



Universidad del Azuay

Faculta de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

El Fideicomiso Civil: El alcance de la administración y disposición de los bienes bajo propiedad fiduciaria por parte del fiduciario; un acercamiento a la figura y sus oportunidades de aplicación en los tiempos actuales

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Abogado

Autor: Andrés Sebastián Rodas Escandón

Director: Dr. Santiago Jara Reyes

Cuenca, Ecuador 2020

DEDICATORIA:

El presente trabajo de titulación lo dedico a mis padres y a mi Universidad, que confiaron en mí cuando todos ya habían tirado la toalla.

AGRADECIMIENTO:

Agradezco a mi Director del presente trabajo de titulación que, a más de una guía en el presente trabajo, ha sido un verdadero maestro durante el transcurso de mi carrera. También agradezco a mis amigos y futuros colegas, que dispusieron de su tiempo para escuchar y opinar sobre las ideas que dieron origen a esta investigación.

INDICE

DEDICATORIA:.....	ii
AGRADECIMIENTO:.....	iii
INDICE.....	iv
Introducción:.....	viii
Resumen.	x
ABSTRACT	xi

CAPÍTULO I ANÁLISIS DE LA FIGURA DEL FIDEICOMISO CIVIL..... 12

1.1. Concepto de fideicomiso.....	12
1.1.1. El concepto de fideicomiso civil.	13
1.1.2. ¿Qué se entiende por “propiedad fiduciaria”?.....	15
1.2. Antecedente histórico de la propiedad fiduciaria:	17
1.2.1. Origen en el Derecho Romano.	17
1.3. La naturaleza jurídica del fideicomiso.....	21
1.3.1. Teoría del Mandato:.....	21
1.3.2. Teoría del patrimonio de afectación:	22
1.3.3. Teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad:	23
1.3.4. La naturaleza jurídica de la propiedad fiduciaria	24
1.3.5. La Confianza:	26
1.3.6. Elementos de la naturaleza del fideicomiso.	26
1.3.6.1. Elemento Real:	27
1.3.6.2. Elemento Personal:.....	27
1.4. Las partes que intervienen en el Fideicomiso Civil	28
1.4.1. El constituyente:	28
1.4.2. El fiduciario o propietario fiduciario:.....	28
1.4.3. El fideicomisario o beneficiario:	29
1.5. Elementos del fideicomiso civil:.....	29
1.5.1. La condición:	30
1.5.1.1. Especial situación de la condición en el fideicomiso civil.....	32

1.5.1.2.	Tipos de condición en el fideicomiso:	33
1.5.2.	Las formalidades aplicables al caso:	33
1.5.2.1.	Fideicomiso sobre bienes inmuebles.....	35
1.5.3.	La transferencia de dominio:	35
1.6.	Los derechos y obligaciones de las partes.	36
1.6.1.	Derechos del Propietario fiduciario o fiduciario.	36
1.6.1.1.	Puede ejercer la acción reivindicatoria al ser privado del dominio... 36	
1.6.1.2.	El propietario fiduciario puede enajenar la cosa	37
1.6.1.3.	El fiduciario puede gravar los bienes bajo propiedad fiduciaria.....	38
1.6.1.4.	La inembargabilidad de la propiedad fiduciaria.....	39
1.6.1.5.	El fiduciario tiene la libre administración de las especies sujetas a propiedad.....	39
1.6.1.6.	Gozar de los frutos que brinde la propiedad fiduciaria.	40
1.6.2.	Derechos del fideicomisario o beneficiario:	40
1.7.	Forma de constituir un Fideicomiso Civil.	41
1.7.1.	Fideicomiso civil constituido por acto entre vivos.....	41
1.7.2.	Fideicomiso constituido por acto testamentario.	42
1.8.	Formas de extinguir el Fideicomiso Civil.....	43
1.8.1.	Por la restitución.....	43
1.8.2.	Por resolución del derecho del constituyente que lo origina.	44
1.8.3.	Por la pérdida de la cosa.	44
1.8.4.	Por renuncia del fiduciario antes de la restitución.....	45
1.8.5.	Por la condición fallida o caducada.....	45
1.8.6.	Por confundirse la calidad de fiduciario y fideicomisario.	45
	Conclusiones del primer capítulo.....	46

CAPÍTULO 2: ASPECTOS CRÍTICOS DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA..... 47

2.1	El ámbito de la voluntad en el fideicomiso Civil y sus restricciones existentes. 47	
2.1.1.	Fideicomiso constituido por causa de muerte.	48
2.1.2.	Limitación al fideicomiso civil constituido por acto entre vivos.	50
2.1.3.	Limitaciones a los fideicomisos civiles en general.	51
2.1.3.1.	Prohibición de constituir fideicomisos sucesivos.....	51
2.1.3.2.	La condición resolutive dispuesta por el constituyente al fiduciario no puede tardar más de 15 años en cumplirse.	53

2.2	El encargo fiduciario y el fideicomiso civil.....	55
2.2.1.	Semejanzas entre el encargo fiduciario y el fideicomiso civil.	56
2.2.2.	Diferencias entre el encargo fiduciario y el fideicomiso civil.	56
2.2.3.	¿Pueden coexistir propiedad fiduciaria y encargo fiduciario sobre un mismo bien?.....	57
2.3	El fideicomiso civil y el fideicomiso civil.	59
2.3.1.	Diferencia entre el fideicomiso civil y el fideicomiso mercantil.	60
2.4	Es posible la existencia de condiciones modales en el fideicomiso civil.	61
2.4.1.	Semejanzas y diferencias entre el fideicomiso civil y las transferencias de dominio sujetas a modo.....	64
2.5	La inembargabilidad de los bienes bajo Propiedad Fiduciaria.	65
2.5.1.	Teoría de la separación de patrimonios.....	66
2.5.2.	Efectos de la teoría de los patrimonios separados.....	68
2.6	Los efectos de la transferencia de dominio de los bienes al fiduciario.....	71
2.6.1.	El nacimiento de la propiedad fiduciaria.....	71
2.6.2.	Efectuada la transferencia de dominio los bienes objeto del fideicomiso estos adquieren la calidad de inembargables.	72
2.6.3.	El nacimiento de la expectativa del fideicomisario.....	73
2.6.4.	El pago de las expensas de la propiedad fiduciaria por parte del fiduciario.	74
2.6.4.1.	Expensas necesarias ordinarias de conservación y cultivo.....	75
2.6.4.2.	Expensas necesarias extraordinarias.....	76
2.6.4.3.	Expensas útiles y voluptuarias.....	77
	Conclusiones al segundo capítulo.....	78

CAPÍTULO 3. EL ALCANCE DE LA ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE LOS BIENES OBJETO DEL FIDEICOMISO..... 80

3.1.	Que cosas pueden estar sometidas a la Propiedad Fiduciaria.	80
3.1.1.	Objeto del fideicomiso universal.	80
3.1.2.	Objeto del fideicomiso singular.	81
3.2.	¿Qué se entiende por disposición de la propiedad fiduciaria?.....	82
3.2.1.	Los estados de la facultad de disposición en el fideicomiso.	83
3.2.1.1.	La facultad de disposición de la propiedad fiduciaria limitada por la condición resolutoria de este derecho.....	83
3.2.1.2.	Excepción a la regla: facultad de disposición plena de la propiedad fiduciaria.....	87
3.2.2.	La enajenación de la propiedad fiduciaria.....	88

3.2.2.1. Condición de no enajenar la propiedad fiduciaria.....	90
3.2.3. De los gravámenes impuestos por el fiduciario al fideicomiso.....	90
3.2.3.1. Forma en la cual se debe constituir un gravamen sobre la propiedad fiduciaria.....	91
3.3. Que se entiende por administración de un fideicomiso.	92
3.3.1. La naturaleza de las obligaciones del fiduciario emanadas de la libre administración de los bienes.	95
3.3.1.1. Las obligaciones son de medio y no de resultado.	95
3.3.1.2. La obligación de conservar los bienes objeto del Fideicomiso.	97
3.4. La responsabilidad civil del fiduciario emanada de la facultad de administrar... ..	99
3.4.1. Breve noción de responsabilidad civil.....	99
3.4.1.1. El fundamento de la responsabilidad civil.....	100
3.4.1.2. Los elementos de la responsabilidad civil.	101
3.4.2. La naturaleza de la responsabilidad civil del fiduciario.	102
3.4.3. De culpabilidad del fiduciario.	103
3.4.3.1. Que entendemos por culpa.	103
3.4.3.2. Tipos de culpa.....	104
3.4.3.3. Del estándar de culpabilidad del fiduciario.	106
Conclusiones al tercer capítulo.	107

CAPÍTULO 4. POSIBLES APLICACIONES PRÁCTICAS DEL FIDEICOMISO CIVIL EN LA ACTUALIDAD.

4.1. Fideicomiso civil de garantía.....	109
4.2. Fideicomiso civil de conservación.....	112
4.3. Fideicomisos civiles con fines ambientales.	113
4.4. Fideicomisos civiles con fines de interés sociales.	114
4.5. Ejemplo de instrumentación.	115
Conclusiones del cuarto capítulo.	120

CONCLUSIONES GENERALES DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN:

Bibliografía.....	124
-------------------	-----

Introducción:

Los bienes, en nuestra sociedad actual, instituyen uno de los elementos trascendentales de la vida de las personas. Su importancia es tal, que podríamos decir que constituye uno de los objetos más frecuentes, tanto de estudio como de regulación por parte de las Ciencias Jurídicas. No nos aventuramos a manifestar que, dentro del extenso campo del Derecho Civil, los bienes adquieren un papel protagónico y sirve de fundamento para la creación de diversas instituciones de naturaleza civil.

En este contexto, el Derecho a la Propiedad Privada constituye un fundamento de las sociedades modernas, por lo que siempre es y ha sido objeto de regulación por parte del legislador; prescribiendo en la norma, las instituciones, usos y conductas frecuentes que los ciudadanos, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, expresaban en los negocios jurídicos que surgían como necesarios en sus relaciones con otras personas.

Dentro de estos, podemos encontrar un negocio jurídico donde la confianza se convierte en la piedra angular de su naturaleza. Claro está, que al ser la autonomía de la voluntad un pilar fundamental del Derecho Civil, esta se encuentra presente en todos los negocios jurídicos, pero dentro de los contratos “intuitu personae” adquiere un grado superior respecto a otros tipos de negocios jurídicos, teniendo su expresión máxima en lo que los antecedentes históricos se ha llamado “fideicomisos”, entre los que se relaciona el fideicomiso civil (objeto del presente estudio), el fideicomiso mercantil y los encargos fiduciarios.

Al hablar de fideicomisos, nos encontramos con una particularidad; los negocios de confianza de una u otra manera, se han manifestado en distintas sociedades y ordenamientos jurídicos, en el Derecho Romano se manifiesta mediante la “Fiducia”, de igual manera en el Derecho Germánico con el “*manusfidei*” y en el Derecho Anglosajón con la llamada hasta la actualidad “Trust”. Sin embargo, debemos estar claros que la fiducia romana es la raíz de la propiedad fiduciaria civil y las demás formas en las que hoy se expresan los negocios fiduciarios.

En el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano se encuentra regulada la denominada “Propiedad Fiduciaria” en Segundo Libro del Código Civil, título VIII “De las

limitaciones al Dominio, y primeramente de la Propiedad Fiduciaria”. Dentro del presente trabajo de investigación, describiremos primeramente los antecedentes del fideicomiso en general, así como el análisis y descripción de la naturaleza jurídica del Fideicomiso Civil, en particular; sin perder de vista que, si bien tienen el mismo origen histórico, en nuestra legislación hay muy poca relación entre el fideicomiso civil con el mercantil. En la misma forma, contendrá, sus elementos y características propias. Posteriormente, se analizarán aspectos críticos del fideicomiso civil dentro de la legislación ecuatoriana; para posteriormente realizar un estudio de los aspectos críticos de la figura, que puedan resultar poco atractivo en su aplicación práctica. Se realizará también, un análisis del aspecto operativo del fideicomiso civil, determinando los límites de la disposición y administración de la propiedad fiduciaria; así como, la responsabilidad emanada de estas facultades. Para finalizar se describirán formas de aplicación práctica del fideicomiso civil en nuestra legislación, acompañado de un ejemplo de instrumentación, para de esta manera fomentar el uso de este Negocio Jurídico en la tradición jurídica de los abogados.

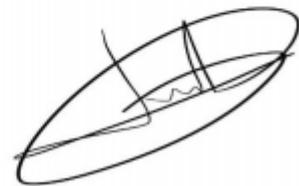
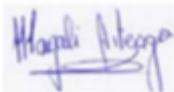
Resumen.

El presente trabajo de investigación contendrá en un inicio la identificación de los antecedentes del fideicomiso, su estructura básica, naturaleza jurídica y elementos diferenciadores de la figura; posteriormente analizaremos los aspectos críticos de la misma, para encontrar los motivos por los cuales la figura del fideicomiso civil es poco utilizada; se realizará también, un análisis del aspecto operativo del fideicomiso civil, determinando los límites de la disposición y administración de la propiedad fiduciaria; así como, la responsabilidad emanada de estas facultades. Para finalizar se describirán formas de aplicación práctica del fideicomiso civil en nuestra legislación, acompañado de un ejemplo de instrumentación.

ABSTRACT

This research consists of a background identification in the trust fund as a starting point, its basic structure, legal nature, and the differentiation elements of its figure. Then, its critical components were analyzed to find the reasons why the trust fund is not used at its most. Later, an analysis of the operative aspect of the civil trust was also covered, determining the limits of the provision and the administration in the properties of the trust as well as, the responsibilities of these faculties. Finally, the practice application forms of the civil trust in our legislation, as well as one example of instrumentation.

Translated by



Andrés Rodas E

CAPÍTULO I ANÁLISIS DE LA FIGURA DEL FIDEICOMISO CIVIL.

1.1. Concepto de fideicomiso

Debemos empezar manifestando, que no encontraremos un concepto de Fideicomiso en la legislación Civil ecuatoriana, ya que el mismo solo regula los efectos jurídicos de la propiedad fiduciaria como una limitación del dominio. Para lo que será necesario, remitirnos a los conceptos que nos ofrecen los autores mediante la doctrina.

Primero es necesario entender el origen etimológico de la palabra “FIDEICOMISO”; ya que, de su estructura gramatical, encontraremos impregnados sus rasgos más diferenciadores. La palabra fideicomiso (Cabanellas, 1993), encuentra su origen etimológico en la raíz latina “*fideicommissum*”; la misma que se encuentra estructurada por el vocablo latín “*fides*” que evoca fe o confianza; y “*commissus*” que a su vez deriva de la raíz latina “*commitere*” que significa encargar o encomendar el desempeño o ejecución de algún servicio o cosa, en definitiva, un encargo. Del origen etimológico de la palabra podemos concluir a breves rasgos, que el fideicomiso es un negocio jurídico del cual se origina un encargo de confianza de una persona a otra.

Al remitirnos a la doctrina, existen dos definiciones clásicas del fideicomiso enunciadas por Jorge Mosset (1975) la primera de Regelsberger que manifestaba que el negocio fiduciario es “un negocio seriamente querido, cuya característica consiste en la incongruencia o heterogeneidad entre el fin contemplado por las partes y el medio jurídico empleado para lograrlo” (Mosset, 1975, pág. 17). Concepto que parte de una raíz romanista, que establece a la simulación como uno de los orígenes del fideicomiso, debido a que el fideicomiso es un negocio jurídico complejo. Es decir, es un negocio jurídico que se perfecciona en dos etapas, una primera referente a una transferencia de dominio y segundo al cumplimiento de una condición que tiene como efecto la restitución. Lo mencionado a primeros rasgos podría ser contradictorio a las características propias del

dominio, debido a esto, las “*fiducias*” del Derecho Romano eran en un inicio considerados contratos simulados.

El segundo concepto nos vendría por parte de Grasseti el cual entendía por fideicomiso como “una manifestación de voluntad con la cual se atribuye a otro una titularidad de derecho en nombre propio, o también en interés del transferente o de un tercero. La atribución al adquirente es plena, pero éste asume un vínculo obligatorio en orden al destino o empleo de los bienes de la entidad patrimonial” (Mosset, 1975, pág. 17). Este concepto es el que más se acomoda a la figura del fideicomiso civil que encontramos en la legislación civil ecuatoriana.

Una vez revisado el significado etimológico del fideicomiso podemos extraer unos primeros elementos característicos, como podría ser la “*transferencia*”, “*encargo*”, “*confianza*”, “*condición*”. Partiendo de esto, podríamos construir un concepto de Fideicomiso que pueda orientarnos de manera general al espíritu de la figura, por lo tanto, entenderíamos al fideicomiso como la manifestación de la voluntad de las partes que constituye un derecho de dominio resoluble, proveniente de un negocio jurídico “*intuitu personae*”, donde su obligación principal y característica se encuentra enmarcada en la forma de un encargo de absoluta confianza de una persona a otra, reflejado en la transferencia de dominio de los bienes que serán necesarios para el cumplimiento del encargo; por lo que el dominio sobre estos bienes se encuentra sujeto a una condición resolutoria, que de cumplirse se convierte en exigible una obligación de restituir las cosas bajo esta propiedad.

1.1.1. El concepto de fideicomiso civil.

En líneas anteriores hemos manifestado una noción general de la figura del fideicomiso, pero es necesario para el presente trabajo de investigación, conocer las particularidades propias del fideicomiso de naturaleza civil.

Si nos remitimos al Código Civil ecuatoriano, el segundo inciso del Artículo 748 que manifiesta “La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso” (Código Civil, 2019), estableciendo que el origen de la propiedad fiduciaria se encuentra en el fideicomiso. Pero como se manifestó en líneas anteriores, no encontramos un concepto de fideicomiso en el Código Civil, sino únicamente la regulación de los efectos que produce, bajo la denominación de propiedad fiduciaria, de la cual si encontramos una definición legal en el mismo artículo antes mencionado que prescribe “Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición.” (Código Civil, 2019). El fideicomiso civil en la legislación ecuatoriana implica necesariamente una transferencia de dominio, pero no quiere decir que la propiedad fiduciaria o fideicomiso civil constituye un título traslativo de dominio¹. Creemos que la forma en la cual se encuentra regulado esta figura en nuestra legislación, responde a su antecedente en el derecho romano, respetado de manera íntegra por Andrés Bello, que deja a la autonomía de la voluntad de los ciudadanos, para que instrumenten este tipo de negocios jurídicos de acuerdo a sus necesidades reales.

Partiendo de lo antes mencionado, nos preguntamos entonces que es el fideicomiso civil. Para resolver esta pregunta creemos que es más fácil mencionar que no es un fideicomiso civil. Partiendo de esto podemos manifestar que el fideicomiso civil, a contrario del fideicomiso mercantil², no constituye un patrimonio autónomo; de igual forma, es necesario aclarar que el fideicomiso civil no constituye un título traslativo de dominio; tampoco podemos hablar de un derecho fiduciario³ al referirnos a esta figura; de igual forma, no estamos frente a una cosa. Aclarado esto, Luis Claro Solar al hablar del fideicomiso civil menciona “el fideicomiso es una manifestación de voluntad del hombre únicamente” (Claro Solar, 2013, pág. 30). En concordancia con lo manifestado por el tratadista, el fideicomiso no es más que un acto jurídico que expresa una voluntad

¹ Lo que lo diferencia del fideicomiso mercantil que constituye un título traslativo de dominio de los bienes que se entregan al patrimonio autónomo.

² El concepto legal del fideicomiso mercantil, lo encontramos en el inciso primero del artículo 109 que dispone “Del contrato de fideicomiso mercantil.- Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.”

³ Como un derecho en relación a un patrimonio y exigible al Fiduciario.

tendiente a trasferir el dominio de un bien bajo una condición resolutoria que de cumplirse, el dominio se restituye a otra persona.

1.1.2. ¿Qué se entiende por “propiedad fiduciaria”?

Al revisar la estructura y orden del Código Civil ecuatoriano, encontramos a los fideicomisos dentro del libro II “De los Bienes y de su dominio, posesión, uso, goce y limitaciones”, título octavo “De las limitaciones del dominio, y primeramente de la propiedad fiduciaria”. Esta ubicación del fideicomiso para cierta parte de la doctrina, ha sido merecedor de múltiples críticas.

Para entender las críticas planteadas a la ubicación del fideicomiso civil en el Código de Andrés Bello, debemos partir del hecho manifestado en líneas anteriores de que el fideicomiso civil comprende un acto jurídico tendiente a producir obligaciones. Partiendo de este hecho, existen autores que consideran que al tratarse de un acto jurídico que produce obligaciones, lo más propio es que este se encuentre ubicado en el Libro IV titulado “De las Obligaciones en General y de los Contratos”, respecto a esto el tratadista Fabricio Chacón que expresan lo siguiente:

Los fideicomisos, que son actos y no cosas, se dice, deben ser tratados en el libro III de los actos de voluntad y no en el libro II, de las cosas. Además, los fideicomisos, que fueron en su origen, y han continuado siendo en la generalidad de los casos, encargos de confianza de los que van a morir para que sean cumplidos después de su muerte, se agrupan naturalmente bajo el orden de principios de la sucesión, y tienen su adecuada colocación en el libro III y no en el libro II de nuestro Código. Por último, los fideicomisos no son sino una rama de las substituciones, y éstas pertenecen al tratado de las sucesiones. (Chacón, 1881, pág. 207)

El criterio expuesto por el autor es plenamente válido, en efecto el fideicomiso es un acto que produce obligaciones y podría sin ningún problema estar ubicado en el Libro IV de nuestro Código Civil. Si bien no existiría problema en ubicarlo en el Libro IV, creemos

que por la forma en la cual se encuentra regulado esta figura por parte de Andrés Bello, lo correcto es que se encuentre en el Libro II relacionado a los bienes.

Recordemos que el Código Civil ecuatoriano más allá de regular y tipificar un contrato o acto jurídico llamado fideicomiso, nos describe mediante la norma un derecho real llamado propiedad fiduciaria, por lo que es correcta su ubicación en el Libro II, aún más en su título octavo “De las limitaciones del dominio, y primeramente de la propiedad fiduciaria” ya que hablamos de un derecho real de dominio que se encuentra limitado por una condición resolutoria. Respecto a esto, Luis Claro Solar menciona:

Esta crítica no nos parece fundada. El código considera el fideicomiso como una forma especial en que se presenta la propiedad, un estado jurídico de ésta que tiene ciertas analogías con el usufructo en cuanto al goce de la cosa en que está radicada y que por constituir como éste una limitación del dominio era natural considerar al tratar de la propiedad y de los derechos reales, aunque provenga generalmente de una disposición de última voluntad del constituyente. (Claro Solar, 2013, pág. 27).

Teniendo en cuenta lo antes manifestado, podemos realmente comprender que debemos entender por propiedad fiduciaria. Propiedad fiduciaria no es lo mismo que fideicomiso, podríamos decir que el fideicomiso es el acto que produce la creación de este derecho de dominio imperfecto llamado propiedad fiduciaria. Este estado especial de la propiedad, como lo denomino Claro Solar, constituye una limitación al dominio, ya que no se cumple con una de las características propias del derecho real de dominio que es la perpetuidad. Esta limitación tiene su razón de ser en una condición de carácter resolutorio que de cumplirse deberá pasar este derecho a otra persona.

Dicho esto, la propiedad fiduciaria contempla un derecho real de dominio limitado por una clausula resolutoria, por esto Andrés Bello ha considerado a la propiedad fiduciaria como una limitación al dominio. Si bien la propiedad fiduciaria puede ser catalogada como una limitación al dominio, lo propio es entenderla como un derecho real. Debemos entender a propiedad fiduciaria, como un derecho de dominio que no cumple con el requisito de la perpetuidad y no adquiere la calidad de propiedad plena, por lo que

ha sido catalogado por varios autores como un dominio imperfecto. Pero no deja de ser dominio, pues quien adquiere una cosa en propiedad fiduciaria se convierte en dueño de la cosa, operando una verdadera transferencia de dominio.

1.2. Antecedente histórico de la propiedad fiduciaria:

La figura de la propiedad fiduciaria encuentra sus raíces en el derecho romano y difiere en ciertos aspectos, con los fideicomisos mercantiles o “trust” en cuanto a su origen. El fideicomiso civil (Claro Solar, 2013) encuentra su similitud con las substituciones testamentarias presentadas en el derecho romano que posteriormente son fundamento de la creación de la institución de los mayorazgos presentados en sociedades medievales europeas.

1.2.1. Origen en el Derecho Romano.

Debemos empezar manifestando, que los fideicomisos en su origen no eran reconocidos por la ley, ni los pretores de Roma, pero los mismos fueron conocidos desde los primeros tiempos del Derecho Romano, como disposiciones de última voluntad (Claro Solar, 2013). Al ser reconocidos como disposiciones de última voluntad, adquirirían un carácter religioso y filosófico propios de las instituciones testamentarias en el Derecho Romano. Cicerón consideraba a los testamentos como una prueba de inmortalidad, de la vida después de la muerte (Terrazas Ponce, 1998). Es decir, el “*de cuius*” se immortalizaba a través de sus disposiciones de última voluntad, por lo que sus herederos eran considerados continuadores de la personalidad del causante. Los fideicomisos al ser considerados disposiciones de última voluntad eran cumplidos por los herederos para honrar la voluntad de su antecesor, respecto a esto D’Aguesseau menciona “Como el pudor, la buena fe, la equidad natural habían sido solo su fundamento, formaban también los únicos lasos que obligaban al heredero a ejecutarlas; y si traicionaba las últimas voluntades del testador, se deshonoraba sin perder la herencia” (D’Aguesseau, 1819, pág. 576).

En palabras de Terrazas Ponce (1998) el fideicomiso encuentra su primer antecedente en los *mancipatio familiae* que fueron trasladados del campo de lo privado hacia el campo testamentario, teniendo como objetivo reproducir los efectos prácticos del testamento. Respecto a esto el autor menciona “A las formas antiguas de testar sobreviene la *mancipatio familiae*, surgida, casi seguramente, como una forma de imprimir al testamento un contenido absolutamente patrimonial y borrar así el carácter público y religioso de él.” (Terrazas Ponce, 1998, pág. 942). En efecto, el objetivo primigenio que dio como origen espontáneo de lo que hoy conocemos como fideicomiso, fue desvestir del carácter religioso y excesivamente solemne que tenían la sucesión testamentaria en el Derecho Romano.

A mi criterio el *mancipatio familiae*, si bien comparte el objetivo primigenio del fideicomiso, no constituye uno como tal un fideicomiso como lo comprendemos, no deja de ser un *mancipatio* desde un punto de vista formal y propiamente hablamos de una transferencia de dominio, a una persona de entera confianza. Terrazas Ponce describe de forma magistral el acto jurídico del *mancipatio familiae* de la siguiente manera “Cuando alguien se sentía próximo a la muerte y quería disponer de sus bienes, hacía una *mancipatio familiae* con un amigo, al que rogaba ejecutara su última voluntad en cuanto a la distribución del patrimonio.” (Terrazas Ponce, 1998, pág. 945). De esta manera, el causante podía disponer libremente de sus bienes evitando el reducido marco en el cual el testamento se encontraba concebido en el Derecho Romano, pero creemos que esta figura si bien tiene sus similitudes con el fideicomiso, es más próxima a la figura del albacea testamentario que hoy conocemos.

Es necesario manifestar, que el fideicomiso como lo concebimos en el área civil, seguía siendo una figura que no se encontraba reconocida por el formalista Derecho Romano, por lo que no podía ser exigida judicialmente por el beneficiario. Respecto a esto el maestro Claro Solar manifiesta:

Como no entraba en el espíritu formalista de los Romanos acatar las últimas voluntades del hombre que no se manifestaron por una orden positiva, tuvieron largo tiempo por no obligatorias disposiciones que se expresaban por la tímida

fórmula de un ruego o de un deseo, y en el hecho los fideicomisos eran nulos o ineficaces. (Claro Solar, 2013, pág. 16)

El Derecho Romano tuvo que esperar hasta la llegada del Augustos para que los fideicomisos sean reconocidos en cuanto a su exigibilidad. Es Augustos (Solar, 1979) partiendo de un sustento moral y también presionado por aspectos de índole personal, hizo ejecutar ciertos fideicomisos que a su consideración debían ser protegidos, de tal forma que viendo el beneficio de esta institución y la gran acogida que tuvo en la sociedad romana designo un pretor especial encargado de ejecutar los fideicomisos, estos pretores eran llamados *praetor fideicommissarius*.

El autor clásico Declareui (1907) plantea dos teorías que sustentan el origen del fideicomiso:

- i) Que el causante disponga de un bien a través de una disposición de última voluntad en favor de una persona incapaz de recibirla.

