artísticos o culturales, etc. Y es justamente, por su gran campo de aplicación una figura de uso tan común.

Para poder entender la versatilidad de la figura del trust, la misma que permite sus múltiples usos, hay que concebir que en el derecho anglosajón se permite un desdoblamiento de la propiedad por lo que dos personas pueden tener título de propiedad sobre el mismo bien cada una con derechos exigibles propios, lo que no sucede en el Derecho romanista en el que puede existir una nuda propiedad, y el usufructo, mas no un desmembramiento de la misma.

El autor René David ilustra de una manera muy interesante este desdoblamiento de la propiedad y señala lo siguiente: “Más que vinculado con la noción de mandato al trust se le vincula con un desmembramiento de la propiedad; ciertos atributos de la propiedad (*legal ownership*) pertenecen al *trustee* (fiduciario) y otros atributos de la

propiedad (*equitable ownership*) adscritos al *cestui que trust* (fideicomisarios)” (David & Jauffret-Spinosi, 2010)

En el Derecho romanista, para que se conjugue la propiedad de un bien, tienen que existir tres prerrogativas, el *usus*, el *fructus* y el *abusus*. Entendemos al *usus* como esa capacidad del titular de hacer uso del bien, al *fructus* a ese derecho del titular de aprovechar de los frutos del bien, y el *abusus* es esa facultad que tiene el titular del bien de disponer del mismo.

Justamente es esta división de la propiedad lo que hace tan complicado el entendimiento de la figura del trust para los juristas romanistas, quienes conciben una propiedad que puede ser solamente separada en tres prerrogativas. Lo cual resulta escaso para el entendimiento del trust.

Es primordial entender entonces que, en el trust son las mismas instrucciones dadas por el constituyente las que definen las prerrogativas de la propiedad “El *trustee* (fiduciario) es un propietario, cuyas prerrogativas se encuentran limitadas por el acta de constitución del trust y por las reglas de la *Equity* que fue desarrollado por la Corte de la Cancillería. En la práctica, de forma general, le asiste el derecho de realizar sobre los bienes del trust actos de administración y de disposición; pero carece del derecho de uso (en el sentido literal del término), goce del bien y del derecho de destruirlo materialmente” (David & Jauffret-Spinosi, 2010)

Este es el caso del trust, en esta figura el constituyente mantiene el título de propietario del bien más no puede intervenir en ninguna de las instrucciones establecidas en el contrato de trust, es únicamente el beneficiario quien tendrá una acción en el caso de que exista un perjuicio sobre bienes objeto del trust.

La versatilidad del trust radica en el importantísimo hecho de la doble propiedad que ostenta. Cuando se trae a colación la doble propiedad, nos referimos a términos que nuestro sistema legal al igual que otros de influencia romana no reconocen, puesto que no hay diferencia entre la administración de un bien y el derecho a su disfrute.

Como resumen de lo antes señalado se afirma que el beneficiario del trust, *beneficiary o cestui que trust*, se convierte en propietario de un derecho real sobre el bien administrado por el *trustee*, este derecho es limitado, pero finalmente puede ser exigido. El autor francés Lepaulle, por otro lado, señala que “el trust es un patrimonio afectado a un fin, cuyo fin debe ser realizado por el *trustee*, quien por el hecho de aceptar el encargo queda obligado a realizar la conducta necesaria para cumplirlo.” (Lepaulle, 1932)

Esta frase antes expuesta, perfecciona el concepto previo del trust, pudiendo acentuar que, pese a que las figuras del trust y del fideicomiso son de sistemas jurídicos distintos, y que por esa razón muchos conceptos jurídicos que rodean al trust como lo es la propiedad son tratados de manera distinta, las figuras son muy similares en su funcionalidad.

El trust es un contrato que se utiliza en algunos países de América Latina, cuando las legislaciones de dichos países reconocen al *common law*, o cuando se ha implementado la figura para potencializar la creación de negocios en mencionados países, como sucede en Nevis. Pese a esto sigue siendo una figura regulada e íntimamente relacionada con el *common law* y es aceptado en la mayoría de países con influencia anglosajona.

Para entender mejor la figura es propicio ir a la fuente de la misma, encontramos la definición de la figura en el *Restatement of the law of trust*, en español “Actualización de la ley de trust” donde se señala que el trust es una relación fiduciaria con respecto a

determinados bienes por la cual la persona que los posee (*trustee*) está obligada en derecho de equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (*cestui que trust*). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el trust (*settlor*)". (Arnold, 1931)

El campo de aplicación del trust es bastante amplio; la figura se aplica en el derecho de familia, en el régimen sucesorio, en ámbitos de planificación patrimonial, como figura para la unión de capitales y hasta con fines de beneficencia. Además de los usos antes descritos, en un mundo tan globalizado como el actual, destaca, que el trust es una de las figuras jurídicas más utilizada en el mundo de los negocios.

Finalmente podemos destacar que en la estructura del trust se suele distinguir dos tipos de negocios jurídicos, el negocio en virtud del cual se constituye el trust (negocio constitutivo) y el negocio por el cual se transfieren los bienes a favor de otro (negocios dispositivos). A través del negocio constitutivo, el *settlor* establece los criterios que ha de seguir el *trustee* en el cumplimiento de sus obligaciones, se puede entender a este negocio jurídico como unilateral, puede ser tanto oneroso como gratuito, inter vivos o mortis causa y no está sujeto a una forma específica.

Los negocios dispositivos en cambio se dan cuando el *settlor* aporta ya un bien al Trust, o también si este no lo ha prohibido, un tercero aporta el bien. En el momento en el que sí existe la transferencia de un bien, si se necesitan cumplir formalidades, y estas dependen del bien que se transfiera y del lugar en el cual se transfiera dicho bien.

El autor inglés C.E. Rounds señala que existen tres elementos importantes en el trust que caben destacar mencionando que "In England, it is said that for a valid private trust to arise there must be 'three certainties': certainty of words (intent), certainty of subject matter (property), and certainty of objects (beneficiaries)". (Rounds, 2013) lo que

se traduce en que para que un trust sea válidamente construido deben existir tres certezas, certeza de palabra (*intent*), certeza de material (*property*) y un beneficiario cierto (*beneficiaries*).

Entendemos entonces que el *intent* es la intención que tiene el constituyente del trust o la voluntad que tiene el mismo de suscribir el contrato, destacamos la importancia de volver a enfatizar la autonomía de la voluntad tanto en el contrato del trust como en el fideicomiso mercantil. Esta voluntad deberá ser expresada y la descripción de la misma es la columna vertebral del trust, ya que el *trustee* o fiduciario se basará en ella para tratar de cumplir el encargo otorgado por el constituyente.

El *property*, son todos los bienes objetos del trust estos objetos pueden ser materiales o inmateriales, existentes o no, en resumen, son todas las cosas que legalmente pueden ser sujetas a apropiación, este tema será posteriormente ampliado para el correcto entendimiento.

El *beneficiary* o *beneficiaries*, son aquellos sujetos designados por el *settlor* para beneficiarse del objeto del contrato, pudiendo estos recibir el objeto como tal, o recibiendo también los réditos que genere el objeto mientras se encuentre aun siendo administrado por el *trustee*.

CAPITULO 2.- SITUACIÓN LEGAL DEL FIDEICOMISO MERCANTIL EN EL ECUADOR.

2.1 EVOLUCIÓN DEL FIDEICOMISO MERCANTIL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

Como se señala en el capítulo anterior, el fideicomiso mercantil es una especie dentro del género de los Negocios Fiduciarios; este negocio jurídico esta normado en el Ecuador en la Ley de Mercado de Valores que, desde el año 2014 forma parte del Código Orgánico Monetario y Financiero.

Según este cuerpo legal el Fideicomiso Mercantil es un: “Contrato por medio del cual una o más personas llamadas constituyentes transfieren de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o 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 que en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien a favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario”. (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014)

Para poder centrarse en las particularidades del fideicomiso mercantil ecuatoriano es importante conocer su inmersión en la legislación de mencionado país y su desarrollo. Aparece por primera vez en nuestro Código de Comercio en 1993, en la reforma realizada por la Ley N° 31, del mercado de valores del 28 de mayo del mismo año.

El legislador ecuatoriano incorporo el fideicomiso mercantil en el sistema jurídico como un contrato fiduciario de administración de bienes a cargo de la gestión de entidades financieras y también de administradoras de fideicomisos, pese a esto, la ley

era escuálida y no disponía condiciones suficientes a las fiduciarias para garantizar su correcta gestión.

El fideicomiso en ese entonces, era independiente de quienes lo constituían y podía formalizarse de dos maneras, tanto bajo instrumento público abierto, lo que daba libertad a que se puedan cambiar las disposiciones iniciales, o podía ser bajo escritura pública cerrada, en este caso las prerrogativas eran restringidas por el aportante.

Posteriormente el fideicomiso mercantil paso a regularse en la Ley de Mercado de Valores del 30 de junio de 1998, junto a los encargos fiduciarios. La figura fue reformada ampliamente otorgándola un mayor nivel de utilidad en muchos aspectos, y convirtiéndola en un referente para Latinoamérica por las varias innovaciones en el derecho que no eran considerados en la época.

Uno de las reformas más importantes de esta figura está en que la normativa facultaba a la creación de un patrimonio autónomo con personalidad jurídica propia, al cual se transferían los bienes a título de fideicomiso mercantil el que era representado por un fiduciario especializado y profesional que tenía que cumplir ciertas prerrogativas para poder actuar, como por ejemplo ser una sociedad anónima legalmente constituida con un objeto social limitado.

Recordemos que en la figura de fideicomiso mercantil de 1993 los bienes eran transferidos al patrimonio del fiduciario, y pese a que estos eran inembargables y no eran sujetos a negociación o enajenación, no formaban parte de un patrimonio autónomo e independiente, a más de no requerir mayores formalidades para el fiduciario, lo cual convertía al fideicomiso en una figura poco confiable.

Las varias reformas permitieron que en el Ecuador se percibiera al fideicomiso mercantil como instrumento para llevar a cabo diferentes proyectos y negocios de administración, inversión, financiamiento, garantía de obligaciones, canalización de recursos y otros afines.

Pese a esto, en los últimos años su utilidad se vio severamente disminuida al existir nuevas reformas que limitaron su campo de acción, sobre todo en el ámbito de negocios, lo que consecuentemente llevo a los empresarios a recurrir a otras figuras recursivamente hablando, menos eficientes.

2.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO MERCANTIL.

Retomando lo señalado por la ley sobre la naturaleza del fideicomiso mercantil ecuatoriano se destaca que, en el Ecuador, el fideicomiso mercantil nace del acuerdo de voluntades basado en la confianza plasmado en un negocio jurídico; en razón de ello, el fideicomiso mercantil a fin de que tenga plena valides es fundamental que cumpla con los elementos esenciales comunes de un contrato señalados en el artículo 1460 del Código Civil ecuatoriano, como lo son, la capacidad, la voluntad, objeto y causa lícita. Haremos una breve reseña de cada uno de los elementos para una comprensión más profunda.

Para el Derecho la capacidad, según Rodríguez de Azuero “Es la aptitud de que gozan todos los sujetos de derecho, personas jurídicas o naturales, para adquirir derechos y contraer obligaciones” (Rodríguez Azuero, 2005). La capacidad a su vez tiene dos distinciones, la Capacidad de Goce que según el jurista Hernan Coello es un atributo de la personalidad que da el reconocimiento a un ser como persona: “la aptitud que la ley otorga a estos seres para la adquisición de derechos y obligaciones. En este sentido tienen

capacidad todos los seres vivos y los entes ficticios, esto es las personas jurídicas, cuyos estatutos han sido legalmente aprobados e inscritos.” (Coello, 1995).

A más de la capacidad de goce está la de ejercicio, la cual es la facultad que tiene una persona, para ejercer y cumplir por si misma sus derechos y obligaciones de manera autónoma. Es trascendente señalar que la capacidad es un atributo general, una presunción de derecho, es decir se entiende que todas las personas son capaces, pero algunas debido a alguna conducta o particularidad señalada en la ley son incapaces, ya sea absolutos o relativos.

El segundo elemento esencial del contrato es la voluntad, o el consentimiento, para que un negocio jurídico tenga efectos jurídicos es necesario que los comparecientes manifiesten de manera expresa su voluntad de suscribir el acuerdo, la expresión del consentimiento tiene que ser pura y libre de vicios. Pueden invalidar el consentimiento, el error, la fuerza y el dolo.

El error puede provenir de un desconocimiento pleno del contexto (ignorancia), o de un juicio deformado de la realidad, que hace que la persona vea una realidad distinta de la que es. Sin embargo, no cualquier error puede acarrear la nulidad del contrato, sino solamente aquél que afecta directamente la voluntad del contratante. El Código Civil ecuatoriano distingue algunos tipos de error: sobre la especie de acto o contrato, sobre la sustancia o calidad sustancial del objeto del contrato, y sobre la persona, solo cuando esta es la causa principal de la celebración del mismo. (Coello, 1995)

La fuerza es la presión que se ejerce por medios físicos o morales sobre la voluntad de una persona, para exigirle que realice un acto con consecuencias jurídicas se debe tomar en cuenta la edad, el sexo y la condición de la persona para poder realmente

verificar si la fuerza vicia o no el consentimiento. Y el dolo es la intención de causar un daño, y se considera un vicio de consentimiento ya que vicia la buena fe contractual.

En el objeto se traduce en las prestaciones propias del contrato, por las cuales los comparecientes realizan el acto jurídico y se obligan entre sí a dar, hacer o no hacer algo. El objeto debe ser lícito, posible de cumplir, no contravenir el derecho público y las buenas costumbres. El objeto del fideicomiso mercantil es el conjunto de bienes que se transfieren al patrimonio autónomo, comprometidos al cumplimiento de la finalidad establecida. (Jara Reyes, 2013)

La causa, se puede entender como el interés jurídico que tienen los comparecientes para contratar, en el Ecuador, no es necesario que la causa esté anunciada en el contrato, pero sí que exista una, ya que no hay obligación sin causa, pero es imperativo que esta sea lícita ya que de no serlo acarreará consecuencias jurídicas. En el caso del fideicomiso mercantil, Santiago Jara Reyes señala que “la causa es la consecución de la finalidad dispuesta por el constituyente y a cargo de la fiduciaria, ya sea en beneficio del propio constituyente o de un tercero denominado beneficiario” (Jara Reyes, 2013)

Finalmente, y trayendo a colación las ideas expresadas con anterioridad se concluye que la esencia del fideicomiso mercantil, es decir su naturaleza jurídica, radica en la confianza que plasma el constituyente en el fiduciario, al transferir sus bienes al patrimonio autónomo administrado por él, **confiando** en que el fiduciario cumplirá el encargo que acepta ejecutar.

Como menciona Rodríguez Azuero “La confianza depositada en el fiduciario que, a diferencia de la que existe en casi todos los negocios jurídicos es especialísima y reviste un grado superior al normal, precisamente porque el fiduciario tiene la posibilidad

en las manifestaciones primigenias de abusar de su posición, como si no existiera la carga obligatoria que es imponible o no frente a terceros”. (Rodríguez Azuero, 2005) Entonces, es el compromiso que asume el fiduciario de ejecutar **las instrucciones impartidas**, la razón por la que se le da las prerrogativas de administrador y representante legal del fideicomiso.

Justamente las instrucciones impartidas por el constituyente y plasmadas en el contrato de fideicomiso mercantil es parte de la naturaleza jurídica del fideicomiso, ya que ahí se conjuga la intención y voluntad del constituyente de transferir el bien a título de fideicomiso mercantil, al patrimonio autónomo; lo que se traduce en que la transferencia será transitoria al igual que la administración y la representación legal del fiduciario, ya que cuando se cumpla el plazo o la condición a la que el fideicomiso está subordinado -que también conforma la instrucción del contrato-, el patrimonio pasará a pertenecer a la persona dispuesta en el contrato.

Las instrucciones que se dictan son **irrevocables**, que como se señaló con anterioridad quiere decir que, una vez el contrato se perfecciona, el constituyente no puede cambiar las mismas, lo que protege al contrato y brinda seguridad a los sujetos participes del mismo.

Finalmente, existen otros dos componentes que diferencian al fideicomiso mercantil de cualquier otra figura jurídica, estos son la existencia de un encargo y la transferencia de la propiedad de los bienes sobre los cuales recaen las instrucciones a un patrimonio autónomo, el cual, al ser separado del patrimonio del constituyente, fiduciario y beneficiario, le da una condición de inembargable.

La inembargabilidad por lo tanto, otorga seguridades a los sujetos intervinientes en el contrato, ya que el conjunto de bienes aportados a título de fideicomiso mercantil,

no podrá ser perseguidos por acreedores del constituyente, fiduciario o beneficiario, salvo que el fideicomiso haya sido creado con fines fraudulentos, garantizando el efectivo cumplimiento de la finalidad del fideicomiso. (Molina Sandoval, 2009)

El artículo 121 de la Ley de Mercado de Valores del C.O.M.F, señala que “Los bienes del fideicomiso mercantil no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario, salvo pacto en contrario previsto en el contrato. En ningún caso dichos bienes podrán ser embargados ni objeto de medidas precautelatorias o preventivas por los acreedores del fiduciario. Los acreedores del constituyente o del beneficiario podrán ejercer las acciones sobre los derechos o beneficios que a estos les correspondan en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso mercantil” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014) avalando entonces lo señalado por los tratadistas y disponiendo que los bienes del fideicomiso mercantil no serán sujetos a ninguna medida precautelatoria, preventiva o de embargo, por parte de los acreedores de los sujetos contractuales.

Esta característica resulta un escudo para los inversionistas o emprendedores que decidan usar la figura del fideicomiso mercantil, ya que si son varios constituyentes que transfieran sus bienes, no van a tener la preocupación de que el proyecto no pueda realizarse por una obligación que pudiera tener uno de los constituyentes. Más bien asegurar que el proyecto cuenta con este blindaje que les protege ante cualquier tipo de acción contra el objeto por parte de terceros.

2.3 ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS DEL FIDEICOMISO MERCANTIL COMO NEGOCIO JURÍDICO.

2.3.1 Elementos Subjetivos del fideicomiso mercantil ecuatoriano:

Es importante definir quiénes son los intervinientes en el contrato de fideicomiso mercantil, y los derechos y obligaciones de cada parte, por lo que se retomará lo enunciado en capítulos anteriores, a fin de ampliar la definición legal, con criterios doctrinarios.

2.3.1.1 Fideicomitente

- a) El fideicomitente o los constituyentes según el Artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores del C.O.M.F, son las “personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, quienes transferirán el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil (...)” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014)

Esta disposición legal brinda una noción de quién puede actuar como fideicomitente, más no es lo suficientemente exacta para definir cuál es la función puntual del constituyente por lo que es necesario complementar este enunciado con la siguiente idea “el fideicomitente es, la parte que transmite la propiedad de un bien y le encomienda el cumplimiento de una tarea al fiduciario relacionada con ese bien. (...)” (Nicolás Malumian, Adrián G Diplotti, Pablo Gutiérrez, 2001).

De estas definiciones es posible extraer que el constituyente es aquella persona que transfiere sus bienes a título de fideicomiso mercantil a un patrimonio

autónomo, para que un fiduciario haga todas las gestiones en su poder en pos de cumplir las instrucciones impartidas por el constituyente en un inicio.

Rodríguez Azuero, completa este criterio mencionando que no necesariamente la persona tiene que ser capaz, ya que los incapaces pueden actuar representados “puede decirse que toda persona capaz de disponer de sus bienes puede constituir un fideicomiso. Lo que no excluye a un incapaz que actué a través de su representante legal, en cuanto este llene los requisitos establecidos por la ley para hacer mentada transferencia” (Rodríguez Azuero, 2005)

A manera de conclusión, es posible conceptualizar a los constituyentes del fideicomiso mercantil como aquella o aquellas personas, de origen natural o jurídico, de carácter público o privado, con o sin fines de lucro, que transfiere de manera temporal e irrevocable la propiedad de uno o más de sus bienes a un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica, el mismo que será administrado por una fiduciaria que actúa como administrador y representante legal del mismo, y busca hacer cumplir las instrucciones que han sido otorgadas en un inicio por el propio constituyente, ya sea a su favor o al favor de un tercero.

2.3.1.2 Fiduciario

- b) La Fiduciaria es una Administradora de Fondos y Fideicomisos en el Ecuador, estas son sociedades anónimas con personería jurídica, que tienen como objeto social la administración de fondos y fideicomisos de manera especializada, según el artículo 97 de la Ley de Mercado de Valores del C.O.M.F. el objeto social de las fiduciarias pueden ser solamente los de: “a) Administrar fondos de inversión; b) Administrar negocios fiduciarios, definidos en esta Ley; c) Actuar como

emisores de procesos de titularización; y, d) Representar fondos internacionales de inversión.” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014)

La función que compete conocer, es la de administrar negocios fiduciarios. Según el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, el fiduciario es “el representante legal del fideicomiso mercantil, quien ejercerá tales funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato.” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014)

Como requisitos para constituir una Fiduciaria está el de tener un capital mínimo suscrito y pagado de un valor fijado por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, este valor deberá garantizar la solvencia de la compañía, y cumplir los requisitos técnicos, financieros y legales establecidos por la misma entidad, lo que otorga capacidad para poder prestar el servicio.

