



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
ABOGADA

*“Análisis de la naturaleza jurídica del título en la transferencia de dominio  
de un fideicomiso mercantil a su beneficiario”*

NORA ANDREA MÁRQUEZ GALÁRRAGA

DIRECTORA: ABOGADA MARÍA VERÓNICA ARTEAGA

QUITO, 2015

## **DEDICATORIA**

A mi madre Nora, por su eterna paciencia y amor.

A mi abuelo Abdón, por ti, todo.

A mi abuelita Zoila, mi segunda madre.

## **AGRADECIMIENTO**

A mi querida Directora de Tesis, Abogada María Verónica Arteaga, no sólo has dirigido con paciencia éste trabajo, has sido mi mentora desde hace muchos años, gracias a ti por tus enseñanzas y ayuda.

A mi querido amigo Abogado Santiago Padrón Lafebre, gracias por su colaboración, enseñanzas y sobre todo paciencia, ésta disertación no hubiera sido la misma sin usted.

A mis jefes Doctor Patricio Cadena Floresguerra y Abogada María Teresa Torres Padrón, su apoyo en los últimos meses previo a la culminación de ésta disertación ha sido fundamental, gracias por su confianza y fuerza.

A mi querida Facultad de Jurisprudencia, jamás olvidaré que viví los mejores años aquí. En alto siempre: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

A mis amigos queridos Andrea Bonilla Narváez, Abogado Philip Montesdeoca Peralbo y Abogado Marcelo Mora Bowen Borja, que sería de mí sin ustedes. Gracias por ser, gracias por estar, siempre.

A mi padre, Abogado Doubosky Márquez Mantilla, gracias por tu sabiduría y apoyo absoluto.

A mi madre, Arquitecta Nora Galárraga Calderón, gracias por ser quien me ha dado todo, gracias por ser madre y padre, por hacerme aprender que la lucha es continua y que los brazos estarán abajo, solo en la tumba. Te quiero ma, gracias por tanto.

A mi abuelita, Zoila Calderón Tapia, su fuerza es mi fuerza, sus oraciones siempre me han bendecido y le agradezco por ello, por siempre, que Santa Narcisa le bendiga a usted siempre, como lo ha hecho conmigo. Le quiero mami Zoilita.

Y el agradecimiento total por quien me he levantado cuando he sentido caer, por quien no me rendí, por quien luché y lucharé contra todo, mi querido abuelo Abdón Galárraga González, gracias por ser mi padre, el que me enseñó desde niña a amar la política, a jugar, a volar con la imaginación, a reír siempre, un millón de risas junto a ti, un millón de risas que estarán por siempre y para siempre en mi alma y mi corazón. Gracias, eres mi ejemplo a seguir por el resto de mi vida. Te quiero abuelo.

## ABSTRACT

El objeto de investigación de la presente disertación es la naturaleza jurídica del título al cual se debe transferir el dominio de un bien perteneciente al patrimonio autónomo de un fideicomiso mercantil a su beneficiario, motivo por el cual realizaré un profundo análisis de varias cuestiones que se relacionan al tema principal.

En primer lugar, realizo un análisis de los conceptos y orígenes históricos de la figura jurídica del fideicomiso mercantil tanto en la Antigua Roma como en el Ecuador, lo cual se realiza a modo de introducción para que el lector tenga un conocimiento general del tema que es base fundamental de ésta disertación.

Posteriormente, desarrollaré un completo estudio de los títulos y modos de adquirir el dominio que la ley y la doctrina ecuatoriana contemplan, culminando el segundo capítulo con un análisis del título y modo de adquirir en la cesión de derechos fiduciarios.

Esto último, se concatena con el último capítulo de mi tesis en donde culmino con el análisis pormenorizado de los títulos y modos de adquirir existentes en las transferencias que un fideicomiso mercantil posiblemente pueda realizar, exaltando sobre todo que el título al que se realiza la transferencia de dominio del fideicomiso mercantil a su beneficiario no puede ser oneroso o gratuito, sino que es un título especial, que se ha denominado de varias formas acorde a la doctrina, mismo que yo lo he enmarcado como “título de fideicomiso mercantil”, lo cual conforma el problema central de mi investigación.