Respeto a esto recordemos que Ulpiano en su Digesto (Schulz, 1926) mencionaba que únicamente podían ser herederos aquellos que gozaban de la *testamentifactio*, es decir de la capacidad de ser instituido como heredero y se exigía sobretodo que el instituido sea *certa personae* es decir una persona cierta, determinable y sobretodo *civis*. Esta situación fue expresada en un aforismo enunciado por Ulpiano “*qui testamentifactionem cum testatore habeni*” (Ibáñez de Gayaro, 2007). En definitiva, la capacidad de testar en el Derecho Romano era muy restringida y muy pocas personas podían ser constituidos como herederos o recibir por causa de muerte alguna cosa del patrimonio del causante, respecto a esto Claro Solar manifestar:

Las instituciones fiduciarias fueron conocidas entre los Romanos desde los primeros tiempos como una forma de las disposiciones de última voluntad, y en la práctica no tardaron en multiplicarse, pues no habiéndose concedido sino de una manera muy restringida la facultad de recibir por testamento, sucedía muy a menudo que un padre de familia que quería gratificar a personas que la ley no admitía que les dejara cosa alguna, por ejemplo, a los extranjeros, a los deportados, los proscritos y los célibes, disponía en favor de una persona capaz y se dirigía a su delicadeza y buena fe, rogándole que ejecutara ella misma una voluntad que la ley no habría tomado en cuenta. (Claro Solar, 2013, pág. 16)

Dicho esto, existía una imposibilidad de instituir como heredero o legatario a ciertas personas como los peregrinos, incapaces naturales, a los deportados o los célibes. Respecto a esto Terrazas Ponce menciona “Entonces, el fideicomiso habría nacido para evitar los problemas de carencia de *testamentifactio* pasiva en el beneficiario, ya que siendo una institución ajena al *ius civile* no está sujeta a sus limitaciones y exigencias.” (Terrazas Ponce, 1998).

ii) Eludir las formalidades que exigían ciertos negocios jurídicos del *UIS CIVILE*.

Otra de las finalidades que sustenta el origen del fideicomiso (Terrazas Ponce, 1998) es evadir el excesivo formalismo que rodeaban a las instituciones del *UIS CIVILE* como el testamento, la *mancipatio* o la *stipulatio*. De esta forma, nace el fideicomiso como un negocio jurídico ajeno al *UIS CIVILE*, creemos que los motivos expresados en la primera teoría, se complementan para dar nacimiento a esta figura que tiene como columna vertebral la confianza en un tercero que ejecuta una orden o ruego y de esta forma le elude la formalidad del acto, como ciertas prohibiciones producto de las categorías de personas y nociones sobre la capacidad que existían en aquella época.

Hasta el día de hoy se concibe al fideicomiso como una figura alejada de las formalidades impuestas por el derecho sucesorio, que se fundamenta en la confianza de un tercero que adquiere un derecho de propiedad sobre la cosa limitado por una condición. Terrazas Ponce manifiesta “El fideicomiso habría surgido como una reacción a la rigidez formal del *Ius Civile*: aparece como una institución paralela, desligada completamente de las formalidades.” (Terrazas Ponce, 1998, pág. 946).

Una vez expresadas las teorías, es necesario volver a resaltar que las mismas a mi criterio se complementan. El fideicomiso nace como una respuesta al excesivo formalismo y rituales que rodeaban las instituciones del Derecho Romano, expresando una necesidad de una sociedad de tal complejidad como llegó a ser la romana y que exigía un sistema jurídico más dinámico. Del origen en el derecho romano de la figura podemos denotar sus rasgos característicos y empezar a poder comprender la naturaleza

jurídica de una figura basada en la confianza, y que comprende siempre la transferencia de dominio de una cosa a una persona que no será el beneficiario de la misma pues no goza de un derecho perpetuo, ya que en cierto momento deberá ejecutar una orden de restituir este derecho, al verdadero beneficiario querido por el constituyente.

1.3. La naturaleza jurídica del fideicomiso.

Siempre al realizar un estudio de una figura jurídica, debemos tener como punto de partida la naturaleza jurídica de la misma. La naturaleza jurídica nos servirá para realizar una correcta interpretación de los elementos característicos de la figura y entender de mejor manera el espíritu de las normas que deberán ser analizadas en este trabajo. Al hablar de la naturaleza jurídica del fideicomiso existen numerosas teorías que tratan de explicarla, estas han sido formuladas por distintos autores de acuerdo a como se ha presentado los fideicomisos en distintas legislaciones del mundo. Dentro de estas teorías he tenido a bien, considerar como relevantes las siguientes.

1.3.1. Teoría del Mandato:

Esta teoría trata de explicar que la naturaleza jurídica del fideicomiso es la de un mandato irrevocable (Avedaño, 1996), debido a que existe una transferencia o transmisión de bienes al fiduciario, para que este disponga de ellos en favor de un tercero llamado beneficiario (lo que para algunos puede apreciarse, en alguna forma, en el fideicomiso mercantil ecuatoriano). Debemos manifestar, que el fideicomiso tiene una naturaleza jurídica completamente diferente a la del mandato, recordemos que el mandato implica la ejecución de actos jurídicos a nombre de otro, los que son respaldados con el patrimonio del mandante (Avedaño, 1996). El fideicomiso implica una realidad completamente diferente, ya que en este caso el fiduciario se hace dueño de la cosa y actúa en nombre propio, pero obligando a los bienes que se encuentran bajo la propiedad fiduciaria (Claro Solar, 2013). Debido a esto, creemos que esta teoría no debe ser

aceptada, ya que asimila al fideicomiso a una figura con la que su única similitud radica en la confianza, pero que tiene muchísimas diferencias sustanciales.

Respecto a esta teoría, que fue planteada por el autor panameño Ricardo J. Alfaro, el autor Sergio Rodríguez Azuero menciona:

...se ha criticado ... (teoría del mandato) no sólo por la aparente inconsistencia entre la irrevocabilidad y el mandato como contrato de naturaleza revocable, sino porque también, en principio, el mandatario obra en nombre y representación de su mandante y aun cuando no tenga esta última, los negocios jurídicos que celebra están destinados a radicarse en cabeza de su comitente. Nada de esto ocurre dentro de la estructura contemporánea del fideicomiso, en la cual el fiduciario actúa como propietario de los bienes frente a terceros, celebrando los negocios en su nombre o en el del fideicomiso, si se quiere, pero no en el del constituyente ni en su beneficio, aunque enderece su actividad a la consecución de una determinada finalidad. (Rodríguez Azuero, *Negocios Fiduciarios*, 2005, pág. 629)

En definitiva, el mandato y el fideicomiso, si bien parten de un mismo origen que es la *FIDES* o confianza, son figuras completamente diferentes que tienen objetivos completamente diferentes dentro del mundo jurídico, de igual forma la hablar de un mandato irrevocable estamos desnaturalizando la figura del mandato.

1.3.2. Teoría del patrimonio de afectación:

Esta teoría que trata de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso como un patrimonio de afectación fue propuesta por el jurista francés Pierre Lepaulle, esta teoría probablemente sea una de las que más ha tomado fuerza a la hora de explicar la naturaleza del fideicomiso, sobre todo a servido de punto de partida para el desarrollo y perfeccionamiento de los *trust* o fideicomisos mercantiles de acuerdo a nuestra legislación.

Esta teoría concibe la naturaleza de un fideicomiso como un patrimonio autónomo, que se encuentra afectado para el cumplimiento de un fin determinado, pero esta teoría ha tenido una crítica principal desde varios sectores de la doctrina, ya que no podría en primera instancia existir un patrimonio sin un titular (Avedaño, 1996). Refiriéndose a esta situación el doctrinario Eduardo García Maynez citado por José Villagordoa en su obra “*doctrina general del fideicomiso*” menciona:

Todo derecho es, *a fortiori*, facultad de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado. Hablar de derechos sin titular es contradecirse. La noción de deber encuéntrase ligada inseparablemente del concepto de persona; entre ellos hay una relación del mismo tipo que la que existe entre las ideas de sustancia y atributo. (Villagordoa, 1982, pág. 96)

Es decir, el fideicomiso implicaría la creación de un patrimonio que podría subsistir por sí mismo sin un titular, desafiando la noción del patrimonio como atributo de la personalidad ya que el mismo contiene derechos y obligaciones de la persona que es titular del mismo. Respecto a esta teoría debemos manifestar que, si bien esta nos sirve para explicar la naturaleza jurídica de los fideicomisos mercantiles, no lo es para explicar la naturaleza de los fideicomisos de carácter civil los cuales son objetos de este trabajo.

1.3.3. Teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad:

Esta teoría expresa que el fideicomiso encuentra su naturaleza en un derecho de propiedad desdoblado en dos titulares, el fiduciario sería el titular de la propiedad jurídica y el fideicomisario de la propiedad económica (Avedaño, 1996). Respecto a estos dos derechos mencionados, ya sea la propiedad jurídica como la propiedad económica, el autor Lizardi Albarrán menciona:

...uno de estos derechos, el del fiduciario, se caracteriza, si no de manera absoluta, cuando menos en su tendencia general, por la facultad de disposición, y es por esto que el mismo fiduciario queda frente a terceros ostentándose como propietario; ya que dicha facultad es atributo esencial del derecho de propiedad... El segundo derecho es el del fideicomisario que, a diferencia de el del fiduciario,

se caracteriza por tener fundamentalmente un contenido económico, válido erga omnes. Este derecho está intrínsecamente ligado al fin de la operación y tiende a confundirse con él, por representar dicho fin, en una forma o en otra, un beneficio económico para el fideicomisario... (Villagordoa, 1982, pág. 101).

Respecto a esta teoría debemos manifestar que la misma empresa que existen dos derechos que rodean a la propiedad mientras existe un fideicomiso. Según lo manifestado por Avedaño (1996) no podría existir en la propiedad civil dos propietarios sobre un mismo bien, esto se presenta únicamente en la copropiedad, es impensable la existencia de un propietario económico y otro jurídico. Creemos que esta teoría confunde propiedad civil con propiedad fiduciaria, ya que la propiedad fiduciaria como lo hemos visto en líneas anteriores no cumple con el requisito de la perpetuidad, la propiedad se manifiesta de esta forma únicamente cuando la misma está afectada con una condición y no otorga un valor económico a propietario fiduciario.

Estudiadas las principales teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, nos damos cuenta que no encontramos aquella que nos ayude a explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso civil (más, pueden servir para entender al fideicomiso mercantil). Dicho esto, debemos manifestar que el fideicomiso civil no es más que un acto jurídico que encuentra su sustento en la confianza, y que tiene como consecuencia la creación de un derecho llamado propiedad fiduciaria.

1.3.4. La naturaleza jurídica de la propiedad fiduciaria

Al hablar de la propiedad fiduciaria, somos partidarios del conjunto de autores que consideran que la misma, no constituye una nueva categoría en los Derechos reales (que son taxativos en la norma); sino se debería considerar como una subespecie del derecho de Dominio, un tipo de dominio imperfecto en palabras de Farina (2005), afectado por un encargo o fin determinado en el fideicomiso, que establece un plazo o condición resolutive de este derecho real. Frente a esto Jorge Hugo Lasca en su obra “Práctica del Fideicomiso” manifiesta:

Se lo puede definir, entonces, como un derecho de dominio ejercido a través de un fideicomiso de origen contractual o testamentario que lo crea, y reconoce como causa que habilita su ejercicio un pacto de fiducia originario, modalizada la vigencia en su titularidad por un plazo o condición que la resuelve (Lascala, 2005, pág. 207).

En la misma forma, se debe sostener que una característica esencial de los Derechos reales es en efecto su taxatividad, lo que limita su número a únicamente aquellos derechos a los cuales la ley les ha conferido la categoría de Derechos reales, lo que no sucede en el caso de la propiedad fiduciaria. En definitiva, en palabras del maestro Fernando Rosas Vial (2004) nos encontramos frente a un derecho de dominio sujeto a una condición resolutive.

Nuestro Código Civil de manera acertada, ubica a la propiedad fiduciaria dentro de las limitaciones del dominio, respetando la naturaleza jurídica de la institución. Recordemos que si bien el propietario fiduciario, adquiere la propiedad de las cosas, este se encuentra en la obligación de administrarlo y resguardarlo en beneficio de un tercero, procurando los mejores esfuerzos, y no gozando de la perpetuidad propia del dominio. Al hablar de la naturaleza jurídica de la propiedad fiduciaria el autor Gilberto Adame expresa:

El fideicomiso es un acto jurídico por virtud del cual una de las partes, el fideicomitente, transmite la propiedad de un conjunto de bienes a otra de las partes, el fiduciario, a fin de que este lo destine a la consecución de un fin lícito determinado, que le es señalado por el propio fideicomitente. (Adame, 2000, pág. 113)

Dicho esto, el acto que constituye la propiedad fiduciaria es el fideicomiso. Al hablar de fideicomisos civiles, únicamente nos estamos refiriendo a un acto jurídico, Claro Solar realiza una definición magistral al definirlos expresando que "...el fideicomiso es una manifestación de voluntad del hombre únicamente." (Claro Solar, 2013). Dicho esto debemos manifestar que el fideicomiso civil no constituye título traslativo de dominio (Claro Solar, 2013), ni mucho menos constituye un negocio jurídico fiduciario (Avedaño, 1996), peor aún un patrimonio autónomo (Villagordoa, 1982). El fideicomiso es únicamente una forma en la cual se manifiesta la voluntad del hombre que tiene como

consecuencia la creación de un derecho de dominio imperfecto llamado propiedad fiduciaria.

1.3.5. La Confianza:

Si bien el fideicomiso de carácter civil, difiere de los *trust* o fideicomisos mercantiles, esto no significa que el fideicomiso civil deje de ser un fideicomiso en sentido estricto, por lo que la confianza juega aun roll protagónico en este acto jurídico. Según Cabanellas (1993) el significado etimológico de la figura, proviene del latín “FIDES” que significa fe, creencia, lealtad y de “COMISSUS” que quiere decir encargo o comisión. Es decir, podemos manifestar que la característica principal del negocio fiduciario es la confianza, respecto al tema Garrigues manifiesta:

“Todo el derecho de las obligaciones se apoya en la noción de confianza, por cuanto contratar es, precisamente, creer en la honorabilidad de la otra persona, y observa que no todos los contratos exigen el mismo grado de confianza, y que, así como esta es mínima en las compraventas al contado de cosas de escaso valor, aumenta considerablemente en los contratos *intuitu personae* que llega a su expresión máxima en los negocios fiduciarios, porque quien los celebra, obrando como fideicomitente, se la juega toda, a su confianza en el fiduciarios.” (Garrigues, 1977, pág. 112)

La confianza resulta ser un punto medular en la celebración de los fideicomisos, el constituyente deposita su confianza en el fiduciario hasta el punto de transferirle el dominio de un bien bajo su propiedad. Si bien la confianza se encuentra presente en todos actos y contratos, en el fideicomiso adquiere un papel protagónico, ya que se le confían determinados bienes a una persona quien se hace dueño de la misma, para que en el cumplimiento de una condición lo restituya a la persona indicada por el Constituyente.

1.3.6. Elementos de la naturaleza del fideicomiso.

De lo expuesto en el presente trabajo de investigación, podemos denotar siempre en los fideicomisos una transferencia de dominio (elemento real) y la existencia de un

titular de la propiedad fiduciaria que tendrá como obligación principal restituir el bien a un beneficiario querido por el constituyente (elemento personal).

1.3.6.1. Elemento Real:

Al hablar del elemento real, nos referimos propiamente a la transferencia de dominio que existe entre el constituyente y el beneficiario, este último se constituye dueño de la cosa *erga omnes*, pero su propiedad se encuentra limitado por una condición resolutoria de su derecho. Es necesario hacer referencia a lo manifestado por Barrera Graf que menciona que el fideicomiso es:

... un negocio especialmente traslativo, en el que, sin embargo, junto a la relación real de enajenación a favor del fiduciario, existe un vínculo obligatorio que se traduce en la obligación en que éste incurre de afectar el bien o el derecho objeto del fideicomiso, a la finalidad señalada por el fiduciante (fideicomitente) en el acto constitutivo... (Barrera Graf, 1958, pág. 344)

De esta forma, uno de los elementos indispensables del fideicomiso civil es en efecto la transferencia de dominio, el propietario fiduciario necesariamente deberá convertirse en el dueño de la cosa de conformidad con el artículo 748 del Código Civil, pero esta propiedad estará limitada por una condición que de cumplirse existe la obligación de restituir al beneficiario.

1.3.6.2. Elemento Personal:

El elemento personal del fideicomiso se refiere al conjunto de obligaciones que tiene el propietario fiduciario, que limitan su derecho de propiedad, entre las más importantes la restitución de la cosa bajo propiedad fiduciaria. Respecto a esto Lascala menciona:

La disposición y el manejo gerencial de tal patrimonio exige la presencia de una persona en calidad de titular, pero lo que importa al fin de la institución como elemento único y necesario, es presencia de una voluntad en el gestor o fiduciante

con miras a beneficiar a terceros que nada tienen que ver con el fiduciario o el titular relativo, que padece ab initio de limitaciones en su libre albedrío, impuestas por la propia naturaleza del instituto fideicomisorio (Lascala, 2005, pág. 198).

En definitiva, es la voluntad del constituyente la que limita la propiedad del fiduciario, y establece los lineamientos mediante los cuales el fiduciario deberá administrar las cosas bajo propiedad fiduciaria.

1.4. Las partes que intervienen en el Fideicomiso Civil

El maestro Luis Claro Solar (2013) expresa que en el fideicomiso civil intervienen tres tipos de personas el *constituyente*, el *fiduciario* y el *fideicomisario*.

1.4.1. El constituyente:

El constituyente es el propietario primigenio, es quien selecciona uno de los bienes que conforman su patrimonio y lo trasfiere a otra persona para que esta la administre mientras esté pendiente la condición. El maestro Fernando Rozas Vial define al constituyente como “es el que da la cosa a otra persona con el gravamen de entregarla a un tercero en el evento de cumplirse una condición” (Rozas Vial, 2004, pág. 273).

1.4.2. El fiduciario o propietario fiduciario:

El fiduciario es quien recibe la cosa del propietario primigenio, para que la administre mientras esté pendiente la condición, para en un futuro una vez la condición se haya cumplido la restituya al fideicomisario. Claro Solar define de manera magistral al fiduciario y su situación de la siguiente manera:

Mientras esté pendiente la condición, el fiduciario es verdadero y solo propietario del fideicomiso, y no existe otro derecho que el suyo. A diferencia del usufructo en que existen dos derechos separados y distintos, la nuda propiedad y el usufructo, en el fideicomiso no hay más que un solo derecho, la propiedad, que corresponde al fiduciario con el gravamen de restitución condicional y que en el evento de la condición corresponderá al fideicomisario; pero que si la condición falla se radica en el fiduciario, plena y absoluta. (Claro Solar, 2013, pág. 69)

El fiduciario se hace dueño de la cosa *erga omnes* y mientras esté pendiente la condición, este tendrá la libre administración del fideicomiso según lo establecido en el artículo 771 del Código Civil.

1.4.3. El fideicomisario o beneficiario:

El beneficiario es quien tiene la mera expectativa de recibir, una vez cumplida la condición, los bienes que comprenden el fideicomiso, es titular de un derecho bajo una condición suspensiva que de cumplirse el beneficiario adquiere la propiedad plena de dichos bienes. Rozas Vial lo define como “El fideicomisario es la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso. Es la persona que recibirá la propiedad si se cumple la condición” (Rozas Vial, 2004). En definitiva, el fideicomisario en el cual se consolida la propiedad plena una vez cumplida la condición.

1.5. Elementos del fideicomiso civil:

De la naturaleza jurídica del fideicomiso civil, no ha ayudado a identificar los elementos esenciales de este acto denominado fideicomiso civil. Dentro de estos elementos esenciales, que constituyen la columna vertebral de esta figura, podemos resaltar los siguientes:

- a) La condición.
- b) Las solemnidades aplicables al caso.

c) La transferencia de dominio.

1.5.1. La condición:

El artículo 748 del Código Civil dispone “Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición” (Código Civil, 2019). Una de las características propias del fideicomiso es que la restitución es eventual y no cierta, de este modo el fiduciario siempre tendrá la expectativa de reunir en su persona todas las facultades de dominio, consolidando su derecho de propiedad y reteniendo para sí la cosa de manera definitiva y sin limitación alguna. Esta situación se presentaría cuando la condición impuesta por el constituyente se considere fallida.

Al hablar de las obligaciones condicionales el Código Civil la define 1489 como “Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro e incierto” (Código Civil, 2019). Dicho esto, y partiendo del supuesto establecido en el artículo 748 mal podríamos hablar de plazo ya que el mismo constituye un día cierto y determinable (Valencia & Ortiz, 1998). Es necesario recordar que las condiciones pueden ser a su vez suspensivas y resolutorias de los derechos y obligaciones que condicionan, valga la redundancia. El Código Civil define a las condiciones suspensivas y resolutorias en su artículo 1495 de la siguiente forma “La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho.” (Código Civil, 2019). Al hablar del fideicomiso nos debemos preguntar ante qué tipo de condición estamos. La respuesta a esta pregunta variara respecto de cuál de los intervinientes se la realice, respecto a esto Claro Solar sostiene:

En el fideicomiso, la condición a que se subordina la restitución es resolutoria respecto del fiduciario cuyo dominio se resuelve en el momento de cumplirse; y es suspensiva respecto del fideicomisario, quien no adquiere el dominio mientras pende la condición (Claro Solar, 2013, pág. 32)

Para la correcta comprensión de los supuestos antes descritos, es necesario realizar un ejemplo práctico del mismo. La abogada Doménica A., quien puede disponer libremente de lo suyo, ha dedicado su vida al celibato y estudio del derecho, en su testamento dispone en favor de sus discípulas más cercanas, en una cláusula que expresa: *“dejo a mi alumna Cristina T. la oficina de mi propiedad ubicada en el piso 7 del edificio de la Cámara de Industrias ubicado en la ciudad de Cuenca, no obstante si mi otra alumna Camila R. cumple el sueño de su vida, de ser juez de la Corte Constitucional, se resolverá el dominio de Cristina sobre la oficina y ella se encontrará en la obligación de restituir la propiedad de la misma a Camila”*. El fiduciario en este caso será Cristina, pues se vuelve titular del derecho de propiedad fiduciaria. Su derecho de dominio se encuentra limitado o supeditado al cumplimiento de una condición resolutoria, ya que de cumplirse la propiedad plena se concentrará en Camila quien es la fideicomisaria. El hecho futuro e incierto que exige la ley en este caso es el nombramiento de Camila como juez de la Corte Constitucional. Por el mismo supuesto de hecho, Camila tiene una mera expectativa sobre la oficina de Doménica, que su ejercicio se encuentra supeditado al cumplimiento de una condición que para ella es de carácter suspensivo, que de cumplirse Camila se vuelve la dueña absoluta de la oficina. De esta situación, de igual forma denotar, otra diferencia del fideicomiso con el usufructo, pues en el usufructo existe un plazo determinado, eliminando toda posibilidad del usufructuario de convertirse en el dueño de la cosa.

Del ejemplo antes descrito podemos llegar a una reflexión respecto de la condición, Camila bien podría no llegar a cumplir con su sueño de vida y Cristina pasaría toda su vida con su derecho de dominio limitado por esta condición. El legislador para contrarrestar el supuesto antes descrito, ha establecido un plazo máximo para el cumplimiento de la condición en el artículo 754 del Código Civil que expresa “Toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de 15 años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución”. Si Camila no llegare a ser nombrada juez de la Corte Constitucional dentro de quince años contados a partir de la delación del fideicomiso, el derecho de propiedad plena se perfecciona en Cristina, quien ya no se encontrará sujeta a la posible restitución de la cosa al fideicomisario.

1.5.1.1. Especial situación de la condición en el fideicomiso civil

Es necesario manifestar que, en el fideicomiso civil, no se presenta únicamente una condición de tipo resolutoria o suspensiva que de cumplirse se da lugar a la restitución. Además de las condición ante descrita, el Código Civil dispone de una condición de existencia contenida en el artículo 753, que de igual forma constituye elemento esencial del fideicomiso (Rozas Vial, 2004). El artículo antes mencionado prescribe “El fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario o su sustituto, a la época de la restitución” (Código Civil, 2019). Es decir, que el derecho de fideicomiso no se transmite a persona alguna, pues el fideicomisario mientras penda la condición no tiene derecho alguno y únicamente tiene una mera expectativa, ya que su derecho se encuentra suspenso y la persona no puede transmitir más derechos de los que tiene (Claro Solar, 2013).

Pese a no ser necesario, pues esta situación se podría deducir de la naturaleza jurídica del fideicomiso civil o de los mismos artículos 747, 748 y 753 del Código Civil. Sin embargo, el legislador a considerado expresar esta situación en el artículo 775 del Código Civil que prescribe

El fideicomisario que fallece antes de la restitución no transmite, por testamento o abintestato, derecho alguno sobre el fideicomiso, ni aún la simple expectativa, que pasa ipso jure al sustituto o sustitutos designados por el constituyente, si los hubiere. (Código Civil, 2019)

Tanto la condición resolutoria como la condición de existencia, constituyen elementos esenciales del fideicomiso, pues de no presentarse no estaríamos frente a la figura del fideicomiso civil. Uno de los efectos de que la condición se encuentre cumplida, es la exigibilidad por parte del fideicomisario, del cumplimiento de la obligación del fiduciario de restituir la cosa, pero si este no se encuentra presente el fideicomiso se abra terminado y el derecho de propiedad fiduciaria del fiduciario se consolidara en propiedad plena. Dicho esto, el Código Civil considera esta situación en su artículo 776 (Código Civil,

2019) como una forma de extinguir el fideicomiso. De esta forma, en el fideicomiso, se presentan dos condiciones que son propias de la naturaleza del fideicomiso.

1.5.1.2. Tipos de condición en el fideicomiso:

El segundo inciso del artículo 753 del Código Civil manifiesta “A esta condición de existencia pueden agregarse otras, copulativa o disyuntivamente. “ (Código Civil, 2019). El fideicomiso civil puede tener condiciones disyuntivas o copulativas. Rozas Vial define y ejemplifica a estas de la siguiente manera:

Son condiciones *copulativas* las que deben cumplirse las unas y las otras. Si falta una condición copulativa no tiene lugar la restitución. Por ejemplo, el fiduciario deberá restituir la cosa al fideicomisario si éste se recibe de abogado y va a Europa antes de expirar tres años. Si antes de expirar los tres años, el fideicomisario no va a Europa o no se recibe de abogado, no tiene lugar la restitución (Rozas Vial, 2004, pág. 278)

El mismo autor antes citado define y ejemplifica las condiciones disyuntivas de la siguiente manera:

Son condiciones *disyuntivas* las llamadas a cumplirse las unas o las otras. Por ejemplo, el fiduciario deberá restituir la cosa si el fideicomisario va a Europa o se recibe de abogado antes de expirar tres años. Si éste va a Europa, tiene lugar la restitución aunque no se reciba de abogado. (Rozas Vial, 2004, pág. 278)

En todo caso, además de la condición de la cual pende la restitución, es requisito la condición de existencia de existir el fideicomisario al momento del cumplimiento de esta condición.

1.5.2. Las formalidades aplicables al caso:

Cuanto hablamos de las formalidades aplicables al fideicomiso, nos referimos a sus requisitos *AD SOLEMNITATEM*. Cabanellas define a estos como “formalidad impuesta por la ley para la validez del acto jurídico “ (Cabanellas, 1993, pág. 6). Debo decir que las formalidades no son más que formas de manifestación de voluntad que exige la ley, para la validez jurídica de actos y contratos. Al hablar de las formalidades del fideicomiso debemos primero hacer referencia al artículo 750 del Código Civil que dispone “Los fideicomisos no pueden constituirse sino por acto entre vivos, otorgado en instrumento público, o por acto testamentario. La constitución de todo fideicomiso que comprenda o comprometa un inmueble, deberá inscribirse en el competente registro.” (Código Civil, 2019). Es decir, la forma mediante la cual se constituirá el fideicomiso, ya sea por acto entre vivos o por acto testamentario.

Al hablar de la constitución de un fideicomiso por acto entre vivos, este necesariamente deberá constar por escritura pública celebrada frente a un notario público según lo dispuesto en el artículo antes mencionado, el título por el cual se constituye el fideicomiso por acto entre vivos es la donación (Claro Solar, 2013), por lo que la minuta deberá contener todos los requisitos formales que la donación exige.