Cabe mencionar, que los requisitos establecidos por la entidad antes mencionada varían para aquellas Administradoras de Fondos y Fideicomisos, que trabajen también con procesos de titularización, a más de esto es necesaria la autorización de la Superintendencia de Compañías para que pueda operar. (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014)

Las entidades de Derecho Público que, dentro de su Estatuto, o por mandato legal se vean autorizadas, pueden también, prestar el servicio de fiduciario a entidades tanto privadas como públicas, tal como sucede con la Corporación Financiera Nacional, que tiene la facultad de actuar como administradora de fondos y fideicomisos, de acuerdo a la Ley Orgánica de la Corporación Financiera.

La fiduciaria, al ser una entidad en la cual se deposita absoluta confianza y a la cual se le encomienda toda gestión para alcanzar el fin señalado, debe mantenerse imparcial y enfocarse en el cumplimiento de dicha meta, por lo que deberá actuar de manera independiente, y no podrá ser beneficiario del fideicomiso, porque de serlo generaría un conflicto de intereses, prohibición que se ve contemplada en la Codificación de las Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores.

El campo de acción de las fiduciarias es limitado, estas pueden solamente hacer lo que la ley y el contrato de fideicomiso mercantil les permite de manera estricta, aunque tiene la facultad de celebrar actos necesarios para cumplir con la finalidad del contrato. Por lo que su responsabilidad emana directamente del contrato.

Cabe recordar que la gestión de la fiduciaria es de medios y no de resultados, es decir, su obligación es manejar de la manera más profesional y eficiente el fideicomiso mercantil, consecuentemente la manera de establecer la responsabilidad del fiduciario es remitirse a la fuente de las obligaciones, es decir, el contrato, el cual expondrá si las instrucciones se cumplieron “con la suficiente diligencia y cuidado que los hombres emplean en sus negocios propios”. (Código Civil, Actualizado a agosto de 2015)

De determinarse que no hubo la debida diligencia, ni los esfuerzos necesarios, la fiduciaria responderá hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, así mismo, en el caso de no cumplir una obligación que emana de la ley, está podrá tener responsabilidad civil, administrativa y hasta penal.

Responsabilidad civil, en el caso por ejemplo de no “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”; (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014) responsabilidad administrativa, de no “informar a la Superintendencia de Compañías en la forma y periodicidad que mediante norma de carácter general determine el C.N.V” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014) y responsabilidad penal, en el caso de que el fiduciario actúe dolosamente con la intención de causar fraude a terceros.

El papel de la administradora de fondos es de suma importancia, ya que debe cumplir con un sin número de funciones para tutelar los bienes transferidos. Estas funciones y obligaciones tienen que desempeñarse de manera proba, puesto que, la confianza del constituyente se encuentra reflejada y depositada en estas empresas.

Es preciso hacer hincapié en el tema del patrimonio del fideicomiso, el cual es totalmente individual y autónomo del patrimonio de la empresa administradora, por lo que en ningún momento estos patrimonios podrían mezclarse.

Así también, la empresa no podrá cumplir sus atribuciones sin antes haber suscrito el capital que la ley establece.

La actuación de estas entidades encargadas de tutelar los fondos del constituyente, se encuentran sometidas a lo que la Ley del Mercado de Valores (artículos 102, 103, 104 y 105) y el propio contrato instauran.

Dando prioridad al artículo 105 de la Ley de Mercado de Valores, se puede evidenciar que prevé las prohibiciones de la administradora fiduciaria, tomando en cuenta los fondos como prioridad máxima; entre las cuales podemos destacar las siguientes: adquirir, enajenar o mezclar activos de un fondo con los suyos

propios; mezclar activos de un fondo con los de otros fondos; traspasar valores de su propiedad o de su propia emisión entre los distintos fondos que administre.

Y, también en el sentido de establecer reglas morales para la buena administración de las empresas, como, por ejemplo: dar o tomar dinero a cualquier título a, o de los fondos que administre o entregar éstos en garantía; emitir obligaciones y recibir depósitos en dinero; ser accionista de una casa de valores, administradoras de fondos de inversión y fideicomisos, calificadoras de riesgo, auditoras externas y demás empresas vinculadas a la propia administradora de fondos de inversión.

El numeral dos del mencionado artículo hace referencia a aquello que las fiduciarias no deben realizar, en ese sentido se encuentra: avalar, afianzar o garantizar el pago de beneficios o rendimientos fijos en función de los bienes que administra; invertir los recursos de los fideicomisos, en los fondos de inversión que administra; entre otros.

2.3.1.3 Fideicomisario

Serán beneficiarios o fideicomisarios del fideicomiso mercantil, quienes disfrutarán de los bienes aportados al fideicomiso o de los frutos de estos, Sergio Rodríguez Azuero establece que “beneficiario es la persona que en virtud del negocio jurídico debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo y, eventualmente, los mismos bienes fideicomitidos al vencimiento del término estipulado” (Rodríguez Azuero, 2005).

Pese a esto es importante mencionar, que el constituyente del fideicomiso puede ser también beneficiario del mismo, esto siempre y cuando, dentro del negocio jurídico se fije a sí mismo, como beneficiario de los bienes aportados de manera expresa.

Existe una salvedad, la cual se da cuando un beneficiario asignado de manera previa, renuncia a el derecho que se le piensa otorgar y no se ha designado beneficiarios sustitutos -posibilidad que la ley prevé-; en este caso el constituyente toma el lugar de esta persona y se convierte en beneficiario del derecho. (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014)

De igual manera, el beneficiario puede ser una persona natural o jurídica, determinada o que pueda determinarse a futuro, puede hasta designarse como beneficiario a una persona que no exista al momento de constituirse el fideicomiso, pero que se espere que vaya a existir, en este caso, el beneficio se perfeccionará al momento de que la persona exista, y esta exprese su voluntad de recibir los beneficios que el constituyente haya dispuesto para este; en el caso de que la persona sea aún incapaz está deberá actuar representada, es importante recordar que bajo ningún concepto, podrá ser beneficiaria la fiduciaria.

Esta concepción se ve plasmada en el artículo 116 de la Ley de Mercado de Valores del C.O.M.F, en el cual se señala quienes pueden tener la condición de beneficiarios tal como “personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, de derecho privado con finalidad social, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, designadas como tales por el constituyente en el contrato o posteriormente si en el contrato se ha previsto tal atribución.

Podrá designarse como beneficiario del fideicomiso mercantil a una persona que al momento de la constitución del mismo no exista, pero se espera que exista. Podrán existir varios beneficiarios de un contrato de fideicomiso, pudiendo el constituyente establecer grados de preeminencia entre ellos e inclusive beneficiarios sustitutos. (...)” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014)

Es fundamental que los beneficiarios sean claramente identificados en el contrato de fideicomiso mercantil, y que se detalle de manera clara los derechos que se asignan a cada uno de ellos, estableciendo el modo, la condición o el plazo para que ellos puedan acceder a los mismos.

2.3.2. Elementos Objetivos del Fideicomiso Mercantil Ecuatoriano:

El patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil, en términos generales, se puede constituir con la transferencia de bienes y derechos, siempre y cuando estos tengan valor pecuniario, estén afectos a cumplir una finalidad específica y sean de carácter singular. En Ecuador no se permite la transferencia de universalidades, a diferencia de legislaciones como la uruguaya que sí, así mismo no se permite la transferencia del Know How y otras limitaciones. (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014)

El valor pecuniario quiere decir que los bienes y los derechos tienen que tener un precio cuantificable en dinero, estos a su vez tienen que tener un destino o uso definido en el contrato ya que no pueden permanecer en el patrimonio autónomo del fideicomiso sin una finalidad –aunque esta fuera la sola tenencia del bien- y de manera temporal, deben ser individualizados como regla general al momento de la constitución y en caso de que sean transferidos posteriormente estos deben ser descritos con un grado distintivo de especificidad. (Molina Sandoval, 2009)

A pesar de ello, la ley sí permite que se transfieran bienes ajenos, a título de fideicomiso mercantil, también bienes que no existan al momento de la constitución, sino que se espera que existan a futuro. Por lo que pueden ser transferidos al fideicomiso mercantil, todos aquellos bienes o derechos que estén en el comercio, que sean determinados o determinables en cuanto a su especie.

No podrán ser transferidos aquellos bienes que la ley señale su imposibilidad de enajenación, tampoco aquellos derechos que no tengan carácter pecuniario o sean considerados personalísimos o aquellos extra-patrimoniales; todos aquellos que no estén dentro de esta prohibición si podrán ser aportados sin importar si son corporales o incorporeales; muebles o inmuebles, tangibles o intangibles.

A manera de ejemplificación, pueden formar parte del patrimonio autónomo generalmente el dominio, el uso, habitación o usufructo sobre derechos reales sobre una cosa corporal como un vehículo o un terreno. Derechos personales tales como un crédito dado por un prestamista representado en un pagaré para solventar una obligación.

Es primordial identificar, que la transferencia de dominio al patrimonio autónomo debe cumplir con los modos y formalidades que se exijan de acuerdo con la naturaleza de los bienes que se aportan; por ejemplo, es necesario que los bienes inmuebles como mencionaremos a futuro, se transfieran por medio de escritura pública y sean inscritos en el registro de la propiedad del cantón donde se encuentren; si se tratase de un bien mueble corporal, este deberá seguir las reglas del Código Civil para que de acuerdo a su naturaleza se pueda perfeccionar su transferencia; en el caso de que se transfieran obligaciones o créditos en títulos valores, se deberá hacerlo mediante la cesión, el endoso o la entrega al fideicomiso mercantil.

Finalmente, Molina Sandoval señala que algunos bienes transferidos al patrimonio autónomo no conservaran el mismo estado que cuando fueron aportados sino, a consecuencia de las instrucciones estipuladas en el contrato estos pueden “disminuir o aumentar, pueden transformarse o sustituirse” (Molina Sandoval, 2009)

2.4 PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL FIDEICOMISO MERCANTIL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

El fideicomiso mercantil es una figura contemplada en varios ordenamientos jurídicos de países con un derecho de origen romanista, razón por la cual muchas características son las mismas sin importar el país, como por ejemplo la inembargabilidad de los bienes del fideicomiso, los sujetos intervinientes, y hasta los bienes que se pueden aportar.

En el caso del Ecuador, existe una característica que distingue al fideicomiso mercantil ecuatoriano de cualquier otro en Latinoamérica y el cual solo se asemeja al fideicomiso de Quebec, Canadá. Este es el patrimonio autónomo con personalidad jurídica propia del fideicomiso mercantil, el cual da una connotación particular al fideicomiso ecuatoriano con respecto a otros estados.

2.4.1. Patrimonio Autónomo

En el libro Tratado de Fideicomiso de Molina Sandoval se enfatiza que la Ley de Mercado de Valores ecuatoriana diciendo que “la característica fundamental y diferenciadora del resto de la legislación de los países latinoamericanos, es que la citada ley trata al fideicomiso como un patrimonio autónomo como sujeto de derecho, con capacidad jurídica, para adquirir derechos y contraer obligaciones” (Kipper & Lisoprawski, 2004)

La mencionada Ley, -hoy dentro del Código Orgánico Monetario y Financiero- en su artículo 109 describe al patrimonio autónomo como “el conjunto de derechos u obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico el contrato, también se denomina fideicomiso mercantil. (...) cada patrimonio autónomo, está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal, quien

ejercerá tales funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato”. (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014)

El Patrimonio Autónomo es una ficción del derecho, reconocida por la legislación ecuatoriana como un ente con personalidad jurídica, lo que trae como efecto que su patrimonio sea independiente al patrimonio de los sujetos partícipes del negocio jurídico, el mismo que está afectado a una finalidad.

La separación de patrimonios aporta a que no exista confusión de patrimonios entre el patrimonio del fiduciario y los bienes aportados al fideicomiso, además imposibilita a los acreedores de embargar los bienes que estén en el patrimonio autónomo aun así estos hayan pertenecido o fueran de pertenecer a uno de los sujetos del contrato, lo que se traduce en una protección para los partícipes y beneficiarios del negocio.

Otra de las ventajas del patrimonio autónomo está en que la transferencia a su haber, se hace bajo el título de fideicomiso mercantil, el cual no es oneroso ni gratuito, debido a que es un encargo que no brinda provecho económico ni al fiduciario, ya que los bienes transferidos nunca son parte de su patrimonio, ni al constituyente ya que este no recibe una contraprestación por el aporte.

Como beneficio de la transferencia de derechos o bienes a título de fideicomiso mercantil, esta una exención integral tributaria, ya que la misma no constituye hecho generador, subsecuentemente no nacen obligaciones tributarias previstas en leyes que gravan las transferencias gratuitas y onerosas, sin embargo, esto no exime al constituyente o al beneficiario del pago pactado con la fiduciaria por su servicio de administración, tampoco quiere decir que los bienes aportados sujetos a impuestos dejen de pagarlos.

Al contar con personalidad jurídica y al ser la fiduciaria su administrador y representante legal, “el patrimonio autónomo es sujeto de derecho lo que le otorga capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones” (Kipper & Lisoprawski, 2004), permitiendo a la fiduciaria realizar actos que conlleven a la realización de la finalidad planteada de una manera menos burocrática y eficiente.

Retomamos la Ley de Mercado de Valores del C.O.M.F. la cual recalca lo señalado anteriormente, mencionando que “El patrimonio autónomo no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato”. (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014)

2.4.2. Especialización del Fiduciario

La Ley ecuatoriana señala que el fiduciario no puede ser una persona natural, sino debe ser una persona jurídica, específicamente una sociedad anónima, constituida con el objeto social de administrar fondos y fideicomisos de manera especializada, lo que requiere que la compañía cuente con la solvencia necesaria para cumplir su actividad económica, a más de contar con los requisitos técnicos, financieros y legales establecidos por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Esta condicionante que exige la ley (una sociedad controlada), es uno de los aspectos que a mi parecer resta la posibilidad de que el fideicomiso gane un mayor impulso, como lo sostendré en la parte final de este trabajo.

La función primordial de la fiduciaria es la prestación de servicios fiduciarios que requiera cada fideicomiso para lograr su finalidad, a cambio de una remuneración

previamente establecida acorde a la dificultad de cumplir cada instrucción dispuesta por el constituyente, como señala el artículo 102 de la Ley de Mercado de Valores del C.O.M.F., la administración deberá ser manejada con interés ajeno lo que implica que la fiduciaria deberá actuar con una diligencia preeminente, dar confiabilidad a las partes y evitar conflictos de interés, para así lograr la consecución eficaz de la finalidad del fideicomiso.

Como se señaló con anterioridad el fiduciario responde hasta por culpa leve, responsabilidad proveniente de su posición como representante legal y administrador del fideicomiso, por lo que de no ser profesional y diligente debe responder por los perjuicios causados a los contratantes y hasta a terceros, sin embargo, únicamente se puede exigir la reparación de la fiduciaria cuando la gestión no fue realizada con cabalidad, mas no se puede exigir el resultado pretendido, ya que la función de la misma es de medios, no de resultados.

En un inicio se destacó la amplia esfera volitiva que caracterizaba al fideicomiso mercantil, misma que era plasmada en el contrato constitutivo a manera de instrucciones para la gestión del cumplimiento de las mismas, pese a esto la normativa ecuatoriana, en pos de proteger los intereses tanto del constituyente como del beneficiario, prohíbe en el artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores del C.O.M.F., que se pacten prerrogativas que den como consecuencia la disminución de las obligaciones legales impuestas al fiduciario, incluyendo facultades que puedan exonerar a este de responsabilidad o que lo apartase de la gestión instruida. (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014)

Los tratadistas Kiper y Lisoprawski, después de conceptualizar varias nociones del fideicomiso, de diferentes ordenamientos jurídicos en el continente americano, resaltan el fideicomiso mercantil ecuatoriano, precisamente por las características antes

descriptas, finalizando la descripción del mismo con la siguiente frase **“La legislación del Ecuador es, en lo que ha fideicomiso respecta, la más avanzada de Latinoamérica”**.

(Kipper & Lisoprawski, 2004) Desgraciadamente, en los años posteriores a la culminación del libro, muchos de los avances del fideicomiso ecuatoriano han sido restringidas como lo explicaremos más adelante.

2.5 FORMALIDADES EXIGIDAS AL FIDEICOMISO MERCANTIL.

Para que el contrato de fideicomiso mercantil sea válido se deben cumplir algunas formalidades establecidas en la Ley de Mercado de Valores del Código Orgánico Monetario y Financiero, ya que el fideicomiso mercantil se determina como un contrato solemne en el artículo 110 de la ley antes citada.

Primeramente, es fundamental señalar que el fideicomiso mercantil debe constituirse por instrumento público abierto y solamente se tendrá que inscribir en el registro pertinente cuando, los bienes inmuebles u otros bienes o derechos aportados al fideicomiso requieran de mencionada inscripción para el perfeccionamiento de la transferencia. (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014) En el Ecuador para que se adquiriera la propiedad de cualquier bien, se requiere que coadyuven el título y el modo, en el momento en el que se da esta causa inmediata (título) y mediata (modo), se perfecciona la transferencia de la propiedad de un bien.

En el caso del fideicomiso mercantil ecuatoriano, es necesario que se mencione que el título al cual se transfiere la propiedad es a título de fideicomiso mercantil, este título traslativo de dominio es propio de la figura jurídica, y refleja la confianza que otorga el constituyente a la fiduciaria, ya que, pese a que se transfiere el bien a un patrimonio autónomo, este se entraña un encargo a la fiduciaria para que lo administre, por lo que no existe “animus donandi” o el ánimo de enajenar en el constituyente.

Dentro de esta escritura, estarán establecidos los comparecientes, estos deberán ser claramente identificados, con su respectiva calidad dentro del contrato, para lo que deberá indicarse, domicilio, nacionalidad, número cedula de ciudadanía y estado civil de cada uno de ellos. El constituyente deberá suscribir una declaración juramentada en la cual señale: la procedencia lícita de los bienes o derechos a aportar; la manifestación de que la constitución del fideicomiso no causará perjuicios a sus acreedores o a terceros; la manifestación de que el fideicomiso posee causa y objeto lícito y finalmente la declaración de que los fondos no provienen de una relación del constituyente con actividades ilícitas. (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014)

Según el artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores del C.O.M.F., es necesario también que se estipule de manera descriptiva los bienes aportados o por aportarse; los derechos y obligaciones de los sujetos intervinientes; el pago al que tenga derecho el fiduciario como contraprestación de su gestión y el valor de la constitución, gastos y terminación del contrato; un nombre peculiar para el fideicomiso que distinga este ente jurídico de los demás, a manera de expresión peculiar; las causales y la forma de terminación del contrato; los términos de la administración, gestión y entrega de los bienes o frutos objeto del contrato, así como las condiciones bajo las cuales se efectuarán los rendimientos y liquidaciones del fideicomiso mercantil. (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014)

Es prudente señalar que, al existir varios tipos de fideicomisos mercantiles, estos van a estar sometidos a formalidades especiales de acuerdo a la finalidad de los mismos por los que las formalidades antes expuestas son generales para todos.

2.6 APLICACIONES USUALES DEL FIDEICOMISO MERCANTIL.

Existen numerosas combinaciones en las cuales se puede usar el fideicomiso mercantil de manera eficaz, pero aquellos que cobran una aplicación práctica en el país, están definidos a grandes rasgos por la legislación ecuatoriana y se encuentran contemplados en la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores (CRCNV), en la Ley de Mercado de Valores (LMV) y en el Reglamento sobre Negocios Fiduciarios.

La afirmación antes mencionada se ve reflejada en la figura expuesta a continuación la cual describe los principales fideicomisos con su respectiva fuente legal.