La metodología empleada en la presente disertación es documental por medio del análisis y revisión de libros de doctrina para la investigación del tema planteado sobre Derecho Fiduciario y Derecho Civil tanto de autores nacionales como de autores extranjeros. Además me he basado en las diferentes leyes que se refieran al tema principal de mi disertación como lo son el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero que contiene la Ley de Mercado de Valores, el Código Civil, la Codificación de las Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, entre otros.

Finalmente, dentro de las conclusiones entre muchas varias, la principal refleja la solución al problema planteado a lo largo de la disertación que se refiere a la revisión y reforma del artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero en la parte respectiva al igual que la definición de derechos

fiduciarios en la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, aclarando que el título de fideicomiso mercantil es el que debe ser aplicado en el caso de que se transfirieran remanentes al beneficiario de un fideicomiso mercantil.

## TABLA DE CONTENIDOS

TABLA DE CONTENIDOS .....	vi
INTRODUCCIÓN.....	1
1. CAPÍTULO I: ACERCA DEL ORIGEN DEL FIDEICOMISO MERCANTIL .....	3
1.1 Antecedentes del Fideicomiso Mercantil.....	3
1.1.1 El Fideicomiso o Fideicommissum.....	4
1.1.2 La Fiducia o Pactum Fiduciae.....	9
1.2 Origen del fideicomiso mercantil en el Ecuador.....	11
1.2.1 El fideicomiso mercantil en la actualidad ecuatoriana.....	17
2. CAPÍTULO II: EL MODO Y EL TÍTULO .....	20
2.1 Relación entre Modo y el Título: Teoría de aplicación. ....	20
2.2 Criterio personal sobre la aplicación de la teoría del título y el modo. ....	31
2.3 El modo y título de la cesión de derechos fiduciarios. ....	35
3. CAPÍTULO III: ¿EL TÍTULO DE LA TRANSFERENCIA DE DOMINIO DE UN FIDEICOMISO MERCANTIL A SU BENEFICIARIO SE ENMARCA DENTRO DE LOS PRESUPUESTOS NORMATIVOS TRADICIONALES?.....	47
3.1 Partes contratantes del fideicomiso mercantil: ¿quién puede ostentar la calidad de beneficiario?.....	47
3.2 Conceptualización y análisis del título de fideicomiso mercantil.....	58
3.2.1. Del Aporte de Bienes del Constituyente o Fideicomitente al Patrimonio Autónomo.....	62
3.2.2. De la Restitución de Activos al Constituyente.....	63
3.2.3 De la Transferencia de Remanentes por parte del Fideicomiso Mercantil a favor de los Beneficiarios del mismo. ....	66
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	72

BIBLIOGRAFÍA ..... 78

## INTRODUCCIÓN

Los Negocios Fiduciarios y todo lo que se despliega a través de éstas figuras, desde mi punto de vista, no ha sido expuesto de forma adecuada en la legislación y doctrina ecuatoriana, a pesar que a partir de dichos actos jurídicos se han desarrollado, varias ramas importantísimas tanto del sector privado como del público como lo son el Derecho Financiero o Inmobiliario, entre otros.

Fundamentándome en éste aspecto realizaré un análisis a través de la presente disertación de grado, de una parte de la reforma a la Codificación de las Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores que se planteó mediante la Resolución 006 publicada en el Registro Oficial con fecha veinticuatro de septiembre del año dos mil trece, misma que fue reformada el veinticuatro de febrero de dos mil catorce, referente al título mediante el cual se deben transferir los activos o productos de la administración del patrimonio autónomo al beneficiario de un fideicomiso mercantil.

La implementación de ésta reforma dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en mi opinión, degenera la figura del fideicomiso mercantil en sí. En la presente disertación, trazaré de forma clara y sincronizada las directrices mediante las cuales la doctrina ecuatoriana y comparada han encaminado el concepto del título mediante el cual se perfecciona la transferencia de dominio de un fideicomiso mercantil a la persona que ostenta la calidad de beneficiario de dicho fideicomiso.