Al hablar de la constitución del fideicomiso por acto testamentario, la disposición testamentaria que contiene el fideicomiso deberá sujetarse a las mismas solemnidades del testamento, de conformidad al artículo 1038 del Código Civil que dispone “Toda donación o promesa que no se haga perfecta e irrevocable sino por la muerte del donante o promisor, es testamento y debe sujetarse a las mismas solemnidades del testamento.” (Código Civil, 2019). Es decir, la disposición de última voluntad que constituye el fideicomiso deberá constar por escrito dentro de un testamento que cumpla todos los requisitos que exige la ley, si el testamento es abierto deberá ser otorgado frente a cinco testigos o frente a tres testigos si se lo realiza ante el notario o juzgador competente de conformidad al artículo 1052 del Código Civil o si estamos frente a un testamento cerrado deberá ser otorgado en sobre cerrado frente al notario y cinco testigos de conformidad al artículo 1059 del Código Civil; además, la disposición testamentaria debe contener todas las designaciones contenidas en el artículo 1054 de la misma norma antes mencionada.

1.5.2.1. Fideicomiso sobre bienes inmuebles.

El segundo inciso del artículo 750 del Código Civil expresa “La constitución de todo fideicomiso que comprenda o comprometa un inmueble, deberá inscribirse en el competente registro.” (Código Civil, 2019), esta disposición significa una solemnidad en la celebración del fideicomiso, que implica la inscripción de la escritura pública de constitución del fideicomiso en el registro respectivo que en este caso es el Registro de la Propiedad. Respecto a esto Rozas Vial parafraseando a Alessandri menciona:

... la inscripción, además de simbolizar la tradición del fideicomiso constituido entre vivos, sería la solemnidad del acto constitutivo, de tal manera que si no se realiza no habría adquisición del dominio ni fideicomiso, pues el acto constitutivo adolecería de nulidad absoluta por falta de un requisito exigido en atención a la naturaleza del acto. (Rozas Vial, 2004, pág. 280)

El artículo antes citado, nos parece coherente de acuerdo a demás disposiciones del Código Civil ya que para el perfeccionamiento de la transferencia de dominio es necesario la tradición de la cosa y para los bienes inmuebles existe una tradición especial contenida el inciso primero del artículo 702 de la norma antes mencionadas que dispone “Se efectuará la tradición del dominio de bienes raíces por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registro de la Propiedad” (Código Civil, 2019). Recordemos que el fiduciario se hace dueño de las cosas y para que adquiera esta calidad será necesario la transferencia de dominio.

1.5.3. La transferencia de dominio:

Una de las características esenciales del fideicomiso, es que el fiduciario se hace dueño de la cosa y esta propiedad está sujeta a un gravamen de pasar a otra, una vez verificado el cumplimiento de una condición dispuesta por el constituyente. Esta característica propia del fideicomiso la diferencia de otras figuras como el usufructo, Claro Solar al respecto manifiesta “En efecto el fideicomiso se diferencia en esto del

usufructo, pues el usufructuario sólo tiene el goce por tiempo limitado, y estando obligado necesariamente suya jamás” (Claro Solar, 2013). De esta situación, podemos identificar dos circunstancias. Una primera situación que determina un derecho de propiedad del fiduciario lo cual le habilita a realizar ciertos actos de dominio, como el de ejercer acciones reivindicatorias de la propiedad (Rozas Vial, 2004). Y una segunda situación, que determina una expectativa del fiduciario de convertirse en propietario pleno de la cosa, en la eventualidad de que la condición se encuentre fallida.

1.6. Los derechos y obligaciones de las partes.

Mientras penda la condición, existen derechos tanto del fiduciario, como del fideicomisario:

1.6.1. Derechos del Propietario fiduciario o fiduciario.

Los derechos del fiduciario van acorde a la naturaleza del derecho que posee que es la propiedad. Rozas Vial al describir los derechos del fiduciario manifiesta “El propietario fiduciario es dueño de la cosa. Su dominio, sin embargo, está sujeto a condición resolutoria” (Código Civil, 2019). Ostentando la calidad de dueño, el propietario fiduciario tiene los siguientes derechos:

1.6.1.1. Puede ejercer la acción reivindicatoria al ser privado del dominio.

Como hemos manifestado, el propietario fiduciario es dueño de la cosa mientras esté pendiente el cumplimiento de la condición. Al ostentar esa calidad, ejerce la posesión del bien objeto del fideicomiso y cuando esta le es privada puede ejercer la acción de dominio o reivindicación. El artículo 937 del código civil dispone “La acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nula, absoluta

o fiduciaria de la cosa.” (Código Civil, 2019) de esta forma el propietario fiduciario podrá recuperar la posesión de la cosa, que le ha sido privada por un tercero.

1.6.1.2. El propietario fiduciario puede enajenar la cosa

Este es uno de los derechos característicos de la propiedad fiduciaria y se deduce del artículo 764 del Código Civil. Más que un derecho del fiduciario, hablamos de una facultad del derecho de dominio que es disponer de la cosa, lo cual es completamente lógico considerando que el fiduciario se convierte en dueño de la cosa. Respecto a esto Claro Solar, citando a Justiniano, manifiesta:

...pues es bastante absurdo e irrazonable decía Justinianus, que una cosa que uno no posee puramente entre sus bienes como propia, puede transferirse a otros, hipotecarla o darla en prenda y engañar así la expectativa ajena: *quia satis absurdum est et irrationabile rem quam in suis bonis pure nonpossidet, eam ad alios posse transferre, bel hypotevae, pignorisve nomine obligare, valmanumittere et alienam spem decipere.* (Claro Solar, 2013, pág. 71)

Respecto a lo expresado por Justinianus, debemos manifestar que si bien el propietario fiduciario no es titular del dominio absoluto del bien pues su derecho se encuentra limitado por una condición, y además se encuentra obligado a restituir en un futuro los bienes recibidos en su forma entregada. El legislador ha considerado incluir en los textos legales la posibilidad de enajenar la propiedad fiduciaria debido a que en nuestra legislación civil, las personas pueden transferir los derechos con sus cargas y beneficios; es decir, la propiedad fiduciaria se transfiere del fiduciario a otras personas con cargo de restituirla al fideicomisario una vez verificado el cumplimiento de la obligación. De igual forma, es necesario recalcar lo manifestado por el artículo 764 del Código Civil que dispone:

La propiedad fiduciaria puede enajenarse entre vivos y transmitirse por causa de muerte; pero, en uno y otro caso, con el cargo de mantenerla indivisa y sujeta al gravamen de restitución, bajo las mismas condiciones que antes. No será, sin embargo, enajenable entre vivos, cuando el constituyente haya prohibido la

enajenación; ni transmisible por testamento o abintestato, cuando el día prefijado para la restitución es el de la muerte del fiduciario; y en este segundo caso, si el fiduciario la enajena en vida, será siempre su muerte lo que determine el día de la restitución. (Código Civil, 2019)

Es decir, la ley considera la posibilidad de que por medio de la autonomía de la voluntad el constituyente prive de la facultad de disponer de la cosa que tiene el fiduciario y es uno de los pocos casos en los cuales el legislador permite expresamente una cláusula voluntaria de no enajenar (Rozas Vial, 2004).

1.6.1.3. El fiduciario puede gravar los bienes bajo propiedad fiduciaria.

Es lógico que, si el propietario fiduciario ostenta la facultad de disponer de los bienes, puede también gravarlos, siendo esto un acto de disposición de las cosas sujetas al dominio. Sin embargo, el legislador ha creído conveniente expresar esta situación en el artículo 770 del Código Civil que expresa:

En cuanto a la imposición de hipotecas, servidumbres, y cualquier otro gravamen, los bienes que fiduciariamente se posean se asimilarán a los bienes de la persona que vive bajo tutela o curaduría, y las facultades del fiduciario a las del tutor o curador. Impuestos dichos gravámenes sin previa autorización judicial con conocimiento de causa, y con audiencia de los que según el Art. 774 tengan derecho para solicitar providencias conservatorias, no estará obligado el fideicomisario a reconocerlos. (Código Civil, 2019)

Podemos entonces manifestar, que la posibilidad que tiene el fiduciario de disponer de la cosa se encuentra limitada, al igual que su posibilidad de enajenarla. Esa situación es entendible de acuerdo a la naturaleza resoluble de la propiedad fiduciaria, por lo que el legislador ha creído conveniente asimilar esta situación a la que se sujetan los bienes bajo tutela o curaduría.

Respecto a las consecuencias de esta situación, Rozas Vial menciona que para que un gravamen tenga plena validez se requiere “1. Autorización judicial dada con conocimiento de causas; 2. Audiencia de las personas (...), esto es, el fideicomisario; o si éste es una persona que todavía no existe y cuya existencia se espera, sus ascendientes legítimos; los personeros de las corporaciones y fundaciones interesadas (...)” (Rozas Vial, 2004, pág. 287). De incumplirse estas formalidades, el gravamen no podrá ser obligado el fideicomisario a reconocer este gravamen según lo manifestado en el artículo 770 del Código Civil.

1.6.1.4. La inembargabilidad de la propiedad fiduciaria.

Una de las características propias del fideicomiso civil y de los fideicomisos en general, es la inembargabilidad de los bienes que se reciben. Esta situación en la que se encuentra el fiduciario, se encuentra descrita en el artículo 1634 numeral 8 del Código Civil que expresa “(...) No son embargables: 8. La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente” (Código Civil, 2019). De esta forma, los acreedores del propietario judicial no podrían exigir, por concepto de garantía general de prensa, los bienes que se encuentran bajo propiedad fiduciaria, a pesar de que el fiduciario se convierte en dueño de la cosa. Esta especial situación será analizada posteriormente en este trabajo.

1.6.1.5. El fiduciario tiene la libre administración de las especies sujetas a propiedad.

El fiduciario tiene las facultades de libre administración de los bienes, sin otra limitación que la originada en su gravamen de restituir eventualmente los bienes al fiduciario (Claro Solar, 2013). Esta libre administración se encuentra plasmada en el artículo 771 del Código Civil que manifiesta “Por lo demás, el fiduciario tiene la libre administración de las especies comprendidas en el fideicomiso, y podrá mudar su forma; pero conservando su integridad y valor. Será responsable de los menoscabos y deterioros que provengan de su hecho o culpa.” (Código Civil, 2019). De esta forma, podrá mudar su forma pero conservando su integridad y valor, encontrándose en la obligación de administrarlo de buena fe, como un buen padre de familia (Claro Solar, 2013), siempre

en mira a realizar los mejores esfuerzos de conservación de las cosas en miras de la restitución.

1.6.1.6. Gozar de los frutos que brinde la propiedad fiduciaria.

Debemos manifestar que esta situación es lógica, ya que el fiduciario es dueño de la cosa, pero sujeto a una condición resolutoria de su derecho. Esta situación se deduce de lo expresado en el artículo 1504 “Verificada una condición resolutoria, no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los casos, hayan dispuesto lo contrario.” (Código Civil, 2019). Del artículo antes citado, podemos también deducir que el constituyente podría otorgar a otra persona los frutos recibidos, lo cual estaría acorde al artículo 751 que manifiesta “Una misma propiedad puede constituirse en usufructo a favor de una persona, y en fideicomiso a favor de otra.” (Código Civil, 2019).

Respecto a esto Claro Solar manifiesta “El fiduciario, en su calidad de propietario de los bienes constituidos en fideicomiso tiene derecho a todos los frutos de la cosa, tanto naturales como civiles, en la misma forma que el usufructo.” (Claro Solar, 2013). Dicho esto, el fiduciario goza de los frutos de los bienes bajo propiedad fiduciaria, y no tendrá obligación de restituir o de rendir cuentas al fideicomisario respecto de los frutos, pero si deberá responder por los deterioros causados a la propiedad.

1.6.2. Derechos del fideicomisario o beneficiario:

Para un mejor entendimiento de los derechos que goza el fideicomisario respecto al fideicomiso, debemos recordar que el mismo únicamente tiene una mera expectativa respecto del fideicomiso. El inciso primero del artículo 774 del Código Civil justamente expresa “El fideicomisario mientras pende la condición, no tiene derecho alguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo” (Código Civil, 2019). Pero la mera

expectativa no constituye derecho, según lo expresado en el artículo 7 numeral 6. En palabras de Rozas Vial (2004) el fideicomisario tiene un “germen” de le permiten realizar ciertos actos:

1. Puede vender su expectativa: según lo dispuesto en el artículo 1752 que permite la venta de cosas que no existen o se espera que existan.
2. Puede impenetrar las medidas conservativas para precautelar el estado de los bienes que podría llegar a recibir. Esta facultad se encuentra descrita en el inciso segundo del artículo 774 del Código Civil.
3. Tiene derecho a ser oído cuando el fiduciario quiera gravar la cosa, según lo descrito en el artículo 770 del Código Civil.
4. A reclamar la responsabilidad del fiduciario por los menoscabos o deterioros que se produzcan en la propiedad, como consecuencia del hecho o culpa del fiduciario en virtud del inciso segundo del artículo 771 del Código Civil.
5. El derecho a la restitución una vez verificado el cumplimiento de la obligación.

1.7. Forma de constituir un Fideicomiso Civil.

El inciso primero del artículo 750 del Código Civil manifiesta “Los fideicomisos no pueden constituirse sino por acto entre vivos, otorgado en instrumento público, o por acto testamentario” (Código Civil, 2019). Para una correcta comprensión de la forma de constituir el fideicomiso civil, es necesario recordar que su naturaleza jurídica de acto.

1.7.1. Fideicomiso civil constituido por acto entre vivos.

Como se ha manifestado en líneas anteriores, el fideicomiso únicamente es una forma en la cual se manifiesta la voluntad (Claro Solar, 2013). Pero debemos recordar, que para que se perfeccione la transferencia de dominio es necesario la presencia de un título y un modo (Rozas Vial, 2004). Cuando hablamos de un fideicomiso constituido por acto entre vivos, hablamos que el título traslativo de dominio será la donación, Claro Solar manifiesta:

“Cuándo se constituye el fideicomiso por acto entre vivos por escritura pública sobre determinado inmueble o inmuebles, la donación es el título para el fiduciario y el fideicomisario, y la inscripción de este título en el Registro del Conservador es la tradición, el modo de adquirir” (Claro Solar, 2013, pág. 30)

De lo manifestado por el autor antes citado, el título traslativo de dominio para el fiduciario y el fideicomisario es la donación, donación que deberá constar en instrumento público; y el modo de adquirir el dominio será para bienes inmuebles la inscripción en el Registro de la Propiedad, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 702 del Código Civil, y cuando sea sobre bienes muebles será la tradición.

1.7.2. Fideicomiso constituido por acto testamentario.

Al hablar de la constitución del fideicomiso por acto testamentario, nos referimos que el mismo puede ser constituido sobre una cuota o totalidad de la herencia, mediante un legado o donación revocable en todos los casos debe realizarse mediante testamento y cumplimiento todas las solemnidades de este como toda disposición de última voluntad (Claro Solar, 2013).

Como hemos manifestado, la disposición testamentaria que contiene el fideicomiso deberá, al ser una disposición de última voluntad, deberá sujetarse a las mismas solemnidades del testamento, de conformidad al artículo 1038 del Código Civil que dispone “Toda donación o promesa que no se haga perfecta e irrevocable sino por la muerte del donante o promisor, es testamento y debe sujetarse a las mismas solemnidades del testamento.” (Código Civil, 2019). Es decir, la disposición de última voluntad que constituye el fideicomiso deberá constar por escrito dentro de un testamento que cumpla todos los requisitos que exige la ley, si el testamento es abierto deberá ser otorgado frente a cinco testigos o frente a tres testigos si se lo realiza ante el notario o juzgador competente de conformidad al artículo 1052 del Código Civil.

Si estamos frente a un testamento cerrado, deberá ser otorgado en sobre cerrado frente al notario y cinco testigos de conformidad al artículo 1059 del Código Civil;

además, la disposición testamentaria debe contener todas las designaciones contenidas en el artículo 1054 de la misma norma antes mencionada. Respecto al título traslativo y el modo de adquirir el dominio del fideicomiso civil testamentario, Claro Solar manifiesta:

Si el fideicomiso se constituye por testamento, ya sea el fideicomiso universal o singular, la inscripción en el Registro del Conservador, no importa tradición, porque el modo de adquirir la propiedad fiduciaria que ha establecido el testador con sus disposiciones testamentarias, es la sucesión por causa de muerte (Solar, 1979, pág. 30)

De esta forma, la constitución de la propiedad fiduciaria por disposición de última voluntad, tiene como título traslativo de dominio el testamento y el modo de adquirirlo la sucesión por causa de muerte.

1.8. Formas de extinguir el Fideicomiso Civil.

El fideicomiso civil puede extinguirse por diversas causas que se relacionan ya sea con el cumplimiento de la condición, con la persona del constituyente, con el fiduciario, el fideicomisario o sobre las cosas que este se constituye (Claro Solar, 2013). Las causas por las cuales se extingue el fideicomiso se encuentran expresadas en el artículo 776 del Código Civil y son la siguiente:

1.8.1. Por la restitución.

La restitución es la traslación de dominio de los bienes objeto del fideicomiso a la persona del fideicomisario. Claro Solar manifiesta “(...) el fideicomiso se extingue por la restitución, la traslación de la propiedad tiene lugar *ipso iure* en el momento que se cumple la condición, adquiriendo el fideicomisario que acepta la propiedad absoluta de los bienes que forman el fideicomiso.” (Claro Solar, 2013, pág. 103). Recordemos que el fideicomisario recibe del constituyente una mera expectativa resultante de un derecho con

condición suspensiva, de cumplirse esta condición suspensiva se termina la propiedad fiduciaria del fiduciario y el dominio se perfecciona en la persona del beneficiario.

1.8.2. Por resolución del derecho del constituyente que lo origina.

Esta forma de extinguir el fideicomiso, se presenta cuando el constituyente que transfirió los bienes objeto del fideicomiso, pierde su derecho de dominio que sirvió de antecedente para la constitución de la propiedad fiduciaria. Esta situación se da como consecuencia del principio del derecho que expresa que nadie puede transferir más derechos de los que tiene (Claro Solar, 2013), y por lo tanto las cosas deben volver al estado anterior.

1.8.3. Por la pérdida de la cosa.

Según lo expresado en el numeral tercero del artículo 776 del Código Civil, el fideicomiso se extingue por la destrucción de la cosa objeto del fideicomiso de conformidad al artículo 821 (Código Civil, 2019), que establece que el usufructo se extingue por la destrucción completa de la cosa. Esta disposición es aplicable al fideicomiso, pero creemos que el inciso segundo del mismo artículo no es aplicable al fideicomiso. Respecto a esto Rozas Vial menciona:

Creemos que lo dispuesto en el inc. 2º (...) no se aplica al fideicomiso habida consideración a la naturaleza de esta institución. Si se da en fideicomiso un edificio, creemos que subsiste sobre el terreno, aunque se destruya el edificio. Naturalmente que si el edificio destruido pertenece a una heredad, el fiduciario conserva su derecho y el fideicomisario su expectativa. (Rozas Vial, 2004, pág. 293)

De esta forma, creemos que el fideicomiso se mantendrá pese a la destrucción del edificio, ya que naturalmente es dueño del terreno sobre el cual fue edificado. Es necesario recordar, que el fideicomiso transfiere el dominio de la cosa, pero limitado por una

condición resolutoria, pero el fiduciario nunca se convierte en dueño de la misma, únicamente en mero tenedor.

1.8.4. Por renuncia del fiduciario antes de la restitución.

De conformidad con el artículo 11 (Código Civil, 2019), se podrán renunciar a los derechos conferidos por las leyes, siempre y cuando miren el interés individual del renunciante y su renuncia no se encuentre prohibida por la ley. Dicho esto, el fideicomisario puede renunciar a su derecho sujeto a una condición suspensiva, siempre y cuando lo realice antes de verificado el cumplimiento de la condición (Rozas Vial, 2004).

1.8.5. Por la condición fallida o caducada.

Como hemos manifestado en líneas anteriores, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 754 del Código Civil la condición debe cumplirse en un tiempo no mayor a 15 días, de superarlo se entenderá a la misma como fallida. De igual forma, la condición puede declararse imposible en su cumplimiento y por lo tanto fallida, en el primer o segundo caso, el fideicomiso se extingue (Claro Solar, 2013).

1.8.6. Por confundirse la calidad de fiduciario y fideicomisario.

El fideicomiso civil se extingue en el supuesto de que el fiduciario o fideicomisario concentre en su persona, la calidad de fiduciario y fideicomisario a la vez. Esta situación se podría dar perfectamente, como en el ejemplo del Rozas Vial que cito a continuación “Por ejemplo, cuando se da algo a una persona bajo la condición de que pase a otra al cumplirse una condición y el fiduciario fallece dejando como único heredero al fideicomisario” (Rozas Vial, 2004, pág. 294). En este caso se extingue el fideicomiso

debido a quien se debe realizar la restitución es la misma persona que ostenta la titularidad de la propiedad fiduciaria.

Conclusiones del primer capítulo.

Podemos concluir del primer capítulo del presente trabajo de investigación, que el fideicomiso civil es un acto jurídico, que tiene como consecuencia el origen de un derecho llamado propiedad fiduciaria. Este derecho de propiedad fiduciaria no es más que un derecho de dominio, pero imperfecto, pues no goza de todas las características exigidas por el dominio; lo cual es perfectamente entendible, teniendo en cuenta de que la propiedad fiduciaria es un derecho de propiedad que se encuentra limitado por el gravamen de pasar a otra persona, una vez verificado el hecho futuro e incierto del cual pende la condición. En el mismo sentido, manifestamos que la transferencia de dominio y la existencia de la condición resolutoria, constituyen los elementos diferenciadores de esta figura, pues de no presentarse estaríamos frente a cualquier figura, pero no podríamos hablar de fideicomiso civil.

De igual forma, concluimos que el fideicomiso civil encuentra su antecedente histórico en el derecho romano, y su razón de ser en la “*fides*” o confianza que juega un papel protagónico en los fideicomisos. Dentro de sus elementos subjetivos, tenemos la presencia de un fiduciario quien adquiere la calidad de dueño de la cosa una vez operada la transferencia de dominio; de igual forma, la presencia de un fideicomisario quien gozara de la expectativa de eventualmente convertirse en dueño de la cosa una vez verificada la condición; y finalmente, tenemos la existencia de un constituyente quien se desprende de un derecho de su patrimonio para constituir la propiedad fiduciaria.

CAPÍTULO 2: ASPECTOS CRÍTICOS DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA.

El fideicomiso civil en la realidad jurídica ecuatoriana, es una figura poco utilizada por parte de los profesionales del Derecho, restringiendo el uso de los fideicomisos únicamente al fideicomiso de carácter mercantil. La falta de utilización de la figura, no se debe a una deficiente regulación por parte del legislador en el Derecho material; sino, por su poca difusión y desarrollo práctico de los abogados y juristas ecuatorianos. Por lo que es necesario, un mayor estudio y difusión para conocer las causas por las que el fideicomiso civil es muy poco utilizado, para impulsar su aplicación por parte de los abogados.

Dentro del presente capítulo, expondremos los aspectos críticos de la figura que han desalentado su aplicación práctica o el desconocimiento de la misma. Es decir, evidenciaremos aquellas aristas del fideicomiso civil que pueden convertir a este acto jurídico como complejo o poco atractivo con relación a las demás herramientas jurídicas que ofrece la legislación ecuatoriana.

2.1 El ámbito de la voluntad en el fideicomiso Civil y sus restricciones existentes.

La autonomía de la voluntad, constituye uno de los pilares fundamentales del derecho privado y sobretodo del derecho de los actos y contratos. Si bien la autonomía de la voluntad es un principio general del derecho, la misma no es absoluta, por cuanto tiene restricciones impuestas por la ley o derivadas del supuesto de hecho del caso en específico (Hernández & Guerra, 2012). Estas restricciones son comúnmente llamadas limitaciones a la autonomía de la voluntad.

Para un correcto análisis de estos supuestos, es necesario realizar una diferenciación del fideicomiso civil constituido por acto entre vivos o por causas de

muerte. Como se ha expresado en líneas anteriores, nos encontramos ante hechos jurídicos distintos, cuando hablamos de fideicomiso constituido por acto entre vivos podemos decir que existe la transferencia de un derecho, el título de esta transferencia podría ser la donación y el modo la tradición o inscripción en el registro cuando se trate de inmuebles (Claro Solar, 2013); y cuando se constituye el fideicomiso por causa de muerte, hablamos de una transmisión de un derecho donde el título será el testamento y el modo la sucesión por causa de muerte (Claro Solar, 2013). Cada una de ellas presenta sus propias particularidades y por tanto, sus propias limitaciones a la voluntad.

2.1.1. Fideicomiso constituido por causa de muerte.

Como se ha manifestado en líneas anteriores, el fideicomiso constituido por causa de muerte se lo realiza mediante testamento. De igual forma, se ha mencionado que el fideicomiso que se constituye mediante testamento, debe cumplir con todos los requisitos que una disposición testamentaria tiene que cumplir para poder ser válida y ejecutable de acuerdo al artículo 1038 del Código Civil. Dicho esto, la voluntad tendiente a la constitución del fideicomiso, se encuentra restringida por las limitaciones establecidas por el legislador a la facultad que tiene el causante de disponer de sus bienes.

Dicho esto, podemos manifestar que es evidente que los fideicomisos civiles deben respetar las asignaciones forzosas que envuelven la figura del testamento. Por lo que, el constituyente que en este caso es el testador deberá acoplar su voluntad de acuerdo a la realidad de su patrimonio. El artículo 749 del Código Civil dispone “No puede constituirse fideicomiso, sino sobre la totalidad de una herencia, o sobre una cuota determinada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos.” (Código Civil, 2019). En virtud del artículo antes mencionado, los fideicomisos constituidos a través de testamento sobre uno o más cuerpos ciertos serán legados y los constituidos sobre una cuota o la totalidad del patrimonio del causante mediante testamento, serán herencias propiamente dichas (Claro Solar, 2013). El hecho de que los fideicomisos constituyan herencias y legados, tiene como consecuencia la aplicación de ciertas reglas de orden público que el legislador a creído conveniente para precautelar los intereses familiares y por ultimo del Estado

mediante las asignaciones forzosas que son disposiciones normativas de orden público (Medina & Maderna, 2008). De esta forma, la disposición de última voluntad que constituye el fideicomiso no podría contravenir o afectar a estas asignaciones forzosas de conformidad al inciso primero del artículo 1194 del Código Civil que expresa “Asignaciones forzosas son las que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas.” (Código Civil, 2019). Es decir, de existir un fideicomiso que afecte las asignaciones forzosas, estas serán pagadas así disminuya o extinga el fideicomiso constituido, puesto como hemos mencionado estas disposiciones son de orden público y se encuentran encaminadas a precautelar el interés colectivo respecto del interés individual.

El último inciso del artículo antes citado, dispone una enumeración taxativa de las asignaciones testamentarias teniendo como estas las siguientes “1. La porción conyugal; 2. Las legítimas; y, 3. La cuarta de mejoras, en las sucesiones de los descendientes.” (Código Civil, 2019). Dicho esto, si el constituyente del fideicomiso testamentario no es parte de un vínculo matrimonial y no ha dejado heredero forzoso alguno podrá disponer libremente de sus bienes a su arbitrio y constituir fideicomisos sobre todo o una parte del su patrimonio teniendo como fiduciario y beneficiario a cualquier persona (Pérez Lasala, 1999), de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1207 del Código Civil que manifiesta “No habiendo descendientes con derecho de suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio” (Código Civil, 2019). En definitiva, el causante podrá disponer sobre la totalidad de su patrimonio o sobre una cuota de ella constituyendo un *fideicomiso universal* (Claro Solar, 2013) puesto que, en el mismo, se transmiten no únicamente derechos de propiedad sobre una especie o cuerpo cierto, sino se transmiten los derechos y obligaciones que conforman el patrimonio del constituyente, el derecho de propiedad fiduciaria se ejerce sobre el patrimonio en general o sobre una cuota de este, más no sobre especies o cuerpos ciertos.

Sin embargo, si el constituyente dispone de descendencia deberá respetar las legítimas rigurosas y sobre estas no podrá imponer fideicomiso alguno respecto a los herederos, debido a lo dispuesto en el artículo 1215 que dispone “La legítima rigorosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno.” (Código Civil, 2019)

siendo el fideicomiso civil un derecho de propiedad sujeto a una condición resolutoria que de cumplirse se resuelve la propiedad del bien al fideicomisario, no se podría por concepto de legitimarias transmitir el bien bajo propiedad fiduciaria. En este caso el causante podrá únicamente constituir fideicomisos universales, teniendo como fiduciario a cualquier persona a su árbitro, sobre una cuota equivalente a la cuarta de libre disposición respetando las asignaciones forzosas y sobretodo las legítimas (Claro Solar, 2013). A nuestro criterio se podría constituir un fideicomiso sobre la cuota de la cuarta de mejoras, siempre que se tenga como fiduciario y fideicomisario a una persona que sea capaz de recibir una asignación testamentaria por este concepto, ya que la prohibición de no imponer gravamen o condición alguna a la propiedad únicamente aplica a las legítimas rigurosas más no a la cuarta de mejoras de acuerdo a lo expresado en el inciso final del artículo 1207 y 1215 del Código Civil.