Figura 1

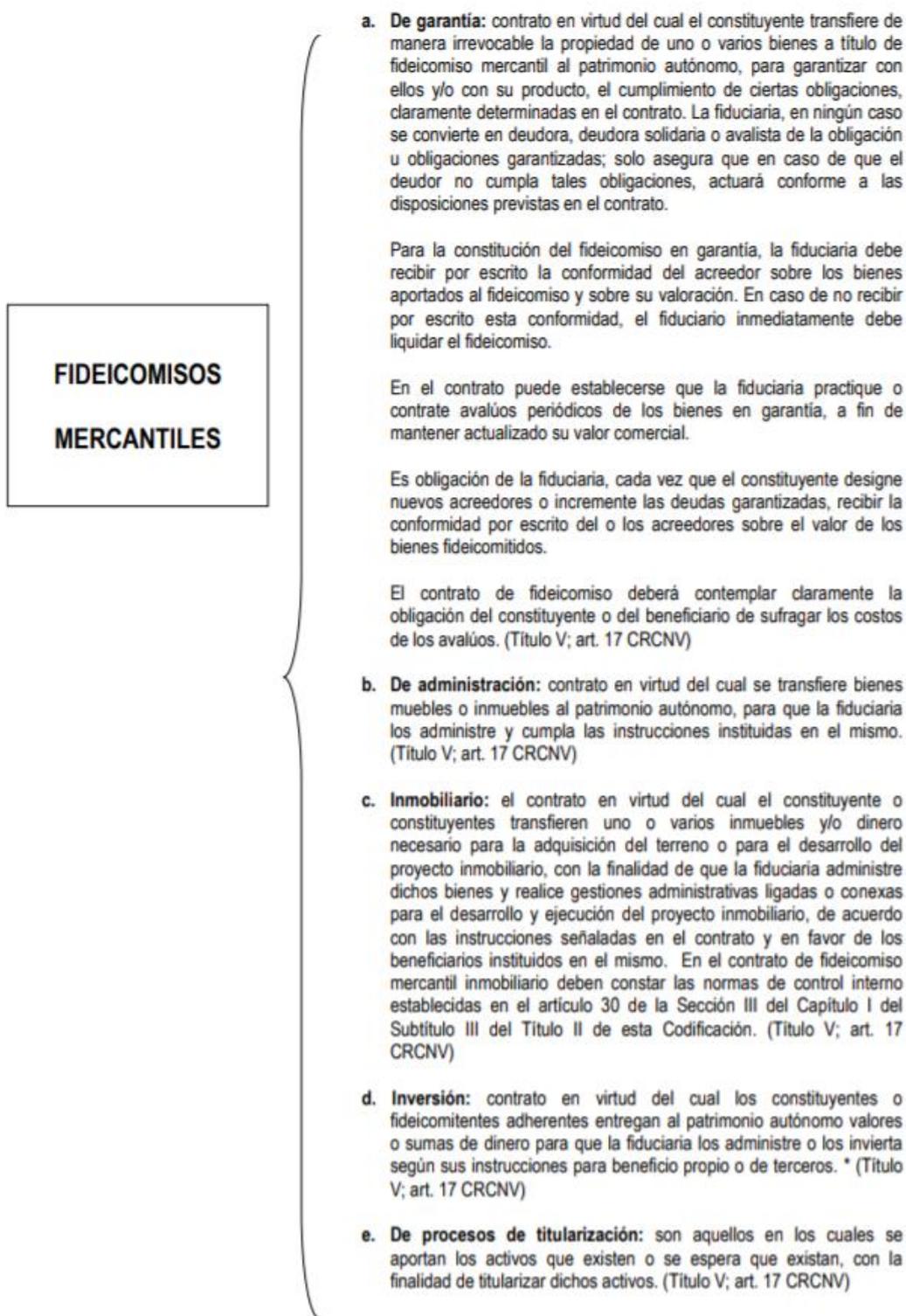


Figura 1. Reglamento de los Negocios Fiduciarios (Fiducia S.A., 2014)

Como se observa en la figura antes expuesta, el fideicomiso mercantil ecuatoriano es una figura -en teoría- bastante funcional ya que, permite que el constituyente plasme de manera amplia y versátil su voluntad, voluntad que ve su fundamento en la libertad de contratación y en el principio de derecho privado; misma que se ve únicamente restringida por las prohibiciones expresas de la ley; el autor Carregal apoya esta idea mencionando que “el fideicomiso es una interesante figura jurídica destinada a brindar seguridad a ciertos negocios que requieren una estructura con suficiente flexibilidad para adaptarse a sus particulares modalidades, cuya principal expresión la encontramos en el terreno contractual.” (Carregal, 2008)

2.6.1 Fideicomiso de Garantía

El fideicomiso de garantía, es una herramienta muy usada por los empresarios esto se debe a su eficacia para asegurar el cobro de una obligación, esta eficacia radica en la inmediatez con la que puede el acreedor solventar su crédito a favor, todo esto estipulando que en el caso de que no se pague la suma adeudada, el bien transferido a título de fideicomiso al patrimonio autónomo pueda ser vendido, y con su fruto dar la obligación por satisfecha, o entregar el bien en dación en pago.

En los últimos años la figura se ha visto limitada en algunos aspectos, restringiendo su ámbito de aplicación y obligando a que las instrucciones del mismo sean revisadas y aprobadas por organismos gubernamentales, como lo ampliaremos en el subtítulo continuo, pese a esto, sigue siendo usada para asegurar el pago a entidades bancarias solo por ciertos tipos créditos otorgados bajo esa modalidad, por empresas privadas y por particulares.

En la figura 1, podemos observar la disposición legal secundaria en donde este tipo de fideicomiso encuentra su sustento, además de ciertas particularidades del mismo, como lo es, la conformidad escrita del acreedor respecto a los bienes dados en garantía o en caso de que se sumen más acreedores y la posibilidad de realizar avalúos periódicos de los bienes fideicomitados.

El fideicomiso mercantil de garantía debe constituirse mediante instrumento público abierto, pero a más de esto, la transferencia de los bienes al patrimonio autónomo debe ser inscrita en los registros públicos que corresponda inscribir según la naturaleza de los bienes.

La transferencia de la propiedad, es la diferencia sustancial entre este tipo de fideicomiso y otras garantías reales tradicionales, esto se debe a que la efectivización de la garantía resulta inmediata considerando que si el deudor no paga encasillará su comportamiento dentro de una prerrogativa que tiene como consecuencia el proceso de ejecución contractual y la venta inmediata del bien fideicomitado por parte de la fiduciaria, la cual tiene la representación del fideicomiso, propietario del bien; mientras que en una prenda real es necesario que se dictamine judicialmente el no pago de la deuda para la ejecución forzosa de la garantía.

Figura 2



Figura 2. Fideicomiso de Garantía (ENLACE Negocios Fiduciarios S.A.)

2.6.2 Fideicomiso de Administración

Se podría decir que el fideicomiso de administración, es el fideicomiso más esencial, ya que es justamente la administración del patrimonio fiduciario, la función primordial de la fiduciaria, además este fideicomiso es la base para fideicomisos más específicos como lo son el inmobiliario o el de garantía.

Como lo describe la figura 1, este fideicomiso está normado en el numeral 2 del artículo 17 de la Codificación de Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores, el cual establece que el fideicomiso mercantil de administración “es el contrato en virtud del cual se transfiere dinero o bienes a un patrimonio autónomo, para que la fiduciaria los administre y desarrolle la gestión encomendada por el constituyente y destine los rendimientos, si los hay, al cumplimiento de la finalidad señalada.” (Codificación de las Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores, 2016)

Como se mencionó con anterioridad la existen responsabilidades que emanan del correcto manejo del fideicomiso, Rodríguez Azuero refiriéndose a la labor administrativa de la fiduciaria señala que “el primer requerimiento es que los maneje de manera adecuada y los proteja, física y jurídicamente, contra los riesgos que puedan afectarlos”. (Rodríguez Azuero, 2005)

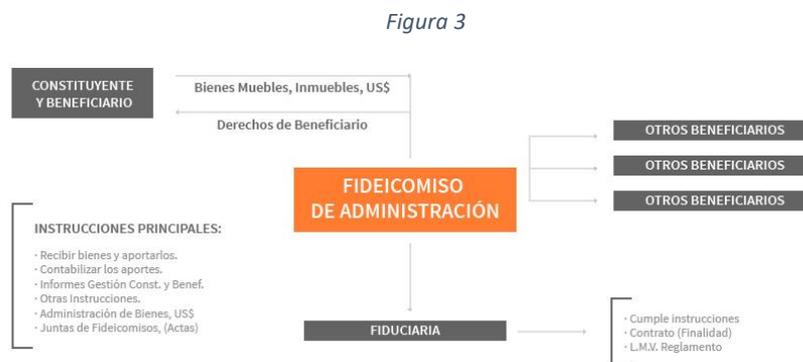


Figura 3. Fideicomiso de Administración (ENLACE Negocios Fiduciarios S.A.)

Como se muestra en la figura 3, el fiduciario recibe, -a manera de administrador del patrimonio autónomo- bienes o derechos pecuniarios, para que con ellos se desarrolle la gestión encomendada por el constituyente en pos de cumplir la finalidad del contrato de fideicomiso, cumpliendo además con las obligaciones establecidas ya en la ley.

En las empresas y proyectos económicos se ha utilizado la figura para administrar y asegurar compromisos empresariales, como por ejemplo controlar el destino de flujos, la prelación de ciertos pagos; o, cuando se ha considerado imprescindible aislar el activo que sirve de base para un emprendimiento.

2.6.3 Fideicomiso Inmobiliario

Como se puede notar, los diferentes tipos de fideicomisos se clasifican de acuerdo al objeto sobre el cual recae el negocio. El nombre de este fideicomiso deriva justamente del uso de la figura para lograr la creación de proyectos inmobiliarios; como se interpreta del numeral 3, del artículo 17 de la Codificación De Resoluciones Expedidas Por El Consejo Nacional De Valores, los constituyentes del fideicomiso aportan capital o bienes (terrenos, material, etc.), para la construcción del proyecto, el mismo que será administrado fiduciariamente por la fiduciaria, la cual gestionará el desarrollo y la ejecución del mismo de acuerdo a las instrucciones establecidas en el contrato. (Codificación de las Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores, 2016)

Es prudente, para la comprensión del funcionamiento del contrato ejemplificar el mismo. Si el proyecto inmobiliario a ejecutarse fuera por ejemplo un edificio de oficinas para la venta, los constituyentes deberían aportar bienes relacionados con la finalidad que se desea lograr, entonces un terreno y capital para el desarrollo del mismo fuera lo más común, estos bienes integrarían el patrimonio autónomo, el mismo que la fiduciaria deberá aprovechar para gestionar la construcción del inmueble, el cual deberá constar de

ciertas especificidades ordenadas por los constituyentes o por la misma ley, antes de poder ser comercializado, como podemos observar en la figura 4.

Figura 4



Figura 4. Fideicomiso Inmobiliario (ENLACE Negocios Fiduciarios S.A.)

En el Ecuador, antes de iniciar la construcción, menos aún poder vender las oficinas, es necesario que se llegue a un punto de equilibrio tal y como se muestra en la figura 5, este punto de equilibrio no es un término económico, sino sugiere que se deben reunir las condiciones técnicas, jurídicas, comerciales y financieras necesarias para el óptimo funcionamiento del mismo. Al reunir todos estos requisitos la misma fiduciaria se encargará de la comercialización de los departamentos, de la entrega de los mismos, del cobro y de la repartición de ganancias a los beneficiarios señalados. Claro está, todo conforme a las instrucciones establecidas en el contrato inicial.

Teniendo clara la funcionalidad del contrato, es oportuno destacar la importancia del rol de la fiduciaria para la realización del proyecto inmobiliario, como lo es la experticia que debe tener la misma para poder gestionar adecuadamente el proceso del proyecto, desde su construcción hasta el reparto de utilidades a los beneficiarios señalados en caso de haberlas.

Como ventaja el notamos que los constituyentes después de dar las instrucciones en cierta forma se aíslan del proyecto, pueden contratar a un gerente del proyecto y de la construcción por lo que solamente se encargan de recibir los réditos del mismo, y es la fiduciaria la que hace los esfuerzos necesarios para la consecución del fin dispuesto, no hace falta decir que esta recibe también una contraprestación a su favor por la gestión.

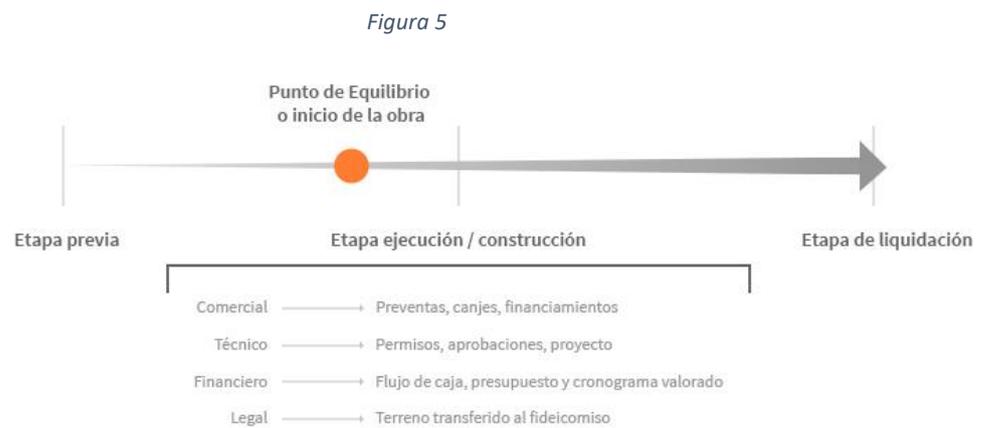


Figura 5. Fideicomiso Inmobiliario II (ENLACE Negocios Fiduciarios S.A.)

2.6.4 Fideicomiso de Inversión

Se conoce como fideicomisos de inversión a aquellos negocios cuya finalidad es la de aportar sumas de dinero para que la fiduciaria, valiéndose de sus habilidades y profesionalismo, lo coloquen en distintos proyectos que otorguen réditos a futuro a los beneficiarios establecidos en el contrato de constitución del fideicomiso.

Es de notar que en esta modalidad como en la inmobiliaria, el fideicomiso no es solamente de administración de los bienes aportados, sino se busca generar una ganancia con los mismos, teniendo camino a la fiduciaria como la gestora de la finalidad, por lo cual el mismo contrato permitirá un cierto campo de acción a la fiduciaria para que pueda

invertir en el negocio que esta considere, claro está, con los parámetros e instrucciones que el contrato fija.

Rodríguez Azuero realiza una valiosa distinción señalando que “no es lo mismo, en efecto, cumplir con un encargo preciso y determinado, fácilmente comprobable, que comprometerse a colocar recursos en actividades dejadas a su libre escogencia, pero en donde la evolución de los riesgos se convierte en una responsabilidad propia que hace más difícil conciliar el deseo de obtener altas rentabilidades para su cliente” (Rodríguez Azuero, 2005)

En el mundo de los negocios, este fideicomiso ha sido comúnmente utilizado en el Ecuador como figura asociativa para emprender en proyectos complejos, cuando las partes no desean optar por una compañía debido a que el propósito no es llevar adelante actos que se proyecten largamente en el tiempo.

2.6.5 Fideicomiso de Procesos de Titularización

El Fideicomiso de Procesos de Titularización es el más complejo de los señalados en la legislación ecuatoriana, por lo que la explicación será lo más simple y concreta posible. Entendemos al proceso de titularización como la generación de valores con cargo al patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil.

El constituyente en un inicio aporta activos de prolongada rotación, pero que sin embargo tienen la posibilidad de generar flujos que ingresen al fideicomiso mercantil, y a su vez el constituyente recibe efectivo que lo puede usar para una situación o inversión urgente, el efectivo que recibe es equivalente a los ingresos que el activo supone generar a futuro menos un descuento el cual representa la ganancia de quien otorga el capital con la expectativa de una ganancia futura. El proceso se ilustra en la figura 6 a continuación.

Figura 6



Figura 6. Fideicomiso de Titularización (ENLACE Negocios Fiduciarios S.A.)

2.7 RESTRICCIONES LEGALES IMPUESTAS AL FIDEICOMISO MERCANTIL EN EL ECUADOR FRENTE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

Como se denota de este trabajo, la autonomía de la voluntad es uno de los ejes principales del contrato de fideicomiso mercantil. En el Ecuador, con la Ley de Mercado de Valores expedida en 1998, esta se convirtió junto con la confianza, en el pilar fundamental del negocio jurídico, debido a que la legislación daba un amplio espacio a los contratantes para plasmar su voluntad, llegando a ser el contrato nominado más libre en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Es conocido que, en el derecho privado, todo lo que no está prohibido por la ley, se entiende permitido y también lo es, que todo lo pactado en un contrato es ley para las partes, por lo que es necesario solamente que la persona sea capaz, y que no incumpla una disposición legal expresa, para poder pactar absolutamente todo lo que los contratantes deseen. (Código Civil, Actualizado a agosto de 2015)

Pese a lo antes señalado existen ciertas limitaciones a la hora de suscribir un fideicomiso mercantil, las mismas que nacen de la ley. Estas restricciones o imperativos

de carácter ordinario, son ineludibles, van ligados al Derecho desde su origen e integran el contenido del propio contrato, las mismas serán descritas a continuación.

2.7.1 Fideicomisos realizados en fraude a la ley

Pese a las inmensas posibilidades que nos da el contrato de fideicomiso mercantil, el derecho no permite que este pueda ser usado para perjudicar a terceros; para poder concebir esta protección es importante entender que este negocio jurídico es un medio idóneo y efectivo que usa el constituyente para conseguir un fin determinado, el que como en cualquier otro contrato debe ser lícito, independientemente de la figura que se use.

Rodríguez Azuero, ilustra esta prohibición –que no está escrita pero se deduce de los principios generales del derecho- señalando que pese a la amplia gama de posibilidades que deja el fideicomiso debe entenderse que el objeto perseguido no es ilimitado, “por la imposibilidad de buscar a través de un mecanismo oblicuo, la obtención de una finalidad que no sería lícito obtener al fideicomitente, si actuara en forma directa” (Rodríguez Azuero, 2005)

Este incorrecto uso es muy común, lo que ha generado un mayor control sobre el fideicomiso mercantil, un ejemplo claro fuera la constitución de una compañía, la misma que para su nacimiento requiere al menos de dos socios, (Código Civil, Actualizado a agosto de 2015) en este caso el constituyente aportaría un cierto capital al fideicomiso compareciendo él como fiduciario, y valiéndose de la personalidad jurídica del mismo, podría ser socio con el fideicomiso y constituir la compañía, pero en la práctica el fuera el único socio de la misma lo que transgrede la naturaleza misma de la compañía, por lo cual resultaría prohibido y un abuso del contrato para un fin contrario al derecho.

2.7.2 Fideicomisos realizados en pos de limitar el Derecho General de Prenda

El artículo 2367 del Código Civil ecuatoriano señala que “Toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor (...)” (Código Civil, Actualizado a agosto de 2015) a esta facultad se le conoce como Derecho General de Prenda, lo que quiere decir que el patrimonio del deudor constituye garantía para la obligación que este haya contraído con el acreedor.

Muchas veces los deudores, para poder salvaguardar sus bienes, constituyen un fideicomiso mercantil al cual aportan parte o el total de los bienes de su patrimonio para que de esta manera sus acreedores no puedan hacerse con sus bienes, al no pertenecer estos al constituyente sino al fideicomiso.

El derecho tutela este tipo de fraude a los acreedores dando acciones al acreedor para evitarle un perjuicio, el artículo 123 de la Ley de Mercado de Valores del C.O.M.F. señala que “El contrato de fideicomiso mercantil otorgado en fraude de terceros por el constituyente, o en acuerdo fraudulento de éste con el fiduciario, podrá ser impugnado judicialmente por los interesados (...)” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014) a más de esto el constituyente podrá tener consecuencias civiles y hasta penales.

Rodríguez Azuero apoya esta noción señalando que “como la mala fe no puede fundar derecho, es natural que el negocio realizado con el propósito de burlar a los acreedores pueda ser atacable” (Rodríguez Azuero, 2005) Justamente uno de los medios para atacar este fraude es la Acción Pauliana, la cual tiene como finalidad revocar aquellos actos realizados por el deudor en fraude a los derechos del acreedor. (Código Civil, Actualizado a agosto de 2015)

2.7.3 Prohibición del Fideicomiso de Garantía para Vehículos

El fideicomiso en garantía se ha utilizado para generar negocios en masa dentro de los negocios más importantes estaba la venta de vehículos automotrices, lo cual permitió generar paralelamente el negocio de cartera automotriz muy apreciada por la posibilidad de cobro con mayor rapidez; este modelo de negocio fue un éxito y resultó beneficioso tanto a los solicitantes del crédito como para las compañías.

El artículo innumerado del posterior al Art. 120 de la Ley de Mercado de Valores del C.O.M.F. (Agregado por el Art. 53 de la Ley s/n, R.O. 249-S, 20-V-2014; y, reformado por la Disposición Reformatoria Décima Séptima, núm. 1 del Código Orgánico Monetario y Financiero; R.O. 332-2S, 12-IX-2014). Señala en su quinto inciso expresamente que “En ningún caso personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, incluyendo naturalmente a las instituciones del sistema financiero, podrán constituir fideicomisos mercantiles en garantía sobre vehículos” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014)

En el fideicomiso en garantía sobre vehículos, el comprador adquiría el vehículo y en el mismo acto lo aportaba al fideicomiso mercantil, del cual luego recibía, a título de comodato precario, permitiéndole usar el mismo. En caso de que no podía el deudor pagar las cuotas del crédito del vehículo, este era retirado y se procedía a vender el bien y con su producto pagar el crédito.

Esta prohibición expresa limita la autonomía de la voluntad de manera estricta, ya que no permite que el objeto sobre el cual recae sea un vehículo, el espíritu de esta prohibición se da por cuanto se argumenta que el derecho de defensa del deudor se vería

disminuido, lo cual es relativo, pues si se ve perjudicado en su derecho tiene vías legales para fundamentar su reclamo.

La prohibición ha causado graves daños a empresas ecuatorianas y a usuarios que se valían de esta garantía para poder adquirir el vehículo, como se señala en la siguiente figura que es una publicación del diario “El Telégrafo” del 2013 año en el que el 38% de los fideicomisos eran de garantía y la mayor parte de los mismos recaían sobre vehículos.