Por estas razones, realizaré un análisis de la naturaleza jurídica del título al cual se debería hacer la transferencia de dominio de un fideicomiso mercantil a su beneficiario para demostrar la importancia significativa que comprende la reforma que realizó el entonces denominado Consejo Nacional de Valores, a mi parecer erróneamente, trasgrediendo los principios doctrinales en los que se basa el Fideicomiso Mercantil, y en general el negocio que gira alrededor de las administradoras de fondos y fideicomisos mercantiles.

Partiendo de que el título al que se realiza la transferencia de dominio del fideicomiso mercantil a su beneficiario no puede ser oneroso o gratuito, en tanto es un título sui generis, que la doctrina ha catalogado con distintas denominaciones siempre acogándose a la figura que representa en sí el fideicomiso mercantil, procederé a plasmar una detallada diferenciación entre estas figuras con la respectiva ejemplificación de cada una, para llegar

a comprender en qué casos según la doctrina de diferentes autores nacionales y extranjeros y acorde a la práctica del Derecho, el título debe ser oneroso o gratuito, para así llegar a la conclusión que busca justificar el presente trabajo.

# 1. CAPÍTULO I: ACERCA DEL ORIGEN DEL FIDEICOMISO MERCANTIL

## 1.1 Antecedentes del Fideicomiso Mercantil

Los antecedentes históricos del fideicomiso mercantil se remontan a los primeros tiempos de Roma, pueblo claramente influenciado por los sistemas jurídicos egipcio y griego.

Un momento histórico que cambió la percepción del Derecho en todos los pueblos del Mediterráneo, se produce por la conquista de dichos pueblos por los romanos, quienes impusieron sus normas pese al intento de los países conquistados por mantener sus regulaciones locales.

Debido a este antecedente, las figuras jurídicas romanas se fueron adaptando a las regulaciones “del derecho local de los pueblos del Mediterráneo” (Fernández, 2000: 37). La influencia más notoria dentro del desarrollo de las relaciones jurídicas romanas fue la griega, de aquí se deriva la conocida cultura *greco – romana*, que hace alusión a la unidad producida por la combinación de culturas.

Los romanos adoptaron muchos aspectos del pensamiento griego, utilizándolo para el desarrollo de su cultura, esto se produjo en la época de la Roma republicana, motivo por el cual tomaron como base fundamental y pilar de su sociedad la misma figura que existía en Grecia: la Polis o Ciudad.

Hay que tomar en cuenta que la figura de confianza o fe que engloba al fideicomiso en la antigua Roma tenía relación con el presupuesto de que el hombre romano de la época, era confiable y honesto; el fideicomiso en Roma tuvo su base sociológica en donde supuestamente, según autores como Fernández, la moral del romano era impecable al igual que del griego. Al respecto, el mismo autor afirma que “todo vínculo social estaba basado en la lealtad recíproca, la *fides*, que junto con la justicia eran para los romanos el fundamento

de la vida en sociedad” (Fernández, 2000: 39). Lealtad, que según propone el autor del libro citado, era inherente al romano y al griego de la época, motivo por el cual era totalmente viable la creación o la constitución de encargos de fe, de fideicomisos.

El fideicomiso en Roma, se remonta a los primeros tiempos de la misma, pero encontró su mayor apogeo en la República, en donde se hizo cada más notorio su uso entre los ciudadanos romanos, fue así que basados en los principios señalados en los párrafos anteriores el fideicomiso se convirtió en una figura entendida como un encargo que realizaba una persona a otra para que realice cierta acción o cumpla un pedido que el primero “rogaba” al otro.

Cabe señalar, que al ser una figura precaria en aquella época no existían mecanismos aún para ejecutar lo solicitado en el caso que el fiduciario no cumpliera con lo encomendado, y siendo el caso de que exista un tercero (beneficiario), tampoco tenía alguna garantía que le permitiera obligar el cumplimiento de lo delegado, derivado de ésta situación nace la relación sustentada en la fe, en la confianza que tenían unos ciudadanos romanos con los otros.