En líneas anteriores hemos mencionado a los *fideicomisos universales* cuando se constituyen sobre la totalidad o una cuota del patrimonio del causante; sin embargo, cuando se constituyen sobre uno o más especies o cuerpos ciertos se denominan *fideicomisos singulares* (Claro Solar, 2013). En cuanto a estos fideicomisos, cuando se constituyen mediante testamentos constituyen legados y de igual forma responden a las mismas limitaciones de los *fideicomisos universales*. Es decir, estos legados deberán respetar las legítimas rigurosas y cumplir con todos los requisitos de las disposiciones testamentarias. En el caso de que existan herederos, solo se podrá constituir fideicomiso sobre un bien en favor de cualquier persona cuando se lo haga en razón de la cuarta de libre disposición reconocida en el inciso final del artículo 1207 del Código Civil. De la misma forma, en el caso de que el constituyente no haya dejado descendencia podrá disponer libremente de lo suyo, encontrándose facultado de constituir sobre sus bienes los fideicomisos que el crea conveniente.

2.1.2. Limitación al fideicomiso civil constituido por acto entre vivos.

La propiedad fiduciaria constituido por acto entre vivos, como se ha mencionado en líneas anteriores, encuentra como título a la donación sujeta a una cláusula resolutoria, que encuentra su modo de transferir el dominio en la tradición de la cosa. De igual forma,

estos solo podrán ser *fideicomisos singulares* pues no se podrán constituir propiedad fiduciaria sobre una cuota o la totalidad del patrimonio del constituyente (Claro Solar, 2013) únicamente se podrán constituir sobre una o más especies o cuerpos ciertos, ya que no se puede disponer sobre el patrimonio, como ese conjuntos de derechos y obligaciones, sino únicamente sobre los bienes que conforman este, ya que el patrimonio se transmite más no se transfiere por acto entre vivos (Rozas Vial, 2004). Dicho esto, la voluntad tendiente a la constitución de un fideicomiso necesariamente deberá ser expresada por escritura pública como solemnidad para la validez del acto jurídico.

Esta exigencia de que el fideicomiso conste en instrumento público, se encuentra impuesta por el contenido del primer inciso del artículo 750 del Código Civil que dispone “Los fideicomisos no pueden constituirse sino por acto entre vivos, otorgado en instrumento público, o por acto testamentario.” Estas solemnidades se definen por Cabanellas como “formalidad impuesta por la ley para la validez del acto jurídico” (Cabanellas, 1993). Debo decir que las formalidades no son más que formas de manifestación de voluntad que exige la ley, para la validez jurídica de actos y contratos. En este caso el legislador ha impuesto la forma en la cual se debe expresar la voluntad tendiente a la constitución del fideicomiso y de no cumplirse con esta solemnidad el acto jurídico tendiente a constituyente el fideicomiso no podría producir lo efectos jurídicos esperados por el mismo.

2.1.3. Limitaciones a los fideicomisos civiles en general.

Si bien en líneas anteriores se ha traído a colación, las limitaciones a la voluntad del constituyente a la hora de constituir un fideicomiso civil ya sea por acto ente vivo o por *mortis causa*. Sin embargo, existen restricciones para los fideicomisos en general, las mismas que serán enunciadas a continuación,

2.1.3.1. Prohibición de constituir fideicomisos sucesivos.

Como se ha manifestado en el primer capítulo del presente trabajo de investigación, una de las características propias de la propiedad fiduciaria es la expectativa del fiduciario de eventualmente, en el supuesto de que la condición se encuentre fallida, de convertirse en dueño absoluto de la cosa sin limitación alguna. Esta prohibición de constituir fideicomisos simultáneos, está encaminada a la protección de esta expectativa que tiene el fiduciario y la encontramos en el contenido del artículo 759 del Código Civil que dispone:

Se prohíbe constituir dos o más fideicomisos sucesivos, de manera que, restituido el fideicomiso a una persona, lo adquiera ésta con el gravamen de restituirlo eventualmente a otra.

Si de hecho se constituyeren, adquirido el fideicomiso por uno de los fideicomisarios nombrados, se extinguirá para siempre la expectativa de los otros.
(Código Civil, 2019)

De esta forma, en los fideicomisos civiles solo puede existir una restitución, y quien la recibe obligatoriamente deberá convertirse en dueño de la cosa.

Estos dos supuestos mencionados con anterioridad, configuran rasgos esenciales de la figura del fideicomiso civil. Sin embargo, estos rasgos mencionados nos ayudan a diferenciar la figura del fideicomiso del usufructo, pues el usufructuario ni siquiera goza de una expectativa de convertirse en dueño de la cosa, únicamente es mera tenedor de la misma a diferencia del fiduciario quien se convierte en dueño de la cosa. Respecto a este supuesto Claro Solar manifiesta:

Suprimidos los fideicomisos sucesivos y quedando las disposiciones del testador reducidas en cuanto su eficacia y validez a una sola restitución, tanto en el fideicomiso como en el usufructo, tiene la mayor importancia la distinción entre uno y otro, porque en el primer caso el llamado al goce de la cosa tiene la expectativa de adquirir la propiedad absoluta de ella mientras que el segundo caso su derecho en la cosa se reduce a ese goce limitado a cierto tiempo, hasta un día cierto; y si el testador constituyente ha expresado que sólo le da o deja ese goce ilimitado no podría desconocerse válidamente su voluntad para dar a su disposición el carácter de un fideicomiso (Claro Solar, 2013, pág. 33)

Dicho esto, el constituyente no podría expresar una voluntad tendiente a la constitución de fideicomisos sucesivos. En el caso de que así lo haga, el inciso segundo del artículo 759 del Código Civil, nos manifiesta que únicamente se tendrá como válida la primera restitución y este primer beneficiario se convertirá en el dueño absoluto de la cosa sin limitación no gravamen alguno.

2.1.3.2. La condición resolutive dispuesta por el constituyente al fiduciario no puede tardar más de 15 años en cumplirse.

Como se ha manifestado ya en líneas anteriores, el fideicomiso civil es un acto jurídico tendiente a transferir el dominio a una persona, bajo una limitación impuesta por una cláusula resolutive que de cumplirse este dominio se resuelve para quien lo recibe y se consolida la propiedad plena en la persona del beneficiario. Para el cumplimiento de esta condición el legislador ha creído conveniente establecer un tiempo máximo en el cual se debe verificar el evento fijado como condición resolutoria en el artículo 754 que dispone:

Toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de quince años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución. Estos quince años se contarán desde la delación de la propiedad fiduciaria. (Código Civil, 2019)

De esta forma, ninguna condición podrá encontrarse pendiente en su ejecución un tiempo mayor a quince años, de haberse cumplido este tiempo y la condición no se ha cumplido, pues se consolidará la propiedad plena en la persona del fideicomisario.

Este límite al tiempo ha sido dispuesto por el legislador, para preferir la propiedad plena sobre aquella que no lo es, debido al hecho de que nadie cuida los bienes de mejor manera que su verdadero dueño; y considera, que encomendar bienes a personas que en un momento dado se encuentren en la obligación de restituirla a otra persona, podrían no conservarla de la manera correcta produciendo deterioros a los bienes (Rozas Vial, 2004). Pero dicha restricción en el tiempo, limita las posibles manifestaciones de voluntad tendientes a constituir la propiedad fiduciaria. Por ejemplo, una persona desea transferir

un bien en propiedad fiduciaria a una persona, hasta que uno de sus hijos resida de abogado, pero resulta que el hijo del constituyente al momento de la constitución del fideicomiso recién había empezado su existencia, por lo que en 15 años le resultaría imposible residirse de abogado, convirtiendo a esta condición en imposible de cumplirla.

De igual forma nos preguntamos, desde cuando se empieza el computo del tiempo para poder declarar a la condición como fallida. El segundo inciso del artículo 754 que menciona “estos quince años se contarán desde la delación de la propiedad fiduciaria” (Código Civil, 2019). Debido a lo mencionado, debemos tener claro que entendemos por el término “delación” de la propiedad fiduciaria que no es más que el llamamiento al fiduciario a aceptar el fideicomiso. Respecto a esto Claro Solar menciona:

En el fideicomiso hay siempre, según esto, un espacio de tiempo que media entre la delación de la propiedad fiduciaria al fiduciario, o sea el llamamiento del fiduciario a su goce, y la restitución de ella al fideicomisario, *tractus temporis*; y lo que lo distingue del usufructo es que el acontecimiento futuro de que depende la resituación es incierto... (Claro Solar, 2013)

Es decir, si la delación de la propiedad fiduciaria da comienzo al *tractus temporis* de la propiedad fiduciaria, el computo del tiempo para declarar a la condición como fallida cuando el fideicomiso es constituido por acto entre vivos el computo empezara efectivamente desde la constitución del fideicomiso por escritura pública, independientemente del tiempo que se demore en perfeccionarse la transferencia de dominio, ya que desde la constitución del fideicomiso el fiduciario se encuentra llamado a aceptarlo.

Cuando el fideicomiso es constituido mediante acto testamentario la delación del fideicomiso se efectuará conjuntamente con la delación de la asignación testamentaria donde se constituye la propiedad fiduciaria de conformidad con los artículos 997 y 998 del Código Civil, es decir al momento de la muerte del constituyente cuando se produce la apertura de la sucesión y se realiza el llamamiento a los herederos a aceptarla o repudiarla. En definitiva, desde el momento de la delación de la propiedad fiduciaria que no es más que el llamamiento al fiduciario a aceptarlo y entrar en posesión del mismo

mediante el perfeccionamiento de la transferencia de dominio, deberán pasar quince años para poder considerar a esta condición como fallida.

Sin embargo, existe una excepción a esta regla que impone que las condiciones que tardan más de quince años en cumplirse se tendrán como fallidas. Esta excepción se encuentra al final del inciso primero del artículo 754 del Código Civil "... a amenos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución" (Código Civil, 2019). Es decir, el hecho futuro e incierto que su verificación puede durar más de quince años es la muerte de una persona. Cuando un fideicomiso tiene como condición resolutoria la muerte de una persona, podrá pasar el tiempo que sea necesario para la verificación de la misma sin que la condición sea considerada fallida.

2.2 El encargo fiduciario y el fideicomiso civil.

Al hablar de los fideicomisos civiles, no debemos confundirlos con los encargos fiduciarios. El encargo fiduciario es una figura que se encuentra reconocida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en el libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero conocido como "Ley de Mercado de Valores" en el inciso primero del artículo 114 que dispone:

Encargo fiduciario.- Llámase 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, LIBRO II LEY MERCADO VALORES, 2017)

Dicho esto, el encargo fiduciario es un contrato escrito, por el cual el constituyente de manera irrevocable y con carácter temporal instruye al fiduciario para que cumpla con una finalidad impuesta por el primero en favor de sí mismo o una tercera persona. De esta

forma, podemos darnos cuenta que entre el fideicomiso civil y el encargo fiduciario existen ciertas similitudes y diferencias.

2.2.1. Semejanzas entre el encargo fiduciario y el fideicomiso civil.

Como se ha manifestado en líneas anteriores el fideicomiso civil y el encargo fiduciario no son figuras similares, pero comparten entre si ciertos rasgos característicos:

- a) Tanto el fideicomiso civil como el encargo fiduciario son instituciones basadas en la confianza (Farina, 2005), ambas implican la confianza en el fiduciario de encomendarle ciertos bienes o facultades, para que estos lo ejecuten en miras a una finalidad.
- b) Entre el fideicomiso civil y el encargo fiduciario comparten los mismos elementos subjetivos (Espinosa & Lopez, 2008). En ambos existe la intervención de un constituyente, un fiduciario y un beneficiario.

2.2.2. Diferencias entre el encargo fiduciario y el fideicomiso civil.

Se ha mencionado que el fideicomiso civil no es un encargo fiduciario, ya que entre estas si bien comparten ciertos rasgos característicos, no producen los mismos efectos, por lo que existen varias diferencias a resaltar de la misma:

- a) El fideicomiso civil es un acto testamentario o entre vivos (Claro Solar, 2013); mientras que el encargo fiduciario, constituye un contrato según el artículo 114 del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero
- b) El encargo fiduciario dentro de la legislación ecuatoriana, no implica una transferencia de dominio (Espinosa & Lopez, 2008). Mientras que en el fideicomiso civil constituye uno de sus elementos esenciales la transferencia del dominio del constituyente al beneficiario.
- c) El encargo fiduciario no se encuentra sometido a las reglas de la propiedad fiduciaria en el Código Civil sino a las del mandato y las de la comisión mercantil

contenidas en el Código de Comercio, según lo expresado en el inciso cuarto del artículo 114 del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero.

- d) El fiduciario en el fideicomiso civil se convierte en dueño de la cosa (Claro Solar, 2013); mientras que en el encargo fiduciario, el fiduciario es únicamente mero tenedor y reconoce el dominio del constituyente sobre las cosas según lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 114 del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero.
- e) Uno de los elementos esenciales del fideicomiso es la restitución del bien al beneficiario (Claro Solar, 2013); mientras que en el encargo fiduciario, no existe restitución alguna de bienes, únicamente el cumplimiento de las directrices impuestas por el constituyente en favor del beneficiario.

2.2.3. ¿Pueden coexistir propiedad fiduciaria y encargo fiduciario sobre un mismo bien?

En líneas anteriores se ha definido y diferenciado el encargo fiduciario del fideicomiso civil. Dicho esto, la respuesta de si estas figuras pueden o no subsistir la encontraremos en los efectos prácticos que el legislador ha querido dar a estas figuras. Dicho esto, a nuestro criterio no podría constituirse propiedad fiduciaria y encargo fiduciario sobre un mismo bien por parte del constituyente. El fundamento a esta respuesta no es más que el hecho, de que el fiduciario se convierte en dueño de la cosa; por lo tanto, opera la transferencia de dominio del bien saliendo este del patrimonio del constituyente, quien ya no podría disponer sobre el mismo (Claro Solar, 2013).

Al no poder disponer del bien, no podría entregar la tenencia de estos a la compañía fiduciaria para que ejecute el encargo, ni tampoco se encontraría facultado de ordenar instrucciones en terreno ajeno pues al constituir la propiedad fiduciaria operaría una transferencia de dominio. Tampoco debemos olvidar el contenido del inciso primero del artículo 114 del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero que dispone:

Encargo fiduciario.- Llámase 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, LIBRO II LEY MERCADO VALORES, 2017)

Es decir, los actos que ejecuta la compañía fiduciaria en el encargo fiduciario son a nombre del constituyente como la gestión, inversión o enajenación y sobre los bienes de este. Empero, recordemos que el propietario fiduciario en el fideicomiso civil puede ejecutar actos de disposición en el fideicomiso civil (Solar, 1979), pero con cargo de mantenerla indivisa y sujeta al gravamen de restitución de conformidad al artículo 764 del Código Civil, pero estos actos de disposición el fiduciario los realiza a nombre propio debido a que es dueño de la cosa, por lo que el fiduciario si podría constituir un encargo fiduciario sobre los bienes bajo propiedad fiduciaria haciendo uso de su facultad de disposición y libre administración de la propiedad fiduciaria siempre que conserve la cosa en su integridad y valor.

De todas formas, en el encargo fiduciario como habíamos mencionado, la compañía fiduciaria realiza actos a nombre del constituyente, lo cual no es compatible con la figura del fideicomiso civil y no podrían ser conjuntamente ejecutadas y constituida por el constituyente sobre un mismo bien de su patrimonio. De igual forma, es necesario hacer hincapié en lo expresado en el inciso tercero del artículo 114 del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero que expresa “Cuando por un encargo fiduciario se hayan entregado bienes al fiduciario, éste se obliga a mantenerlos separados de sus bienes propios así como de los fideicomisos mercantiles o de los encargos fiduciarios que mantenga por su actividad...” (CÓDIGO ORGÁNICO MONETARIO Y FINANCIERO, LIBRO II LEY MERCADO VALORES, 2017). Dicho esto, no podría constituirse un encargo fiduciario simultáneamente a un fideicomiso civil por parte del constituyente sobre un mismo bien, ya que la propiedad fiduciaria es un derecho del fiduciario y no se le podría obligar a esta a ejecutar actos sobre estas cosas, en nombre del constituyente, cuando el fiduciario goza de la calidad de dueño de la cosa; pero como se ha manifestado en líneas anteriores, esta calidad del fiduciario en el fideicomiso civil le facultaría a

constituir sobre los bienes bajo propiedad fiduciaria un encargo fiduciario, pero siempre obligado a conservar la integridad y valor de estos bienes.

2.3 El fideicomiso civil y el fideicomiso civil.

El fideicomiso mercantil constituye el tipo de fideicomiso más frecuentado dentro de la cultura jurídica ecuatoriana, de acuerdo a los datos emitidos por la AAFPE (Asociación de Administradoras de Fondos y Fideicomisos del Ecuador), citados por ANEFI (2020) en su página web, en el 2016 el tamaño de los fideicomisos de carácter mercantil en el país represento una cantidad de 9.635 millones de dólares, estos activos eran administrados por 25 administradoras de fondos y fideicomisos. Dicho esto, el fideicomiso mercantil constituye una herramienta de instrumentación de negocios mercantiles donde existe altas cantidades de inversión, por lo que ha sido considerado una herramienta jurídica trascendental en el desarrollo productivo del país.

Sin embargo, suele existir confusión al hablar de fideicomiso civil y mercantil, siendo estas figuras diferentes. El fideicomiso mercantil lo encontramos regulado en el primer inciso del artículo 109 del libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero conocido como “Ley de Mercado de Valores” que dispone:

“Del contrato de fideicomiso mercantil.- Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorpóreas, 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, LIBRO II LEY MERCADO VALORES, 2017)

De la redacción del artículo antes citado, podemos evidenciar ciertos elementos propios de la figura del fideicomiso mercantil como la existencia de un patrimonio autónomo, que

estamos en presencia de un contrato y que el fiduciario no se convierte en dueño de la cosa.

De los elementos antes mencionados podemos denotamos ciertas diferencias marcadas con el fideicomiso civil, recordemos que en el fideicomiso civil el fiduciario se convierte en dueño de la cosa (Claro Solar, 2013) y su derecho de dominio se encuentra sujeto a una condición resolutoria (Rozas Vial, 2004) situaciones que son contrarias a las esperadas en el fideicomiso mercantil; de igual forma, el fideicomiso mercantil encuentra su antecedente en los “Trust”, mientras que el fideicomiso civil como se ha manifestado al inicio del presente trabajo, encuentra su antecedente en el Derecho Romano (Terrazas Ponce, 1998) y posteriormente en las substitutiones testamentarias que se presentaron en el derecho medieval.

Dicho esto, podemos manifestar que el fideicomiso mercantil y el fideicomiso civil producen efectos jurídicos distintos, el fideicomiso mercantil consiste en un contrato donde se transfiere la propiedad de ciertos bienes a un patrimonio autónomo, de manera temporal pero irrevocable, para que una administradora de fondos y fideicomisos los administre en miras al cumplimiento de ciertos fines fijados por el fiduciario en el contrato en favor de un beneficiario, por esto hablamos que el contrato constitutivo del fideicomiso mercantil constituye el título de la transferencia de dominio de los bienes al patrimonio autónomo. Mientras que el fideicomiso civil es un acto jurídico que origina un derecho llamado propiedad fiduciaria, que no es más que un derecho de dominio sujeto a una condición resolutoria que de cumplirse, el fiduciario debe restituir la propiedad de estos bienes al fideicomisario; sin embargo, el fideicomiso civil no constituye un título traslativo de dominio, pues como se ha mencionado en líneas anteriores, el título de la propiedad fiduciaria cuando se constituye por acto entre vivos será la donación (Claro Solar, 2013).

2.3.1. Diferencia entre el fideicomiso civil y el fideicomiso mercantil.

Del breve análisis realizado anteriormente de las figuras mencionadas, podemos evidenciar ciertos rasgos diferenciadores como son los siguientes:

- a) En la propiedad fiduciaria el fiduciario se convierte en dueño de la cosa, en el fideicomiso mercantil el fiduciario es administrador y representante legal del patrimonio autónomo creado a partir del fideicomiso mercantil.
- b) En el fideicomiso civil el fiduciario podría ser cualquier persona legalmente capaz, en el fideicomiso mercantil necesariamente el fiduciario debe ser una administradora de fondos y fideicomisos.
- c) El fideicomiso mercantil es un contrato, mientras que el fideicomiso civil es un acto jurídico.
- d) El fideicomiso mercantil necesariamente debe constar por escritura pública, mientras que el fideicomiso civil únicamente cuando están presentes bienes inmuebles.
- e) En el fideicomiso civil aplican únicamente las normas previstas en el código civil para el efecto, mientras que el fideicomiso mercantil tiene su normativa propia en la llamada “Ley de Mercado de Valores”, el reglamento aplicable a las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos y únicamente en lo que no esté regulado en estas se aplicarán las reglas del Código Civil.
- f) El contrato constitutivo del fideicomiso mercantil constituye un título traslativo de dominio, mientras que el fideicomiso civil no constituye un título traslativo de dominio sino únicamente una forma en la cual se expresa la voluntad de la persona.

En definitiva, no podemos confundir fideicomiso civil con fideicomiso mercantil, ya que son figuras jurídicas diferentes que producen efectos jurídicos diferentes; empero, ambas figuras encuentran su razón de ser en la confianza de entregar la administración de bienes propios a un tercero en miras al cumplimiento de un fin.

2.4 Es posible la existencia de condiciones modales en el fideicomiso civil.

Otro de los aspectos críticos de la propiedad fiduciaria es determinar si la misma puede o no estar sujeta a una condición modal. Para una correcta solución al problema planteado debemos empezar definiendo que entendemos por modo en la legislación ecuatoriana. Nuestro Código Civil define al modo en su artículo 1117, que manifiesta lo siguiente:

Si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras, o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo, y no una condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada. (Código Civil, 2019)

Es decir, un modo implica una transferencia de dominio gravada a un fin determinado; finalidades que pueden ser la realización de ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas. Cabanellas define al modo como “Propósito, finalidad u objetivo de una institución hereditaria, de un legado, de una donación o de un contrato; como carga accesoria de la obligación o de una liberalidad, cuyo cumplimiento puede exigirse” (Cabanellas, 1993). Un ejemplo claro de modo es cuando el causante disponiendo de su cuarta de libre disposición decide transmitir un bien inmueble a su sobrino bajo el modo de que en dicha casa, su hermano menor que es discapacitado goce del derecho de uso y habitación sobre el primer piso del bien inmueble transmitido. En este caso el modo será el cumplimiento del derecho de uso y habitación dispuesto para el hermano del causante.

De igual forma debemos decir que el modo es un elemento accidental de los negocios jurídico, como efectivamente lo son las condiciones tanto suspensiva como resolutoria. Pero no siempre condición, plazo y modo se presentan como elementos accidentales del negocio jurídico, sino como elementos de la naturaleza de ciertos actos o contratos. Respecto a esto el Dr. Hernán Coello G menciona “Generalmente la condición, el plazo y el modo son cosas (o cláusulas) accidentales; sin embargo, como se observara de los siguientes ejemplos, son también de la naturaleza de los contratos” (Coello Garcia, 2004). Los ejemplos que menciona el Dr. Coello G no son más que la cláusula resolutoria tácita que envuelve a los contratos bilaterales; y el caso del modo que se incorpora a los préstamos que otorga el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, para la adjudicación de un propiedad o construcción destinado a la vivienda de uso familiar, a través de la imposición del patrimonio familiar. Podemos decir que otro ejemplo de este

supuesto es el fideicomiso, donde la cláusula resolutoria de la cual pende la restitución de la propiedad fiduciaria constituye uno de los elementos de la naturaleza de la propiedad fiduciaria (Adame, 2000), pues de no presentarse podrá ser cualquier figura excepto fideicomiso civil.

La propiedad fiduciaria recordemos, es el derecho de dominio sujeto a una condición de carácter resolutoria (Parraguez, 2016), el fideicomiso civil produce en su ejecución una expectativa del fiduciario de eventualmente, en el supuesto de que la condición se considere fallida, de convertirse en el dueño absoluto de la cosa; y de igual forma, se presenta una expectativa del fideicomisario de que se verifique el hecho futuro e incierto del cual pende la restitución pues su derecho se encuentra sujeto a cláusula suspensiva (Claro Solar, 2013). Debido a esto, el modo no constituye condición suspensiva para el fideicomisario y así lo contempla el artículo 1117 del Código Civil; y por lo tanto, no existe expectativa para el beneficiario de que eventualmente se efectúe la restitución ya que el cumplimiento del modo, lejos de ser un acontecimiento futuro e incierto, es un estado de las cosas que depende únicamente del hecho de quien ostenta la propiedad sujeta a modo. Partiendo de lo mencionado, podríamos manifestar que la propiedad fiduciaria no puede estar sujeta a modo, debido a que los efectos del mismo no producen la situación jurídica que exige el fideicomiso civil que es la expectativa del fiduciario de convertirse en verdadero dueño de la cosa y del fideicomisario de que se produzca la restitución respecto de los bienes objeto del fideicomiso.

No podemos confundir la llamada “cláusula resolutoria” mencionada en el artículo 1118 del Código Civil con relación a las asignaciones modales, ya que dicha cláusula resolutoria es la consecuencia de no cumplir con el modo, más no la consecuencia de la verificación de un acontecimiento futuro e incierto necesario que se requiere para la existencia de la propiedad fiduciaria. El mencionado artículo dispone “En las asignaciones modales se llama cláusula resolutoria la que impone la obligación de restituir la cosa y los frutos, si no se cumple el modo” (Código Civil, 2019). Es decir, dicha cláusula resolutoria no constituye un hecho futuro o incierto sino únicamente es la consecuencia de verificarse el incumplimiento del modo impuesto por el anterior dueño de la cosa. De igual forma, la restitución de la cual habla el artículo antes mencionado,

implica la devolución de los frutos por el incumplimiento del modo, mientras que en la propiedad fiduciaria al no existir incumplimiento alguno el fiduciario se hace dueño de todos los frutos que produzca la propiedad fiduciaria mientras esté pendiente la condición (Claro Solar, 2013) y de acuerdo al artículo 1504 del Código Civil no deberá restituir ninguno de los frutos percibidos por la propiedad fiduciaria al fideicomisario, porque estamos frente a una cláusula resolutoria y no frente a un modo

Dicho esto, no podríamos hablar de propiedad fiduciaria cuando esta se encuentra sujeta a un modo, ya que no se presenta el acontecimiento futuro e incierto que constituye la condición resolutoria que es propia de la naturaleza de la propiedad fiduciaria y que es exigida su verificación por la ley para poder hablar de fideicomisos civiles. Es decir, de verificarse una transferencia de dominio sujeto a una modalidad, no podríamos hablar que estamos frente a un fideicomiso.

2.4.1. Semejanzas y diferencias entre el fideicomiso civil y las transferencias de dominio sujetas a modo.

En las líneas anteriores se han explicado los motivos por los cuales la propiedad fiduciaria no puede estar sujeta a modo. Sin embargo, creemos pertinente resaltar a manera de resumen ciertos rasgos semejantes y diferenciadores entre el fideicomiso civil y la transferencia de dominio sujeta a modo.

a) Semejanzas:

- i) Tanto en el fideicomiso civil, como en las transferencias sujetas a modo, quien recibe los bienes se convierte en dueño de la cosa.
- ii) La propiedad fiduciaria y el modo pueden ser considerados gravámenes de acuerdo al artículo 1215 del Código Civil.
- iii) Ambos pueden ser constituidos mediante transferencia por acto entre vivos o por transmisión por acto testamentario.
- iv) En ambos, aunque de manera diferente, pueden efectuarse restituciones del dominio del bien.

- v) El titular del derecho de propiedad fiduciaria y el titular de la propiedad sujeta a modo, pueden transmitir por causa de muerte su derecho a sus herederos, pero ambos lo transmitirán en el mismo estado que lo poseían, es decir sujeto a la condición resolutoria o modo.

b) Diferencias:

- i) El fideicomiso civil implica la presencia de una cláusula resolutoria, que no es más que un acontecimiento futuro e incierto (Claro Solar, 2013). Mientras que el modo implica el cumplimiento o ejecución de propósito, finalidades u objetivos (Cabanellas, 1993) que pueden ser exigidos su cumplimiento.
- ii) En el fideicomiso civil el fideicomisario goza de un derecho de carácter suspensivo; en las asignaciones sujetas a modo o existe derecho de carácter suspensivo alguno.
- iii) La restitución de la propiedad fiduciaria no implica que el fiduciario deba los frutos devengados al beneficiario de acuerdo al artículo 1504 del Código Civil. Mientras que si se verifica la restitución en el modo se deberán los frutos devengados de acuerdo al artículo 1118 del Código Civil.
- iv) De acuerdo al artículo 747 del Código Civil la propiedad fiduciaria constituye una limitación al dominio. Mientras que, en las transferencias de dominio sujeto a modo, de acuerdo al artículo 1117 del Código Civil desde el primer momento el que la recibe este dominio, se convierte en dueño absoluto de la cosa, la misma que se encuentra gravada con un modo.