Figura 7

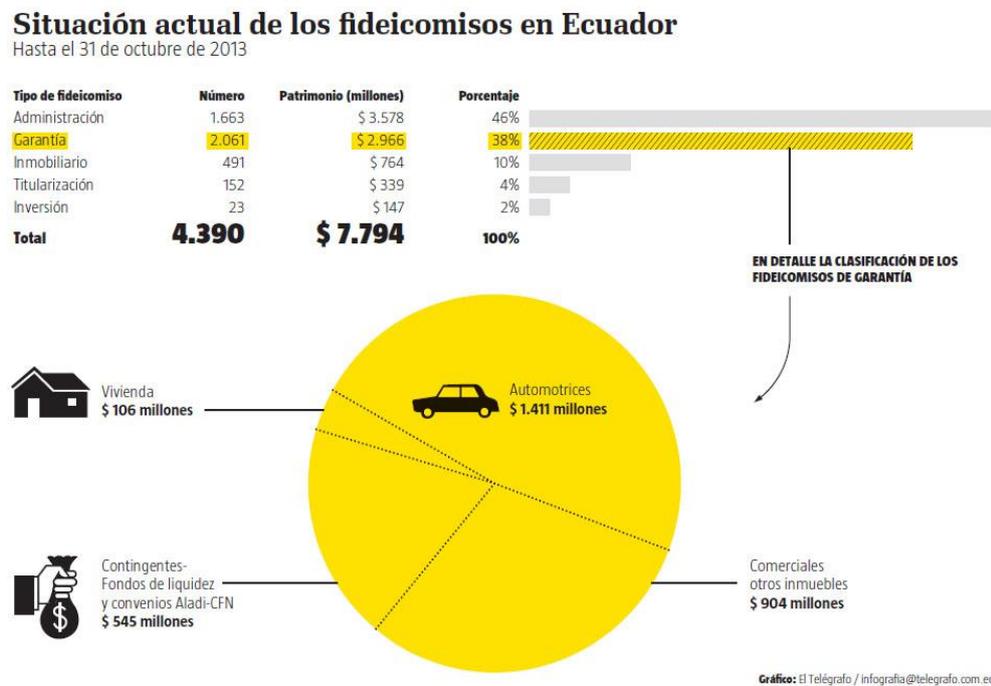


Figura 7. Fideicomisos en el año 2013 en Ecuador (Telégrafo, 2013)

2.7.4 Prohibición Instituciones Financieras de actuar como Beneficiarios del Fideicomiso Mercantil de Garantía

El mismo artículo innumerado señalado en el subtema anterior dispone también que las instituciones financieras no podrán actuar como beneficiarios en el otorgamiento de créditos de consumo y solo podrá hacerlo en ciertas operaciones crediticias detalladas en el mismo artículo, pero no de manera libre, sino de acuerdo a los límites y restricciones

planteados por la Junta de Regulación Monetaria y Financiera. (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014)

Esta disposición que restringe la actuación de instituciones financiera como beneficiarias, la cual es otra transgresión contra la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación. Esta disposición dificultará notoriamente a aquellas personas que no tengan un historial crediticio que quieran solicitar un crédito, y de igual manera entorpecerá el negocio de los bancos, debido a que la entidad financiera no podrá usar el fideicomiso como garantía de sus créditos sino tendrá que pedir garantías reales, mismas que no todos los usuarios pueden dar.

La autonomía de la voluntad es un elemento fundamental de la sociedad económicamente liberal y políticamente democrática de la actualidad. El principio de la autonomía de la voluntad permite que los sujetos puedan pactar relaciones jurídicas de acuerdo a lo que consideren necesario para su fin. La ley debe solamente proteger que esta autonomía no cause perjuicios a terceros y que vaya acorde con los principios constitucionales sobre los cuales se forja el país.

Las prohibiciones que mencionamos en este capítulo causan graves daños a la autonomía de la voluntad, debido a que entorpecen el funcionamiento de la figura cuando ya existen mecanismos legales que controlan que no existan abusos por medio del fideicomiso; dando como consecuencia que las prohibiciones antes citadas ya no aporten al ciudadano sino más bien lo alejen del uso de una herramienta jurídica valiosa y que tiene el potencial de generar emprendimientos y negocios fructíferos para la sociedad.

CAPITULO 3.- EL TRUST ANGLOSAJÓN Y SU APLICACIÓN PARA EL DESARROLLO EMPRESARIAL.

3.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL TRUST.

El trust es un instrumento jurídico de mucha versatilidad, es también muy común y frecuentemente usado en los países del origen anglosajón, para llevar a cabo varias finalidades, se podría decir que es un modo de realizar con el patrimonio en general y con los bienes, derechos y obligaciones que lo componen, en particular, lo que sea lícito y conveniente.

Para entender la naturaleza jurídica del trust es importante recordar que la fuente de derecho de esta figura es la costumbre y la jurisprudencia, por lo que se va a encontrar un cuerpo normativo en el cual se describa al trust de la misma manera que al fideicomiso mercantil en los códigos romanistas napoleónicos. Pese a esto existen convenios internacionales y compilaciones de fallos jurisprudenciales de los cuales se pueden extraer las características fundamentales de la figura.

En el artículo segundo de la Convención de la Haya del 1º de Julio de 1985, relativa a la Ley Aplicable al Trust y su Reconocimiento, establece que, para los fines de dicha Convención, el término “Trust se refiere a las relaciones jurídicas creadas por una persona, el constituyente – por acto entre vivos o por causa de muerte – cuando los bienes han sido puestos bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado” (Borrás & González, 2008).

En el mismo sentido el jurista George Keeton señala que el trust es “una relación fiduciaria con respecto a bienes, que impone a la persona titular del derecho de propiedad, obligaciones en equidad de disponer de la propiedad para beneficio de otra persona,

relación que surge como resultado de la manifestación de la intención de crearla.” (Keeton, 1957)

El trust puede ser percibido como *la bonne a tout faire* que significa “la empleada para todo” del derecho inglés. Esta constatación tiene como consecuencia que sea imposible encontrar una definición global del trust. El polimorfismo del trust, resulta una complicación para los juristas continentales, ya que estos intentan calificarlo de acuerdo a su *background* jurídico, pero finalmente esta calificación resulta errónea ya que no hay como delimitar al trust como se lo hacen con las figuras jurídicas del *civil law*. “Es forzoso admitir que el trust -o los trusts- es una institución sui generis con particularidades movibles, que no puede ser aprehendida sino caso por caso y en función de las especificidades del trust considerado.” (Keeton, 1957)

Una vez mencionado esto, tenemos que el trust basa su naturaleza jurídica en la confianza y en el desdoblamiento de la propiedad. El autor René David señala que el desdoblamiento de la propiedad y señala lo siguiente “ciertos atributos de la propiedad (legal ownership) pertenecen al *trustee* (fiduciario) y otros atributos de la propiedad (equitable ownership) adscritos al *cestui que trust* (fideicomisarios)” (David & Jauffret-Spinosi, 2010)

Entonces algunos derechos sobre la propiedad serán del *trustee* y otros del *cestui que trust*; el *settlor* el momento de constituir el fideicomiso es quien decide sobre esta división, de manera general el cede todos sus derechos sobre el bien, pero si él quisiera, podría actuar también como *cestui que trust* o *beneficiary*. Por lo que concluimos que lo primordial del trust es la existencia de dos sujetos distintos con un mismo título de propiedad sobre los bienes objeto del trust.

Autores como Maitland también sostienen la teoría de que la naturaleza jurídica del trust radica en el derecho que tiene el beneficiario sobre los bienes a cargos del *trustee*; “*el cestui que trust* tiene un derecho personal o de crédito frente al *trustee* y esta circunstancia lo convierte en acreedor. El crédito y sus modalidades quedan establecidos en el instrumento constitutivo del trust.” (Moriney, 2004)

Esta teoría fuera valida sino no hubiera la posibilidad de que el *trustee* y *cestui que trust* sean la misma persona, pero al ser posible esta dualidad de calidades, la teoría del desdoblamiento de la propiedad es más propicia para describir la naturaleza jurídica del trust, adicionando el criterio del autor Lepaulle, señala que aparte del desdoblamiento de la propiedad el trust es un patrimonio de afectación “cuyo fin debe ser realizado por un *trustee*, quien por el hecho de aceptar el encargo queda obligado a realizar las conductas necesarias para cumplirlo.” (Lepaulle, 1932)

Finalmente hay que prestar detallada atención a la confianza debido que esta es el vínculo que hace que el *settlor* escoja a una persona por sus cualidades y su profesionalismo los derechos sobre sus bienes para que constate el cumplimiento de las condiciones dispuestas en el contrato y lleve a cabo lo necesario para la realización de la finalidad dispuesta a favor del beneficiario.

En el trust esta confianza se traduce en un deber de equidad; este deber de equidad se entiende como un principio que no es necesariamente normado, sino que representa el actuar con justicia y de manera correcta, Rodríguez Azuero complementa este criterio mencionando que “la relación fiduciaria supone la aplicación de claros principios de equidad e implica en la calificación de la gestión, velar porque en ella haya habido imparcialidad, justicia, dedicación, fidelidad, franqueza, lealtad, y buena fe.” (Rodríguez Azuero, 2005)

3.2. ELEMENTOS DEL TRUST COMO NEGOCIO JURÍDICO.

En cuanto a los elementos del trust anglosajón como negocio jurídico podemos identificar elementos subjetivos y elementos objetivos, los cuales serán descritos a continuación.

3.2.1 Elementos subjetivos del trust como negocio jurídico

Entendemos a los elementos subjetivos del trust como aquellas personas naturales o jurídicas que en el intervienen, las cuales pueden ser legalmente parte de un contrato. En el caso del trust una misma persona puede ocupar varias calidades, más es necesario que existan por lo menos tres sujetos independientemente si una persona ocupa más de una calidad.

3.2.1.1 Constituyente o *Settlor*

El constituyente o *settlor* es el otorgante, o la persona a la que pertenecen los bienes y que crea el trust, transfiriendo parte o todo su patrimonio al *trustee*, quien será el administrador. El *settlor* es el encargado de establecer las instrucciones que regirán al trust, estas instrucciones tienen que ir conforme a la finalidad que el *settlor* busca. El *settlor* puede ser una o más personas.

Mario Carregal describe al *settlor* como “la persona que transmite la propiedad de un bien a un tercero, con el propósito de lograr por su intermedio un fin o un destino determinado en beneficio de alguien. Su función de ordinario termina con esa transmisión” (Carregal, 2008)

Es importante resaltar que una vez el *settlor* transfiere sus bienes al fideicomiso, ni los bienes ni las instrucciones serán revocables; se puede hasta afirmar que, una vez

realizada la transferencia, el papel del *settlor* en el trust habrá llegado a su fin, ya que no tendrá derechos ni sobre los bienes ni sobre el contrato de trust, siempre y cuando el *settlor* ocupe la calidad de otro sujeto del contrato, o se exprese la revocabilidad en el contrato constitutivo.

Es importante resaltar esta característica, Rodríguez Azuero señala que aun así exista algún tipo de abuso de confianza o algún otro perjuicio relacionado con el trust, el *settlor* no podrá iniciar una acción, será solo el beneficiario quien podrá legalmente obligar al *trustee* a que cumpla sus obligaciones. (Rodríguez Azuero, 2005)

El *settlor* deberá ser una persona capaz en la legislación que se encuentre y deberá tener la titularidad sobre los bienes que desea transferir al trust. De ser varios constituyentes, cada uno tendrá la condición de *settlor* por la porción que aporte. (NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS, 2010) Es importante también señalar que el *settlor* podrá actuar también como *trustee* y como beneficiario.

Actúa como *trustee*, cuando no existe la transferencia de la propiedad a otro sujeto sino, el mismo, decide separar su patrimonio, y afectar a una partición de este a un trust sometido a instrucciones dadas por él, que el mismo deberá cumplir en un futuro a favor de un beneficiario, el beneficiario tendrá derechos sobre el trust por lo que tendrá la prerrogativa de hacer respetar las instrucciones pactadas. (Carregal, 2008)

También podrá ser beneficiario cuando él fija en el contrato constitutivo del trust, que de cumplirse una o más condiciones, parte o todo el patrimonio sujeto al trust, regresará a formar parte de su patrimonio, o lo beneficiará con sus frutos.

3.2.1.2 Trustee o Fiduciario

Conocemos como *trustee*, al administrador a cuyo cargo se encomienda la propiedad de bienes o ciertos activos para que éste los administre en beneficio de otro. “Es quien inspira la confianza que requiere la operación y, por tanto, el pivote sobre el que se mueve el esquema.” (Carregal, 2008)

Puede actuar como *trustee*, cualquier persona, jurídica o natural, que tenga la capacidad de recibir en su esfera patrimonial los bienes que se aportan, también es necesario que pueda mantener los mismos y que tenga la aptitud necesaria para cumplir el fin por el cual fue encargado los bienes.

Rodríguez Azuero citando a Lewin menciona que el *trustee* pueda actuar efectivamente en esa calidad requiere: “adquirir y retener el título legal sobre los bienes, estar dotado de capacidad natural y jurídica para desempeñar el trust y tener su domicilio dentro de la jurisdicción del tribunal competente.” (como se cita a Lewin, 2006)

El *settlor* nombrará un *trustee* o varios, y será decisión de ellos aceptar total o parcialmente el encargo, también podrán declinar esta calidad. La aceptación o declinación podrá ser expresa o tácita y se derivará del comportamiento del sujeto en cuestión, además será retroactiva y las obligaciones y derechos del *trustee* empezarán en el momento de constitución del trust. (Rengifo, 2001) El reastatment of trust, señala que “un *trustee* que ha aceptado el encargo no puede renunciar excepto: a) con permiso de una corte competente; b) de acuerdo con los términos del trust; c) o con el consentimiento de todos los beneficiarios siempre que todos ellos sean capaces de emitirlo” (NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS, 2010)

Es importante traer a colación la doble propiedad que recae sobre los bienes confiados al trust; El *trustee* poseerá solamente la propiedad legal sobre el trust, lo que no le permitirá extralimitarse, y podrá solamente hacer lo pactado en el contrato de trust,

y las funciones que estén normadas en la ley. La propiedad legal le otorga al *trustee* potestades de administración además de sostener la calidad de propietario frente a terceros, pero no puede aprovecharse económicamente de los bienes ni causar un perjuicio al beneficiario.

El *trustee* podrá únicamente disponer de los bienes transferidos, cuando esta disposición se haga con el fin de cumplir con la finalidad para la cual el mismo fue constituido, pese a esto, es obligación del *trustee*, rendir cuentas de su obrar con respecto a los bienes. Es prudente recordar que el *trustee* “no solo está obligado a conservar el patrimonio sino a incrementarlo y a obtener mejores utilidades” (Rodríguez Azuero, 2005)

Finalmente, es importante destacar el deber de lealtad que el *trustee* adquiere el momento en el que acepta su calidad esta se traduce en “el deber de lealtad requiere que el fiduciario administre el trust en el interés único del beneficiario (*in the sole interest of the beneficiary*). La regla del interés único (*sole interest*) ha sido ampliamente considerada como una regla esencial del derecho del trust (*the most fundamental rule of trust law*)” (Hernández, 2016)

El interés del que hablamos es una consecuencia de que *trustee* es formalmente el propietario y el *beneficiary* es substancialmente el propietario. En síntesis, el *trustee* es propietario solamente para cumplir las finalidades del trust y para administrar los bienes logrando réditos económicos para el *beneficiary*, en contraprestación a este servicio recibirá una compensación económica acordada inicialmente entre él y el *settlor*.

3.2.1.3 *Cestui que Trust*; *Beneficiary* o Beneficiario

El *Beneficiary* es la razón de la existencia del trust sin este no tuviera sentido la constitución del trust, pues es el o los beneficiarios –ya que pueden ser más de una sola persona-, la tercera persona a favor de la cual se constituye el trust, se mantienen los bienes objeto del mismo y quien puede exigir al *trustee* el cumplimiento de sus obligaciones.

Según la sección 66 del Restatement of trust, “un trust no es creado si no hay un beneficiario definitivamente individualizable dentro del periodo de la regla contra las perpetuidades” (restatement of trust) Esto quiere decir que el beneficiario tiene que ser una persona, natural o jurídica, que sea claramente identificado, pese a esto puede no existir al momento de la creación del trust. (Rengifo, 2001)

Pese a lo mencionado con anterioridad, en ciertos trust también se pueden beneficiar a colectivos o a causas, claro está estas deberán estar claramente definidas, pero si se crean trust caritativos para apoyar a investigaciones o a personas que hayan sufrido una enfermedad señalada, veteranos de guerra, etc.

Como mencionamos anteriormente el derecho que tiene el *beneficiary* es un derecho de equidad, este le permite ejercitar acciones encaminadas a que el *trustee* lleve a cabo ciertas operaciones incluyendo celebraciones de contratos; también puede remover al *trustee* en ciertas condiciones; puede perseguir bienes del trust en posesión de terceros; y solicitar que se le devuelva la propiedad de los bienes de haber cumplido la prerrogativa señalada en el contrato de trust. (Rodríguez Azuero, 2005)

3.2.2 Elementos objetivos del trust como negocio jurídico

Aparte de los sujetos necesarios para el funcionamiento del trust existen elementos patrimoniales sin los cuales el trust no tiene existencia jurídica, estos

elementos pueden ser un conjunto de bienes que constituyen una unidad independiente, derechos de carácter pecuniario, en fin, cualquier cosa que sea susceptible a transferirse. (Rengifo, 2001)

Además de que la cosa sea transferible es necesario que esta sea determinada o determinable, por lo que esta tiene que ser correctamente descrita y detallada, para que en el momento de la constitución del trust esta pueda ser identificada, ya que de no poder serlo no puede existir el trust al carecer de objeto. Pese a esto no es necesario que la cosa se mantenga en el mismo estado en el que fue otorgado al trust, ya que las mismas instrucciones pueden haber permitido la venta del bien para que con el dinero se invierta en algo adicional, lo cual es permitido.

Finalmente, todos los bienes o derechos aportados al trust, podrán ser sujetos a varias condiciones, plazos y modo. Igualmente existe la posibilidad de constituir un nuevo trust sobre bienes que estén en el trust, siempre y cuando se disponga solo sobre los derechos que el primer trust otorga. Es importante distinguir que en el trust se define como *trust property* o propiedad del trust, al conjunto de bienes y derechos del trust como un todo y define como *subject matter* a aquellos bienes o derechos a uno o varios de ellos consagrados en el trust.

Rodríguez Azuero señala que “para que el conjunto de bienes integre el trust es necesario que el *settlor* se desprenda de ellos y los constituya en unidad separada, no solo de su patrimonio sino del patrimonio del *trustee* y de los bienes que este tenga en el mismo carácter, así como del patrimonio *cestui que trust*.” (Rodríguez Azuero, 2005) Esto quiere decir que los bienes que se aporten deben estar determinados como un haber separado a los patrimonios de los sujetos intervinientes en el trust para que no exista una confusión de patrimonios, en conclusión, como un patrimonio de afectación.

Finalmente es prudente resaltar que es necesario que exista una finalidad o un destino del objeto aportado, ya que como mencionamos con anterioridad es un patrimonio de afectación por lo que sin un destino final no cumple con la razón fundamental del trust y por ende la invalidez del contrato.

3.3. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL TRUST EN LA LEGISLACIÓN ANGLOSAJONA.

El trust, es una figura sumamente moldeable, se adapta a muchas necesidades y es aceptada con su regulación propia en la mayoría de países del common law, así como en países que tienen su fundamento en el derecho romanista cuando sus legisladores han notado las bondades de la figura. (Moriney, 2004)

A manera de ilustrar lo señalado, se puede notar que el trust puede ser constituido mediante actos entre vivos o mortis causa, puede ser expreso o tácito –si después un tribunal determina la intención del *settlor* de crear un trust-, puede ser verbal o por escrito; puede ser voluntario o forzoso; puede ser bilateral, multilateral y hasta unilateral; puede ser privado o público, gratuito u oneroso etc. Estas amplias posibilidades denotan la liberalidad de la figura, ya que no se necesitan de formalidades para poder crear un trust.

Es esta misma razón por la resulta sumamente complicado señalar características comunes para los diversos tipos de trust, al punto que curiosamente autores han escrito libros enfocados en características que NO son específicas del trust tal como “Trusts: The Inessentials” del autor Honoré, en el cual se desmienten algunas falsas afirmaciones sobre las características del trust.

Antes que analizar sus características es importante señalar que para que un trust sea constituido de manera válida es necesario que existan tres certezas, las cuales

constituyen elementos esenciales para el correcto funcionamiento del trust, las mismas nacen como resultado del caso Knight vs Kinght de 1840; caso en el cual el juez que lo resolvió determinó que para la validez de un trust tienen que existir por lo menos tres certezas las cuales las analizaremos a continuación:

- a) Primera Certeza: *Certainty of Intention*. La certeza en la intención quiere decir que el *settlor* debe manifestar la **intención** de transferir parte o todo su patrimonio al *trustee* para que este cumpla las instrucciones señaladas y administre el patrimonio en favor del *beneficiary*, titular en equidad del mismo. En el caso de que esta certeza no sea claramente expresada, los jueces tienen la potestad de dictaminar si esta intención existió o no.
- b) Segunda Certeza: *Certainty of Subject Matter*. El *subject matter* no es más que los bienes y derechos que se aportan al trust, es decir su **objeto**. Para que el mismo sea válido es ineludible que todos sean determinados e identificados, si existe ambigüedad o no hay una correcta descripción de lo aportado el trust puede resultar inválido.
- c) Tercera Certeza: *Certainty of Object*. Este elemento representa la razón de ser del trust, la cual es transferir patrimonio para el beneficio de un tercero. Es fundamental que, en el acto de constitución del trust, se detalle quien o quienes serán los beneficiarios del trust, sin ellos no será posible cumplir el objetivo del trust lo que lo invalidará. (David & Jauffret-Spinosi, 2010)

Finalmente, para poder unificar criterios y entender al trust se realizó el Convenio de la Haya sobre la ley aplicable a los trusts, en el cual fue suscrito por varios países que usaban comúnmente el trust como Estados Unidos, Sudáfrica, Nueva Zelanda, Australia,

etc. En el convenio toman las certezas antes indicadas y señalan a tres características que distinguen al trust de cualquier otra figura jurídica, las cuales serán descritas a continuación:

3.3.1 Independencia del Patrimonio

“Los bienes del trust constituyen una masa distinta y no hacen parte del patrimonio del *trustee*.” (Rodríguez Azuero, 2005) Esta característica es fundamental en el trust, existe una clara distinción de los bienes que se aportan al trust, los cuales son claramente identificados y determinados como lo anunciamos con anterioridad.