El fideicomiso en Roma, se dividía en dos instituciones que configuraban un acto entre vivos y otro mortis causa, el *pactum fiduciae* o la *fiducia* y el *fideicomiso* o *fideicommissum*, respectivamente.

### **1.1.1 El Fideicomiso o Fideicommissum.**

En Roma, el fideicomiso era un acto mortis causa, en donde se dejaba constancia de la última voluntad del causante, que era expresada bajo la modalidad de ruego; ésta figura era “entendida como una rogación o encargo que una persona efectuaba a otra, sobre la base de la confianza que se le depositaba, para que cumpliera con determinada gestión” (Lascala, 2003: 3)

Y partiendo de lo expresado, queda claro que no era necesario insertar la última voluntad del causante en un testamento, tomando en cuenta la premisa de la moral, la confiabilidad y el honor que supuestamente tenían los ciudadanos romanos. El nombre que tomó ésta expresión referente a la última voluntad en la Antigua Roma fue de *fideicommissum*, mismo que etimológicamente proviene de dos vocablos “Fidei” que quiere decir fe y “commissum” que significa comisión” (Fernández, 2000: 40), es decir es un encargo basado en la buena fe y la honestidad de quien sea la persona a quien se le encargue los bienes para que los transfiera a un tercero que es el beneficiario; el *fideicommissum* puede ser considerado como un “negocio fiduciario puro, en donde la confianza es absoluta y se traduce en la posibilidad de abuso por parte del fiduciario” (Rodríguez Azuero, 2005: 11).

Era tal la confianza que se depositaba en la buena fe del fiduciario, que en el caso de que se incumpliera con la voluntad del “disponente” (Carregal, 2008, pág. 37) a posteriori no existía una “acción (legal) que permitiera reclamar su ejecución.” (Carregal, 2008: 37).

La figura jurídica del *fideicommissum*, debido a la falta de acción para hacer cumplir lo requerido por el causante, llevaba a que se use éste recurso para obtener fines que no podían realizarse de otro modo, como beneficiar a terceros que no gozaban de la capacidad para ser herederos del causante.

Éste *ruogo*, por llamarlo de alguna manera, se realizaba en muchas ocasiones para evitar las formalidades y solemnidades que exigía la ley romana para suscribir un testamento. De ahí que el causante no necesitaba suscribir un testamento sino únicamente por medio de un simple escrito (codicilo), podía cumplirse su última voluntad.

Contreras (citado por Lascala, 2003: 2), explica que

“Cuando una persona quería favorecer o beneficiar a otra que carecía de la *factio testamenti* o del *capiendi ex testamento* (...) pedía, rogaba, suplicaba al heredero que instituíra y que naturalmente sí poseía esa *factio testamenti* o *ius capiendi ex testamento*, que entregara a la persona que carecía de ese derecho un bien determinado, o la sucesión de toda o parte de la herencia. Es decir, que el causante confiaba en que el futuro heredero, transfiriera los bienes a favor de un tercero que no gozaba originalmente con la calidad de heredero legítimo acorde al Derecho Romano”.

Posteriormente se les otorgó cierta competencia a los pretores (peregrino y urbano), dando origen al derecho pretorio permitiendo el reconocimiento de los contratos consensuales que eran propios del *ius gentium*, dando apertura a que las solemnidades inherentes al testamento sean dejadas de lado para dar forma válida al fideicomiso o al codicilo, logrando así que el causante pueda manifestar libremente su voluntad real.

Según el propio Fernández, fueron dos hitos históricos los que provocaron que se reconociera al fideicomiso jurídicamente:

- a) *Recurso administrativo*: la relación fiduciaria, como toda relación humana, estaba sujeta a la contingencia de los valores en la que se sustentaba. La caída de la República significó igualmente la caída de los valores éticos y morales sobre los que se había estructurado la vida del ciudadano romano. (2000: 42)

La base sobre la cual se construía el contrato de fideicomiso, conformado por la confianza y sobre todo la honorabilidad del romano se había desquebrajado, motivo por el cual nacieron conflictos con el fiduciario que incumplía su palabra en el encargo solicitado.