2.5 La inembargabilidad de los bienes bajo Propiedad Fiduciaria.

Como se ha manifestado en líneas anteriores, una de las características propias del fideicomiso civil y de los fideicomisos en general, es la inembargabilidad de los bienes que se reciben bajo el dominio fiduciario. Esta situación en la que se encuentra el propietario fiduciario, se encuentra descrita en el numeral 8 del artículo 1634 del Código Civil que expresa “(...) No son embargables: 8. La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente;” (Código Civil, 2019). De esta forma, los acreedores del propietario judicial no podrían exigir, por concepto de garantía general de prensa, los

bienes que se encuentran bajo propiedad fiduciaria, a pesar de que el fiduciario se convierte en dueño de la cosa.

Sin embargo, debemos manifestar que la propiedad fiduciaria no constituye como tal un patrimonio autónomo como sucede con el fideicomiso mercantil que constituye un patrimonio que subsiste sin un titular y goza de personería jurídica (Bono, 2018), a pesar de que su constitución produce parecidos a la del patrimonio autónomo. Dicho esto, el fenómeno jurídico que se presenta en el fideicomiso es la presencia del principio de separación de patrimonios en un mismo titular.

2.5.1. Teoría de la separación de patrimonios.

Como es de nuestro conocimiento, el patrimonio es un atributo de la personalidad y por regla general toda persona posee un patrimonio ya que el mismo es inherente a la persona; la mayoría de doctrinarios han convenido en definir al patrimonio como una universalidad, que contiene el conjunto de derechos y obligaciones susceptibles de apreciación económica de una persona (Herrera Villanueva, 2014). Las teorías clásicas que buscan definir y delimitar al patrimonio, concibiendo al mismo como una emanación de la propia persona, el autor Guillermo Borda nos define los elementos característicos de estas teorías de la siguiente forma:

Según la doctrina clásica, el patrimonio es una universalidad de derecho y se concibe como un atributo de la personalidad, como una emanación de ella. De esta idea se desprenden las siguientes consecuencias: a) Toda persona tiene necesariamente un patrimonio, aunque no posea actualmente ningún bien. b) Nadie puede tener más que un solo patrimonio; éste es, por lo tanto, único e indivisible. c) El patrimonio es siempre idéntico a sí mismo: es una unidad distinta y separada de cada uno de los elementos que lo componen. No importa que salgan algunos bienes e ingresen otros; inclusive, es indiferente que haya o no bienes o que las deudas superen al activo: el patrimonio es siempre el mismo, tal como ocurriría con una bolsa que puede estar llena o vacía, pero siempre es la misma

bolsa. d) El patrimonio es inalienable; podrán enajenarse los bienes que lo integran, pero nunca la totalidad del patrimonio, ni siquiera una parte alícuota de él. (Borda, 1996, págs. 352-353)

Dicho esto, las teorías clásicas mencionan que existe un solo patrimonio por persona y que en un mismo sujeto de derechos no podrían coexistir más de un patrimonio, debido al hecho de que el patrimonio es una emanación de la persona.

No obstante, las mencionadas teorías clásicas u *subjetivas* planteada por Zachariae y desarrolladas por Charles Aubry y Charles-Frédéric Rau han recibido fuertes críticas por parte de los doctrinarios (Herrera Villanueva, 2014) dirigidas principalmente a los principios planteados por esta como el hecho de que solo las personas pueden tener un patrimonio y que de esta forma se estaría rechazando la existencia de figuras como la herencia yacente o de las fundaciones; de igual forma, se ha criticado el hecho de que se manifieste, por parte de estas teorías, de que las personas únicamente pueden ser titulares de un patrimonio (Herrera Villanueva, 2014) rechazando la existencia de figuras como el beneficio de inventario y de la propiedad fiduciaria. Debido a esto, los doctrinarios han formulado teorías modernas u *objetivas* respecto del patrimonio (Herrera Villanueva, 2014), como la del patrimonio de afectación que se encuentra separado del patrimonio ordinario de la persona, para el cumplimiento de ciertos fines y objetivos.

Sin embargo, debemos manifestar que por regla general el patrimonio es uno, y en ciertas expresiones nos encontramos frente a ciertos patrimonios separados del ordinario, respecto a esto Guillermo Borda nos menciona:

Aun hoy puede afirmarse que el patrimonio es, en principio, único e indivisible. Pero la unidad no surge ya del hecho de ser una *universitas iuris*, idea falsa, sino de esta circunstancia que da cohesión al complejo de bienes: que el titular de todos los bienes es una sola persona. Esta circunstancia de pertenecer todos los bienes a una sola persona los agrupa y separa jurídicamente de los pertenecientes a otras personas. Pero hay casos en que la misma persona posee dos o más patrimonios independientes entre sí. (Borda, 1996, pág. 354)

En efecto, dichos casos excepcionales al principio de la unidad patrimonial, es donde se presenta la teoría de la separación de patrimonios. Esta teoría ha sido aceptada por la mayoría de las legislaciones latinoamericanas (Bono, 2018), incluyendo la legislación ecuatoriana, como lo podemos evidenciar en la existencia de figuras como la aceptación de la herencia con beneficio de inventario o la sociedad conyugal que constituyen patrimonios separados reconocidos en nuestra legislación.

El fideicomiso justamente se presenta como una de las excepciones al principio de que la persona solo puede tener un patrimonio, según el contenido del numeral 8 del artículo 1634 del Código Civil que expresa determina como inembargables los bienes. Con relación a la separación de patrimonios en el fideicomiso Gustavo Bono menciona:

En lo que constituye una excepción a la regla de unidad patrimonial, la constitución de un fideicomiso trae como consecuencia inmediata la formación de un patrimonio especial, cualquiera sea el tipo y número de bienes dados en fiducia, patrimonio que resultará afectado por las obligaciones resultantes de la gestión patrimonial obrada por el fiduciario conforme los fines determinados en la constitución del fideicomiso. (Bono, 2018, pág. 215)

Es decir, el constituyente transfiere al fiduciario uno o más especies o cuerpos ciertos, para que eventualmente, de verificarse la condición, se restituya al beneficiario. Este derecho de propiedad fiduciaria, originada del fideicomiso civil, ha sido determinado por el legislador, como aislado del patrimonio propio del constituyente. Es necesario recordar, que en el fideicomiso civil el propietario fiduciario se convierte en dueño de la cosa (Claro Solar, 2013), es decir entre el constituyente y el fiduciario opera una verdadera transferencia de dominio; empero, este bien no ingresa al patrimonio ordinario del fiduciario, pues no formará parte de la garantía general de prenda de acuerdo al contenido del numeral 8 del artículo 1634 del Código Civil.

2.5.2. Efectos de la teoría de los patrimonios separados.

Para una correcta comprensión del presente trabajo de investigación, debemos empezar definiendo lo que se entiende por garantía general de prenda. La garantía general de prenda la encontramos prescrita en el artículo 2367 que dispone:

Toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el Art. 1634 y los demás casos previstos en la ley. (Código Civil, 2019)

Como se había mencionado en líneas anteriores, el patrimonio es una universalidad compuesta por derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica; y justamente la garantía general de prenda contenida en el artículo 2367 del Código Civil, determina que dichas obligaciones sean garantizadas por dichos derechos que conforman el patrimonio. El derecho de propiedad fiduciaria producto del fideicomiso, se encuentra expresamente excluido y caracterizado como inembargable (Rozas Vial, 2004), separándolo del ámbito de aplicación de la garantía general de prenda.

Justamente uno de los efectos de la teoría de la separación del patrimonio es la inembargabilidad de los bienes bajo propiedad fiduciaria; es decir, los bienes bajo propiedad fiduciaria se encuentran blindados frente a las obligaciones del fiduciario y no podrá ser apremiado por los acreedores de este. Con relación a este tema Gustavo Bono menciona:

Fijada la separación de los patrimonios que titulariza el fiduciario, emergen claras consecuencias o derivaciones lógicas naturales, a saber: que el patrimonio fideicomitado no responde por las obligaciones ajenas al negocio fiduciario, y que el patrimonio fiduciario responde íntegramente por las obligaciones contraídas con motivo de su gestión o ejecución. (Bono, 2018, pág. 219)

En efecto, podríamos decir que emergen dos patrimonios con un mismo titular, que en este caso es el fiduciario. Me atrevo a afirmar, que la separación de patrimonios, se ajusta a los efectos esperados por el legislador en el fideicomiso civil, que es la restitución al beneficiario de una propiedad plena. La inembargabilidad de la propiedad fiduciaria, encuentra su lógica en la expectativa del beneficiario de convertirse en el dueño de la cosa (Claro Solar, 2013) y en la obligación del fiduciario a restituir los bienes objeto del

fideicomiso u otros de su mismo valor, por este motivo el legislador ha creído necesario separar estos bienes del patrimonio del fiduciario.

Otro de los efectos de la separación de patrimonios es justamente el nacimiento de lo que podríamos denominar un “*patrimonio fiduciario*”. Se habla de “patrimonio fiduciario” ya que el fideicomiso puede adquirir deudas y estas estarán garantizadas con las especies o cuerpos ciertos que conforman la propiedad fiduciaria. La capacidad del fiduciario de gravar la cosa, se encuentra expresada en el artículo 770 del Código Civil, que expresa que el fiduciario podrá gravar la cosa y esta deberá ser reconocida por el beneficiario una vez efectuada la restitución, cuando la misma se haya realizado cumpliendo las solemnidades que establece la ley; y de igual forma, el inciso primero del artículo 769 del Código Civil que ordena que el fideicomisario deberá responder por las deudas del fideicomiso. Con relación a las deudas del supuesto “*patrimonio fiduciario*” Gustavo Bono menciona:

En mérito de estas directrices, puede entonces sujetarse al antiguo adagio del derecho privado, según el cual el patrimonio del deudor es prenda común de los acreedores, para encontrar su plena vigencia dogmática en el *ámbito capsular* del fideicomiso, expresando el efecto que *el patrimonio fideicomitado es prenda común de los acreedores del fondo fiduciario*. (Bono, 2018, pág. 219)

Dicho esto, podemos manifestar que las especies o cuerpos ciertos que conforman el fideicomiso forman garantía general de prenda de las obligaciones que por estos se contraigan. Sería lógico, considerando que los bienes del fideicomiso se encuentran blindados de los acreedores del fiduciario, que las obligaciones contraídas en miras de garantizar el eventual derecho del constituyente y se hayan celebrado en cumplimiento de las solemnidades establecidas en la ley para el efecto, no se puedan ejecutar en contra del patrimonio del fiduciario, sino contra el fideicomiso.

Debemos manifestar, que la teoría de la separación de patrimonios no es más que una respuesta dogmática a la inembargabilidad de los bienes bajo dominio fiduciario que encuentra su origen en los debates que existen respecto de la naturaleza jurídica del patrimonio, que nacen de las expresiones del legislador respecto del dominio que son

tendencia en el derecho civil continental. Lamentablemente, el desarrollo jurisprudencial de la figura del fideicomiso, nos impide poder realizar un análisis de la naturaleza de las obligaciones que confluyen en un fideicomiso en la realidad.

2.6 Los efectos de la transferencia de dominio de los bienes al fiduciario.

Como hemos manifestado en líneas anteriores, la transferencia de dominio constituye uno de los elementos característicos del fideicomiso civil, por lo que creemos necesario realizar un análisis de los efectos de esta transferencia de dominio, para poder dilucidar en que momento nacen los derechos y las obligaciones propias del fideicomiso.

2.6.1. El nacimiento de la propiedad fiduciaria

Uno de los efectos de la transferencia de dominio presentada en el fideicomiso civil es el origen de la propiedad fiduciaria o “fideicomiso” de acuerdo al contenido del tercer inciso del artículo 748 del Código Civil que dispone “Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria” (Código Civil, 2019). La propiedad, como tal, no constituye una nueva categoría de derechos reales, sino se presenta como un estado especial del derecho de dominio (Claro Solar, 2013), pues este se encuentra limitado por una condición resolutoria impuesta por el fiduciario.

En efecto, el fiduciario se convierte en dueño de la cosa y es titular de un derecho de dominio sujeto a una condición resolutoria, a este estado de la propiedad el legislador la ha denominado propiedad fiduciaria. Rozas Vial menciona

Mientras no se transfiera la propiedad al fiduciario, el constituyente es el dueño de la cosa sobre la que recaerá la propiedad fiduciaria. Transferida la propiedad al fiduciario, éste es el único dueño de la cosa. Su dominio está sujeto a una condición resolutoria. (Rozas Vial, 2004, pág. 274)

Es decir, existe un lapso de tiempo entre la constitución del fideicomiso mediante instrumento público, de conformidad al artículo 750 del Código Civil, y el nacimiento del derecho de la propiedad fiduciaria. Debemos recordar, que el instrumento público por el cual se constituye el fideicomiso por acato entre vivos, o el testamento cuando es acto testamentario, es únicamente el título de la transferencia de dominio (Claro Solar, 2013). Pero debemos recordar, que para que opere la transferencia de dominio es necesario la presencia de un modo de adquirir el dominio (Parraguez, 2016). En este caso deberá operar la tradición o la sucesión por causa de muerte, para que opere la transferencia de dominio y se origine el derecho de la propiedad fiduciaria.

2.6.2. Efectuada la transferencia de dominio los bienes objeto del fideicomiso estos adquieren la calidad de inembargables.

Como se ha descrito en líneas anteriores, los bienes bajo propiedad fiduciaria son inembargables respecto de los acreedores del fiduciario, mientras esté pendiente la condición resolutoria de su derecho. Dicha inembargabilidad de los bienes bajo propiedad fiduciaria, además de ser un efecto de la teoría de separación de patrimonios, es un efecto que se produce una vez verificada la transferencia de dominio. El artículo 1634 numeral 8 del Código Civil que expresa “(...) No son embargables: 8. La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente;” (Código Civil, 2019). Es decir, estos bienes deben encontrarse en poder del fiduciario para poder considerar al mismo como inembargables.

Dicho esto, para dotar de inembargabilidad a los bienes bajo propiedad fiduciaria, será necesario la existencia de un fideicomiso en todos sus elementos subjetivos; es decir, que exista un constituyente, quien debe manifestar su voluntad de transferir la propiedad de uno de sus bienes a la persona del fiduciario, quien lo tendrá para si hasta que se verifique la condición. la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en la sentencia de tutela N.º. T25.430 del 9 de mayo de 2006, determina el supuesto de hecho para determinar, en qué caso es inembargable la propiedad fiduciaria en los siguientes términos:

El Tribunal demandado en su providencia aceptó que, aunque en principio el bien objeto de fideicomiso podría reputarse inembargable, en realidad no lo es porque según los términos de la escritura pública, no están involucradas tres personas, como es lo habitual, sino dos: un constituyente o un fideicomitente, que se confunde con el fiduciario (propietario) y el fideicomisario...

...En cambio, en el asunto de esta litis, el constituyente o fideicomitente, nunca le hizo traslación del dominio sobre el bien a un fiduciario, con cargo a restituir el bien a un tercero beneficiario o fideicomisario, porque como reza la escritura pública, él mismo se reservó para sí la calidad de fiduciario, lo que significa que en verdad siguió siendo el propietario absoluto. (Tutela n.º. T25.430, 2006)

Es decir, necesariamente tendrá que salir un bien del patrimonio del constituyente en favor de una persona distinta a esta, quien recibirá el dominio de este bien, pero sujeto al gravamen de pasar a otra persona una vez verificada la condición.

En definitiva, para que los bienes bajo propiedad fiduciaria puedan ser considerados como no embargables frente a los acreedores del fiduciario debe el fiduciario poseerlos fiduciariamente según el contenido del numeral 8 del artículo 1634 del Código Civil. Empero, para que el fiduciario pueda poseer fiduciariamente los bienes deberá haberse entregado estos bajo propiedad fiduciaria (Claro Solar, 2013), teniendo que operar una verdadera transferencia de dominio.

2.6.3. El nacimiento de la expectativa del fideicomisario.

Uno de los efectos de la transferencia de dominio en el fideicomiso civil, es el nacimiento de la expectativa del fideicomisario de que eventualmente se verifique el acontecimiento futuro o incierto del cual pende la condición y se convierta en dueño absoluto de la cosa. Es decir, el fideicomisario es titular de un derecho bajo cláusula suspensiva, respecto a esto Savigny nos menciona que la misma, se puede encontrar en tres fases a saber:

La primera es el estado de incertidumbre resultante de la condición (*pendiente conditio*). El derecho no existe aún; es solamente posible, y su relación depende más o menos de la voluntad de los interesados incertidumbre. Este estado de incertidumbre puede cambiarse en certidumbre; y esto de dos maneras, el acontecimiento se realiza (*impleta o expleta conditio*), y entonces la relación de derecho existe tan perfecta como si no hubiera habido jamás condición; al contrario, llega a ser cierto que el acontecimiento no se realizará (*déficit conditio*), y entonces la expectativa de una relación de derecho desaparece sin dejar rastro. (Savigny, 1879, pág. 120)

En efecto, el derecho del fideicomisario se encuentra supeditado a una condición, que únicamente otorga al fiduciario una expectativa respecto de este derecho suspendido. En efecto, al transferirse el dominio del constituyente al fiduciario, nace la propiedad fiduciaria que no es más que un derecho de dominio sujeto a una condición resolutoria (Claro Solar, 2013); y justamente dicho derecho bajo condición resolutoria, encuentra su contrapartida en el derecho bajo condición suspensiva que otorga la expectativa al fideicomisario.

2.6.4. El pago de las expensas de la propiedad fiduciaria por parte del fiduciario.

Al perfeccionarse la transferencia de dominio del constituyente al fiduciario, exigida en el fideicomiso civil, se origina el derecho de propiedad fiduciaria. Una vez constituida la propiedad fiduciaria el legislador ha considerado necesario atribuirle al fiduciario ciertas obligaciones o cargas en miras a la conservación de las cosas y la protección del eventual derecho del fideicomisario. Dentro de estas cargas podemos mencionar, que el fiduciario se encuentra en la obligación del pago de ciertas expensas necesarias para la conservación de la cosa (Claro Solar, 2013). Respecto a que cargas se encuentra el fiduciario en obligación de pagar, Rozas Vial menciona “Para determinar quién soporta, en definitiva, las expensas que haya que hacer en el fideicomiso, hay que distinguir si se trata de expensas necesarias, ordinarias o extraordinarias; o de expensas no necesarias útiles o voluntarias” (Rozas Vial, 2004, pág. 288), en efecto dependiente de qué tipo de expensas que se nos presente, el fiduciario se encontrara en una u otra situación respecto a ellas.

Sin embargo, el fiduciario mientras esté pendiente la condición, se encuentra obligado al pago de todas las expensas presentadas ya que el mismo es dueño de la cosa (Claro Solar, 2013), sin embargo él fiduciario tendrá derecho a que se le reconozcan ciertas expensas realizadas de conformidad al primer inciso del artículo 769 del Código Civil que dispone:

Está obligado a todas las expensas extraordinarias para la conservación de la cosa, incluso el pago de las deudas y de las hipotecas a que estuviere afecta; pero, llegado el caso de la restitución, tendrá derecho a que previamente se le paguen por el fideicomisario dichas expensas, reducidas a lo que con mediana inteligencia y cuidado debieron costar, y con las rebajas que van a expresarse. (Código Civil, 2019).

En efecto, del contenido del artículo antes citado, debemos tener en cuenta que dentro de la propiedad fiduciaria se pueden presentar diversos tipos de expensas. Rozas Vial (Rozas Vial, 2004) ha clasificado las expensas en tres tipos 1) expensas necesarias ordinarias de conservación y cultivo; 2) expensas necesarias extraordinarias; 3) expensas útiles y voluptuarias.

2.6.4.1. Expensas necesarias ordinarias de conservación y cultivo.

Al hablar de las expensas necesarias ordinarias de conservación y cultivo, nos referimos a todos aquellos gastos indispensables que debe incurrir el dueño de la cosa para hacer producir a la misma (Rozas Vial, 2004). Dichas expensas corren totalmente a cargo del fiduciario. sin que exista derecho alguno de que las mismas puedan ser reconocidas por el fideicomisario, esta situación es lógica teniendo en cuenta de que el fiduciario se convierte en dueño de la cosa y que el mismo puede gozar de los frutos de acuerdo al contenido del artículo 767 del Código Civil.

Dentro de estas expensas ordinarias para la conservación y cultivo podemos encontrar a las pensiones, cánones, los impuestos de todo tipo y en definitiva las cargas

periódicas que gravan a la propiedad fiduciaria. Como se mencionó, respecto de estas cargas el fiduciario no tiene derecho alguno de reclamar sobre estas ya que estas emanan de su obligación de conservar la cosa (Bono, 2018).

2.6.4.2. Gastos necesarios extraordinarios.

Al hablar de gastos necesarios extraordinarios nos referimos a ciertas obras mayores que son necesarias, en largos periodos de tiempo, para la conservación como podría ser la reparación del techo de la casa. Al hablar de estos gastos Rozas Vial menciona “Se llaman también obras o refacciones necesarias mayores, y son las que ocurren por una sola vez o a largos intervalos de tiempo, y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa” (Rozas Vial, 2004, pág. 289). Hay que tener presente, que estos gastos por su naturaleza son útiles para el fiduciario como para el fideicomisario, por lo que de acuerdo al contenido del artículo 769 deben ser previamente reembolsados dichos gastos, reducidos a lo que con mediana inteligencia y cuidado debieron costar; teniendo en cuenta, además, las rebajas expresadas en los numerales 1 y 2 del artículo 769 del Código Civil.

a) Rebajas por obras materiales.

Al hablar de estas rebajas, el numeral 1 del artículo 769 del Código Civil dispone “1. Si se han invertido en obras materiales, como diques, puentes, paredes, no se le pagará, en razón de estas obras, sino lo que valgan al tiempo de la restitución” (Código Civil, 2019). En otras palabras, las obras materiales deberán ser reconocidas al fiduciario, pero no se reconocerá el valor íntegro de lo que invirtió sino se le reconocerá el valor de la obra material al momento de la restitución.

b) Rebajas por obras inmateriales.

De igual forma, la segunda rebaja del numeral 2 del artículo 769 del Código Civil expresa:

Si se han invertido en objetos inmateriales, como el pago de una hipoteca, o las costas de un pleito que no hubiera podido dejar de sostenerse sin comprometer los derechos del fideicomisario, se rebajará de lo que hayan costado estos objetos una décima parte por cada año de los que desde entonces hubieren transcurrido hasta el día de la restitución; y si hubieren transcurrido más de diez, nada se deberá por esta causa. (Código Civil, 2019)

La citada regla, nos menciona que las inversiones inmateriales realizadas por el fiduciario, para la conservación de los derechos del fideicomisario deberán ser reconocidas por este al propietario fiduciario. Empero, la inversión inmaterial realizada por el fiduciario, será reducida su valor un 10% cada año hasta la fecha de la restitución y si han pasado más de 10 años nada se deberá por esta causa.

Como ejemplos de obras inmateriales, tenemos el pago de deudas o gravámenes sobre los bienes objeto del fideicomiso; las costas procesales incurridas por el fiduciario en defensa de la propiedad fiduciaria.

2.6.4.3. Gastos útiles y voluptuarias.

Al hablar de gastos útiles podemos manifestar que son aquellas, que no siendo necesarias, aumentan el valor comercial de la cosa (Rozas Vial, 2004). Mientras que las gastos voluptuarias son aquellas que no aumentan el valor comercial de la cosa, pues consisten en objetos de lujo y recreación (Claro Solar, 2013). Estas mejoras, tanto útiles como voluptuarias, por regla general no son reconocidas por el fiduciario, a excepción de los casos previstos en el artículo 772 del Código Civil que dispone

El fiduciario no tendrá derecho a reclamar cosa alguna en razón de mejoras no necesarias, salvo en cuanto lo haya pactado con el fideicomisario a quien se haga la restitución; pero podrá oponer en compensación el aumento de valor que las mejoras hayan producido en las especies, hasta concurrencia de la indemnización que debiere. (Código Civil, 2019)

En otras palabras, el fiduciario podrá reclamar estas mejoras al fideicomisario cuando exista un acuerdo entre ellos de que el fideicomisario reconocerá la mejora realizada por el fiduciario. De igual forma, el fiduciario podrá oponer en compensación el aumento de valor que las mejoras hayan producido en los bienes objeto del fideicomiso.

Respecto del reconocimiento de las mejoras útiles y voluptuarias Rozas Vial nos menciona:

Creemos que, además, el fiduciario puede retirar los materiales de las mejoras, útiles y voluptuarias, que puedan separar sin detrimento de la cosa, si el fideicomisario no se allana a pagarle el valor que tendrían una vez separados de la cosa. (Rozas Vial, 2004, pág. 291)

El autor antes mencionado, manifiesta que en el fiduciario podrá retirar las mejoras útiles y voluptuarias que puedan ser retiradas sin detrimento de la cosa, pero teniendo la posibilidad el fideicomisario de reconocer su valor y evitar el retiro de las mismas. Como ejemplo de mejoras útiles podemos tener la edificación de un cerramiento en los linderos de la propiedad y como ejemplo de mejoras voluptuarias podríamos hablar de la construcción de una pérgola en la entrada de la propiedad.

Con fundamento en lo antes expuesto, la obligación del fiduciario de costear todas las expensas presentadas mientras se encuentre pendiente la condición, encuentra su origen en la facultad del fiduciario de administrar los bienes objeto del fideicomiso contenida en el inciso primero del artículo 771 del Código Civil; que a su vez, encuentra su punto de partida en la obligación de conservar estos bienes en miras a proteger la expectativa del fiduciario. De no ser ejecutadas estas expensas por el fiduciario, los menoscabos producidos a los bienes objetos del fideicomiso deberán ser indemnizados por el fiduciario al fideicomisario, dando lugar a la responsabilidad, situación que será objeto de análisis en el siguiente capítulo.

Conclusiones al segundo capítulo.

Como conclusiones al segundo capítulo del presente trabajo de investigación, debemos manifestar que se presentan aspectos críticos de la figura, que además de volver al fideicomiso civil poco atractivo en su aplicación, lo invisibiliza o confunden con otras figuras como el encargo fiduciario o el fideicomiso mercantil. Dicho esto, debemos manifestar que la situación antes mencionada, no es consecuencia de una deficiente regulación de la figura dentro de la legislación, sino es resultado de un pobre desarrollo y difusión de la figura no solo en el campo práctico de la profesión: sino también, de un deficiente desarrollo de la misma por parte de los juristas ecuatorianos; y también, sin lugar a dudas, del pobre desarrollo jurisprudencial que ha tenido esta figura en nuestro ordenamiento jurídico.

Dentro de los aspectos críticos mencionados en el capítulo, creemos que el más desalentador en la utilización práctica de la figura, es sin duda la obligación que tiene el fiduciario de costear todas las expensas presentadas mientras esté pendiente la condición, lo cual es lógico teniendo en cuenta de que el fiduciario se convierte en dueño de la cosa. Sin embargo, no todas las expensas realizadas por el fiduciario deberán ser reconocidas por el fideicomisario al momento de la restitución, sino únicamente las obras materiales e inmateriales que sean consideradas expensas útiles y necesarias para la conservación de la cosa con las reducciones consideradas en el numeral 1 y 2 del artículo 769 del Código Civil. De igual forma, en el supuesto de que el fiduciario omita costear estas cargas, será civilmente responsable por los menoscabos o deterioros producidos a la propiedad fiduciaria por su culpa, creemos que esta situación es desalentadora para que el fiduciario acepte el derecho de propiedad fiduciaria volviendo poco atractiva a esta figura.

CAPÍTULO 3. EL ALCANCE DE LA ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE LOS BIENES OBJETO DEL FIDEICOMISO.

En el presente capítulo de este trabajo de investigación, se realizará un análisis de las facultades de dominio que tiene el fiduciario, para poder comprender de mejor manera, las obligaciones originadas del fideicomiso civil. Específicamente, trataremos de encontrar los alcances de las facultades de administración y disposición de los bienes por parte del fiduciario.

3.1. Que cosas pueden estar sometidas a la Propiedad Fiduciaria.

Para realizar un análisis de las obligaciones que rodean al fideicomiso civil, debemos primero tener en claro, sobre qué cosas este puede constituirse, es decir el objeto del fideicomiso. El artículo 749 del Código Civil manifiesta “No puede constituirse fideicomiso, sino sobre la totalidad de una herencia, o sobre una cuota determinada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos” (Código Civil, 2019). Dicho esto, el objeto del fideicomiso dependerá si el mismo se constituye por acto testamentario o por acto entre vivos. Justamente la doctrina ha considerado en clasificar a los fideicomisos por su objeto (Claro Solar, 2013), en fideicomisos *Universales* y *Singulares*.