Los bienes o derechos aportados, sobre los cuales se constituirá el trust, darán al *trustee* una titularidad compartida con el *beneficiary*, lo cual reflejará que los aportes no entrarán al patrimonio del *trustee*, sino los derechos sobre los mismos se verán compartidos entre él y el *beneficiary*. Recordamos que el *trustee* es titular formal y el *beneficiary* es titular en equidad.

Esta independencia de patrimonio de la que hablamos no permitirá a los acreedores del *settlor* perseguir los bienes aportados al trust, y protegerá al *beneficiary* en el caso de que un acreedor del *trustee* persiga sus bienes, ya que los del trust no se confundirán con los del *trustee*.

3.3.2 Trustee como titular de bienes frente a terceros

El *trustee* al tener la propiedad legal de los bienes aportados al trust, es quien figura frente a terceros como titular de este haber, por lo que su nombre se plasmará en los registros públicos y privados como titular de los bienes y derechos. Esto a su vez le da ciertos derechos que deberán ser ejercidos en pos de la finalidad del trust y en provecho de los beneficiarios. (Rodríguez Azuero, 2005)

Las prerrogativas que tiene el *trustee* como titular del haber del trust, son las otorgadas por el *settlor* en un inicio, y aquellas que la ley otorga para salvaguardar el trust como tal, en este caso, con respecto a terceros que tengan algún interés sobre los bienes por él administrados.

3.3.3 Facultades administrativas y dispositivas del *trustee* sobre cuya utilización debe dar cuenta

El *trustee* es el encargado de llevar a cabo las finalidades del trust, pero su razón peculiar de ser, está en la confianza que es depositada en él por el *settlor*, quien confía en sus cualidades para llevar a cabo el encargo que le está otorgando. La ley para permitir que esto suceda le da ciertos derechos de disposición al *settlor*. (Rounds, 2013)

Los derechos de disposición otorgados al *settlor*, le permitirán actuar “como” dueño de los bienes o derechos aportados, pero siempre y cuando los actos que realice tengan como finalidad el cumplimiento de las instrucciones dadas por el *settlor* en favor del beneficiario.

Para ejemplificar esta facultad, podríamos establecer que un departamento fue aportado al trust por parte del *settlor*, pero la finalidad del trust es pagar los estudios del beneficiario, por lo que el *settlor* podrá vender, arrendar o realizar cualquier acto jurídico lícito para garantizar que el beneficiario pueda estudiar.

Finalmente, y para poder demostrar que sus actos conllevan a la finalidad del trust, el *trustee* debe demostrar rindiendo cuentas de sus actuaciones, cuales son las razones por la cual ha hechos los diversos actos, y las repercusiones de los mismos. Es prudente recordar que el *beneficiary* podrá ejercer acciones contra el *trustee* en caso de

no presentar la rendición de cuentas o en caso de que la misma no demuestre un fiel cumplimiento del objetivo final.

3.4. APLICACIONES USUALES DEL TRUST ANGLOSAJÓN.

Como analizamos en un principio la figura del trust es vasta en su aplicación, y su espectro de acción es tan amplia que podríamos decir que las posibilidades son ilimitadas, esto ha permitido que su uso sea común por los habitantes de países anglosajones, pudiéndose distinguir numerosos tipos de aplicaciones para el trust.

La doctrina clasifica en dos grandes grupos a los trusts, estos de acuerdo a su creación, esta puede ser expresa o implícita como lo veremos a continuación:

- a) *Implied Trust* o trust implícito: Es aquel que nace por resolución judicial, y se puede dar por dos razones, la primera es que se presume la intención de crear un trust por parte de una persona, pero que sin embargo no se haya podido crear por circunstancias invencibles a la misma, a este se le conoce como *Resulting Trust*, o Trust de resultado o presuntivo. La segunda es un trust que nace como finalidad de evitar que se causen perjuicios a terceros, en este caso no es necesario ni que exista la voluntad de un constituyente, sino es el tribunal que al notar que un tercero quiera apropiarse de la riqueza de alguien crea el *Constructive Trust*.
- b) *Express Trust* o trust expreso: Es aquel que nace por la expresión de su constituyente en crear un trust, transfiriendo su patrimonio al mismo con determinadas instrucciones que cumplir, es necesario que este cumpla con las formalidades de constitución de acuerdo a la legislación en donde fue creado.
 - a) *Revocable trust* o trust revocable, es aquel en el que el constituyente se guarda prerrogativas para sí y continúa siendo un partícipe en el

trust, en lugar de desligarse completamente en el momento de constituirlo. Puede cambiar las instrucciones del trust en cualquier momento y hasta terminar con el mismo.

- b) *Irrevocable trust* o trust irrevocable, varia del anterior porque una vez constituido el *settlor* no puede intervenir en el trust, el *trustee* será el único encargado de precautelar el trust, y el beneficiario podrá ejercer las acciones pertinentes en el caso de que no se cumplan a cabalidad las instrucciones establecidas en un inicio. (Kipper & Lisoprawski, 2004)

Los trust que van a ser estudiados por la finalidad de esta tesis son los que pueden ser expresados no solamente de manera escrita sino también oral.

El trust expreso puede ser creado intervivos o por causa de muerte; así mismo puede ser revocable por parte del *settlor* o irrevocable; puede dar muchas prerrogativas discrecionales al *trustee* o puede ser rígido y el *trustee* tiene que cumplir automáticamente con lo señalado en las instrucciones.

El trust se usa en diferentes ámbitos y para varias finalidades; es muy común hacer trusts para precautelar el mantenimiento del patrimonio dentro de la familia cuando el *settlor* está vivo (*family trust*) y también después de su muerte en lugar de suceder por testamento (*will trust*), este es el principal uso que se le da a la figura del trust, esto porque se precautela el bienestar patrimonial del beneficiario final como individuo.

Hago esta aseveración debido a que el tipo de trust más usado se da en ámbitos familiares, pero esto se da ya que los beneficiarios finales de cualquier empresa, o inversión van a ser personas naturales y estos son sin lugar a duda, quienes van a verse más beneficiados del trust.

En los negocios el *investment trust* es el más usado, este tiene como finalidad captar capital de diversas personas para invertir en diferentes bienes o proyectos y permite el posterior reparto en el caso de existir ganancias, como se señala a continuación.

3.4.1 Family Trust

El *family trust* se realiza para precautelar el patrimonio familiar de deudas de que pudieron haber sido contraídas por uno o varios de ellos, así como otro tipo de obligaciones personales; además es muy útil para organizar los bienes y el destino de los mismos. Muchas personas optan por constituir el *family trust* cuando un miembro de la familia sufre de una enfermedad y es necesario destinar parte del patrimonio en su beneficio hasta después de la muerte del constituyente, así mismo si este sabe que va a enfermar, y desea administrar de manera correcta su patrimonio antes de perder control sobre él.

El *family trust* puede ser revocable o irrevocable, cuando el trust es revocable no tiene beneficios en exención de impuestos debido a que el patrimonio no deja de estar en control del constituyente, en el caso de que sea irrevocable, el *settlor* no tendrá que pagar ningún impuesto referente al patrimonio afectado, ni en el momento en el que el patrimonio pase a manos del beneficiario.

En este tipo de trust el *settlor*, transfiere su patrimonio al trustee, quien puede ser su abogado o contador, para que este siga una serie de instrucciones y administre el patrimonio teniendo como finalidad la subsistencia del mismo y que sus frutos sean destinados al bienestar familiar. El *settlor* puede destinar como beneficiario a miembros de su familia, pero con distintas condiciones para hacerse beneficiarios de los bienes del trust.

Dentro de este trust se encuentra el *Spendthrift trust* o Trust para pródigos, esta estipulación se da cuando un miembro de la familia es un disipador o tiene problemas para manejar sus bienes, en este caso el constituyente solamente le otorga beneficios pero sin que este pueda destinar el dinero a su libre albedrío sino solamente a finalidades dispuestas por el mismo *settlor*, como a medicinas, educación, psicólogos para superar su problema, etc. (Rengifo, 2001)

El *family trust*, puede tener una finalidad de trasmisión del patrimonio, es decir testamentaria. Se puede estipular que el patrimonio transferido por el *settlor* sea repartido de cierta manera, en el momento en el que este muera. Los beneficiarios ahorran hasta el 7% del patrimonio del causante, los que en materia testamentaria debería pagar al estar gravados. A más de esto no tienen que seguir el burocrático proceso *probate*, el cual certifica la autenticidad del testamento y se asegura que los bienes sean repartidos de acuerdo a la voluntad del causante, mismo que obliga a ingresar los bienes a un registro público y toma de seis meses a varios años (Santisteban, 2008)

El trust mencionado es conocido como *testamentary trust*, es irrevocable y puede ser constituido independientemente del trust familiar o conjuntamente. Entre las ventajas del trust están: “proveer a una situación de discapacidad, proteger patrimonialmente a un menor o a quien carece de la madurez suficientemente para administrar sus bienes o asegurar el bienestar económico de los seres queridos ante nuestra propia impericia.” (Santisteban, 2008) En el caso de que parte del patrimonio del causante no sea aportado al trust, este seguirá las reglas de la sucesión intestada.

Recapitulando las ventajas de este trust son las siguientes:

- a) Correcta administración del patrimonio familiar, destinando el mismo para distintas finalidades como la protección de personas en situaciones de desfavorabilidad.
- b) Evitar tramites largos a cargo de instituciones públicas.
- c) Evitar pago de impuestos de manera totalmente legal.
- d) Proteger el patrimonio familiar de obligaciones propias o de otros miembros de la familia.

3.4.2 *Investment Trust*

El *investment trust* o trust de inversión es muy usado en el mundo de los negocios, esto se debe a que ayuda a juntar capital de diferentes personas para poder concretar una finalidad conjunta. Es posible visualizar a este trust como un vehículo colectivo de inversión, en el cual personas depositan su dinero para lograr ganancias en un futuro.

La propiedad de los trust de inversión son fondos colectivos constituido por el aporte de varias personas que serán beneficiarios del trust en proporción de la cantidad que estos aporten. El *trustee* es quien dará el inicio al trust, no es relevante quien lo constituye, sino las instrucciones del trust y cómo van a ser llevadas las inversiones, cuando se van a repartir las ganancias y sobre todo quien y cuáles serán las atribuciones del *trustee*.

El *trustee* generalmente es una entidad financiera o una persona con experticia en diferentes campos de inversión quien asesorará a los inversores en qué tipo de negocio invertir, las opciones son muy variadas, pueden hacerse inversiones en compañías, en proyectos inmobiliarios, en oro, petróleo; con bancos como intermediarios, con la bolsa de valores etc. Las posibilidades son variadas, solo depende ya de una asesoría financiera para decidir en donde se invierte el dinero.

Existe también una figura adicional que es un comité de inversión, estos directivos velan por el correcto opera del *trustee*, y evalúan sus resultados, así como su experticia para obrar, es su potestad salvaguardar los bienes del trust y por ende los intereses de los inversores. Este trust es catalogado como discrecional, ya que da amplias facultades al *trustee* para que decida en que campos invertir, el beneficiario aporta el capital y corre un riesgo en la inversión, la cual le dará o no una cierta ganancia.

Ahora, es importante destacar que el valor del derecho económico que posee el inversor, no es directamente proporcional al valor de los bienes que el trust adquirió; sino su valor está de acuerdo a la oferta del mercado con respecto a este derecho, o acción sobre el *investment trust*. Esto se da porque las facultades que tiene el *trustee*, pueden permitirle muchas más prerrogativas en torno al mejoramiento de las ganancias de los inversores, como por ejemplo pedir créditos al banco para poder invertir más, también al tener ese poder de decisión los compradores evaluarán el precio de los derechos, por la confianza que le puede generar el *trustee*.

El *unity trust* en cambio posee el mismo principio que el *investment trust*, solo que las facultades del *trustee* son menores, entonces el inversor reflejará ese derecho económico traducido en las unidades de inversión en la parte porcentual del valor del trust, por lo que, si el trust posee cien mil dólares invertidos en bonos de renta fija de los Estados Unidos de América, y el inversor tiene 3/100 de unidades del trust, esas unidades valdrán 3 mil dólares.

CAPITULO 4.- ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE EL TRUST ANGLOSAJÓN Y EL FIDEICOMISO MERCANTIL EN EL ÁMBITO DE DESARROLLO EMPRESARIAL.

4.1. DIFERENCIAS ENTRE EL TRUST ANGLOSAJÓN Y EL FIDEICOMISO MERCANTIL ECUATORIANO.

Las figuras del trust y del fideicomiso mercantil ecuatoriano tienen muchas similitudes y en algunos casos cumplen las mismas finalidades, pese a esto no pueden ser consideradas como figuras análogas por las significativas diferencias entre la una y la otra, mismas que serán descritas y comparadas a continuación.

Para poder cotejar las dos figuras, hay que comenzar desde los sistemas jurídicos que las contemplan; el sistema jurídico anglosajón como el romanista, poseían en la antigüedad dos ramas del derecho con diferentes principios, normas y diferentes tribunales, en el caso del romanista el *ius civile* y el *ius honorarium*, que finalmente se fusionaron y pasaron a convertirse en el *Corpus Iuris Civilis* compilado por Justiniano, por lo que el estudio del fideicomiso parte solamente del actual Derecho Civil.

En cuanto al derecho anglosajón, el *common law* y el *equity*, siguen existiendo como dos ramas del derecho distintas, aunque los asuntos judiciales derivados de cualquiera de las dos ramas, son conocidos por el mismo tribunal desde el siglo XIX. Este dualismo es la primera fuente de distinción entre el fideicomiso mercantil ecuatoriano y el trust.

Las resoluciones judiciales respecto al trust, fueron codificadas en 1893 en el “Trust Act” por el parlamento de Inglaterra, pero la evolución en el mismo país data del siglo XVI, durante todo ese tiempo hasta la actualidad la figura fue evolucionando y perfeccionándose hasta lo que es en la actualidad.

El fideicomiso mercantil ecuatoriano, fue introducido a finales del siglo XX, y pese a sus virtudes frente a las figuras de otros países, no ha llegado a evolucionar y desarrollarse de la misma manera que el trust, y esto se debe a la manera de legislar de los dos sistemas; mientras que en el Ecuador varios de los cambios en la normativa del fideicomiso se han dado por proyectos de ley enviados por el ejecutivo, en los países anglosajones se ha ido “parchando” la normativa sobre el trust con las sentencias de los jueces, dichas resoluciones aportan de cierta manera logran que la figura evolucione..

1. El trust contempla una doble propiedad en la cual el *settlor* o constituyente disponiendo de sus bienes y derechos económicos, aporta los mismos bajo la figura del trust, al *trustee* o fiduciario otorgándole la propiedad legal sobre los bienes, pero con la finalidad de que estos lleguen a formar parte del patrimonio de otra persona, el *cestui que trust* o beneficiario el cual poseerá la propiedad real o en *equity*. La propiedad legal se rige por la *common law*, mientras que la propiedad real se rige por el *equity*.

En el caso del Derecho romanista, existe una sola propiedad compuesta por el *usus, fructus y abusus* cuales en conjunto permiten el goce pleno de la cosa, toda esta propiedad es transferida a un patrimonio autónomo a título de fideicomiso mercantil, el fiduciario solamente tendrá la administración de este patrimonio, pero no será titular del mismo, el patrimonio autónomo constituye una entidad con personalidad jurídica independiente. La propiedad fiduciaria en nuestro caso es temporal y esta destinada a un fin.

2. El momento en el que el *settlor* constituye un trust puede hacerlo de manera verbal o escrita, es solamente necesario que exprese la voluntad de transferir los

bienes, que determine que bienes va a transferir y quien será el beneficiario final de los mismos. Estas determinaciones son conocidas como “las tres cerezas”. El constituyente del fideicomiso debe en cambio, crearlo de manera contractual, y siguiendo las formalidades determinadas por la ley ecuatoriana, tanto para su constitución, registro pertinente, y aporte de bienes y derechos, tal y como se describe en los capítulos anteriores.

3. En el trust no es necesario ningún tipo de publicidad, lo que es trascendente para la libertad de negociación de activos; entonces ni la transacción como tal, ni los bienes transferidos deberán constar en ningún tipo de registro público hasta que la propiedad completa de un bien se consume. En el caso del fideicomiso mercantil el registro y tramites de legalidad son necesarios en todo sentido, se lo hace en la transferencia de los bienes, para constituir el patrimonio autónomo, el momento de otorgar los bienes al beneficiario etc.

La publicidad es considerada por los países romanistas como un método necesario para poder permitir que terceros precautelen sus derechos, más en el derecho anglosajón se omite la publicidad ya que existen otros remedios que permiten esta protección; entonces en el momento de hacer negociaciones o múltiples transferencias, no es necesario gastar dinero en publicidad, ni esperar plazos o términos legales para perfeccionar la transacción.

Como referencia a la publicidad y a la obligatoria inscripción en varios registros, notamos que en el Ecuador es necesario registrar tanto los fideicomisos mercantiles de garantía como los fideicomisos mercantiles inmobiliarios, es necesario que se inscriban en el Catastro Público del Mercado de Valores. Para ser inscrito, deberá ser analizado y aprobado, lo que toma tiempo y depende de la

interpretación de los funcionarios públicos para poder ser aceptado.

4. El trust puede constituirse de manera revocable, mientras que el fideicomiso mercantil es irrevocable por mandato legal. En este último punto es fundamental apreciar, que el trust revocable no sale de la esfera de propiedad del constituyente de manera total y sus instrucciones pueden ser cambiadas en la marcha; en el fideicomiso mercantil la irrevocabilidad blinda al contrato y da una certeza con respecto a terceros sobre lo expresado como instrucciones en el fideicomiso, no está demás señalar que el trust puede también ser irrevocable si es la voluntad del *settlor*.
5. En los elementos subjetivos existen diferencias trascendentales también, empezamos por el *settlor* quien, como generalidad, se desprende de todo derecho sobre los bienes aportados una vez se constituye el trust irrevocable; en cambio el constituyente del fideicomiso mercantil recibe derechos en el patrimonio representativos de capital correspondiente al valor aportado.
6. El *trustee* y el fiduciario son los que más difieren, en el Ecuador el fiduciario deberá ser una sociedad anónima especializada y pre aprobada por la Superintendencia de Compañías, con objeto social exclusivo para la administración de negocios fiduciarios, adecuada para poder ejercer sus funciones, está deberá ser solvente y proba para la gestión direccionada a la finalidad dispuesta por el fideicomitente, deberá también seguir a carta cabal las obligaciones y atribuciones plasmadas en el contrato de fideicomiso mercantil sin extralimitarse, responderá hasta por culpa lata en el caso de que exista un mal

obrar y finalmente el fiduciario recibirá una prestación económica por su labor.

El artículo 105 de la Ley de Mercado de Valores, del C.O.M.F. además fija prohibiciones a la fiduciaria con sanciones de no preverse las mismas, lo que obliga a la fiduciaria a actuar con extrema cautela y hasta crea un temor de aventurarse en negocios nuevos. Esta afirmación podemos constatar con las entrevistas que anexo, en las cuales se señala que uno de los problemas más grandes del fideicomiso es el abundante control y normativa sobre las fiduciarias.

“De las prohibiciones a las administradoras de fondos y fideicomisos. 1.- Como administradoras de fondos les está prohibido: (...) b) La fiduciaria durante la vigencia del contrato de fideicomiso mercantil o del encargo fiduciario, no permitirá que el beneficiario se apropie de los bienes que él mismo o la sociedad administradora de fondos y fideicomisos administre de acuerdo a lo estipulado en el fideicomiso; e) Suscribir negocios fiduciarios que permitan o pueden devenir en contratos simulados, so pena del establecimiento de responsabilidades civiles, administrativas o penales a que hubiere lugar; f) La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera normará los requisitos y condiciones para la cesión de derechos fiduciarios.” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014).

Estas disposiciones nos dan una muestra de que se solicita que la fiduciaria tome precauciones más allá de las que debería, creando responsabilidades que no debería tener, ya que existen otras protecciones ya establecidas, como la acción pauliana o el pacto colusorio, hasta nulidades absolutas por ir contra la esencia

misma del contrato.

En el caso del *trustee* la situación es diferente, este puede ser una o más personas ya sean naturales o jurídicas; no es necesario ninguna contemplación legal para poder ostentar esta calidad más que el goce de su capacidad legal. El *trustee* será escogido ya sea por su afinidad con el *settlor* o por sus cualidades, pero es la sola voluntad del constituyente quien otorga las prerrogativas al *trustee*, este deberá también cumplir con obligaciones emanadas de la ley, así como las dadas por el *settlor*. El *trustee* puede o no recibir paga por su función.

El *trustee* a diferencia del fiduciario puede ser designado por un tribunal, -es importante volver a señalar que el trust puede nacer por un acto jurídico, o por una resolución judicial- por lo que el *trustee* puede tener esa calidad sin que sea esa su voluntad. El fiduciario en cambio podrá decidir ser o no serlo, y no puede ganar esta calidad por una resolución judicial.