Tomando en cuenta éste problema, *Augusto*, establece un proceso ordinario contra el fiduciario, “terminó concediendo a los fideicomisarios una *cognitio extra ordinem* (recurso administrativo) ante los *cónsules*, quienes *coactivamente*, en virtud del atributo que poseían, emanado del *Imperium*, forzarían al fiduciario a cumplir con el fideicomiso.” (Fernández, 2000: 40)

Augusto, al resolver lo expuesto, según el autor Roberto González Torre “altera el carácter esencialmente ético para constituirlo [al fideicomiso] en una verdadera institución jurídica” (2000: 27), dando pie al inicio efectivo de la vida jurídica del fideicomiso en Roma.

- b) *Actio fiduciae*: en época de *Claudio*, llegó a tal extremo dicho reconocimiento que se crearon dos pretores especiales: los *praetores fideicommissarii*, para que entendieran *siempre, extra ordinem*. (Fernández, 2000: 42)

Al respecto González Torres señala “se instituyó el pretor fideicomisario, quien según la importancia de la disposición, también podía exigir el cumplimiento de los fideicomisos.” (2000: 28)

Ante ésta situación, los fideicomisarios encontraron grandes ventajas al constituir fideicomisos, en tanto tenían la seguridad jurídica que les brindaba las resoluciones de Claudio, mismas que le permitían depositar la confianza del romano en los fideicomisos, inclusive éstas disposiciones lograron que los testadores ya no desnaturalicen la figura adaptándola a sus pretensiones contrariando el derecho testamentario clásico que los romanos habían instaurado.

También encontramos el fideicomiso familiar o gradual, que contempla la posibilidad de que el testador haga varios llamamientos para restituir sucesivamente los bienes de su propiedad para mantener su patrimonio familiar intacto por muchos años, inclusive podía prohibir la enajenación de los mismos para lograr su objetivo. Justiniano, en uso de sus facultades sobre el ordenamiento jurídico romano, debido al abuso que se llegó a dar sobre el fideicomiso familiar, “se limitó el derecho del testador para imponer la obligación solo hasta el cuarto grado” (Rodríguez Azuero, 2005: 12).

Fernández, por su parte señala que “en la última parte de la República, se utilizó el *legatum partitionis*” (2000: 43), mismo que servía para evitar de alguna manera la prohibición que recaía sobre las mujeres para que puedan llegar a ser herederas, permitiéndoles mediante éste legado poder formar parte de la herencia que posiblemente se podía conformar a su favor.

Ésta figura, al trasgredir la estructura de los legados concebidos dentro del derecho romano, fue paulatinamente reemplazada por los fideicomisos una vez que fueron reconocidos dentro del ordenamiento jurídico romano.

Otra clase de fideicomiso que se presenta en la época clásica, es el universal, que se refería a aquel en el cual se transfería la totalidad de los bienes del causante, según Gómez La Serna, (Citado por Rodríguez Azuero, 2005: 13) “los romanos llamaban al fideicomiso

que se refería a todo o a parte de la herencia, *fideicomissaria haereditas*; y a aquel en que se dejaban solo cosas determinadas, *fideicomissum singulae rei*.”

En el fideicomiso universal, el fideicomisario era el adquirente de la herencia, y el fiduciario era el encargado en transferir el dominio de los bienes corporales que quedaban a su cargo para que el fideicomisario pueda llegar a ser dueño de dichas cosas.

Por otro lado, en el derecho romano las deudas y créditos tenían un trato especial, en tanto su transmisión se encontraba prohibida en el ordenamiento jurídico, imposibilitando que la relación obligatoria pasara de persona en persona.

Tomando en cuenta esto, en los fideicomisos el heredero era quien se “obligaba a transferir al fideicomisario cuanto podía exigir de los deudores, y a dejar que éste ejerciese, en carácter de procurador, las acciones de cuantos no cumplían con su obligación” (Fernández, 2000: 43)

Éste sistema fue simplificado por el senadoconsulto, que dispuso que una vez que se transmitiera la propiedad, se diera al fideicomisario todas las acciones que les correspondían a los herederos.