3.1.1. Objeto del fideicomiso universal.

Como hemos manifestado en líneas anteriores, el fideicomiso por acto testamentario podrá tener por objeto, según lo dispuesto en el artículo 749 del Código Civil, la totalidad de la herencia o una cuota determinada de ella. En efecto, cuando hablamos de un fideicomiso universal, tendrá por objeto el patrimonio del causante en calidad de herencia, es decir se recibe por concepto de fideicomiso un conjunto de derechos y obligaciones del causante. Claro Solar define a los fideicomisos universales como “... constituyen verdaderas herencias, pues su objeto es la totalidad del patrimonio

del constituyente, y por eso solo pueden tener efecto definitivo desde la muerte del que los ha constituido” (Claro Solar, 2013, pág. 28), el fideicomiso universal al constituir una verdadera herencia significa que el constituyente transmite una cuota o la totalidad del patrimonio del causante, que constituye una universalidad de derechos y obligaciones.

Al ser los fideicomisos universales verdaderas herencias, significa que podrán constituirse bajo el régimen de propiedad fiduciaria cualquier tipo de bienes ya sean estos fungibles o no fungibles, corporales o no corporales, etcétera (Claro Solar, 2013). Es decir, se constituirá propiedad fiduciaria sobre todos los derechos y obligaciones del patrimonio del constituyente o una cuota determinada de ella, sin distinción de la naturaleza o características propias de estos derechos.

3.1.2. Objeto del fideicomiso singular.

Es necesario recordar, que de acuerdo al contenido del artículo 750 del Código Civil el fideicomiso puede ser constituido ya sea por acto testamentario o por causa de muerte. Debemos manifestar que el fideicomiso civil singular (Claro Solar, 2013), puede ser constituido por acto entre vivos o actos testamentarios, el primero mediante una donación y el segundo mediante un legado asignado mediante testamento. Cuando hablamos de fideicomisos singulares nos referimos a aquellos que tienen por objeto uno o más cuerpos ciertos, respecto al objeto de estos fideicomisos Claro Solar manifiesta:

... pueden constituirse sobre toda clase de cuerpos ciertos con tal de que no sean cosas fungibles, ni cantidades o géneros, ya que el fiduciario está obligado a restituir la cosa misma que constituye el fideicomiso, que con ese fin está obligado a conservar en su integridad y valor. (Claro Solar, 2013, pág. 28)

En otras palabras, el fideicomiso singular puede tener como objeto una cosa determinada en especie, sin importar que esta sea corporal o incorporal, nunca se podrá tener un fideicomiso singular respecto de cosas determinadas en género, cantidad o cosas fungibles.

Al hablar de las cosas determinadas en especie, Rosas Vial nos menciona “Cosa específica es la que consiste en un individuo determinado de un género determinado. Por ejemplo, el caballo de carrera Filibustero”. En definitiva, entendemos por cosa específica aquella que se encuentra caracterizada y que sus detalles propios resaltados por los seres humanos, los diferencian de unos y otros de tal manera que entre ellos no existe un poder liberador. Dicho esto, podrá constituirse fideicomisos singulares sobre una o más cosas específicas; como podría ser una obra de arte autentica, el bien inmueble, joyas personalizadas, vehículos automotores individualizados, etc.

3.2. ¿Qué se entiende por disposición de la propiedad fiduciaria?

Como se ha manifestado reiteradas veces en el presente trabajo de investigación, el fiduciario se convierte en dueño de la cosa una vez constituido el fideicomiso. Debido a esto, el fiduciario es titular de todas las facultades que concede el dominio (Claro Solar, 2013), pero estas facultades se encontraran limitadas debido a la condición resolutoria del derecho de dominio del fiduciario.

Al hablar de las facultades del dominio podemos manifestar que estas son tres: la facultad de usar, gozar y disponer de la cosa y estas se encuentran concentradas en la persona del fiduciario y expresadas en el contenido del primer inciso del artículo 599 del Código Civil que dispone “El dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social.” (Código Civil, 2019). Al hablar de la facultad de disposición de la cosa Rosas Vial nos menciona:

... esta facultad comprende no sólo el consumo de la cosa, entendiendo este consumo en un sentido amplio, es decir, como destrucción material de la cosa y la realización de los actos físicos respecto de ella, como su modificación física, su utilización o no utilización, sino la facultad que tiene el titular de un derecho para desprenderse de él, sea por acto entre vivos o por causa de muerte, sea o

no en favor de otra persona. (Rozas Vial, 2004, pág. 78)

Es decir, la facultad de disponer de la cosa, permite al dueño de la misma realizar actos ya sean jurídicos o materiales de consumo en sentido amplio, como la destrucción de la cosa o modificación de la misma mediante actos físicos o la simple decisión de no utilizarla; además comprende, la disposición que permite desprenderse de ella en favor de un tercero mediante acto testamentario o acto entre vivos; de igual forma, comprende la imposición de un gravamen sobre esta en favor de un tercero como la hipoteca o prenda.

Dicho esto, en la propiedad fiduciaria, por regla general nos encontramos con la facultad de disposición limitada y por excepción con la facultad de disposición en su completa plenitud. Existen casos en los cuales esta facultad de disposición se encuentra limitada por diversas causas como la ley y la voluntad de las partes (Borda, 1996); y en otras ocasiones, nos encontramos con la facultad de disposición completamente suspendida como en el caso de los incapaces. En el fideicomiso civil, normalmente nos encontramos con una facultad de disposición limitada por las reglas contenidas en el Código Civil aplicables a la figura; empero, nos podemos encontrar también, con una facultad de libre disposición por la voluntad del constituyente.

3.2.1. Los estados de la facultad de disposición en el fideicomiso.

Como hemos mencionado en líneas anteriores la facultad de disposición puede encontrarse en dos estados a saber. Un primer estado, que por regla general la facultad de disposición se encontrara limitada por la obligación que tiene el fiduciario de eventualmente realizar la restitución. Un segundo estado, donde la facultad será ejercida por el fiduciario sin restricción alguna.

3.2.1.1. La facultad de disposición de la propiedad fiduciaria limitada por la condición resolutoria de este derecho.

Como se ha manifestado, por regla general nos encontramos en el fideicomiso,

con la facultad de disposición limitada. Esta limitación a la facultad de disponer encuentra su origen en la condición resolutoria exigida en el fideicomiso civil, ya que impone una obligación al fiduciario de restituir eventualmente la cosa; y de dicha obligación, emergen otras como las de mantener la propiedad fiduciaria indivisa y la obligación de conservación de las cosas objeto del fideicomiso (Claro Solar, 2013). Dicho esto, debemos recordar el contenido del artículo 746 del Código Civil que dispone “El propietario fiduciario tiene, sobre las especies que puede ser obligado restituir, los derechos y las cargas del usufructuario con las modificaciones que en los siguientes artículos se expresan.” (Código Civil, 2019), la disposición citada asemeja la situación de hecho en la cual se encuentra el fiduciario, con la que se encuentra el usufructuario; esta aproximación se debe a que tanto el fiduciario como el usufructuario se encuentran en la situación, de verificada el evento fijado por el constituyente, deberán restituir la posesión de la cosa sobre la cual ejercen sus derechos. Sin embargo, como hemos mencionado el usufructuario no es dueño de la cosa, es únicamente nudo propietario por lo que no podrá enajenar las especies entregadas en usufructo.

Esta situación en la que se encuentra el fiduciario, que el legislador ha querido asimilarla a la del usufructuario, trae como consecuencia la existencia de las obligaciones de gozar la cosa sin alterar su integridad y valor, y la de cuidar la misma como buen padre de familia, es decir una obligación de conservar la cosa (Rozas Vial, 2004), obligaciones que han sido impuestas por el legislador al usufructuario en el artículo 778 del Código Civil. Respecto del fideicomiso como limitante de la facultad de disposición Luis Claro Solar menciona

Limitada como se halla la facultad de disposición del fiduciario con respecto al fideicomiso, por el gravamen de restitución eventual, sus facultades de propietario fiduciario se reducen al goce de las cosas que constituyen el fideicomiso, mientras esté pendiente la condición; su situación en cuanto a las cosas que deben restituir, es muy parecida a la de un usufructuario, y la ley lo reconoce... (Claro Solar, 2013, pág. 75)

Si bien es cierto, que por regla general la situación del fiduciario se asemeja a la del usufructuario y por lo tanto, el legislador en el artículo 767 ha determinado que rigen

las normas relativas al usufructo en lo que fuere aplicable a la naturaleza del fideicomiso. Derecho debemos manifestar, que estamos frente a derechos completamente diferentes, pues el fiduciario se convierte en dueño de la cosa, mientras que el usufructuario es únicamente mero tenedor de la cosa, por lo que las normas del usufructo se aplicaran únicamente en lo pertinente, respetando la naturaleza jurídica de la propiedad fiduciaria.

Al hablar de la disposición de la propiedad fiduciaria, debemos recordar que el fiduciario es dueño de la cosa, por lo que este goza de las facultades de dominio, pero estas se encontrarán limitadas por el gravamen de pasar a otra persona una vez verificada la condición (Claro Solar, 2013). Con respecto a los actos de enajenación de la propiedad fiduciaria, el artículo 764 del Código Civil dispone:

La propiedad fiduciaria puede enajenarse entre vivos y transmitirse por causa de muerte; pero, en uno y otro caso, con el cargo de mantenerla indivisa y sujeta al gravamen de restitución, bajo las mismas condiciones que antes.

No será, sin embargo, enajenable entre vivos, cuando el constituyente haya prohibido la enajenación; ni transmisible por testamento o abintestato, cuando el día prefijado para la restitución es el de la muerte del fiduciario; y en este segundo caso, si el fiduciario la enajena en vida, será siempre su muerte lo que determine el día de la restitución. (Código Civil, 2019)

En otras palabras, se pueden enajenar la propiedad fiduciaria, por acto entre vivos o transmitirse por causa de muerte, pero sujeto siempre al gravamen de restitución. Empero, el constituyente puede prohibirle al fiduciario enajenarlo, ni será transmisible por causa de muerte cuando el hecho futuro e incierto del cual pende la condición, es el día de la muerte del fiduciario.

Con respecto al gravamen de la propiedad fiduciaria, el fiduciario al ser dueño de la cosa podrá imponer gravámenes sobre los bienes objeto del fideicomiso. A pesar de ser esta situación lógica, el legislador ha creído conveniente expresar la misma en el artículo 770 del Código Civil que expresa:

En cuanto a la imposición de hipotecas, servidumbres, y cualquier otro gravamen, los bienes que fiduciariamente se posean se asimilarán a los bienes de la persona que vive bajo tutela o curaduría, y las facultades del fiduciario a las del tutor o curador. Impuestos dichos gravámenes sin previa autorización judicial con conocimiento de causa, y con audiencia de los que según el Art. 774 tengan derecho para solicitar providencias conservatorias, no estará obligado el fideicomisario a reconocerlos. (Código Civil, 2019)

Dicho esto podemos manifestar, que la posibilidad que tiene el fiduciario de gravar la cosa se encuentra limitada, situación que es lógica teniendo en cuenta que su facultad de enajenarla también se encuentra limitada. Esa situación es entendible de acuerdo a la naturaleza resoluble de la propiedad fiduciaria, por lo que el legislador ha creído conveniente asimilar esta situación a la que se sujetan los bienes bajo tutela o curaduría. Respecto a las consecuencias de esta situación, Rozas Vial menciona que para que un gravamen tenga plena validez se requiere “1. Autorización judicial dada con conocimiento de causas; 2. Audiencia de las personas (...), esto es, el fideicomisario; o si éste es una persona que todavía no existe y cuya existencia se espera, sus ascendientes legítimos; los personeros de las corporaciones y fundaciones interesadas (...)” (Rozas Vial, 2004, pág. 287). De incumplirse estas formalidades, el gravamen no podrá ser obligado el fideicomisario a reconocer este gravamen según lo manifestado en el artículo 770 del Código Civil.

Con respecto de los demás actos de disposición, el inciso primero del artículo 771 del Código Civil dispone “Por lo demás, el fiduciario tiene la libre administración de las especies comprendidas en el fideicomiso, y podrá mudar su forma; pero conservando su integridad y valor.” (Código Civil, 2019). En otras palabras, el fiduciario puede realizar actos físicos sobre la propiedad fiduciaria tendiente a modificarlos, pero siempre deberá conservar su integridad y valor; por ejemplo, el fiduciario podría reemplazar los cultivos de la propiedad fiduciaria con otro tipo de vegetal, legumbre u hortaliza de mismo valor que el antes sembrado.

En definitiva, la facultad de disposición por regla general se encuentra limitada en el fideicomiso, debido a la obligación eventual de restituir la propiedad de estos bienes entregados al fideicomisario. Por lo que, la facultad de disposición en estos casos se reducirá únicamente a la imposición de ciertos gravámenes y la realización de ciertos actos provenientes de la administración del fideicomiso, como mudar su forma pero, de conformidad con el artículo 771 del Código Civil, conservando su integridad y valor; de igual forma, el fiduciario podrá disponer de su derecho de propiedad fiduciaria (Claro Solar, 2013), enajenándolo por acto entre vivos o transmitiéndolo por causa de muerte, pero en el mismo estado que este lo recibió, es decir, sujeto la gravamen de pasar a otra persona de verificarse la condición, según lo dispuesto en el artículo 764 del Código Civil; que de igual forma, determina la posibilidad del constituyente de prohibirle al fiduciario enajenar la propiedad fiduciaria.

3.2.1.2. Excepción a la regla: facultad de disposición plena de la propiedad fiduciaria.

Como hemos manifestado en el punto anterior, por regla general la facultad de disposición de la propiedad fiduciaria se encuentra limitada en el fideicomiso civil. Pero esta regla general tiene una excepción, que es cuando por voluntad del constituyente este le ha concedido el libre uso y disposición de la cosa. El artículo 773 del Código Civil dispone

Si por la constitución del fideicomiso se concede expresamente al fiduciario el derecho de gozar de la propiedad a su arbitrio, no será responsable de ningún deterioro. Si se le concede además la libre disposición de la propiedad, el fideicomisario tendrá sólo el derecho de reclamar lo que exista al tiempo de la restitución. (Código Civil, 2019)

Es decir, el constituyente mediante su autonomía de la voluntad otorga al fiduciario la facultad de disponer libremente de los bienes en detrimento de la expectativa del fideicomisario. Dicho otorgamiento deberá constar en el instrumento público de constitución para que produzca el efecto esperado.

En el caso de que el constituyente haya otorgado al fiduciario, la facultad de disponer libremente de los bienes objeto del fideicomiso, este se encontrara únicamente en la obligación de restituir lo que quede y en la forma en la que se encuentre al momento de haberse verificado la condición, sin que pueda originarse responsabilidad alguna del fiduciario por el estado de las cosas. Con respecto al otorgamiento de la facultad de libre disposición de las especies que comprenden el fideicomiso Claro Solar manifiesta:

La ley se refiere separadamente al caso en que el constituyente ha concedido al fiduciario la libre disposición de la cosa. El fiduciario puede entonces disponer de los bienes del fideicomiso como propios y sin que las enajenaciones queden sujetas al gravamen de restitución en el evento de cumplirse la condición; pues el fiduciario soluciona su obligación restituyendo lo que quede y en el estado en el que quede, *quod ex haereditate superfuerit*. (Claro Solar, 2013, pág. 93)

En definitiva, el fiduciario podrá ejercer libremente la facultad de disposición de los bienes cuando el constituyente así lo ha determinado y deberá restituir únicamente el sobrante una vez verificada la condición; por lo que podrá, enajenar, gravar, modificar las cosas bajo propiedad fiduciaria a su antojo; puesto que, al concederse la libre disposición de la cosa objeto del fideicomiso, el fiduciario podrá disponer de esta como suya sin que tenga que responder por los gravámenes impuestos a esta.

3.2.2. La enajenación de la propiedad fiduciaria.

Debemos empezar manifestando, que uno de los actos de mayor importancia que comprende la facultad de disponer es justamente la enajenación. La enajenación consiste en aquellos actos jurídicos en los cuales el dueño de la cosa, manifiesta su voluntad de desprenderse de ella o de afectar estas cosas en favor de un tercero. Rozas Vial define de manera precisa los actos de enajenación de la siguiente manera

En sentido amplio la enajenación es todo acto en virtud del cual se transfiere el dominio de una cosa o se constituye un derecho real sobre ella en favor de un tercero. En sentido restringido, enajenación significa transferencia de dominio.

(Rozas Vial, 2004, pág. 79)

Es decir, mediante la enajenación se pueden llegar a transferir los derechos que se encuentran en el patrimonio de una persona o constituir en favor de terceros derechos reales sobre cosas, es decir, se puede transferir o transmitir o grabar la propiedad fiduciaria.

Dentro de la legislación ecuatoriana se puede enajenar la propiedad fiduciaria por acto entre vivos, pero dicha enajenación transferirá el derecho del fiduciario con los mismos beneficios y cargas con el que este ejercía su titularidad. En este sentido, el inciso primero del artículo 764 del Código Civil dispone “La propiedad fiduciaria puede enajenarse entre vivos y transmitirse por causa de muerte; pero, en uno y otro caso, con el cargo de mantenerla indivisa y sujeta al gravamen de restitución, bajo las mismas condiciones que antes.” (Código Civil, 2019), es decir, el fiduciario puede transferir por acto entre vivos el derecho de dominio sobre las cosas objeto del fideicomiso, pero quien las recibe se encontrará igual sujeto al gravamen de restituir la misma al constituyente, una vez verificada la condición.

Es decir, quien adquiera la propiedad fiduciaria, se encontrará en la obligación de restituir este bien, en caso de verificarse el acontecimiento futuro e incierto. Respecto a la enajenación de la propiedad fiduciaria Claro Solar nos menciona

La propiedad fiduciaria puede enajenarse entre vivos, como tal, es decir con el recargo de mantenerla indivisa y sujeta al gravamen de restitución, tal como la tiene el enajenador, porque nadie puede transferir a otro más de los derechos que el que le corresponde sobre las cosas que enajena. (Claro Solar, 2013, pág. 71)

Empero se deberán cumplir con la presencia de un título y un modo para que opere la transferencia del derecho de propiedad fiduciaria. En efecto, nadie puede transferir más que los derechos que tiene de conformidad al contenido de los artículos 698 y 699 del Código Civil, sobre todo al transferirse un derecho de dominio que requiere que opere

la tradición de la cosa, teniendo en cuenta que este modo de adquirir el dominio es derivativo (Parraguez, 2016), el derecho del quien recibe los bienes, tendrá como antecedente al del fiduciario.

3.2.2.1. Condición de no enajenar la propiedad fiduciaria.

Si bien el constituyente mediante su autonomía de la voluntad puede otorgar al fiduciario la libre disposición de los bienes, mediante la misma puede imponer una prohibición de enajenar los mismos al momento de constituir el fideicomiso mediante acto entre vivos. Esta prohibición de enajenar se encuentra plasmada en el contenido del segundo inciso del artículo 764 que expresa “No será, sin embargo, enajenable entre vivos, cuando el constituyente haya prohibido la enajenación...” (Código Civil, 2019), esta prohibición de enajenar impide al fiduciario transferir la propiedad fiduciaria a terceros. Esta prohibición de enajenar es una garantía que ofrece el legislador al constituyente (Claro Solar, 2013), para que este pueda asegurar que las cosas restituidas al fiduciario se conserven en su integridad y valor.

3.2.3. De los gravámenes impuestos por el fiduciario al fideicomiso.

Es lógico que, si el propietario fiduciario puede enajenar los bienes objeto del fideicomiso, puede también gravarlos, siendo esto un acto de enajenación de las cosas sujetas al dominio pues implica la imposición de un gravamen o derecho real en favor de una tercera persona. Sin embargo, el legislador ha creído correcto contemplar esta situación en el contenido del artículo 770 del Código Civil que expresa:

En cuanto a la imposición de hipotecas, servidumbres, y cualquier otro gravamen, los bienes que fiduciariamente se posean se asimilarán a los bienes de la persona que vive bajo tutela o curaduría, y las facultades del fiduciario a las del tutor o curador. Impuestos dichos gravámenes sin previa autorización judicial con conocimiento de causa, y con audiencia de los que según el Art. 774 tengan

derecho para solicitar providencias conservatorias, no estará obligado el fideicomisario a reconocerlos. (Código Civil, 2019)

Podemos entonces manifestar, que la posibilidad que tiene el fiduciario de disponer de la cosa se encuentra limitada, al igual que su posibilidad de enajenarla. Esta limitación a imponer gravámenes sobre la cosa, encuentra de igual forma su origen en la condición resolutoria del derecho de propiedad fiduciaria (Parraguez, 2016). Esa situación es entendible de acuerdo a la naturaleza resoluble de la propiedad fiduciaria, por lo que el legislador ha creído conveniente asimilar esta situación a la que se sujetan los bienes bajo tutela o curaduría.

En definitiva, el fiduciario podrá imponer gravámenes sobre los bienes objetos del fideicomiso como una hipoteca o cualquier servidumbre. Dichos gravámenes, al estar sometidos a las reglas de la tutela o curaduría, deberán ser impuestos en miras a la conservación de la cosa (Rozas Vial, 2004); como el pago de las deudas que estuviesen sobre los bienes bajo propiedad fiduciarias, que hayan sido impuestas por el constituyente antes de constituirse el fideicomiso y que el fiduciario no tenga otros medios para satisfacerla (Claro Solar, 2013); también, la imposición de un gravamen para obtener los réditos necesarios para ejecutar actos de conservación de la cosa necesarios y que no pueden ser postergados ya que amenazan la existencia de las cosas objeto del fideicomiso o su valor real (Parraguez, El régimen jurídico de los bienes, 2016); de igual forma, se podrá imponer un gravamen para la obtención de recursos para ejecutar obras extraordinarias que aumenten el valor comercial de la cosa o signifiquen la potencialización de la producción de los bienes bajo propiedad fiduciaria (Claro Solar, 2013). Sin embargo, para que dichos gravámenes sean oponibles al fideicomisario será necesario que el mismo se constituya de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 770 del Código Civil.

3.2.3.1. Forma en la cual se debe constituir un gravamen sobre la propiedad fiduciaria.

Como se había mencionado en líneas anteriores, al gravar los bienes bajo propiedad fiduciaria, estos se someterán a las reglas de los bienes de la persona bajo tutela y curaduría según lo dispuesto en el artículo 770 del Código Civil. Debido a esto, la imposición de gravámenes deberá realizarse mediante autorización judicial en audiencia, con conocimiento de causa del fiduciario. Rozas Vial menciona que para que un gravamen tenga plena validez se requiere “1. Autorización judicial dada con conocimiento de causas; 2. Audiencia de las personas (...), esto es, el fideicomisario; o si éste es una persona que todavía no existe y cuya existencia se espera, sus ascendientes legítimos; los personeros de las corporaciones y fundaciones interesadas (...)” (Rozas Vial, 2004, pág. 287). De incumplirse estas formalidades, el gravamen no podrá ser obligado el fideicomisario a reconocer este gravamen según lo manifestado en el artículo 770 del Código Civil.

Empero, para que el juez autorice la imposición del gravamen por parte del fiduciario deberá esta justificar la pertinencia y necesidad del mismo, con miras a asegurar los derechos eventuales del fideicomisario. Con respecto a esta situación Claro Solar menciona

... pero para que el juez autorice la imposición de alguno de estos gravámenes, es necesario que se pruebe la necesidad o la utilidad manifiesta de proporcionarse recursos por este medio en provecho de la conservación y mejora de los mismos bienes, y por lo mismo del fideicomiso. (Claro Solar, 2013, pág. 77)

Dicho esto, las imposiciones de gravámenes deben ser en miras únicamente a beneficiar el fideicomiso, por lo que las necesidades del fiduciario jamás podrán ser considerados como motivos suficientes para la imposición de un gravamen. Con esta autorización judicial, los gravámenes impuestos por el fiduciario deberán ser reconocidos por el beneficiario al momento de la restitución.

3.3. Que se entiende por administración de un fideicomiso.

Antes de realizar un análisis de la administración del fideicomiso, nos debemos preguntar, que entendemos por la administración de bienes. Con relación a la administración de bienes Bono nos menciona

Ocurre que, cuando se alude a administración de bienes, en general se espera de la actividad encomendada un cierto fruto, rinde o ventaja, de manera que, por ejemplo, la entrega de unos inmuebles podrá ser no solo para su conservación, sino para obtener el beneficio de rentas locativas que aparecen como un plus superior y trascendente a la conservación, a la que, si bien -lógicamente- cabe incluir, también aparece superada por el manejo o destinación dada a los bienes. Evidentemente, la finalidad de administración conlleva y presupone la conservación, pero no a la inversa. (Bono, 2018, págs. 120-121)

En otras palabras, cuando hablamos de la facultad de administrar los bienes objeto del fideicomiso, nos referimos a que el fiduciario se encuentra obligado a realizar actos tendientes a conservar la cosa en su integridad y valor; pero de igual forma, para producirla en miras al cumplimiento del fin de la propiedad fiduciaria, no pudiendo este dejar a la propiedad abandonada o improductiva.

Con fundamento a lo antes expuesto, una de las facultades de mayor importancia del fiduciario dentro del fideicomiso, es la de administrar la cosa sobre la cual se constituye la propiedad fiduciaria, esta administración la deberá ejercer con el fin de conservar la cosa en su integridad y valor en miras a la eventual restitución querida por el constituyente. Es necesario recordar, que el fiduciario no puede garantizar al constituyente el cumplimiento de la condición (Rodríguez Azuero, Negocios Fiduciarios, 2005), pero si se encontrará obligado a tratar de procurar los mejores esfuerzos en miras a la eventual restitución, para así procurar cumplir con la voluntad del constituyente.

Dicho esto, podemos manifestar que, si bien el fiduciario goza de la libre administración de los bienes, esta libre administración se encuentra limitada por la condición de pasar a otra persona al verificarse la condición. Con respecto a esta situación el inciso primero del artículo 771 del Código Civil dispone “Por lo demás, el fiduciario tiene la libre administración de las especies comprendidas en el fideicomiso, y podrá

mudar su forma; pero conservando su integridad y valor.” (Código Civil, 2019), es decir, la facultad de administrar el fideicomiso se encuentra limitado por la obligación de conservación que encuentra su origen los derechos eventuales resultantes de la condición. Esta obligación de conservación de la cosa, ha sido impuesta por el legislador (Claro Solar, 2013) para precautelar los derechos eventuales del fideicomisario y sobretodo evitar el deterioro de las propiedades, considerando que el fiduciario al no ser dueño absoluto de la cosa podría descuidarla (Rozas Vial, 2004), por esto el espíritu del Código Civil, es siempre preferir la propiedad plena y absoluta a otros derechos reales.

Empero, la facultad del fiduciario de administrar la propiedad fiduciaria se asemeja a la que tiene el usufructuario, pero con sus diferencias ya que estamos frente a derechos reales de naturalezas diferentes. Respecto a esta semejanza Claro Solar manifiesta

Las facultades administrativas del fiduciario son mucho más amplias que las del usufructuario: éste debe conservar la forma y sustancia de la cosa fructuaria y sus facultades son meramente administrativas; salvo que se tratase de cosa fungible, de que goza con cargo de restituir igual cantidad y calidad del mismo género o de pagar su valor; mientras que el fiduciario puede mudar la forma de las especies comprendidas en el fideicomiso, conservando su integridad y valor; y tiene facultades de libre administración, sin otra limitación que la que procede del gravamen de restitución en el evento condicional que resuelva su derecho (Claro Solar, 2013, pág. 82)

En otras palabras, las facultades administrativas del fiduciario respecto del bienes del fideicomiso, son mucho más amplias que las del usufructuario, pues el derecho del titular es el dominio más no el usufructo. Dicho esto, la facultad de administrar la propiedad fiduciaria, permite que este pueda modificar su forma (Claro Solar, 2013), siempre que mantenga su integridad y valor, es decir puede producir la cosa objeto del fideicomiso; de igual forma, deberá defender la propiedad fiduciaria de acatos de terceras personas ajenas a ella (Rodríguez Azuero, 2002); también, deberá encargarse de todas las expensas ordinarias y extraordinarias (Rozas Vial, 2004) necesarias para la conservación de la cosa; y de la misma forma, deberá cancelar los impuestos y tasas que rigen sobre la propiedad fiduciaria.