7. Finalmente, el *cestui que trust o beneficiary* tendrá como señalamos anteriormente derechos de propiedad frente a los bienes, los cuales le otorgarán prerrogativas para exigir al *trustee* el cumplimiento de sus obligaciones, así como para asegurar que se preserven de manera correcta los bienes; el beneficiario en el fideicomiso mercantil tendrá solamente los atributos que le otorgue el contrato de constitución del mismo.

El profesor Dante Figueroa respecto a esto dice que “[T]he primary difference between the common law trust and the fiducia is that a trust beneficiary has a legal right to property in the trust, while a fiducia beneficiary is, in essence, no more than a mere creditor Another discrepancy is that a trust may be revocable if established properly” (Figueroa, 2007) Lo que se interpreta como

que la diferencia principal entre el trust y la fiducia es que el beneficiario en trust tiene derechos reales sobre la propiedad aportada al trust, mientras que en la fiducia este no es más que un acreedor.

Con respecto a los beneficiarios del fideicomiso mercantil, es importante recordar que hay una limitación en relación a las instituciones financieras, estas **no podrán** ser beneficiarias de un fideicomiso mercantil, sino solamente en los casos que señala la ley en el artículo innumerado dentro del título XV del Código Orgánico Monetario y Financiero, mismo que se hizo alusión en capítulos anteriores.

A más de esto los beneficiarios en el trust tendrán derechos sobre el haber de bienes aportados *“beneficiaries enjoy to prevent waste, force conservation measures, request an accounting of the trustee’s administration, or even remove the trustee; only limited rights are available to petition the protection of trust assets.”* (Figueroa, 2007) como dice Figueroa, dentro de los derechos de equidad está acciones para aplicar medidas de conservación, acciones para prevenir el gasto injustificado, acciones para exigir un reporte contable de la administración y hasta acciones para remover al *trustee*.

Podemos encontrar una diferencia significativa como deducción de lo expresado en capítulos anteriores, este es el control del Estado sobre la figura del fideicomiso en Ecuador. Esta constante tramitología, demora mucho tiempo y cuesta dinero a los sujetos intervinientes en la consecución del contrato. (tazas notariales, inscripciones, etc.) El trust, no tiene costo alguno en principio, pero hay compañías que cobran un valor por constituirlo por la especialidad que tienen en un trust particular, pese a eso no necesita inscripción por lo que resulta eficiente para cualquier propósito.

Al respecto encontramos algunas falencias en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya que en un principio las transferencias al ser a título de fideicomiso mercantil suponían no ser gravadas con ningún impuesto como lo señala el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores “(...) consecuentemente, la transferencia a título de fideicomiso mercantil está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones ya que no constituye hecho generador para el nacimiento de obligaciones tributarias ni de impuestos indirectos previstos en las leyes que gravan las transferencias gratuitas y onerosas.” pero en la actualidad vemos varias imposiciones tributarias, ya sea al beneficiario o al propio constituyente. Existen disposiciones expresas que alteran la naturaleza misma del fideicomiso como las siguientes:

- El Art. 527 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización manda que: “Son objeto del impuesto de alcabala los siguientes actos jurídicos que contengan el traspaso de dominio de bienes inmuebles (...) e) Las transferencias gratuitas y onerosas que haga el fiduciario a favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil.” (COOTAD, 2017)

Pese a esto, en el caso de que el bien se restituye en el mismo estado y al mismo constituyente no hay hecho generador, por lo que no se genera el pago del impuesto.

- El Art. 561.1 del mismo Código el cual detalla el objeto imponible del impuesto sobre el valor especulativo del suelo en las transferencias de bienes inmuebles: “En el caso de aportes de bienes inmuebles, únicamente estarán gravados aquellos realizados a fideicomisos o a sociedades, que tengan como fin último la actividad económica de promoción inmobiliaria

y construcción de bienes inmuebles para su comercialización, conforme a las condiciones y requisitos establecidos por el órgano rector de la política de desarrollo urbano y vivienda.” (COOTAD, 2017)

En el caso del trust, también existen impuestos que dependen del lugar en el cual es constituido y el lugar en donde está el patrimonio transferido, pero la diferencia está en la claridad de las leyes antes de constituir uno y la seguridad jurídica posterior. En el Ecuador hay constantes reformas y quedan vacíos y contradicciones legales, por lo que se genera incertidumbre sobre la constitución del fideicomiso. Finalmente, esto genera confusión el momento de saber que valores deben pagarse al fisco.

Finalmente debemos dejar por sentado que, por su flexibilidad, bajo costo, y eficiencia, el trust es una figura de frecuente uso en varios ámbitos, conocida por la mayor parte de habitantes y usada en algún punto de su vida por estos. El fideicomiso mercantil ecuatoriano por otra parte es una herramienta con mucho potencial, pero su uso no es generalizado y resulta poco común. En su gran mayoría y por su alto costo es usado para negocios de gran envergadura y con algunas limitaciones, explicaremos el porqué de estas aseveraciones a continuación.

4.2 VENTAJAS DEL TRUST ANGLOSAJÓN EN RELACIÓN AL FIDEICOMISO MERCANTIL, EN CUANTO AL ÁMBITO DE ORGANIZACIÓN PATRIMONIAL Y DESARROLLO DE LA EMPRESA.

Las diferencias de las figuras estudiadas nos dieron una visión clara de las virtudes de cada una de ellas en sus respectivos ordenamientos jurídicos, así como sus aplicaciones más frecuentes y como cada una de estas figuras han sido usadas para diferentes finalidades en diferentes ámbitos. Es prudente ahora, destacar las ventajas del

trust anglosajón en relación al fideicomiso mercantil ecuatoriano para poder identificar aspectos que podrían mejorar la figura jurídica ecuatoriana en virtud de su similitud.

El trust es usado para cualquier finalidad lícita, es el perfecto acto jurídico que permite plasmar la voluntad plena de quien la crea; se la usa tanto en el ámbito individual, familiar y empresarial “*Anglo-American families use trusts as a device to achieve a variety of objectives including the preservation of family assets and the economic protection of mentally and physically incompetent persons. In the business realm, trusts are commonly used to raise capital for commercial transactions, to channel investment for financial ventures, and to support other related uses.*” (Figueroa, 2007)

Lo citado anteriormente proviene de una revista de la Universidad de Arizona, y es escrita por un profesor de la Universidad de Washington llamado Dante Figueroa quien es docente de la materia “transacciones en el ámbito del negocio en países latinoamericanos”, interpreto el artículo que dice que las familias anglo-americanas, utilizan el trust como vehículo para la consecución de varios objetivos, incluyendo la preservación de los activos familiares, la protección económica de los miembros que no sean capaces ya sea por enfermedad física o mental. También el trust es usado en el ámbito de los negocios de manera común para transacciones comerciales, como canal de inversión, finalidades financieras y otras relacionadas.

En principio, el fideicomiso mercantil permite las mismas finalidades que el trust, pero lastimosamente en la práctica no resulta ser así, varios autores como el mismo Figueroa consideran que la razón principal son las concepciones diferentes de propiedad que tienen los ordenamientos jurídicos diciendo que la doble propiedad da facultades de protección al trust mientras que el fideicomiso se ve limitado por no poder separar la misma. “*It does not have the broad scope of remedies that Anglo-American beneficiaries*

enjoy to prevent waste, force conservation measures, request an accounting of the trustee's administration, or even remove the trustee.” (Figueroa, 2007)

Apunta que no hay remedios para prevenir el mal uso por parte del fiduciario de los bienes fideicomitidos, así como que no hay medidas de protección para conservar mencionados bienes, señala también que no hay una separación real de patrimonios porque no se lleva cuenta de los bienes fideicomitidos, así como no se permite la remoción del fiduciario. En mi opinión esta no es la razón primordial ya que existen protecciones, hasta más de las que debería haber en la Ley de Mercado de Valores, como las siguientes en el Artículo 119 de esa norma que menciona que “Titularidad legal del dominio. - El fideicomiso mercantil será el titular de los bienes que integran el patrimonio autónomo. El fiduciario ejercerá la personería jurídica y la representación legal del fideicomiso mercantil, por lo que podrá intervenir con todos los derechos y atribuciones que le correspondan al fideicomiso mercantil como sujeto procesal, bien sea de manera activa o pasiva, ante las autoridades competentes en toda clase de procesos, trámites y actuaciones administrativas o judiciales que deban realizarse para la protección de los bienes que lo integran, así como para exigir el pago de los créditos a favor del fideicomiso y para el logro de las finalidades pretendidas por el constituyente.” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014). A más de esta razón existen otras dos que prueban el error del autor, las cuales son las siguientes:

La primera, es que en el Ecuador se da la posibilidad de que se cree un patrimonio autónomo con personalidad jurídica propia, -a diferencia de la mayoría de países de Latinoamérica- y cuyo representante legal es la fiduciaria; razón que en cierta forma subsana esta doble propiedad en varios ámbitos tales como el problema de confusión de patrimonios del fiduciario y del fideicomiso, del cual el fiduciario llevara hasta contabilidad separada; el abuso de poder del fiduciario sobre los bienes fideicomitidos

debido a la responsabilidad sancionada en caso de incumplimiento de sus obligaciones; la separación irrevocable del patrimonio del constituyente con los bienes del patrimonio autónomo para aislar a los mismos de las posibles acciones de los acreedores contra el primero es decir, existe inembargabilidad.

La segunda, es que existen varias otras ventajas del trust sobre el fideicomiso mercantil, mismas que resultan trascendentes para entender su vasta utilidad en campos como la organización y estructuración patrimonial familiar, como para el desarrollo empresarial. Detallaré a continuación las más relevantes.

4.2.1 En la Organización Patrimonial

El trust es una herramienta muy útil para la planificación y organización patrimonial, especialmente familiar, hablamos de la organización patrimonial familiar antes que la empresarial porque el beneficiario final de los frutos de una empresa siempre va a ser el individuo y muchas planificaciones tributarias como societarias se hacen alrededor de este último. Al igual que el fideicomiso permite que se destinen bienes para distintas finalidades, pero con ciertas ventajas y menos limitaciones, que dan una mayor disposición de los dueños sobre su patrimonio.

La primera gran ventaja es poder precautelar situaciones que pueden suceder en un futuro, en el cual el *settlor* puede llegar a perder el control sobre sus bienes. Como se sabe el futuro es incierto y cualquier persona puede llegar a considerarse un incapaz en un futuro, en el caso de llegar a serlo perderá el control de su patrimonio y un curador se encargará de la administración del mismo, el curador no necesariamente va a actuar de acuerdo a la voluntad del propietario original de los bienes.

Con el trust el *settlor* puede ya destinar esos bienes para los distintos miembros de su familia a futuro de acuerdo a su parecer, en el caso de que un miembro de su familia sufra de una condición desfavorable, él puede destinar parte de su patrimonio para el cuidado de este; es prudente recordar que el *settlor* una vez hecho el trust deja de tener derechos sobre el patrimonio aportado, por lo que aun así caiga en interdicción se deberá cumplir con su voluntad expresada cuando era capaz y no podrá alegarse su condición para dejar de cumplir su voluntad.

El *settlor* puede designar *trustees* sustitutos, lo que quiere decir que en el caso de que el *trustee* designado como principal no pueda hacerse cargo de la gestión de los bienes, podrá sustituir su condición un segundo, tercero o cuarto designados para el cargo, como se sabe esto no sucede en el fideicomiso mercantil ecuatoriano, en esta figura se puede designar a un solo trustee.

Es posible también, dar facultades discrecionales al trustee para que confiando en sus capacidades el escoja la mejor manera de administrar los bienes del *settlor* teniendo claro la finalidad el mismo. Esto permite que en la marcha se puedan hacer modificaciones a las intenciones iniciales y proteger las finalidades. Identificamos como una clara ventaja poder escoger a un propio curador de confianza, más que este sea impuesto por un juez.

El trust familiar tiene otras preeminencias adicionales, retomando el caso de un miembro familiar con discapacidad, el *settlor* constituye el trust porque sabe que en algún punto de la vida el no estará para poder cuidar al discapacitado y teme que quien lo cuide no lo haga con la debida consideración, por lo que el *settlor* designará una parcela patrimonial para que cubra las necesidades de este miembro familiar y un *trustee* para que gestione dicha finalidad.

A más de esto, si esta persona con discapacidad está recibiendo ayuda gubernamental, al no recibir una asignación patrimonial para su subsistencia a su nombre sino a través del trust, el podrá legalmente seguir beneficiándose de ayuda social aparte de la ayuda que el settlor haya designado para él.

Ahora, si existe un miembro de la familia, que a consideración del *settlor*, no sea capacitado para administrar dinero o bienes, este puede constituir un *Spendthrift trust*, como se resaltó con anterioridad. Esto permite que exista un control por parte del *trustee* sobre los gastos del disipador, permitiendo que este pueda acceder a dinero, pero de manera mesurada.

Lo mencionado en los párrafos anteriores permiten que se cuide el bienestar familiar de manera íntegra ya que hay una protección física y psicológica, a más de mantener el patrimonio familiar unido por no permitir que se gaste irracionalmente el mismo. Esto no se puede ver de una manera aislada a las empresas, especialmente en países como el Ecuador en el que más del 90% de compañías están compuestas por familias, por lo que resulta igual o más importante cuidar el patrimonio familiar que el patrimonio empresarial, tal como revela el siguiente gráfico.

Figura 8

Empresas familiares que forman parte de los grandes grupos económicos de Ecuador

FAMILIA NOBOA PONTÓN	FAMILIA WRIGHT	FAMILIA EL JURI	FAMILIA EGAS	FAMILIA GODOY
Álvaro Noboa <i>Exportadora Bananera Noboa</i>	Corporación Favorita	Almacenes Juan Eljuri	Banco Pichincha	ILE
El Café	Supermaxi	Neohyundai	Diners Club	Coile
Truisfruit	Megamaxi	Aymesa	Banco Rumiñahui	Comercializadora Godoy Ruiz
Industrial Molinera	Juguetón	Aekia	Banco de Loja	
Banacon	Aki	Quito Motors	Interdin	
Industria Cartonera Ecuatoriana	Supersaldos	Metrocar	Credife	
	KYWI			
	Sukasa			
	TVentas			
Isabel Noboa Consorcio Nobis	FAMILIA CZARNINSKI	FAMILIA JAN BAKKER	FAMILIA HIDALGO	FAMILIA WONG
Compañía Azucarera Valdez	Corporación El Rosado	Industria Pronaca	Cosntructora Hidalgo e Hidalgo	Reybanpac
Mobilisol	Mi Comisariato	Inaexpo	Consorcio Vial Manabí	Fertisa
Universal Sweet Industries	Mi Juguetería	Mardex	Conorte	Aerovic
Gulkana	Ferrisariato	Produastro	Consorcio AVQ	Cartonera Andina
Ecoelectric	Chilis	INCA	Propiedades Agroindustriales Surco	
	Supercines			
	Radio Disney			



Figura 8. Empresas Familiares Ecuatorianas (Telégrafo, 2013)

Dentro de este gráfico podemos observar que los grupos familiares en el Ecuador, poseen a las empresas más grandes del país por lo que nos permite aseverar la importancia de que los patrimonios de estas empresas sean correctamente manejados.

Estos son los beneficios que se pueden lograr en vida, pero también hay otros que se consolidan *mortis causa*. El *settlor* puede expresar su deseo de constituir un trust que tenga efectos después de su muerte, en lugar de un testamento o una sucesión intestada. De esta manera evita una serie de impuestos, tramites, designaciones forzosas y lo más importante, no pierde el control sobre sus bienes y sobre los beneficiarios de los mismos.

Si una persona fallece dejando a sus hijos menores de edad huérfanos, el patrimonio del mismo se verá administrado por una suerte de tutor quien será dispuesto por el juez y cuyas facultades vendrán de la ley lo cual resulta una situación que no garantiza el bienestar de los menores, en cambio el trust otorga atribuciones al *trustee* para el correcto cuidado de los mismos hasta que se cumpla una condición que de la propiedad de los bienes a los hijos.

Si las sumas de dinero que el causante deja son considerables, o su patrimonio son empresas o derechos decisorios sobre la administración de las mismas, derechos sobre créditos, inversiones, etc. Resulta muy riesgoso para una persona que pese a haber llegado a la mayoría de edad administrarlos de manera correcta. El trust da la posibilidad de que la edad prudente sea determinada por el mismo *settlor*, lo cual puede garantizar la supervivencia del patrimonio por un mayor periodo de tiempo al ser administrado por una persona o institución proba en el asunto.

En el caso de que el *settlor* no quiera que sus bienes vayan al poder de sus hijos, este podrá determinar los beneficiarios mediante un trust, los beneficiarios podrán ser sus nietos, quien el decida o hasta una causa de caridad o benéfica y se beneficiaran de su patrimonio de la forma en la que el instruya al trust. El testamento o la sucesión intestada, son alternativas no obligaciones.

Finalmente, al hacer el trust, no es necesario seguir procedimientos y trámites legales, en específico el *probate* cuyo objetivo es “(...) por una parte, certificar la autenticidad del testamento, y por otra, garantizar que los bienes del causante son distribuidos conforme a su voluntad testamentaria y de acuerdo con la normativa estatal de derecho sucesorio. Para ello, es preciso inventariar los bienes del causante, pagar las deudas y cargas de la herencia, resolver los posibles conflictos entre los herederos y distribuir el remanente, una vez satisfechas las deudas y cargas, entre los destinatarios de los bienes.” (Santisteban, 2008)

Con el trust no es necesario hacer este proceso, será solamente el *settlor*, quien dispondrá libremente de su patrimonio de acuerdo al contrato constitutivo del trust. Ahorrando de esta manera tiempo y las molestias que podría devengar este proceso a más

de registros y del pago directo del impuesto a las herencias, que varía de acuerdo al estado y al país.

Sobre este aspecto hay exención al trust, tanto en el momento de constitución, y aporte, el settlor como el trustee no pagarán impuestos respecto a los bienes *“This is because, by definition, the beneficiaries are passive, and don’t participate in the affairs of the trust, and so should not be taxed on income they don’t receive. At the same time, because a trust manager [the trustee] is not conducting a business, there should not be a separate entity level of taxation imposed upon a trust if it is distributing all of its income to the beneficiaries.”* (Figuroa, 2007)

La explicación de esto como se encuentra en el párrafo superior se debe a que el settlor es el que transfiere y no participan en los asuntos del trust por lo que no tienen que pagar impuestos. Al mismo tiempo el trustee no maneja un negocio y va finalmente a repartir todo el dinero a los beneficiarios por lo que no tiene por qué pagar. Los beneficiarios por otro lado, deberán hacerlo si el dinero o especie que reciben es superior a un cierto monto.

En Estados Unidos, se puede recibir como concepto de donación diez mil dólares de los Estados Unidos de América al año libre de impuesto otorgados por el mismo donante a una misma persona, a partir de ese valor habrá una carga impositiva, mas existen mecanismos que por medio del trust puedan aminorar la misma, como por ejemplo repartir cada año la máxima cantidad posible al beneficiario y así cada año hasta que se haya repartido todo lo aportado al trust.

Estas son las ventajas en el ámbito de organización patrimonial que podemos destacar del trust como dice Santisteban *“Su maleabilidad les permite adaptarse a las más variadas circunstancias personales y familiares, presentes o futuras de sus posibles*

beneficiarios, independientemente de cuál sea la naturaleza de la riqueza familiar a transmitir, desde bienes muebles de uso cotidiano hasta empresas familiares.” (Santisteban, 2008)

4.2.2 En el Desarrollo Empresarial

Así como en planificación familiar, el trust es fundamental para otros aspectos económicos de índole privada. Muchas empresas ya constituidas usan esta herramienta para proteger su patrimonio, o para destinar el mismo para ciertas finalidades. Otros proyectos son realizados por medio del trust para lograr réditos económicos. Y existen otras compañías que se valen del trust para realizar su giro de negocio, en fin, sin este medio, el progreso económico del sector privado se vería menoscabado.

Realizo esta afirmación en base a las entrevistas adjuntas, Peter Schofield es propietario de un *Wealth Management* en la ciudad de Newcastle en el Reino Unido, el afirma que uno de los productos más efectivos que posee para el desarrollo de una empresa como para la conservación de patrimonios e inversión es el trust. Esto se debe a las ventajas tributarias y al control sobre el patrimonio que permite la figura. Afirma también que esta es una práctica reiterada por parte de los empresarios ingleses, y que de no existir esta figura el movimiento del dinero no fuera dinámico y causará perjuicios económicos graves.

En países como Estados Unidos, podemos encontrar la figura en ámbitos públicos como privados, según Figueroa el uso más frecuente lo hallamos en la planificación patrimonial, y sirve para minimizar el pago de impuestos, para que la riqueza se mantenga en la familia y para preservar los activos contra la imprevisión de un beneficiario y sus acreedores, “*are used as estate planning devices to minimize estate taxes, as*

perpetuators of dynastic wealth, and as a way to preserve assets against the improvidence of a beneficiary and his creditors” (Figueroa, 2007)

Figueroa continúa señalando que, el uso más importante del trust en los Estados Unidos, menciona que en el mercado de capitales existen muchas ventajas en materia de impuestos, principalmente, lo que fomenta un uso generalizado de la figura. Así también otorga inmunidad a los beneficiarios ante sus acreedores y da la posibilidad de un manejo alternativo del patrimonio por parte de un trust especializado. (Figueroa, 2007)

Primordialmente, la mayor ventaja del trust como se ha señalado antes, se encuentra en su versatilidad y flexibilidad para poder darle cualquier aplicación que se requiera, pero sin tener el trato ni reglamentaciones de una compañía o de un contrato de agencia, los cuales pagan significativamente más impuestos. Además, es beneficioso que los tribunales tienen amplia discrecionalidad sobre los trust en *equity*, lo que quiere decir que se resuelven los conflictos con principios éticos y morales en lugar de aplicar una normatividad rígida.