Como señalé anteriormente, los pretores fueron quienes mantenían el control sobre el uso del fideicomiso en Roma, motivo por el cual ellos también ejercían el poder para crear normas que regulen ésta figura; siendo así, al fideicomisario lo invistieron de la *bonorum possessio*, nombre que le dio el derecho pretor a la titularidad que el fideicomisario gozara una vez que se le transmitiera la propiedad del heredero de la obligación.

El legislador romano, ante las nuevas regulaciones y la aparente semejanza del fideicomiso con los legados, optó por imponer las mismas regulaciones del legado al fideicomiso.

Y fue así, que en la época posclásica y con el derecho Justiniano, se mimetizaron los legados y los fideicomisos debido a las claras semejanzas que mantenían ambas figuras dentro del derecho civil romano.

### 1.1.2 La Fiducia o Pactum Fiduciae

Esta figura ha sido denominada por varios autores como fiducia y algunos otros la denominan pactum fiduciae, pero todos acuerdan que ésta figura en la Antigua Roma, tenía un aspecto mercantil, y que se plasmaba dentro de los negocios que se configuraban entre los ciudadanos romanos, dichos negocios los encontramos en una clasificación simple:

- La *mancipatio*
- La *in iure cessio*

Caramés Ferro, (citado por Carregal, pág. 38), señala que “la persona que transmitía a otra por *mancipatio* la propiedad de una cosa, agregaba al acto un convenio por el cual el *mancipio accipiens* se comprometía a volverla a transmitir al *mancipio dans* o emplearla en cierto destino cuando se produjera determinada circunstancia prevista por las partes”.

Y tomando como antecedente al *mancipatio*, se crea la *fiducia cum creditore contracta*, en donde se transfería el dominio de un bien para que actuase como garantía de alguna obligación, como afirma Arangio Ruiz (citado por Domínguez, pág. 167) “la aparición en Roma de la fiducia se presenta como una de las primeras formas de garantía real, anterior inclusive a la prenda y la hipoteca”.

Mediante la *fiducia cum creditore contracta*, “se enajenaba la cosa o un bien para garantizar un crédito, con la consecuente obligación que contraía el adquirente de efectuar su restitución cuando el fiduciante hubiere cumplido con la obligación así garantizada al lograrse el objetivo pretendido por el *pactum (...)*” (Lascales, 2003: 3).

La *fiducia* es reconocida como la aplicación efectiva de la *mancipatio*, en tanto por medio de ésta última, el deudor transmitía una cosa a favor del acreedor para garantizarle el pago del crédito que mantenía con el mismo, ésta transmisión venía acompañada del denominado *pactum fiduciae*, que se traducía en una cláusula por medio de la cual se

comprometía al acreedor a restituir el dominio de la cosa al deudor una vez cumplida la obligación.

Derivado del incumplimiento de éste pacto, surge la *actio fiduciae* que he mencionado anteriormente para poder pedir el cumplimiento del mismo mediante mecanismos judiciales.

Por otro lado, encontrábamos en Roma la *fiducia cum amico contracta*, que consistía en un pacto de confianza propiamente dicho, donde se transmitía “el dominio de algo un depositario o mandatario, adquiriendo uno u otro el compromiso de destinar el objeto de la transmisión, a una finalidad específica.”(Domínguez, 1997: 168)

Este encargo de confianza, lo constituían por cumplir los intereses del fiduciante, “especialmente cuando se emprendían largos viajes, prefería transferirle el dominio (al fiduciario) para permitir que sus facultades con relación al bien fueran lo más amplias posibles (...)” (Carregal, 2008: 40), la confianza era imprescindible en éstos encargos y más aún la buena fe del fiduciario.

Si el fiduciario, incumplía con las obligaciones que se le asignaban, en un principio la figura solamente tenía implicaciones morales, en tanto se presumía que la honestidad propia de los romanos, era inalterable. Cuando las autoridades romanas cayeron en cuenta que los romanos habían cedido ante sus intereses, fue cuando se dio el poder al pretor para imponer el *actio fiduciae*, tomando en cuenta que también se trataba de una infamia, tomando en cuenta la falta realizada por el adquiriente fiduciario.