Dicho esto, la administración de la propiedad fiduciarias, que encuentra su punto de partida en la obligación de conservación, se origina la obligación del fiduciario de responder por todas las expensas presentadas mientras pende la condición, como se ha evidenciado en el segundo capítulo del presente trabajo de investigación. El fiduciario está obligado al pago de todas las expensas presentadas mientras pende la condición, puesto que el mismo es dueño de la cosa (Claro Solar, 2013); sin embargo, él fiduciario tendrá derecho a que se le reconozcan ciertas expensas realizadas de conformidad al primer inciso del artículo 769 del Código Civil. Podemos manifestar, que esencialmente el fiduciario se encuentra en la obligación de realizar todas las expensas necesarias ordinarias y extraordinarias para la conservación de la cosa; en el caso de no realizarlas, y se produzca un perjuicio al derecho del fideicomisario, el fiduciario deberá responder por los menos cabos y deterioros derivados del acto culposo de actuar con negligencia en la no realización de las expensas necesarias para la conservación de la cosa.

3.3.1. La naturaleza de las obligaciones del fiduciario emanadas de la libre administración de los bienes.

Como se ha manifestado en líneas anteriores, el fiduciario está facultado a administrar libremente los bienes objeto del fideicomiso, pero de esta facultad de administrar, derivan ciertas obligaciones del fiduciario, principalmente la de efectuar las expensas necesarias para la conservación de la cosa. Dicho esto, para efecto de poder comprender de manera correcta la responsabilidad del fiduciario, será necesario conocer la naturaleza jurídica de estas obligaciones que son de medio y más no de resultado. Si bien sabemos que el fideicomiso civil no se presenta la figura del encargo fiduciario, la obligación de conservación se origina de la naturaleza del fideicomiso, que no es más que una propiedad sujeta a aun fin a través de una cláusula resolutoria, por esto el artículo 771 del Código Civil ha impuesto al fiduciario la obligación de conservar la cosa en su integridad y valor mientras esté pendiente la condición.

3.3.1.1. Las obligaciones son de medio y no de resultado.

Como resultado de las facultades anteriormente descritas, el propietario fiduciario se encuentra en riesgo de ser sujeto de responsabilidad civil, una consecuencia natural del derecho de las obligaciones. Antes de enmarcar el tipo de responsabilidad que podría acarrear la actividad realizada por el fiduciario mientras esté pendiente la condición, es necesario definir qué tipo de obligaciones provienen del fideicomiso. Las naturalezas de las obligaciones fiduciarias son de medio y no de resultado (Claro Solar, 2013), Álvarez Norambuena define las obligaciones de resultado como “La obligación es de resultado cuando por las características de la prestación es casi seguro que el deudor, con la debida diligencia, pueda cumplir” (Álvarez, 2016), y las de medio como “...las obligaciones de diligencia o medio, la eventualidad es de tal naturaleza, que dicha seguridad no existe. En ese caso el objeto de la prestación ya no es el resultado sino la diligencia” (Álvarez, 2016). Dicho esto, las obligaciones de medio serán aquellas en las cuales el acreedor de la misma, cumpliendo de manera diligente sus obligaciones, puede asegurar los resultados de la misma, como por ejemplo una compraventa donde la obligación de resultado serán transferir el dominio y pagar el justo precio del bien; mientras que obligaciones de medio serán aquellas donde los resultados no puedan asegurarse, por lo que importara únicamente la diligencia del deudor para efectos de la responsabilidad civil, como por ejemplo el usufructo, el arrendamiento y el encargo fiduciario.

Partiendo de lo antes mencionado, las obligaciones fiduciarias pueden ser de medio, debido al hecho de que el fiduciario, adquiere la titularidad de los bienes para administrarlos y conservarlos mientras esté pendiente la condición, que resuelve la existencia de ese derecho de dominio (Claro Solar, 2013) un ejemplo de estas es la realización de las expensas necesarias para la conversación de la cosa. Sin embargo, si bien en su mayoría son de medio, existen también obligaciones de resultado, respecto a las obligaciones del fideicomiso Gustavo Bono menciona:

Por tanto, si bien la noción general de la administración tiende a ser considerada como una obligación de medios y en su mérito reglada por el estándar de diligencia cualificada de buen hombre de negocios, varias de las prestaciones que componen o integran esa prestación son consideradas de resultado. (Bono, 2018, pág. 277)

En efecto, podríamos decir que no todas las obligaciones del fiduciario son de medio, pues también existen obligaciones de resultado, como en efecto lo es la restitución de los bienes objeto del fideicomiso una vez verificada la condición resolutoria de la propiedad fiduciaria; pero las obligaciones del fiduciario emanadas de la facultad de administrar los objetos del fideicomiso, podríamos decir que si son de medio y obligan al fiduciario a conservar la cosa como buen padre de familia, respondiendo hasta por culpa leve de acuerdo al artículo 771 del Código Civil.

3.3.1.2. La obligación de conservar los bienes objeto del Fideicomiso.

Como se ha manifestado en líneas anteriores, la obligación de conservar la cosa aparece como limite a la facultad de libre administración de las cosas sujetas a propiedad fiduciaria que tiene el fiduciario, ya que este podrá mudarlos, pero obligado a conservar su integridad y valor; es decir, su goce se reduce a los frutos y productos (Rozas Vial, 2004), más no tendrá un goce absoluto de la cosa pues no podrá mudarla a su antojo, pues se encuentra en la obligación de mantenerla indivisa y sujeta la gravamen de restitución, por lo que el fiduciario se encuentra en la obligación de conservar la cosa en su estado óptimo de acuerdo a la naturaleza del bien.

Dicha obligación de conservar, se presenta como regla general en los fideicomisos y se encuentra contenida en el artículo 771 del Código Civil y obliga a fiduciario a cuidar de la cosa como buen padre de familia (Claro Solar, 2013), respecto a la obligación de conservación Gustavo Bono menciona

El deber de conservación se activa inmediatamente con la transmisión de los bienes al fiduciario y se traduce en la labor general de custodia o preservación que incluye no solo aquellos cuidados de orden material, sino también aquellos cuidados de orden jurídico, como son las acciones tendientes a su defensa ya sea como actos, o como demandado... (Bono, 2018, págs. 266-267)

Entonces, la obligación de conservación de los bienes objeto del fideicomiso obliga al fiduciario a la realización de actos materiales y jurídicos, encaminados a conservar la

integridad y valor de los bienes que eventualmente serán transferidos al fiduciario de haberse cumplido una condición. Dentro de estos actos jurídicos y materiales podemos mencionar la realización de las expensas necesarias, ordinarias o extraordinarias, que se encuentra obligado el fiduciario a costearlas en miras de a la conservación de la cosa.

Empero, existen casos en donde el constituyente en base a su autonomía de la voluntad concede el goce absoluto de las cosas sujetas a propiedad fiduciaria, eliminando la obligación del fiduciario de conservar las cosas objeto del fideicomiso, dicha posibilidad se encuentra contemplada en el primer inciso del artículo 774 del Código Civil que dispone “Si por la constitución del fideicomiso se concede expresamente al fiduciario el derecho de gozar de la propiedad a su arbitrio, no será responsable de ningún deterioro.” (Código Civil, 2019), de concederse esta posibilidad al fiduciario este podrá gozar de la libre administración del bien sin limitación alguna y sin tener que responder por algún deterioro causado.

Con respecto a esta posibilidad del constituyente de suprimir la obligación de conservación de la cosa Claro Solar nos manifiesta:

Pero el constituyente, que tiene confianza en la honorabilidad y diligencia del fiduciario y que quiere ponerlo a cubierto de cualquier reclamación que pudiera hacer el fideicomisario en razón de posibles menoscabos o deterioros que hayan podido producirse, tal vez fortuitamente, otorga al fiduciario el derecho de gozar de la propiedad a su arbitrio, esto es, según su voluntad y sin sujetarse estrictamente a las prescripciones legales en cuanto a la extensión de su goce. (Claro Solar, 2013, pág. 91)

En otras palabras, el constituyente blindo al fiduciario de cualquier posible reclamo, por deterioros causados sobre la cosa atribuibles a su hecho o culpa, que pueda tener el fideicomisario.

De igual forma, debemos manifestar que la obligación de conservación de la cosa, no únicamente impone cargas al fiduciario, sino que estas obligaciones de

conservación tienen como contra parte, ciertos derechos del fiduciario. En efecto, la obligación de conservación constituye una garantía del fideicomisario (Claro Solar, 2013) con respecto de su eventual derecho frente a posibles abusos del fiduciario, por esto el beneficiario podrán solicitar al juzgador las providencias conservatorias que le convengan, en contra de estos posibles abusos del fiduciario de acuerdo al contenido del artículo 774 del Código Civil.

3.4. La responsabilidad civil del fiduciario emanada de la facultad de administrar.

Durante el presente trabajo de investigación, hemos descrito la figura del fideicomiso y la naturaleza jurídica de las obligaciones que rodean la dinámica del fideicomiso. Como se sabe, al presentarse cualquier derecho concurre una contraparte que consiste en una obligación, y al presentarse una obligación siempre existirá un riesgo implícito de originarse de la misma responsabilidad civil de quien la incumplió. Al hablar de la responsabilidad civil del fiduciario, nos encontramos con un extenso campo de análisis que sobrepasa los fines de este escrito. Dicho esto, nos concentraremos en realizar un análisis breve de la responsabilidad civil del fiduciario que emana de la obligación de conservación durante la administración de la propiedad fiduciaria.

3.4.1. Breve noción de responsabilidad civil.

Para un correcto entendimiento de la responsabilidad civil del fiduciario, debemos tener claro que entendemos por esta responsabilidad. Como hemos manifestado con anterioridad, la existencia de un derecho lleva consigo la obligación de una, varias o todas las personas de respetarlo y no perturbarlo. Esta obligación, siempre viene acompañada de un riesgo de que una persona lo perturbe y produzca un daño al titular del derecho, dando origen a la responsabilidad de responder por este daño causado por hecho o culpa. En palabras de Valencia y Ortiz la responsabilidad civil supone:

La responsabilidad civil supone siempre una relación entre dos sujetos, de los cuales uno ha sido la causa de un daño y otro lo ha sufrido. La responsabilidad

civil es la consecuencia jurídica, o sea, la obligación del autor del daño de reparar el perjuicio ocasionado. (Valencia & Ortiz, 1998, pág. 151)

En efecto, podríamos decir que la responsabilidad civil en todos los casos se resuelve en una obligación de indemnizar el daño causado, por lo tanto, será el responsable quien se encuentre en la obligación de indemnizar.

3.4.1.1. El fundamento de la responsabilidad civil.

El fundamento de la responsabilidad civil, ha sido largamente debatido por parte de la doctrina obteniendo dos doctrinas de gran importancia para la responsabilidad civil, que son la doctrina subjetiva y objetiva. La importancia de estas doctrinas, es que nos ayuda a determinar los elementos de la responsabilidad civil de acuerdo a la naturaleza de la obligación incumplida o del derecho lesionado que produce un daño. La doctrina subjetiva de la responsabilidad civil (Valencia & Ortiz, 1998) es aquella que se sujeta al principio de que toda obligación de reparar un daño causado, debe ser originando por dolo o culpa. Es decir, la responsabilidad de indemnizar los daños tiene su origen en un hecho psíquico de quien produce el daño (Álvarez, 2016), dicha doctrina nace como respuesta a los regímenes jurídicos impositivos primitivos que existían en la antigüedad, donde no se miraba dolo o culpa para determinar la responsabilidad sino cualquier daño causado debía ser indemnizado

Al hablar de la doctrina de la responsabilidad civil objetiva o de riesgo, que establece el principio de que el autor del daño responde por este, sin entrar en el análisis de elementos subjetivos como el dolo o la culpa, sino de pleno derecho. Con relación a esta doctrina Valencia y Ortiz mencionan:

En su acepción más general (aunque dominante hoy en día), se enuncia la teoría objetiva (o responsabilidad de pleno derecho) así: *el hombre debe responder de sus actos en razón de que cualquier actividad entraña riesgos y peligros*, responde por lo tanto, sin necesidad del elemento subjetivo de la culpa. De ahí precisamente el nombre que se le da a esta responsabilidad, desprendida de toda idea de culpa:

responsabilidad objetiva o responsabilidad por los riesgos de los actos de cada cual.
(Valencia & Ortiz, 1998, pág. 156)

Es por esto, que hablamos de una responsabilidad de pleno derecho, pues no se entrará en consideraciones respecto de la forma en la cual actuó el causante de un daño, sino únicamente responde por el hecho de haber obrado y causado daño.

3.4.1.2. Los elementos de la responsabilidad civil.

Al hablar de elementos de la responsabilidad civil, nos referimos a los supuestos que deberán verificarse para la existencia de este tipo de responsabilidad. Como se manifestó en líneas anteriores, los elementos de la responsabilidad civil dependerán de si estamos frente a responsabilidad civil objetiva o subjetiva. Al hablar de los elementos de la responsabilidad civil objetiva (Álvarez, 2016) podemos decir que estos son: a) la autoría material, b) el daño causado, c) el nexo causal entre el daño y la autoría; cómo podemos observar, no existe elemento subjetivo alguno en la doctrina objetiva, justamente de esta situación es de donde deriva su nombre.

Mientras que los elementos de la responsabilidad civil subjetiva podríamos decir que son: a) el dolo o la culpa del que causa daño, b) el daño y c) el nexo causal que media entre estas dos. Estos elementos, son reconocidos por gran parte de la doctrina como necesarios para la existencia de la responsabilidad civil, pero no contemplan al acto del imputado como un elemento más. Respecto a esta situación Valencia y Ortiz mencionan

La mayoría de autores y jueces, abreviadamente solo mencionan tres elementos: culpa, el daño y el nexo causal; pero ocurre que al mencionar la culpa, implícitamente se están mencionando dos elementos: la autoría del daño, o sea la imputabilidad, y el hecho de que la autoría o imputabilidad haya sido voluntaria, vale decir que se ha obrado con dolo o culpa. (Valencia & Ortiz, 1998, pág. 165)

En definitiva, al hablar de los elementos de la responsabilidad civil subjetiva podemos manifestar que estos son 3: a) el acto, b) la culpa o dolo que produce el daño, c) el daño,

d) el nexo causal entre este daño y la culpa o solo. Una vez verificados estos elementos, podemos manifestar que se ha originado responsabilidad civil.

3.4.2. La naturaleza de la responsabilidad civil del fiduciario.

En líneas anteriores, hemos realizado una breve reseña de la responsabilidad civil, que nos ayudará a comprender de mejor manera la naturaleza de la responsabilidad del fiduciario. De igual forma, será necesario recordar que la obligación principal del fiduciario es la de eventualmente restituir la cosa, pero dicha restitución concede una expectativa al fideicomisario que el legislador ha querido proteger, imponiendo al fiduciario una obligación de conservación, que no es más que una obligación accesoria en miras de la obligación principal que es la restitución (Claro Solar, 2013), pues constituye una garantía para el fideicomisario, de los abusos del propietario fiduciario. Dicho eso, trataremos de encontrar la naturaleza de la responsabilidad que eventualmente se podría originar de estas obligaciones.

Debo manifestar, que la naturaleza de la responsabilidad civil del fiduciario es sin duda subjetiva, y esta aseveración se desprende del contenido del inciso segundo del artículo 771 del Código Civil respecto de la administración de la propiedad fiduciaria, que expresa “Será responsable de los menoscabos y deterioros que provengan de su hecho o culpa.” (Código Civil, 2019). Es decir, el fiduciario responderá por culpa civilmente respecto del fideicomisario, en el caso de que incumpla su obligación de conservar la cosa y cause deterioros sobre esta; en definitiva, el legislador dispone de un elemento subjetivo para determinar el nacimiento o no de la responsabilidad. Respecto a la naturaleza de las obligaciones del fiduciario Kiper & Lisoprawski manifiestan:

Por tanto, el fiduciario será responsable cuando el daño sea el resultado de su actuar culpable, esto es, con negligencia, ligereza o ignorancia de las cosas que deben conocer necesariamente. Además, su obrar antijurídico puede resultar tanto en una acción como omisión. Cada vez, que el fiduciario incurra en la omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación, ya sea por

impericia, imprudencia o negligencia, faltarán a su obligación y será culpable.
(Kiper & Lisoprawski, 2004, pág. 305)

Es decir, el elemento subjetivo de la culpa, se puede verificarse por acto u omisión del fiduciario, siempre que este obrar sea culposo como actos de ligereza en el resguardo, o cuando existe actos u omisiones negligentes o imprudentes en la obligación de conservación y se producen deterioros en los objetos causando un daño en la expectativa del fiduciario.

Al exigir el legislador la verificación del elemento culpa para el nacimiento de la responsabilidad civil del fiduciario (Claro Solar, 2013), nos determina que la naturaleza de la responsabilidad del fiduciario es sin duda subjetiva. Lo cual es perfectamente lógico, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de las obligaciones del fiduciario, sobretodo de la obligación de conservación que son consideradas de medio más no de resultado (Bono, 2018). Al ser obligaciones de medio, el fiduciario no podrá garantizar el cumplimiento del acontecimiento futuro e incierto de cual pende la condición; por lo que realmente importara, a la hora de determinar la responsabilidad, es la prestación de diligencia debida que este tuvo (Álvarez, 2016), en el raposo de tiempo mientras la condición se encontraba pendiente.

3.4.3. De culpabilidad del fiduciario.

Como se había mencionado con anterioridad, mientras esté pendiente la condición, el fiduciario responde por culpa respecto de los menoscabos o deterioros que cause a la propiedad fiduciaria. Empero, para poder analizar porque tipo de culpa responde el fiduciario en su obligación de conservación de la cosa, primero debemos tener claro que entendemos por esta figura y las formas en la cuales esta se manifiesta.

3.4.3.1. Que entendemos por culpa.

La culpa en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ha sido definido por la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, en el caso seguido por la Importadora Nacional Imponac S.A en contra de la Compañía Intertek Testing Services International Limited, donde los jueces sustanciadores al definir la culpa manifiestan que “consiste en la falta de previsión o cuidado, caracterizado siempre por la falta de cuidado o diligencia, descuido o imprudencia que produce un daño sin la intención de causarlo” (Importadora Nacional vs Imponac c. Compañía, 2001, pág. 1324), es decir, la culpa es una conducta ligera, negligente o descuidada, pero que se realiza sin intención de causar daño, en definitiva la culpa es falta de diligencia debida (Álvarez, 2016).

3.4.3.2. Tipos de culpa.

Nuestro Código Civil realiza una gradación tripartita de la culpa, dividiéndola en culpa *lata*, *leve* y *levísima*. Esta clasificación la entramos en el artículo 29 del Código Civil que dispone:

La ley distingue tres especies de culpa o descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.

Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

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

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

El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. (Código Civil, 2019)

En efecto, esta graduación de la culpa realizada por el legislador tiene como objetivo determinar, en el caso de que una persona incumpla una obligación, el grado de diligencia que este empleo en miras del cumplimiento de la misma.

De acuerdo al contenido del artículo antes citado podemos decir que Culpa Grave posibilidad el mal manejo de los negocios de un tercero, con el cuidado que las personas negligentes tendrían. Dicho esto, el autor Rodríguez Grez nos menciona que para evitar incurrir en culpa grave el deudor de la obligación deberá “emplear la diligencia que se exige a las personas negligentes y de poca prudencia en la gestión de sus negocios propios. Se trata entonces de un cuidado mínimo, pero común en una determinada calidad de personas” (Rodríguez Grez, 1999, pág. 122). En definitiva, la culpa grave permite el cuidado mínimo por parte del deudor, cuidado que es común en las personas comúnmente negligente

De la misma forma, al hablar de Culpa Leve, nos referimos a la más recurrente dentro del campo de la responsabilidad civil, que exige al deudor de una obligación la diligencia que tendría un hombre medio o un buen padre de familia (Claro Solar, 2013). Cuando no exista referencia respecto de que tipo de culpa se deberá responder (Rodríguez Grez, 1999), será la culpa leve la por la cual se responderá, al ser justamente la media con relación al grado de responsabilidad.

Respecto de la Culpa Levísima, debemos manifestar que este es el mayor grado de culpabilidad; y por lo tanto, el que más limita las facultades del deudor y le obliga a tomar una actitud profesional frente a las obligaciones (Kiper & Lisoprawski, 2004). Del penúltimo inciso del artículo 29 del Código Civil que expresa “Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la

administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.” (Código Civil, 2019), podemos advertir dos elementos de la culpa levísima (Álvarez, 2016) que se trate de una persona juiciosa o profesional y la existencia de un negocio importante.

3.4.3.3. Del estándar de culpabilidad del fiduciario.

Ahora bien, hemos delimitado y definido de manera breve la culpa dentro de nuestro Código Civil, para poder analizar porque tipo de culpa responde el fiduciario. Dicho esto, debemos recordar el contenido del inciso final del artículo 771 del Código Civil respecto de la administración de la propiedad fiduciaria, que expresa “Será responsable de los menoscabos y deterioros que provengan de su hecho o culpa.” (Código Civil, 2019), de primeras podríamos decir que el legislador al no definir porque tipo de culpa responde el fiduciario, respondería hasta por culpa leve de acuerdo al tercer inciso del artículo 29 del Código Civil. Respecto al tipo de culpa del fiduciario Claro Solar nos menciona:

El fiduciario se debe prestar, sin embargo, la culpa leve, y responde de los deterioros y menoscabos que fácilmente habrían podido evitarse si hubiera administrado con la diligencia mediana y ordinaria de un buen padre de familia. (Claro Solar, 2013)

Debemos recordar, que el fiduciario es deudor condicional y de conformidad al contenido del artículo 1502 mientras esté pendiente la condición el deudor tendrá la obligación de conservación y responderá por los menoscabos y deterioros derivados de su culpa, naciendo una obligación de indemnizar.

Por esto, la ley obliga al fiduciario a conservar la cosa como si fuera un buen padre de familia, evitando los deterioros que una persona medianamente diligente los haría mediante el coste de las expensas necesarias para la conservación de la cosa, entendiendo que no se exige una calidad de profesional del fiduciario a la hora de constituir el fideicomiso civil. Respecto al estándar de buen padre de familia Kiper y Lisoprawski nos

realizan una precisa diferenciación entre el estándar profesional y el del buen padre de familia mencionando:

No es lo mismo transferible bienes a una sociedad especializada para que obtenga rendimientos, que los beneficios esperables del encargo efectuado a un amigo o un familiar, en los que no hay ningún tipo de competencia profesional. De la primera cabe esperar un mayor grado de habilidad y diligencia, pues sus miembros son profesionales y normalmente tienen numerosos empleados y asesores especializados; además, ofrece al público su capacidad. En cambio, del segundo corresponde exigir que actúe con buena fe, con la probidad y diligencia que lo ha hecho merecedor de su confianza, pero no que lo haga con la especial habilidad de quien se dedica habitualmente a una actividad. (Kiper & Lisoprawski, 2004, pág. 312)

En otras palabras, el estándar de buen padre de familia, exigido al fiduciario para no incurrir en culpa leve, implica una actividad con una diligencia media y ordinaria, esperable de una persona con conocimientos básicos y generales de conservación; podemos manifestar, que esta obligación de conservación se resume en la obligación que tiene el fiduciario, originada de la facultad de administrar el fideicomiso, de hacer frente a todas las expensas necesarias para la conservación de la cosa. En definitiva, el fiduciario responderá frente al fideicomisario por culpa leve con respecto a los deterioros y menoscabos causados a la propiedad fiduciaria, por la omisión de la realización de las expensas necesarias para la conservación de la cosa durante el tiempo en el cual la condición resolutoria de su derecho se encuentra pendiente; cuando nos referimos a que el fiduciario “responderá” por los menoscabos y deterioros, nos referimos que el fiduciario deberá indemnizar (Claro Solar, 2013) con su patrimonio, por los deterioros o daños causados por su culpa al derecho del fideicomisario que recibe al verificarse la condición resolutoria.

Conclusiones al tercer capítulo.

Como conclusiones del tercer capítulo del presente trabajo de investigación, podemos manifestar que los límites de la facultad de disponer los encontraremos en la

expectativa del fideicomisario, que tiene respecto de los bienes objeto del fideicomiso, pues el legislador ha considerado proteger esta expectativa del fideicomisario imponiendo la obligación al fiduciario de conservar las cosas objeto del fideicomiso en su integridad y valor, debiendo mantener siempre el gravamen de pasar a otra persona una vez verificada la condición; por lo que sus actos jurídicos o materiales de disposición serán siempre limitadas por el fideicomiso. De igual forma, al hablar de los alcances de la facultada de administrar que tiene el fiduciario respecto del fideicomiso, demos decir que la administración se realizara en miras a la conservación de la cosa, debiendo administrarla como buen padre de familia no solo en cuanto al cuidado de la cosa, sino a su también a hacerla producir. De esta facultad de administrar se origina la obligación del fiduciario de costear todas las expensas presentadas mientras es dueño de la cosa, ya que las mismas comprenden actos de administración de bienes.

También podemos concluir, que el fiduciario responderá hasta por culpa leve respecto de los menoscabos y deterioros ocasionados por su actuar ya que su obligación de conservación es de medio y no de resultado. En el mismo sentido la responsabilidad del fiduciario puede originarse por actos de disposición en desmedro del derecho eventual del fideicomisario como la destrucción de la cosa u otros actos que no mantengan la propiedad fiduciaria indivisa; o mediante una mala administración de los objetos del fideicomiso, como no hacer frente a las expensas necesarias para la conservación de la cosa. En uno u otro caso, el fiduciario deberá indemnizar al fideicomisario al momento de la restitución, por todos los menoscabos y deterioros originados por su culpa leve, durante el tiempo en el que el fiduciario ostentaba la calidad de dueño de la cosa.

CAPÍTULO 4. POSIBLES APLICACIONES PRÁCTICAS DEL FIDEICOMISO CIVIL EN LA ACTUALIDAD.

En el transcurso del presente trabajo de investigación, hemos analizado y descrito; los elementos diferenciadores y la naturaleza jurídica de la figura; después, sus aspectos críticos; de igual forma, las obligaciones emanadas de la figura y la responsabilidad que estas eventualmente pueden originar. Dicho esto, en el presente capítulo, nos enfocaremos a plantear posibles aplicaciones prácticas de la figura estudiada, que puedan resolver las necesidades de los ciudadanos.

En el mismo sentido debemos manifestar, que la figura del fideicomiso civil contenida en el Código Civil, respecto de su hermana el fideicomiso mercantil, contenida en el Código Orgánico Monetario y Financiero, es de muy poca utilización y desarrollo no solo en la sociedad jurídica ecuatoriana; sino en los demás países latinoamericanos, que tuvieron como punto de partida de su legislación civil el Código Civil francés (Pertierra, 2012). Esto debido, a que el fideicomiso civil se relegó para solventar problemas de índole familiar o patrimonial del constituyente, más no beneficios de carácter comercial.

Partiendo de lo anterior, al tratar de proponer posibles aplicaciones prácticas al fideicomiso civil, será necesario recordar en términos simples, que el fideicomiso civil no es más que un acto jurídico que da origen a un derecho de dominio sujeto a una condición resolutoria; es decir, el derecho del fiduciario y del fideicomisario respecto al fideicomiso se encuentra supeditado a un hecho futuro e incierto (Claro Solar, 2013). Dicho esto, es justamente este “hecho futuro e incierto” el punto de partida de las posibles aplicaciones prácticas propuestas a continuación.

4.1. Fideicomiso civil de garantía.

El fideicomiso de garantía constituye uno de los fideicomisos más mencionados y desarrollados por la dogmática civilista. El fideicomiso de garantía, se nos presenta como una alternativa más para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del deudor (Kiper & Lisoprawski, 2004), en la que el acreedor se convierte en fiduciario de un bien del deudor, quien a su vez se convierte en fideicomisario de este. Es de vital importancia manifestar, que la propiedad fiduciaria en garantía no es igual a los fideicomisos mercantiles en garantía. El fideicomiso civil de garantía es un acto jurídico, que realiza el deudor, donde trasfiere el dominio de uno de sus bienes a su acreedor, quien se convertirá en dueño de los mismos, pero sujeto a un gravamen de restituir.

Respecto al fideicomiso de garantía Bono, en su obra “fideicomiso de garantía”, nos menciona:

Con carácter general, y sin perjuicio de las particularidades que se estudiarán, puede decirse que en el fideicomiso de garantía la transferencia fiduciaria de los bienes tiene por finalidad su afectación en seguridad o tutela del pago de una deuda para el caso en que tenga lugar su incumplimiento. (Bono, 2018, pág. 123)

En otras palabras, el fideicomiso de garantía constituye una transferencia de dominio para asegurar el cumplimiento de una obligación. En definitiva nos debemos preguntar, si puede existir un hecho futuro e incierto, que pueda producir los efectos esperados en el fideicomiso de garantía. El hecho futuro e incierto de la condición resolutoria del derecho del acreedor, en el fideicomiso de garantía, no será otro que el día en el cual se cancele la totalidad de la obligación al acreedor.