Podemos evidenciar esto en varios factores, al no necesitar un contrato para hacer un trust, la creación del mismo es más rápida y más sencilla, no se requieren formalidades ni control de organismos gubernamentales, por lo que el trust puede ser creado sin un abogado en un periodo de tiempo menor a 10 minutos.

En el trust se puede escoger al *trustee* libremente, esto resulta muy positivo en varios aspectos, primeramente, este puede aceptar su calidad sin recibir dinero a cambio, a más de esto cualquier persona capaz puede ostentar esta calidad, y es puramente el constituyente quien escogerá al *trustee*, en el caso del Ecuador no sucede esto ya que el solo hay como escoger al fiduciario entre las sociedades anónimas que cuentan con los permisos necesarios para actuar como fiduciarias.

Dentro de otra entrevista adjunta el abogado escoses- australiano Kyle Turner, señala que muchas empresas han sido posibles de crear gracias al trust, ya que no hay otra manera en la cual varias personas puedan invertir en un proyecto sin que haya conflictos entre ellos. El trust permite que la administración y el desarrollo del proyecto sea tutelado por una persona o compañía con conocimientos en el área en la que se desea invertir lo que convierte al trust en una herramienta muy importante para potenciar una inversión.

Turner dice también que llega a ser el trust tan flexible que permite estipular cláusulas como la “*Grass-hopper*” la cual señala que de haber algún cambio en la legislación del país en el cual se ha creado el trust que influya en el correcto desarrollo del mismo, la figura podrá trasladarse a otra legislación de manera automática, para precautelar los derechos de los sujetos intervinientes en el trust.

De la misma manera existe un trust dentro de la rama empresarial y societaria llamado *voting trust* según Turner, este permite que haya discreción en las votaciones de juntas directivas de las compañías. Los accionistas aportan sus derechos políticos al *trustee* quien vota por ellos dentro de las juntas de acuerdo a su discrecionalidad o a las instrucciones dadas por el accionista de manera previa.

4.3 ASPECTOS DEL TRUST, QUE PODRÍAN APORTAR AL DESARROLLO DE LA FIGURA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO MERCANTIL.

De acuerdo a lo expuesto en este trabajo y tomando en cuenta las entrevistas realizadas tanto a empresarios ecuatorianos como a extranjeros, podemos destacar ciertos aspectos puntuales que pueden convertirse en un significativo progreso para la legislación ecuatoriana y consecuentemente un beneficio para el desarrollo económico del país.

La autonomía de la voluntad es el aspecto más importante de ambas figuras, pero como notamos anteriormente, la misma es más amplia en el trust con relación al fideicomiso, y justamente es en este ámbito en el que se debe trabajar como eje. Esta aseveración se puede notar en varios aspectos, pero el más grande es el proteccionismo del Estado ecuatoriano, el cual restringe la voluntad del ciudadano para precautelar que sus propias decisiones no vayan a afectarlo a futuro, lo cual en mi percepción no me parece correcto ya que la libertad es el derecho máspreciado que tenemos y la disminución del mismo no es justificable.

Dentro de las entrevistas que se han realizado adjuntas a esta tesis de pregrado absolutamente todos los expertos encuestados respondieron lo mismo tanto en la pregunta 2 como en la pregunta 3 que decían lo siguiente:

¿Piensa Usted que el fideicomiso mercantil ecuatoriano permite plasmar la voluntad de los constituyentes de manera adecuada o más bien la limita? Y ¿Qué falencias ha encontrado Usted en la aplicación del fideicomiso mercantil?

Los encuestados reconocieron que la voluntad del constituyente si se puede plasmar, pero no con las libertades que se espera, es decir todavía es restrictivo en varios aspectos; fundamentaron esta aseveración al decir que dentro de las falencias del fideicomiso mercantil ecuatoriano estas son más operativas que legales.

Argumentan que existe demasiado intervencionismo de órganos del estado lo que hace que el fideicomiso no sea dinámico, Carlos Joaquín Moreno, gerente de Inmobiliaria Paucarbamba una empresa cuyo objeto social es la construcción y venta de inmuebles, afirma que, pese a las bondades del fideicomiso, la entidad de control se demora demasiado para permitir a la fiduciaria cumplir con las instrucciones dadas por el constituyente cuando ya se han cumplido los presupuestos estipulados. “Para aprobar la

venta de los inmuebles el ente de control se demora de 8 meses a un año verificando que se ha cumplido el punto de equilibrio, el mismo que no tiene parámetros correctamente definidos, lo que resulta arbitrario y demorado, finalmente el costo del proyecto aumenta.”

El Dr. Felipe Coello Cordero, gerente general de un grupo corporativo integrado por 29 empresas de la ciudad de Cuenca, mismas que realizan todo tipo de actividades comerciales dentro del sector automovilístico, como el de construcción, entre otros, está de acuerdo con el Ing. Moreno y señala que “la administración fija discrecionalmente parámetros para la aprobación en varias instancias de desarrollo de los diferentes fideicomisos, estos parámetros deberían ser fijados por la autonomía de la voluntad de los contratantes. Las administradoras de Fondos y Fideicomisos sienten temor de inmiscuirse en otros tipos de fideicomisos porque saben que no van a ser aprobados o que pueden llegar a cometer un error el cual va a ser fuertemente sancionado por la administración”

Finalmente, los entrevistados sugieren quitar limitaciones y prohibiciones relativas al fideicomiso mercantil en el Ecuador, y ampliar el campo de la autonomía de la voluntad. Todo abuso o acto prohibido podrá ser controlado y reparado con acciones que ya existen en el ordenamiento jurídico por lo que los controles solo entorpecen el accionar del fideicomiso. Con respecto a esto mis sugerencias son las siguientes:

4.3.1 Versatilidad del Fiduciario

Debido a los altos costos de las fiduciarias; por la inhabilidad que estas tienen de actuar sin que se especifique todas las instrucciones y los supuestos previsibles y no; y principalmente por la falta de dinamismo que en la práctica llegan a tener las fiduciarias en su gestión; es fundamental que se permita al constituyente escoger quien será el

fiduciario de los bienes aportados al fideicomiso mercantil, y no que este pueda solamente contratar una Administradora de Fondos y Fideicomisos aprobadas previamente por el organismo de control.

Esto no quiere decir que se extingan empresas especializadas en trabajar con fideicomisos; estas seguirán existiendo y sirviendo como alternativa para quienes libremente deciden confiar en estas, ya sea para manejar sus fideicomisos o para que, valiéndose de su experticia y especialidad, permitan realizar inversiones en diversas áreas, de manera que se pague por el conocimiento, no de manera forzosa por el uso de la figura.

Dentro de la entrevista al Dr. Felipe Coello Cordero, él claramente manifiesta que es una gran ventaja para poder captar varios inversores que aporten dinero para un determinado proyecto, que justamente exista un tercero imparcial, que se rija únicamente por las instrucciones acordadas para realizar las gestiones necesarias y alcanzar una finalidad. Entonces las administradoras de fondos y fideicomisos no son negativas, pero operativamente no son las más efectivas.

El constituyente podría entonces escoger, quien es la persona adecuada para ser el fiduciario de sus bienes, pudiendo declararse el mismo como fiduciario o a otra persona, de su confianza, para llevar a cabo tal labor, esto permitirá una cierta discrecionalidad en las actuaciones del constituyente sobre su propio patrimonio. Se entendería, entonces que esta selección de la persona sería de total responsabilidad del constituyente, por lo que no fuese necesario un organismo estatal que apruebe a quien es escogido como fiduciario.

Justamente es la autonomía de la voluntad del constituyente lo que tiene que primar, el será quien escogerá la persona y las consecuencias de esto serán asumidas por

quien lo escogió; obviamente la ley seguirá obligando al fiduciario a responder hasta por culpa lata y las obligaciones del mismo seguirán en la ley.

Es importante señalar que ya existen en el ordenamiento jurídico sanciones para aquella persona que se valgan de la confianza ajena para una función contraria que para la cual fue otorgado, la sanción puede ser incluso penal como la figura del abuso de confianza tutelada en el artículo 187 del Código Orgánico Integral Penal la que establece que “la persona que disponga para sí o una tercera, de dinero, bienes activos o patrimoniales entregados con la condición de restituirlos o usarlos de un modo determinado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años” (COIP, 2014)

Hago esta aserción para dejar claro que existen mecanismos legales que no permiten que los ciudadanos se extralimiten y lleguen a causar perjuicios a otros; por lo que no es necesario un control del Estado en lo que a la figura del fideicomiso mercantil se refiere, son los propios contratantes quienes fijan sus obligaciones y atribuciones, las cuales son el fundamento y la base de todo negocio jurídico, sobre lo cual se hará referencia específica en el siguiente punto.

María Paz Ugalde, gerente de operaciones de Vazfiduciaria, señala que un problema bastante grave resulta ser la falta de conocimiento de diversas instituciones estatales sobre el funcionamiento del fideicomiso mercantil, razón por la que los criterios que los funcionarios públicos exponen en una situación similar llegan a ser diferentes. Como consecuencia no existe un criterio unánime con respecto a varios temas y resulta muy problemático trabajar con fideicomisos cuando no se sabe a ciencia cierta como va a progresar el trámite, entonces es fundamental que existan resoluciones vinculantes que den seguridad jurídica a los usuarios de la figura.

4.3.2 Más autonomía de la voluntad menos control estatal.

Se pudo observar, que en el trust la autonomía de la voluntad es plena, las normas no solicitan un control de ningún organismo en ninguna fase de la figura, esto se debe a que se entiende que puede usar la figura para menoscabar los derechos de terceros, haciendo fraude a la ley, simulaciones, etc. Sin embargo, la restricción de la utilidad de la figura no es la solución, sino acciones que den la posibilidad al afectado de que en caso de que se produjese un daño este pueda ser reparado de manera efectiva.

Hago esta introducción para analizar las restricciones legales del fideicomiso mercantil, las cuales fueron descritas en el segundo capítulo de esta tesis de pregrado. Las limitaciones son la prohibición de uso del fideicomiso mercantil de garantía para vehículos, y la restricción de algunos en los cuales el beneficiario son las instituciones financieras; en el fideicomiso mercantil inmobiliario se obliga a llegar a un punto de equilibrio, financiero, técnico y jurídico, etc.

Podría describir cada una de las limitaciones que se establecieron y el porqué de cada una de ellas, pero todas responden a una misma razón, la cual deriva de supuestos abusos de quien las aplica. El expresidente Rafael Correa, quien envió el proyecto de ley reformativo aplicando las nuevas limitaciones al fideicomiso mercantil, mencionadas con anterioridad justificó los cambios diciendo que “Para dar un crédito se conformaba un fideicomiso. En el crédito de un carro -por ejemplo- nunca era de la persona, sino del fideicomiso.” (ElComercio, 2014)

En el Enlace Ciudadano 363, calificó de “abusivo” el uso del fideicomiso mercantil, y sin tomar en cuenta otros mecanismos legales que existen en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, envió el proyecto de ley que después de ser aprobado por la asamblea nacional –cuya mayoría absoluta pertenecía al partido de gobierno-, limitó al

fideicomiso mercantil en su uso contractual, y estancó varios negocios que giraban en torno a esta figura.

La limitación aparte de legal, tuvo repercusiones en las fiduciarias las cuales dejaron de dar paso a nuevos negocios temiendo a que los organismos de control vayan a multarlas por su mal obrar, y los procesos se entorpecieron por la necesidad de aprobación de los últimos de manera continua.

Finalmente, los empresarios optaron por usar otras figuras que, aunque más en un inicio tomaban mucho más tiempo y costaban operativamente más dinero que el fideicomiso mercantil, resultaron mejores después de las reformas, dejando al fideicomiso en un segundo plano, cuando ya existían las medidas de protección en caso de abusos como el pacto colusorio, la acción pauliana, entre otras.

Es imprescindible que todas las reformas y controles que atañen únicamente a la figura del fideicomiso mercantil ecuatoriano sean derogadas, y se de paso a una figura que permita que los sujetos pacten de manera libre conforme las normas del Código Civil que engloban a todo tipo de contratos. La figura tiene que ser vista como una herramienta jurídica con mucho potencial para el desarrollo empresarial en lugar de que erróneamente sea señalada como un mecanismo para causar perjuicios como señala el Dr. Sergio Ramos Vázquez en su entrevista.

Resulta preocupante que familias ecuatorianas con patrimonios considerables, prefieran recurrir al trust para planificación patrimonial, o para realizar estructuras jurídicas beneficiosas para sus empresas en lugar de utilizar el fideicomiso mercantil ecuatoriano cuando en principio las dos figuras jurídicas podrían lograr los mismos resultados si no existieran las limitaciones y prohibiciones legales a las que hicimos referencia.

Conclusiones

Si analizamos la historia y la evolución del fideicomiso mercantil ecuatoriano, podemos identificar que su nace con el fin de permitir que las personas la utilicen como un vehículo para poder disponer libremente de su patrimonio; es una respuesta de la sociedad a las imposiciones perjudiciales del Estado en distintos momentos de la historia la cual concluyó en la aceptación del mismo Estado al entender que es una solución legítima a una necesidad social.

Curiosamente el trust nace por diferentes situaciones, pero con el mismo trasfondo, es decir es una respuesta social a la misma problemática que dio origen al fideicomiso mercantil, sin embargo, el desarrollo del trust es distinto, por varias circunstancias el trust llegó a convertirse en una figura tan versátil y dinámica que en el sistema jurídico del *common law* no se puede concebir una realidad sin la figura; se la encuentra en materia sucesoria, en materia societaria, en materia civil, en materia tributaria, en fin, el trust es tan amplio como lo puede llegar a ser un contrato.

Aprender de los aciertos ajenos es siempre positivo. La figura del trust posee varias bondades, pero entre esas existen algunas que aportan específicamente al desarrollo empresarial como a la conservación del patrimonio familiar -ambos pilares fundamentales para el desarrollo de un país-, claro está que no todos los elementos positivos pueden ser aplicados a una realidad jurídica diferente como la que nos regula a los ecuatorianos, pese a eso se ha identificado en este trabajo de graduación que hay reformas que sí podrían realizarse en pos de otorgar mayor libertad a los contratantes permitiendo que se plasme de mejor manera la autonomía de la voluntad.

En base a esto, y con la convicción de que un Estado más pequeño permite más libertad a los ciudadanos, propongo se eliminen las limitaciones, restricciones y control excesivo a los sujetos participantes en fideicomiso mercantil ecuatoriano y a la figura jurídica como tal; puntualmente la prohibición de realizar fideicomisos mercantiles de garantía sobre vehículos, el excesivo control de órganos estatales sobre los fideicomisos en especial el fideicomiso mercantil inmobiliario, la obligatoriedad de que el fiduciario sea una administradora de fondos y fideicomisos –sociedad anónima con personalidad jurídica y pre aprobada por un organismo de control para operar como tal-, el mandato legal que obliga a que se registren y sean aprobados los fideicomisos

De revisarse y derogarse mencionadas prohibiciones, se conseguiría que el constituyente escoja quien será la persona en quien deposite su confianza para que gestione los bienes transferidos al fideicomiso y busque consumir la finalidad dispuesta; los fideicomisos podrían ser pactos con cualquier finalidad lícita sin ser estigmatizados por su naturaleza u objeto, entendiendo que la figura no causa perjuicio sino su mala utilización, y que ya existen las acciones pertinentes para reparar el daño y sancionar a quien se valga no solo de esta herramienta, sino de cualquier figura jurídica para un fin ilícito.

De lograrse lo señalado, el fideicomiso mercantil ecuatoriano, se convertiría sin ninguna duda en una herramienta clave para el desarrollo empresarial, ya que brindaría ilimitadas posibilidades al empresario para que, valiéndose de la figura, pueda alcanzar de manera efectiva los objetivos de la empresa, así mismo, diera la posibilidad al emprendedor de forjar negocios teniendo como núcleo al fideicomiso, tal como lo han hecho ya varios emprendedores con el trust. Finalmente, el progreso individual se traduce en el progreso de la sociedad.

Bibliografía

- Arnold, T. W. (1931). *The Restatement of the Law of Trusts*. Connecticut: Faculty Scholarship Series.
- Bonfante, G. (1965). *Instituciones de Derecho romano*. Madrid: Reus.
- Borrás, A., & González, J. D. (2008). *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-2007)*. Madrid: Marcial Pons.
- Carmés, F. (1953). *Curso de Derecho privado romano*. Buenos Aires: Perrot.
- Carregal, M. A. (2008). *Fideicomiso teoría y aplicación a los negocios*. Buenos Aires: Heliasta.
- Código Civil, C. (Actualizado a agosto de 2011). *Código Civil*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Coello, H. (1995). *Epítome del título preliminar del Código Civil y sus principales relaciones con la legislación ecuatoriano*. Cuenca: Universidad del Azuay.
- COIP. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Colombiano, C. d. (1992). *Código de Comercio Colombiano*. Bogotá: Legis.
- Comercio, C. d. (1992). *Código de Comercio Colombiano*. Bogotá: Legis.
- Constitución de la República del Ecuador, C. (Actualizado a 2016). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- David, R., & Jauffret-Spinozi, C. (2010). *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Domínguez Martínez, J. (1982). *El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico*. México: Porrúa .
- Domínguez Martínez, J. A. (2000). *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso Mexicano*. Mexico: Porrúa.
- Domínguez Martínez, J. A. (2009). *El Fideicomiso*. Mexico: Porrúa.
- ElComercio. (2014, Marzo 1). *El Comercio.com*. Retrieved from El Comercio: <http://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/correa-presentara-ley-regular-fideicomisos.html>
- ENLACE Negocios Fiduciarios S.A. (n.d.). *www.enlace.ec*. Retrieved from <http://www.enlace.ec/fideicomiso%20de%20garantia.html>

- ERJAFE. (Actualizado a 2016). *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Fiducia S.A. (2014). Reglamento sobre Negocios Fiduciarios. Quito.
- Figueroa, D. (2007). CIVIL LAW TRUSTS IN LATIN AMERICA: IS THE LACK OF TRUSTS AN IMPEDIMENT FOR EXPANDING BUSINESS OPPORTUNITIES IN LATIN AMÉRICA? *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 20-37.
- Hernández, A. M. (2016). La esencia del trust o fideicomiso. *XXV Congreso Latinoamericano de Fideicomiso COLAFI 2016 - Asbanc* (p. 58). Lima: Colafu. Retrieved from http://www.felaban.net/archivos_memorias/archivo20161025205641PM.pdf
- Jara Reyes, S. (2013). *Análisis del contrato de fideicomiso mercantil como mecanismo de gestión en el desarrollo de proyectos inmobiliarios en el Ecuador*. Cuenca: Universidad del Azuay.
- Keeton, G. (1957). *The Law of Trust*. London: Pitman.
- Kipper, C. M., & Lisoprawski, S. V. (2004). *Tratado de Fideicomiso*. Buenos Aires: LexisNexis.
- Las Personas Jurídicas-* Juan Andrés Orrego Acuña. (n.d.). Retrieved from <https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjo78fHwarOAhVKGx4KHQICD4kQFggnMAQ&url=http%3A%2F%2Fs73705fd50dada36d.jimcontent.com%2Fdownload%2Fversion%2F1362357324%2Fmodule%2F5566802371%2Fname%2FLas%2520Perso>
- Lepaulle, P. (1932). *Traité théorique et pratique des trust en droit interne, en droit fiscal et en droit international*. París: Roussey & Cie., Éditeurs.
- Ley de Compañías, L. (Actualizado a 2016). *Ley de Compañías*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley Orgánica de Empresas Públicas, L. (Actualizado a 2016). *LOEP*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Molina Sandoval, C. A. (2009). *El fideicomiso en la dinámica mercantil*. Buenos Aires: B de F Ltda.
- Morales A., J. (1992). *Derecho Civil de las Personas*. Cuenca: Universidad del Azuay.
- Morales A., J. (s.f.). *Derecho Romano*. Universidad del Azuay.
- Moriney, M. (2004). *Una introducción al common law*. México: Universidad Autónoma de México.
- NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS. (2010). UNIFORM TRUST CODE. *UNIFORM TRUST CODE* (p. 12). St. Augustine: NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS.
- Ramirez Romero, C. (2004). *Manual de Práctica Societaria*. Loja: GráficoAmaonas Cía. Ltda.

- Rengifo, R. (2001). *La Fiducia: legislación nacional y derecho comparado*. Medellín: Fondo Editorial Universidad EAFIT.
- Rodríguez Azuero, S. (2005). *Negocios Fiduciarios*. Bogotá: Legis.
- Rojina Villegas, R. (1986). *Derecho Civil Mexicano, Tomo Primero*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, S. A.
- Rojina Villegas, R. (1986). *Derecho Civil Mexicano, Tomo Sexto*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, S. A.
- Rounds, C. (2013). *A Trustee's Handbook*. New York: Wolters Kluwer Aspen Publisher.
- Santisteban, S. M. (2008, Abril). *Indret*. Retrieved from La figura del trust en los Estados Unidos de América: http://www.indret.com/pdf/536_es.pdf
- Waters, D. (2009). *Régime du trust en droit français*. Paris: Editions Francis Lafebre.
- Zavala Egas, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Quito: Edilex S. A.