Siendo así, se aplicaba la *fiducia cum amico contracta*, cuando una persona se iba a ausentar por un largo tiempo “y en vez de dejar el bien en manos de su amigo a través de un contrato que le confiera la simple tenencia, empleaba este expediente para que gozara de las más amplias facultades, con lo que su protección resultaba más eficaz” (Rodríguez Azuero, 2005: 10), es decir, la confianza del romano era altísima, en tanto debía esperar que a su retorno, los bienes que transfirió sean devueltos a su persona.

Es interesante observar la evolución que la fiducia da conjuntamente con la *mancipatio*, en donde después de algún tiempo, aproximadamente después del siglo III, desaparece, y es

reemplazada por figuras como la hipoteca, la prenda o el comodato, dependiendo de las necesidades del causante.

Debido al reemplazo mencionado que sufrió el contrato de la fiducia por los contratos que eran similares a la naturaleza jurídica de ésta, los compiladores justinianos no la mencionaron en el *Digesto*, provocando cierta dificultad para los investigadores para encontrar antecedentes de la fiducia.

Posteriormente, el fideicomiso en su forma testamentaria se recuperó y mantuvo durante el tiempo, motivo por el cual fue adoptado para la estructuración de la figura similar de los países europeos en la Edad Media.

## **1.2 Origen del fideicomiso mercantil en el Ecuador.**

El ordenamiento jurídico ecuatoriano, fue desarrollado tomando en cuenta las normas y reglas de Roma, como ha sido la tradición en el Derecho latinoamericano durante los últimos siglos, siendo así es el Código Civil el que ha recogido lo relativo a la propiedad fiduciaria, que al igual que en la Antigua Roma puede ser constituida por acto entre vivos y por testamento; el fideicomiso civil regulado por el Código Civil, dista del fideicomiso mercantil que se encuentra regulado por otros cuerpos normativos en la actualidad.

A continuación me centraré en la evolución por la que ha tenido que pasar la figura del fideicomiso mercantil, tema central de ésta disertación, a lo largo del tiempo en la legislación ecuatoriana.

Es la “Ley de Títulos de Crédito publicada en el Registro Oficial No. 124 del 9 de Diciembre de 1963”<sup>1</sup> la primera que hace mención al fideicomiso irrevocable en nuestra

---

<sup>1</sup> En cuyo capítulo II se regló lo relativo a los certificados de participación. El artículo 70 de dicha ley disponía que “los certificados de participación son títulos de crédito que representan: 1º. El derecho a una parte alícuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes de cualquier clase que tenga en fideicomiso irrevocable para ese propósito, la sociedad fiduciaria que los emita”; “El Fideicomiso” de (González Torre, 2000; 32)

legislación, en la que inclusive se dispone que “el fideicomiso base de la emisión no se extinguirá mientras haya saldos insolutos, por concepto de créditos a cargo de la masa fiduciaria, da certificados o de participación en los frutos o rendimientos”<sup>2</sup>

En general, la ley referida si bien mencionaba al fideicomiso mercantil dándole un sentido sobre todo en la emisión de títulos, no lo reguló de forma exhaustiva, dejando en el aire muchos aspectos; motivo por el cual, “el 19 de Diciembre de 1963 se publica la Ley General de Operaciones de Crédito” (González Torre, 2000: 33) donde se extendía el concepto del fideicomiso, señalando que es un contrato por medio del cual “el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria”, e inclusive dicha norma indicaba que los bienes que se entregaban en fideicomiso pertenecían a un patrimonio en donde era el fiduciario quien podía ejercer las acciones que el fideicomitente instruyera, siempre destinándolos al fin último que se establecía dentro de la constitución del fideicomiso, es así que lo señalaba el artículo 80 que transcribo a continuación:

Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que conforme la ley, sean estrictamente personales de su titular. Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin que se destinan, respecto a ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros.