Dicho esto, podríamos decir que estamos presente de un fideicomiso civil de garantía cuando nos encontremos una cláusula más o menos similar a una que exprese “transfiero la propiedad del bien, descrito en cláusulas anteriores, a Juan Pérez, sujeto al gravamen de restituirlo a mi persona, una vez se haya cancelado la totalidad de la obligación suscrita entre Juan Pérez y Andrés Rodas, en fecha 23 de agosto del 2015, mediante reconocimiento de firmas ante el Notario 9no del Cantón Cuenca”. Es necesario manifestar, que la fecha de cumplimiento de la totalidad de la obligación es un acontecimiento futuro e incierto (Valencia & Ortiz, 1998), pues la misma no puede ser

asegurada con exactitud por ninguna persona, de poder asegurarse la fecha del cumplimiento de una obligación no existiría jamás incumplimiento de la misma.

En resumen, el fideicomiso civil de garantía, no es más que una transferencia de dominio al acreedor para que tenga los bienes del deudor como suyos, hasta que este satisfaga la totalidad de la obligación que existe entre ellos, una vez verificado este hecho la propiedad deberá ser restituida por el acreedor al deudor. Del fideicomiso de garantía podemos denotar ciertas ventajas para el acreedor:

- a) El acreedor y el deudor se encuentran blindados de los plazos de prescripción: al ser la condición el pago de la totalidad de la obligación, que su acción prescriba no implicaría la declaratoria de la condición como fallida, ya que la obligación sigue existiendo naturalmente de acuerdo al artículo 1486 del Código Civil.
- b) El acreedor se encuentra asegurado respecto de la desaparición total del deudor: si el deudor no aparece en 15 años la condición será declarada como fallida y el acreedor se convertirá en dueño absoluto de la cosa de acuerdo al artículo 754 del Código Civil.
- c) El deudor puede exigir el acreedor la conservación de la cosa, según lo dispuesto en el artículo 774 y 771 del Código Civil, pues el acreedor deberá cuidar de la cosa como buen padre de familia.
- d) Una vez verificada la totalidad del pago de la obligación, la restitución opera de pleno derecho, ocurriendo únicamente una traslación entre el fiduciario y el fideicomisario; Si la cosa es mueble el fiduciario deberá entregar el mueble; si el bien es inmueble, se deberá mediante escritura pública realizar la restitución del bien conjuntamente con la tradición respetiva de la cosa. Lo cual, evitaría que el deudor este realizando tramitología innecesaria para levantar los gravámenes sobre su propiedad. En el caso de que el fiduciario se niega a cumplir con su obligación de restituir, el fideicomisario tendrá acción para exigir el cumplimiento de esta obligación.
- e) Los bienes entregados por el deudor al acreedor, serán inembargables por los acreedores de ambas partes, lo cual permitiría blindar el bien y darle únicamente el destino de garantía.

- f) El acreedor no deberá someterse a ningún proceso judicial de ejecución de garantías, es dueño de la cosa hasta que el deudor cancele la obligación y si no la cancela en 15 años se convertirá en dueño absoluto de la cosa sin necesidad de trámite judicial alguno.

4.2. Fideicomiso civil de conservación.

Debo empezar manifestando, que a mi criterio los fideicomisos civiles son por excelencia fideicomisos de conservación. Puesto que el deudor, está obligado a conservar la cosa como buen padre de familia (Claro Solar, 2013), de conformidad con el artículo 771 del Código Civil, a no ser que el constituyente de manera expresa conceda el libre goce de la cosa. Bono define a este fideicomiso como “... según la cual las partes tienen en miras únicamente al mantenimiento y la preservación de los bienes objeto de la transferencia fiduciaria” (Bono, 2018, pág. 119), en otras palabras un fideicomiso encaminado a asegurar los bienes de una persona por parte de otra. Es decir, el fiduciario conserva la cosa en favor del beneficiario y está obligado a hacerlo como buen padre de familia hasta que se verifique la condición resolutoria de su derecho.

Esta situación nos permite instrumentar fideicomisos con diversas finalidades de índole personal del constituyente. Como ejemplo, una persona necesita realizar un viaje largo a un lugar lejano y necesita alguien que conserve sus bienes como si fueran de su propiedad, por lo que decide constituir un fideicomiso en favor de su amigo de más alta confianza para que los use y los aproveche hasta el hecho futuro e incierto de su regreso. No podemos olvidar que los fideicomisos son actos donde la confianza juega un papel protagónico, por lo que el fideicomiso de conservación es el fideicomiso que más en armonía se encuentra con la naturaleza jurídica de la figura.

En resumen el fideicomiso de conservación, es aquel acto jurídico en donde el constituyente entrega al fiduciario el dominio de los bienes, para que este los administre y los conserve mientras este se encuentra ausente, debiendo restituir esta propiedad en el evento futuro e incierto del regreso del constituyente. Estaremos frente a un fideicomiso

de conservación cuando nos encontremos con una cláusula más o menos similar a “transfiero el dominio de los bienes antes descritos a Juan Pérez, para que los conserve y los administre hasta que vuelva de mí viaje en misión por la desnutrición en África.”.

4.3. Fideicomisos civiles con fines ambientales.

Los fideicomisos con fines ambientales han sido reconocido por la doctrina por autores como Kiper & Lisoprawski (2004), Gustavo Bono (2018) y Acosta Romero (2003) dentro de la clasificación de los fideicomisos de naturaleza pública y de carácter administrativo. Donde la transferencia de dominio se lo realiza en miras al cumplimiento de proyectos que impactan positivamente en el medio ambiente (Kiper & Lisoprawski, 2004). Empero, los fideicomisos ambientales referidos por los autores antes citados se instrumentarían a través de fideicomisos de carácter mercantil, más no por la figura del fideicomiso civil.

Dicho esto, debemos preguntarnos si podemos ajustar los fines ambientales a la figura de la propiedad fiduciaria contenida en el Código Civil, y la respuesta es que sí. Se podrían instrumentar fideicomisos civiles ambientales, sujetos al hecho futuro e incierto de alcanzar una meta de carácter ambiental establecidas. De esta manera entidades de derecho público podrían entregar en propiedad fiduciaria, a corporaciones o fundaciones de carácter ambiental, terrenos en zonas de riesgo en los que su uso de suelo determinado por la normativa pertinente, se permite únicamente la reforestación como destino del suelo.

El acontecimiento futuro e incierto del cual pende la restitución de la propiedad, podría ser ciertos medidores de crecimiento de espacios verdes; la emisión de una cierta cantidad de toneladas métricas de Dióxido de Carbono; la rehabilitación de corrientes de agua en razón de la pureza de sus átomos; la reproducción de un número determinado de especies de necesaria conservación. En resumen, lo que se busca es entregar bienes a organizaciones que persiguen objetivos ambientales para que los utilicen como medio

para la consecución de sus objetivos organizacionales, para una vez esta propiedad haya alcanzado su objetivo se restituirá al constituyente que podrá ser una persona pública o privada. Podemos hablar que estamos frente a un fideicomiso civil ambiental cuando nos encontramos una cláusula con un acontecimiento de la misma naturaleza de la siguiente “Transfiero la propiedad del lote de terreno descrito anteriormente, a la Fundación para la reforestación del Cantón Cuenca, para que los tenga como suyo hasta la verificación de 300.000 toneladas métricas de Dióxido de Carbono producidas por el bosque existente en el lote mencionado, verificado este hecho la propiedad se restituirá a mi persona”.

4.4. Fideicomisos civiles con fines de interés sociales.

Los fideicomisos con fines de interés sociales, han existido desde el derecho romano (Terrazas Ponce, 1998) y no es más que entregar ciertos bienes para que sean utilizados en favor de los más necesitados o de una causa justa que lucha por los problemas del mundo. Dicho esto, se podrían transferir el dominio de un conjunto de bienes a una corporación o fundación de beneficencia, bajo la condición de que estos se restituirán al beneficiario o sus descendientes cuando se haya verificado la extensión de la corporación o fundación que recibió la propiedad fiduciaria. De esta manera el constituyente se asegurará que los bienes entregados en beneficencia solo puedan ser destinados para estos fines; y de acuerdo al artículo 754 del Código Civil al establecerse como condición la muerte del fiduciario, no se sujetaría a la regla de que una condición no puede tardar más de 15 años en cumplirse o sino se tendrá como fallida.

De igual forma, se podría instrumentar fideicomisos con fines sociales cuando entidades de derecho público entreguen la propiedad fiduciaria, a personas catalogadas de escasos recursos, de acuerdo a los indicadores establecidos por organizaciones gubernamentales internacionales, parcelas de terreno ubicados en zonas de riesgo o únicamente destinadas al agro, donde el uso de suelo solo permitirá la producción de productos agrícolas. Estableciendo como hecho futuro e incierto, que el fiduciario alcance una cantidad de ingresos anuales que le permitan subsistir por sí mismo; de igual forma, se podría establecer como condición el ingreso de un bien inmueble distinto al entregado

al patrimonio de fiduciario. De esta manera, el Estado podría evitar el deterioro de los terrenos abandonados por sus restricciones normativas y aprovecharlos de igual forma, constituiría un mecanismo de reducción de la pobreza.

Entonces, estaremos frente a estos fideicomisos cuando nos encontramos con cláusulas que buscan fines más o menos similares a esta cláusula “Transfiero la propiedad del lote de terreno antes descrito al señor Ignacio Vaca, para que los tenga hasta que alcance un ingreso mínimo anual de OCHO MIL CUATROCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, una vez verificado su estado económico deberá restituir la propiedad a mi persona”. En resumen, el fideicomiso con fines sociales, son aquellos en los cuales son entregados bienes a una persona o una fundación para tratar de solucionar un problema de índole social como la pobreza, la orfandad, el cuidado a adultos mayores o cualquiera que este encaminado a satisfacer el interés general o a precautelar los derechos de persona vulnerables.

4.5. Ejemplo de instrumentación.

El siguiente ejemplo de instrumentación de un fideicomiso civil, parte del antecedente de que el Abogado Andrés Rodas, adquirió la propiedad de un bien en el sector rural del cantón Cuenca. Dicho bien, se encontraba deteriorado en su parte boscosa, por una tala indiscriminada de árboles realizado por parte del anterior dueño. Por esto, Andrés ha tomado la decisión de constituir un fideicomiso civil en favor de la ONG con la que él mantiene una gran relación, dicha ONG llamada “PLANETA, AMBIENTE Y LIBERTAD” para que, con el conocimiento de los técnicos que la conforman, planifique, ejecute e invierta en una reforestación integral y regeneración del suelo del lote de terreno que adquirido por Andrés y lo restituya a este cuando se verifique un porcentaje evidente en la reforestación. Para esta labor Andrés se compromete a colaborar en el proyecto “Plan de Gestión Ambiental de la Provincia del Azuay” que ha sido encomendado a esta organización. Debido a esto, acuden a la celebración de una escritura pública de donación bajo condición resolutoria para constituir el fideicomiso civil esperado.

Constituyente: Andrés Rodas

Fiduciario: ONG “PLANETA, AMBIENTE Y LIBERTAD”

Beneficiario o fideicomisario: Andrés Rodas o sus herederos

Minuta de la escritura pública en cuestión.

SEÑOR NOTARIO: En el protocolo de escrituras a su cargo, sírvase incorporar una que contiene un contrato de DONACIÓN sujeto a las siguientes cláusulas:

PRIMERA: COMPARECIENTES.-

1.1.- Comparecen a la celebración de la presente escritura por una parte en calidad de DONANTE el señor ANDRÉS SEBASTIÁN RODAS ESCANDÓN, ecuatoriano, soltero, mayor de edad, capaz ante la Ley y residente en la ciudad de Cuenca; y por otra en calidad de DONATARIA comparece, en calidad de representante legal de la Organización sin fines de Lucro “PLANETA, AMBIENTE Y LIBERTAD”, la señora: MARÍA TRANSITO ORAMAS CALLE soltera y mayor de edad; ecuatoriana, residente en la ciudad de Cuenca; ambas partes, de manera libre y voluntaria comparecen a celebrar la presente escritura de DONACIÓN al tenor de las siguientes cláusulas.

SEGUNDA: ANTECEDENTES.-

2.1.- El DONANTE es una persona que, de manera pública y evidente, ha manifestado su interés en la protección de los espacios verdes y fuentes hídricas del cantón Cuenca mediante el ejercicio de su profesión de Abogado en Derecho Ambiental.

2.2.- La DONATARIA es una persona jurídica si fines de lucro, que cuenta con el personal con los conocimientos necesarios para realizar actividades de reforestación y rehabilitación de suelo y fuentes hídricas, debido a los técnicos ambientales que forman parte de la organización.

2.3.- El DONANTE es propietario de un bien inmueble que consiste en un cuerpo de terreno, ubicado en el sector denominado “La Finca”, zona rustica de la parroquia Nulti, del cantón Cuenca, provincia del Azuay, sector Sanjuanpamba, adquirido por la compra a JUAN DAVID PEREZ RULFO, según escritura celebrada ante el Notario Décimo Segundo de Cuenca, el catorce de octubre del 2019, y legalmente inscrito en el Registro de la Propiedad, el once de noviembre del 2019, bajo el número QUINCE MIL CIENTO NOVENTA Y SIETE; inmueble comprendido en los siguientes linderos: **Por la Cabecera**, en ciento ocho metros con una quebrada; **por el Pie**, con herederos de Manuel Sancho Juela y terrenos de María Isabel Cortazar de la Torre, en ochenta y siete metros; **por el costado**, con propiedad de Luis Fernando Kishimoto Valencia ; y, **por el otro costado** con predios de Juan Manuel Bautista Ozorio en treinta y un metros y con la vía antigua a Jandán en veinte y seis metros; tiene una superficie total de cuatro mil doscientos noventa y seis metros cuadrados. Le corresponde la clave catastral 123456789.

2.4.- El bien descrito, actualmente se encuentra deteriorado en su parte boscosa, como consecuencia de una tala indiscriminada de árboles realizada por parte del anterior dueño. Siendo la voluntad del DONANTE la reforestación del lote de terreno.

2.5.- Es voluntad del DONANTE, transferir la propiedad del bien descrito en el punto anterior a la DONATARIA, para que lo conserve como suyo, hasta la verificación de un porcentaje no menor al 50 % de la superficie total del terreno ya descrito.

TERCERA: DONACIÓN.-

3.1.- Con los antecedentes indicados y con la copia de la insinuación para donar que como documento habilitante se agrega a la presente, el señor ANDRÉS SEBASTIÁN RODAS ESCANDÓN, dona gratuita e irrevocablemente, de forma real y efectiva el bien inmueble

detallado en los antecedentes a favor de la DONATARIA la organización sin fines de lucro “PLANETA, AMBIENTE Y LIBERTAD” bajo la condición de que lo conserve hasta que se verifique la reforestación del 50% de la superficie del bien y el proyecto “Plan de Gestión Ambiental de la Provincia del Azuay” haya culminado con la participación del DONATARIO.

3.2.- Una vez cumplida la condición antes descrita, la propiedad del bien deberá ser restituida al DONANTE el señor ANDRÉS SEBASTIÁN RODAS ESCANDÓN por parte de la DONATARIA la organización sin fines de lucro “PLANETA, AMBIENTE Y LIBERTAD”.

CUARTA: PROHIBICIÓN DE ENAJENAR.-

4.1.- El DONANTE, legalmente facultado en el segundo inciso del artículo 764 del Código Civil, impone a la DONATARIA la prohibición de enajenar el bien inmueble que eventualmente deberá ser restituido al DONANTE.

QUINTA: LIBRE GOCE DEL INMUEBLE.-

5.1.- El DONANTE de conformidad al artículo 773 del Código Civil, concede el libre goce del bien inmueble que eventualmente deberá ser restituido al DONATARIO.

SEXTA: DE LAS MEJORAS NO NECESARIAS.-

6.1.- De conformidad al contenido del artículo 772 del Código Civil, el DONANTE reconoce al DONATARIO, el valor total de todas las mejoras no necesarias realizadas por este mientras la condición se encuentre pendiente, siempre y cuando estas mejoras aumenten el valor comercial del inmueble.

SÉPTIMA: DE LAS MEJORAS NECESARIAS.-

7.1.- El DONATARIO se compromete con el DONANTE, a invertir en las mejoras necesarias para la reforestación y rehabilitación del suelo del inmueble descrito en cláusulas anteriores. Las mismas que serán reconocidas por el DONANTE al momento de la restitución, en el valor que dichas inversiones tengan al momento de que la restitución se efectúe.

OCTAVA: CUANTÍA.-

7.1.- La cuantía se la fija en la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS VEINTE Y CINCO DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA 24/100 (USD \$ 265.725,24).

NOVENA: ACEPTACIÓN.-

8.1.- La organización sin fines de lucro “PLANETA, AMBIENTE Y LIBERTAD; acepta el contenido de la presente escritura y la donación realizada a su favor, por convenir a sus intereses y estar de acuerdo con sus estipulaciones y además agradecen a la donante por esta la confianza brindada.

DÉCIMA: NOTIFICACIÓN.- Los donantes por medio de este instrumento se dan por legalmente notificados con la aceptación del DONATARIO.

Usted señor Notario se dignará agregar las demás cláusulas de estilo para la completa validez del presente instrumento público.

Atentamente,

Ab. Andrés Rodas E

Abogado Mat. 2014-5836-2020 F.A.A.

Conclusiones del cuarto capítulo.

Como conclusiones del cuarto capítulo del presente trabajo de investigación, podemos manifestar que el fideicomiso para nada es una figura estática, recordemos que nuestro código civil únicamente regula los efectos del fideicomiso civil, a través de la figura de la propiedad fiduciaria. Dicho esto, será necesario únicamente la presencia de un derecho de propiedad sujeto a una condición resolutoria para estar en la presencia de un fideicomiso civil; es decir, será necesario la existencia de un acontecimiento futuro e incierto del cual pende la restitución de la cosa. Dicho acontecimiento futuro e incierto puede ser cualquiera, siempre que su cumplimiento sea posible; lo que permite instrumentar fideicomisos con fines diversos como el ambiental, el de garantía, el de conservación y cualquiera que la autonomía de la voluntad del constituyente lo determine.

CONCLUSIONES GENERALES DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN:

Como conclusiones del presente trabajo de investigación, podemos manifestar que el fideicomiso civil es una figura donde la confianza juega un papel fundamental, pues implica la entrega de un bien a una persona para que lo tenga como suyo y eventualmente deba resituarlo a otra persona. Dicho esto, el fideicomiso civil no constituye un título translaticio de dominio, su naturaleza es la de un acto, donde se expresa la voluntad de transferir el bien a una persona sujeto a una condición resolutoria, el título de dicha transferencia será la donación. La consecuencia jurídica de constituir un fideicomiso será el origen de un derecho de dominio imperfecto llamado propiedad fiduciaria, hablamos de un derecho imperfecto pues no goza de todas las características que debe reunir el dominio pleno, pues la propiedad fiduciaria estará siempre sujeta al gravamen de pasar a otra persona una vez verificada la condición resolutoria. Por lo tanto, podemos manifestar que los elementos propios del fideicomiso civil serán la transferencia de dominio, la condición resolutoria y la presencia de sus elementos personales que son el fiduciario, el fideicomisario y el constituyente.

De igual forma podemos concluir, que la falta de aplicación del fideicomiso civil se debe a ciertos aspectos de la figura que pueden tornarlo poco atractivo para las personas; dentro de los más significativos podemos mencionar que la falta de difusión y desarrollo por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional, lo que ha traído como consecuencia que la figura del fideicomiso civil sea comúnmente confundida con otras figuras como el fideicomiso mercantil o el encargo fiduciario; de igual forma, existen ciertas limitaciones a la voluntad a la hora de constituir un fideicomiso como podría ser las legítimas rigurosas que debe respetar el constituyente de fideicomiso civil por acto testamentario o que la condición no puede tardar más de quince años en cumplirse; en el mismo sentido, podemos decir que el aspecto más desalentador del fideicomiso civil es el hecho de que el fiduciario al convertirse en dueño de la cosa deberá costear todas las expensas que existan mientras la condición se encuentre pendiente, teniendo que responder civilmente por los menoscabos producidos por la no realización de las expensas necesarias. Sin embargo, podemos evidenciar que existen también ventajas de esta figura,

como la inembargabilidad que el Código Civil otorga a los bienes bajo propiedad fiduciaria.

Con respecto a las facultades que tiene el fiduciario, podemos concluir que al ser dueño de la cosa le corresponderían todas las facultades que el dominio otorga sobre la cosa a su titular; sin embargo, las facultades del fiduciario se encuentran limitadas por la expectativa del fideicomisario con respecto a la cosa, en otras palabras, la condición es la que limita el dominio del fiduciario. Concluimos entonces, que el fiduciario podrá usar la cosa pero obligado a conservarla en su integridad y valor, teniendo que responder por los menoscabos causados por su culpa al fiduciario; de igual forma, el fiduciario podrá gozar de la cosa pero obligado a conservar la misma en miras a la eventual restitución, el código civil asemeja la situación del fiduciario a la del usufructuario, pero con la diferencia marcada de que el fiduciario es dueño de la cosa por lo que se hace dueño de los frutos; con respecto a la facultad de disponer, el fiduciario podrá realizar actos de disposición tanto jurídicos como materiales, pero sujeto a la obligación de mantenerla indivisa y sujeta al gravamen de pasar al fideicomisario al verificarse la condición.

De igual forma, el fiduciario goza de la facultad de administrar los bienes que es una contra parte directa de su obligación de conservar los bienes objeto del fideicomiso, una de las obligaciones más importantes del fiduciario será al de costear las expensas necesarias para la conservación de la cosa mientras esté pendiente la condición. Con respecto a la responsabilidad del fiduciario emanada de su obligación de conservar la cosa, debemos manifestar que esta responsabilidad es de naturaleza civil; de igual forma, debemos concluir que la obligación de conservación es de medio más no de resultado, lo cual impone el deber al fiduciario de conservar la cosa como buen padre de familia mientras esté pendiente la condición, debiendo responder por los menoscabos y deterioros causados hasta por su culpa leve. Dicho esto, el fiduciario deberá indemnizar al fideicomisario por los menoscabos causados a la propiedad fiduciaria por su culpa leve, como podría ser los daños a la propiedad originados por el descuido del fiduciario en efectuar una expensa necesaria para la conservación de la cosa.

Con respecto a las posibles formas de aplicación práctica, el fideicomiso puede aplicarse a un sin número de fines, ya que para estar en frente de un fideicomiso se necesita únicamente la existencia de una propiedad sujeta a un acontecimiento futuro e incierto que de cumplirse la propiedad deberá ser restituida a otra persona. Este acontecimiento futuro e incierto puede ser de lo más variado y seguir cualquier tipo de fin como hemos evidenciado en los fideicomisos planteados en el presente trabajo como lo fue el fideicomiso civil en garantía, de conservación, con fines ambientales y con fines sociales. En conclusión, el fideicomiso civil no es más que una propiedad sujeta al gravamen de pasar a otra persona una vez verificada la condición resolutoria, pero dicha situación trae como consecuencia la existencia de una expectativa del fideicomisario que el legislador a creído importante resguardarla mediante la imposición de obligaciones al fiduciario que de no cumplir con esta, deberá indemnizar por los deterioros causados al derecho eventual del fideicomisario.

Bibliografía

- Adame, Á. G. (2000). La naturaleza jurídica de la propiedad fiduciaria. *Revista de Derecho Notarial Mexicano* , 112-124.
- Álvarez, V. (2016). *La culpa propia en la formación y cumplimiento de los contratos*. Santiago: El jurista.
- Avedaño, F. (1996). El fideicomiso. *Revista de la Facultad de Derecho*, 343-365.
- Barrera Graf, J. (1958). *Naturaleza jurídica del fideicomiso*, . México: Estudios de Derecho Mercantil México.
- Bono, G. (2018). *Fideicomisos de garantía*. Buenos Aires: Astrea.
- Borda, G. (1980). *Tratado de Derecho Civil, Parte General 1*. Buenos Aires : Perrot .
- Borda, G. (1996). *Manual de Derecho Civil Parte General*. Buenos Aires: Perrot.
- Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: HELIASTA.
- Chacón, J. (1881). *Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil chileno*. Valparaíso: Imprenta del Mercurio.
- Claro Solar, L. (2013). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado Tomo IV*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Coello Garcia, H. (2004). *Obligaciones*. Cuenca: Fundación Chico Peñaherrera.
- Constituyente, A. (2016). *CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR*. Ecuador: CEP.
- D'Aguesseau, C. (1819). *Obras completas*. Paris: Pardessus .
- Declareuil. (1907). *Queles notes sur certain types de fideicommiis*. París: Melanges Geranrdin.
- Espinosa, E., & Lopez, j. (2008). El fideicomiso mercantil en Ecuador. Loja.
- Farina, J. (2005). *Contratos Comerciales Modernos*. Buenos Aires: Astrea.
- Garrigues, J. (11977). *Derecho Mercantil*. Madrid : Porrúa .
- Garrigues, J. (1977). *Derecho Mercantil*. Madrid: Porrúa.
- Garrone, J. A. (2005). *Diccionario Jurídico – Tomo II*. Buenos Aires: Ed. LexisNexi.
- Hayzus, R. (2004). *Fideicomiso*. Buenos Aires: Astrea.
- Hernández, K., & Guerra, D. (2012). El principio de autonomía de la voluntad contractual civil, sus límites y limitaciones. *Revista Jurídica de Investigación e innovación educativa*, 27-46.
- Herrera Villanueva, J. (2014). El patrimonio. *Revista Mexicana de Derecho. Colección Colegio de Notarios del Distrito Federal*, 67-100.
- Holguín, J. L. (1978). *Derecho Civil Ecuatoriano* . Quito : Corporacion de Estudios y Publicaciones.

- Ibáñez de Gayaro, J. (2007). *Reglas Ulpiano, apuntes de Derecho Romano*. Barcelona: Universitar Oberta De Catalunya.
- Importadora Nacional vs Imponac c. Compañía, Gaceta Judicial No. 5 Serie XVII, (Corte Nacional de Justicia, Sala de Casación 06 de Abril de 2001).
- Joaquín Garrigues, D.-C. (1932). El depósito irregular y su aplicación en el Derecho mercantil. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 401-4016.
- Kiper, C., & Lisoprawski, S. (2004). *Tratado de fideicomiso*. Buenos Aires: Depalma.
- Lascala, H. (2005). *Práctica del fideicomiso*. Buenos Aires: Astrea.
- Lorenzetti, R. L. (2010). *Tratado de los Contratos: Parte General*. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.
- Medina, G., & Maderna, H. (2008). *Fideicomiso Testamentario, legítima y protección a incapaces*. Buenos Aires: ED.
- Mosset, J. (1975). *Negocios Simulados, Fraudulentos y Fiduciarios*. Buenos Aires: EDIAR.
- Nacional, A. (2017). *CÓDIGO ORGÁNICO MONETARIO Y FINANCIERO, LIBRO II LEY MERCADO VALORES*. Quito: Registro Oficial Suplemento 215 de 22-feb.-2006.
- Nacional, A. (2019). *Código Civil*. Quito: Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005.
- Parraguez, L. (2014). *El negocio jurídico simulado*. Quito: Jurisdictio.
- Parraguez, L. (2016). *El régimen jurídico de los bienes*. Quito: Iuris dictio.
- Pérez Lasala, J. L. (1999). *El fideicomiso testamentario*. Buenos Aires: Depalma.
- Pertierra, F. (Noviembre de 2012). www.cema.edu.ar. Obtenido de www.cema.edu.ar/publicaciones/doc_trabajo.html
- Rodríguez Azuero, S. (2002). *Contratos Bancarios. Su importancia en América Latina*. Bogotá: Legis.
- Rodríguez Azuero, S. (2005). *Negocios Fiduciarios*. Bogotá: LEGIS.
- Rodríguez Grez, P. (1999). *Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile: Santiago.
- Romero, A. (2003). *Tratado teórico y práctico del Fideicomiso*. México D.F: Porrúa.
- Rozas Vial, F. (2004). *De los Bienes*. Santiago: Lexis Nexis.
- Savigny, F. C. (1879). *Tratado de Derecho Romano Actual*. Madrid: Góngora.
- Schulz, F. (1926). *Die Epitome Ulpiani des Codex Vaticanus Reginae*. Boon: Vaticanus.
- Solar, L. C. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago de Chile : Juridica de Chile .
- Terrazas Ponce, J. (1998). Orígenes y Cuadro Histórico del Fideicomiso. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25 , 939-952.
- Torrent, A. (1975). *Fideicomisum familiae relictum*. Oviedo: Servicios de Publicaciones de la Universidad de Oviedo.

Tutela n.º T25.430, T25.430 (Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia 9 de Mayo de 2006).

Valencia, A., & Ortiz, Á. (1998). *Derecho Civil de las obligaciones*. Bogotá: TEMIS.

Villagordoa, J. (1982). *Doctrina General del Fideicomiso*. México: Porrúa.