Anexo 1 Introducción Entrevista Empresarios Ecuador

Estimado experto / usuario:

La presente entrevista tiene por finalidad recoger información para la tesis de pregrado previo a obtener el título de Abogado de los Tribunales de Justicia del Ecuador por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay, sobre la investigación titulada: **“El Trust Anglosajón y el Fideicomiso Mercantil ecuatoriano: Análisis comparativo de estas herramientas en el ámbito del desarrollo empresarial”**.

Sobre el particular se solicita a Usted atender los temas que a continuación presentamos y responder con sus propias palabras lo que considere pertinente, opinión que será muy importante para el estudio que venimos desarrollando.

Gracias por su colaboración.

Atentamente,



Sr. Juan Martín Cordero Matovelle
Estudiante Facultad de Ciencias Jurídicas
UNIVERSIDAD DEL AZUAY

Anexo 2 Entrevista Dr. Felipe Coello Cordero

ENTREVISTA 1

Nombre Experto / Usuario:

Dr. Felipe Coello Cordero

Profesión:

Gerente General Grupo Vázquez

Experiencia con el fideicomiso mercantil:

La Figura ha sido usada para realizar varios negocios dentro del grupo, fue también el eje central de una empresa hasta las últimas reformas.

Pregunta 1.

¿En su experiencia, el fideicomiso mercantil ecuatoriano es una figura contractual provechosa para el desarrollo empresarial ecuatoriano?

Si es provechosa, aunque podría ser mejor, el patrimonio autónomo permite que varias personas aporten económicamente a un fin determinado, por lo que es posible la unión de capitales sin la necesidad de formar una compañía. Además, puede ser administrada por un imparcial, aunque operativamente deja mucho que desear.

Pregunta 2.

¿Piensa Usted que el fideicomiso mercantil ecuatoriano permite plasmar la voluntad de los constituyentes de manera adecuada o más bien la limita?

No como debería por su potencial, operativamente existe mucha intromisión de los órganos de control lo que desnaturaliza el uso que se le podría dar a la figura, como consecuencia sí se limita la voluntad de los contratantes.

Pregunta 3.

¿Qué falencias ha encontrado Usted en la aplicación del fideicomiso mercantil?

Existen limitaciones legales que crean temor en las fiduciarias por el miedo a que sus acciones tengan como consecuencia sanciones graves contra estas; por este temor las fiduciarias se enfocan en aceptar fideicomisos “tradicionales”. También resulta perjudicial el tiempo que se demora la entidad competente en aprobar un fideicomiso, ya que en lugar de ser aprobado de inmediato puede durar meses y hasta años. Finalmente existe un grave problema, ya que la administración fija parámetros que deberían ser fijados por la autonomía de la voluntad de los contratantes.

Pregunta 4.

¿Qué reformas piensa Usted que podrían aplicársele al fideicomiso mercantil para que esta figura se vuelva más beneficiosa para el empresario?

Quitar las limitaciones del fideicomiso, esto tuviera como consecuencia que el campo de la autonomía de la voluntad sea más amplio y la herramienta se vuelva más dinámica. Lo que la ley intenta proteger, ya está protegido por acciones como el pacto colusorio o la acción pauliana.

Pregunta 5.

En orden de importancia, señale los cinco usos más frecuentes que tiene el fideicomiso mercantil en el sector empresarial ecuatoriano.

1. Administración de Flujos Futuros
2. Fideicomiso Mercantil de Garantía
3. Titularización de Cartera
4. Fideicomiso Mercantil Inmobiliario
5. Administración Patrimonial

Anexo 3 Entrevista Ing. Carlos Joaquín Moreno

ENTREVISTA 2

Nombre Experto / Usuario:

Ing. MBA. Carlos Joaquín Moreno

Profesión:

Gerente Inmobiliaria Paucarbamba

Experiencia con el fideicomiso mercantil:

Inmobiliaria Paucarbamba ha utilizado el fideicomiso mercantil inmobiliario para la realización y gestión de varios proyectos.

Pregunta 1.

¿En su experiencia, el fideicomiso mercantil ecuatoriano es una figura contractual provechosa para el desarrollo empresarial ecuatoriano?

Si, en los proyectos de la inmobiliaria, ha podido garantizar los derechos de los adquirentes además se puede construir los proyectos con varios aportantes desde el inicio.

Pregunta 2.

¿Piensa Usted que el fideicomiso mercantil ecuatoriano permite plasmar la voluntad de los constituyentes de manera adecuada o más bien la limita?

No del todo, en un principio se estructura en el contrato la voluntad de los comparecientes, pero esta voluntad se ve cercada por las imposiciones legales, posteriormente se pierde tiempo porque el órgano de control interfiere en varios aspectos y las fiduciarias no pueden gestionar ágilmente lo que se necesita en un negocio inmobiliario. Todo esto encarece al producto.

Pregunta 3.

¿Qué falencias ha encontrado Usted en la aplicación del fideicomiso mercantil?

El fideicomiso resulta una camisa de fuerza y no es dinámico; hay mucha burocracia lo que resulta en pérdida de tiempo y dinero; los honorarios de las fiduciarias son elevados; las limitaciones de la ley hacia el fideicomiso no permiten que el empresario pueda pactar acuerdos más beneficiosos para las partes.

Pregunta 4.

¿Qué reformas piensa Usted que podrían aplicársele al fideicomiso mercantil para que esta figura se vuelva más beneficiosa para el empresario?

Se deberían reformar las leyes que limitan la aplicación del fideicomiso inmobiliario; por ejemplo, si hay flujo de dinero suficiente y se cuentan con las garantías necesarias

para saber que el proyecto va a terminarse, se debería poder liberar los flujos. Las fiduciarias no deberían ser sometidas a tanta burocracia.

Pregunta 5.

En orden de importancia, señale los cinco usos más frecuentes que tiene el fideicomiso mercantil en el sector empresarial ecuatoriano.

1. Fideicomiso Mercantil Inmobiliario
2. Fideicomiso Mercantil de Garantía
3. Fideicomiso Corporativo
4. Administración Patrimonial

Anexo 4 Entrevista Dr. Sergio Ramos Vázquez

ENTREVISTA 3

Nombre Experto / Usuario:

Dr. Sergio Ramos Vázquez

Profesión:

Presidente Agnimetales; Presidente Joyería Guillermo Vázquez; Subgerente Grupo Vázquez.

Experiencia con el fideicomiso mercantil:

Experiencia con varios tipos de fideicomisos en empresas en las que ha sido parte, especialmente en Novacredit S.A. donde fue gerente general durante varios años.

Pregunta 1.

¿En su experiencia, el fideicomiso mercantil ecuatoriano es una figura contractual provechosa para el desarrollo empresarial ecuatoriano?

No, es una figura con mucho potencial, pero más bien limitante. No existen los mecanismos que agilicen la gestión en los negocios.

Pregunta 2.

¿Piensa Usted que el fideicomiso mercantil ecuatoriano permite plasmar la voluntad de los constituyentes de manera adecuada o más bien la limita?

Limita la voluntad de los constituyentes, en el caso del fideicomiso de garantía sobre vehículos, este fue prohibido, cuando constituía una garantía idónea para otorgar créditos a más de permitir una ejecución rápida de las garantías.

Pregunta 3.

¿Qué falencias ha encontrado Usted en la aplicación del fideicomiso mercantil?

Existe un marco de acción regulado y restrictivo, no se permite que el objeto sobre el cual recae el fideicomiso mercantil sea correctamente plasmado, la figura cae en desuso por la excesiva burocracia sobre el mismo y las fiduciarias no obran con la agilidad que se espera. Muchos patrimonios familiares grandes ecuatorianos migran al extranjero porque el trust resulta una figura más interesante para la organización patrimonial que el propio fideicomiso mercantil.

Pregunta 4.

¿Qué reformas piensa Usted que podrían aplicársele al fideicomiso mercantil para que esta figura se vuelva más beneficiosa para el empresario?

Eliminar las imposiciones legales ya que existen otros mecanismos para precautelar los derechos de los participantes en el contrato. Buscar cambiar la idea de los usuarios y verlo como una herramienta muy beneficiosa en lugar de mantener el concepto actual que es una herramienta para evasión.

Pregunta 5.

En orden de importancia, señale los cinco usos más frecuentes que tiene el fideicomiso mercantil en el sector empresarial ecuatoriano.

1. Fideicomiso Mercantil Inmobiliario
2. Fideicomiso Mercantil de Administración
3. Fideicomiso Mercantil en Garantía
4. Encargos Fiduciarios

Anexo 5 Entrevista Eco. María Paz Ugalde

ENTREVISTA 4

Nombre Experto / Usuario:

Eco. María Paz Ugalde

Profesión:

Gerente de Operaciones Vazfiduciaria S.A.

Experiencia con el fideicomiso mercantil:

Trabaja durante 6 años en una administradora de fondos y fideicomisos.

Pregunta 1.

¿En su experiencia, el fideicomiso mercantil ecuatoriano es una figura contractual provechosa para el desarrollo empresarial ecuatoriano?

Si, en un inicio es como un traje a la medida, pero el fideicomiso tiene que meterse más en la mente de los ciudadanis. Explicar a los funcionarios. No entienden

Pregunta 2.

¿Piensa Usted que el fideicomiso mercantil ecuatoriano permite plasmar la voluntad de los constituyentes de manera adecuada o más bien la limita?

Existen algunas restricciones como la de fideicomisos mercantiles en garantía de los vehículos, y en empresas que trabajaban con nosotros al haber este impedimento nos han cerrado negocios. No es tan libre

Pregunta 3.

¿Qué falencias ha encontrado Usted en la aplicación del fideicomiso mercantil?

El fideicomiso tiene que ser super bien estructurado, revisado por el abogado y tambien por la persona que va a operativizar la funcion, el rato que se aprueba se queda como se redacto, hay que comunicar bien la idea de quien redacta y quien lo va a aplicar.

Pregunta 4.

¿Qué reformas piensa Usted que podrían aplicársele al fideicomiso mercantil para que esta figura se vuelva más beneficiosa para el empresario?

Se deberían reformar las leyes que limitan la aplicación del fideicomiso inmobiliario; por ejemplo, si hay flujo de dinero suficiente y se cuentan con las garantías necesarias para saber que el proyecto va a terminarse, se debería poder liberar los flujos. Las fiduciarias no deberían ser sometidas a tanta burocracia.

Pregunta 5.

En orden de importancia, señale los cinco usos más frecuentes que tiene el fideicomiso mercantil en el sector empresarial ecuatoriano.

1. Fideicomiso Mercantil Administración
2. Fideicomiso Mercantil de Manejo de Flujos
3. Fideicomiso Mercantil Inmobiliario.
4. Administración Patrimonial

Anexo 6 Introducción Entrevista Expertos Extranjeros Inglés

Dear expert / user:

This questionnaire aims to gather information for the undergraduate thesis prior to obtaining the title of Lawyer of the Courts of Justice of Ecuador by the Faculty of Law of the Universidad del Azuay, on the research titled: **“El Trust Anglosajón y el Fideicomiso Mercantil ecuatoriano: Análisis comparativo de estas herramientas en el ámbito del desarrollo empresarial”** or “The Trust and the Ecuadorian Fideicomiso: Comparative analysis of these tools in the field of business development”

In this regard, you are invited to answer the questions presented below and respond in your own words. Your opinion will be very important for the study that we have been conducting.

Thank you for your cooperation.



Sr. Juan Martín Cordero Matovelle
Estudiante Facultad de Ciencias Jurídicas
UNIVERSIDAD DEL AZUAY

QUESTIONNAIRE:

Name:

Occupation:

Experience with the “trust” figure:

Question 1.

In your experience, is the trust a beneficial contractual figure for business development?

Question 2.

Do you think the trust expresses the will of the settlor in an appropriate way or rather limits it?

Question 3.

What shortcomings or difficulties have you come across in the application of the trust, whether in the Commonwealth Nations, or in the United States of America?

Question 4.

What reforms do you think could be applied to the trust so that this figure becomes more beneficial to the entrepreneur?

Question 5.

In order of importance, list the five most common uses of the trust in the business sector in the Commonwealth Nations, or in the United States of America.?

Anexo 7 Introducción Entrevista Expertos Extranjeros Español

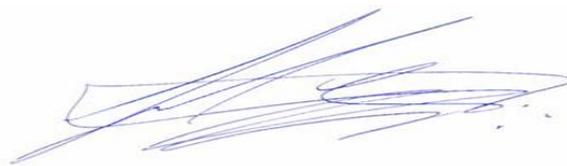
Estimado experto / usuario:

La presente entrevista tiene por finalidad recoger información para la tesis de pregrado previo a obtener el título de Abogado de los Tribunales de Justicia del Ecuador por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay, sobre la investigación titulada: **“El Trust Anglosajón y el Fideicomiso Mercantil ecuatoriano: Análisis comparativo de estas herramientas en el ámbito del desarrollo empresarial”**.

Sobre el particular se solicita a Usted atender los temas que a continuación presentamos y responder con sus propias palabras lo que considere pertinente, opinión que será muy importante para el estudio que venimos desarrollando.

Gracias por su colaboración.

Atentamente,



Sr. Juan Martín Cordero Matovelle
Estudiante Facultad de Ciencias Jurídicas
UNIVERSIDAD DEL AZUAY

Anexo 8 Entrevista Peter Schofield

ENTREVISTA 1

Nombre Experto / Usuario:

Peter Schofield

Profesión:

CEO Wealth Managment Newcastle UK.

Experiencia con el Trust:

Peter posee una compañía que brinda asesoría a otras compañías o a personas naturales en cómo administrar su dinero y en donde invertir, dentro de sus labores usa al trust como herramienta para ahorrar dinero a sus clientes. (30 años dando consultorías a negocios)

País en el cual se desempeña:

Inglaterra

Pregunta 1.

¿En su experiencia, es el trust es una figura contractual provechosa para el desarrollo empresarial?

Si, permite una serie de beneficios para la organización patrimonial y es beneficioso en materia de impuestos ya que se paga significativamente menos y permite un mayor control en la organización patrimonial.

Pregunta 2.

¿Piensa Usted que el trust permite plasmar la voluntad del “settlor” o constituyente de manera adecuada o más bien la limita?

El trust es muy amplio, se lo puede ver casi como un contrato en las posibilidades, se puede plasmar correctamente lo que busca el contratante.

Pregunta 3.

¿Qué falencias o dificultades ha encontrado Usted en la aplicación del trust, ya sea, en países del “Commonwealth” o Mancomunidad de Países, o en los Estados Unidos de América?

No existen falencias específicas de la figura ya que la legislación puede ser escogida por quienes deseen utilizar el trust, y en el caso de que la legislación cambie, es posible someter a la figura a una nueva legislación.

Pregunta 4.

¿Qué reformas piensa Usted que podrían aplicársele al trust para que esta figura se vuelva más beneficiosa para el empresario?

El trust es flexible y permite modificarle de muchas maneras, como mencionaba antes tiene iguales posibilidades que un contrato por lo que no es necesario que haya cambios, sino que se siga respetando el deseo de los contratantes

Pregunta 5.

En orden de importancia, señale los cinco usos más frecuentes que tiene el trust en el sector empresarial en el “Commonwealth” o Mancomunidad de Naciones, o en los Estados Unidos de América.

1. Ownership of shares in the Company.
2. Testamentary Trust
3. Mixed Trust
4. Unity Trust
5. Charitable Trust

Anexo 9 Entrevista Kyle Turner

ENTREVISTA 2

Nombre Experto / Usuario:

Kyle Turner

Profesión:

Abogado e Ingeniero en administración de negocios.

Experiencia con el Trust:

Kyle trabajó como importador de productos consumibles en Australia la cual manejaba inversiones en trusts.

País en el cual se desempeña:

Escocia

Pregunta 1.

¿En su experiencia, es el trust es una figura contractual provechosa para el desarrollo empresarial?

Si, en la empresa nos ha dado la posibilidad de captar inversores para nuevas líneas de negocio subsidiarias a el negocio principal, la figura es muy importante para lograr reunir una cantidad importante de dinero con reglas claras para quienes lo aportan y con un experto que lo administre.

Pregunta 2.

¿Piensa Usted que el trust permite plasmar la voluntad del “settlor” o constituyente de manera adecuada o más bien la limita?

Un contrato de trust correctamente pensado y redactado permite que el settlor pueda plasmar todos sus objetivos de manera adecuada, puede convertirse en una figura peligrosa cuando el settlor pierde el control de los bienes y no ha estipulado cláusulas de manera correcta.

Pregunta 3.

¿Qué falencias o dificultades ha encontrado Usted en la aplicación del trust, ya sea, en países del “Commonwealth” o Mancomunidad de Países, o en los Estados Unidos de América?

No existen falencias específicas de la figura ya que la legislación puede ser escogida por quienes deseen utilizar el trust, y en el caso de que la legislación cambie, es posible someter a la figura a una nueva legislación.

Pregunta 4.

¿Qué reformas piensa Usted que podrían aplicársele al trust para que esta figura se vuelva más beneficiosa para el empresario?

En mi experiencia no es necesario reformas, supongo que estas han de suceder conforme haya problemas referentes a la figura, las que seguramente serán ventiladas en la corte. Con la Cláusula grasshoper se permite hasta cambiar de legislación de darse el caso.

Pregunta 5.

En orden de importancia, señale los cinco usos más frecuentes que tiene el trust en el sector empresarial en el “Commonwealth” o Mancomunidad de Naciones, o en los Estados Unidos de América.

1. Investment Trust
2. Mixed Trust
3. Foreign Trust
4. Testamentary Trust
5. Accumulation Trust

Anexo 10 Entrevista David Rowlands

ENTREVISTA 3

Nombre Experto / Usuario:

David Rowlands

Profesión:

Propietario Rainbowshade Aus

Experiencia con el Trust:

David maneja ha manejado diferentes tipos de trust tanto para su compañía como para su familia

País en el cual se desempeña:

Australia

Pregunta 1.

¿En su experiencia, es el trust es una figura contractual provechosa para el desarrollo empresarial?

Si, permite varias aplicaciones para empresas como ser la propietaria de las acciones, permite que algunos activos de la compañía sean transferidos al trust, y permite que el trust preste dinero a la compañía entre otras.

Pregunta 2.

¿Piensa Usted que el trust permite plasmar la voluntad del “settlor” o constituyente de manera adecuada o más bien la limita?

Si existe limites en las decisiones del constituyente, pero estos límites son solamente descatos a la ley, algo que no es intrínseco de la figura del trust en sí, sino más bien es protección contra atentar contra derechos de terceros.

Pregunta 3.

¿Qué falencias o dificultades ha encontrado Usted en la aplicación del trust, ya sea, en países del “Commonwealth” o Mancomunidad de Países, o en los Estados Unidos de América?

Una falencia puede llegar a ser la necesidad de que todos los constituyentes se pongan de acuerdo cuando el trust es revocable, la unanimidad llega a ser muy complicada de conseguir.

Pregunta 4.

¿Qué reformas piensa Usted que podrían aplicársele al trust para que esta figura se vuelva más beneficiosa para el empresario?

Últimamente han surgido impuestos que gravan a la figura del trust como sucede con el *discretionary trust*. Estos impuestos al trust muchas veces resultan ser más altos que a los individuos lo que debería ser suprimido.

Pregunta 5.

En orden de importancia, señale los cinco usos más frecuentes que tiene el trust en el sector empresarial en el “Commonwealth” o Mancomunidad de Naciones, o en los Estados Unidos de América.

1. Shareholder trust
2. Voting trust
3. Family trust
4. Revocable trust
5. Charitable trust

Anexo 11 Entrevista Michael McDonald

ENTREVISTA 4

Nombre Experto / Usuario:

Michael Mcdonald

Profesión:

Consultor de Negocios

Experiencia con el Trust:

Michael recibió por medio de un trust testamentario una importante cantidad de dinero cuando su abuelo falleció.

País en el cual se desempeña:

Rhode Island, EEUU

Pregunta 1.

¿En su experiencia, es el trust es una figura contractual provechosa para el desarrollo empresarial?

Para administrar mi patrimonio acudí donde expertos en gestión patrimonial y muchas de las sugerencias que otorgaban incluían el trust, por lo que intuyó que debe ser útil para las empresas

Pregunta 2.

¿Piensa Usted que el trust permite plasmar la voluntad del “settlor” o constituyente de manera adecuada o más bien la limita?

En mi experiencia, mi abuelo pudo disponer de su patrimonio de manera totalmente libre designando a quien y que parte de sus bienes iba a transferir. El momento de su

muerte el abogado indicó las condiciones que debíamos cumplir para recibir los bienes lo que fue la voluntad de mi abuelo.

Pregunta 3.

¿Qué falencias o dificultades ha encontrado Usted en la aplicación del trust, ya sea, en países del “Commonwealth” o Mancomunidad de Países, o en los Estados Unidos de América?

Los abogados que arman contratos de trust son muy costosos. (entre risas)

Pregunta 4.

¿Qué reformas piensa Usted que podrían aplicársele al trust para que esta figura se vuelva más beneficiosa para el empresario?

No sabría identificar en mi experiencia algún punto que haya llegado a afectarme que vaya directamente ligado con el trust.

Pregunta 5.

En orden de importancia, señale los cinco usos más frecuentes que tiene el trust en el sector empresarial en el “Commonwealth” o Mancomunidad de Naciones, o en los Estados Unidos de América.

1. Family trust
2. Testamentary trust
3. Investment trust
4. Mixed trust
5. Foreign trust