Es en ésta misma ley, que en el artículo 87 normativiza el regreso de los bienes que hayan ingresado al patrimonio del fideicomiso una vez que se haya extinto el fideicomiso por cualquiera de las causales que señala la propia ley<sup>3</sup> a las manos de su constituyente, entiéndase una especie de restitución fiduciaria.

---

<sup>2</sup> Referido del artículo 88 de la Ley de Títulos de Crédito de 1963, es interesante observar la naturaleza con la que se manejaba al fideicomiso en sus principios en nuestra legislación, sosteniendo que un título podía ser emitido basado en la formación de un fideicomiso mercantil.

<sup>3</sup> Según el artículo 86 de la Ley General de Operaciones de Crédito, las causales para la extinción del fideicomiso son: “1.- Por la realización del fin al cual fue constituido; 2.- Por hacerse este imposible; 3.- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituyente el fideicomiso o en su defecto, dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución; 4.- Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto; 5.- Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario; 6.- Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso, y; 7.- En el caso del párrafo final del artículo 80.”

Es así, que se dio vida al fideicomiso mercantil, de forma bastante acertada sin desnaturalizar dicha figura jurídica, pero a pesar de lo atinada de ambas leyes nombradas anteriormente, fueron derogadas.<sup>4</sup>

Años después, se incorpora un título referente a la figura del fideicomiso mercantil al Código de Comercio por disposición expresa de la Ley de Mercado de Valores que fue expedida y publicada en el Suplemento 1 del Registro Oficial N° 199 el 28 de Mayo de 1993.

De forma un tanto superficial, el mencionado título incorporado señala las generalidades que deberán ser contempladas en la constitución y manejo del fideicomiso mercantil, sus partes, la responsabilidad del fiduciario, la irrevocabilidad del contrato, que no se lo denomina como tal en dicha norma, sino como un “acto”.

Por otro lado, es en la misma Ley de Mercado de Valores que se da un paso importantísimo en el manejo y administración de fideicomisos mercantiles, en tanto permite la creación y existencia de compañías administradoras de fondos y fideicomisos mercantiles, es decir de compañías fiduciarias que debían ser constituidas bajo la denominación de sociedades anónimas, mismas que se encargarían “de administrar fondos de inversión y fideicomisos mercantiles” (González Torre, 2000: 33), inclusive se enmarca la responsabilidad del fiduciario en caso de que “existieran pérdidas por su culpa o negligencia en la inversión o en el manejo y atención del patrimonio fiduciario”<sup>5</sup>

Tomando en cuenta la disposición expresa de la creación de las administradoras de fondos y fideicomisos mercantiles, y que la dicha ley también otorgaba el poder para que los bancos pudieran administrar este tipo de negocios, el autor Roberto González realiza la siguiente acotación, “por el sentido del comentado artículo 33 es que sostengo que, hasta ese momento, podían desempeñarse como fiduciarios mercantiles los bancos, las administradoras de fondos y fideicomisos, así como cualquier otra persona, en vista de que

---

4 “La Ley de Títulos de Crédito fue derogada definitivamente el 24 de julio de 1964. La Ley General de Operaciones de Crédito fue derogada el 11 de noviembre de 1966.”; (González Torre, 2000: 33).

<sup>5</sup> En la Ley de Mercado de Valores expedida en el año 1993, se denomina como patrimonio fiduciario al patrimonio autónomo, esta última denominación se la da posteriormente. Tampoco establece si es responsable civil o penalmente o ambas.

no existía ninguna norma que imponga o mande la necesaria intervención de un fiduciario profesional como sujeto calificado de la actividad.” (2000: 33)

En ese sentido, es cierto que no existía regulación de quien debía ser el agente que cumpliera las funciones de fiduciario, siendo así quedaba extremadamente abierta la posibilidad de fungir la calidad de fiduciario, permitiendo que hubiese irregularidad al no haber un control estricto (como el existente en la actualidad) que recaiga sobre los agentes fiduciarios.

En el mismo año 1993, mediante el “Decreto N° 1042 – A; R.O. 262 – S, del 26 de Agosto de 1993” (González Torre, 2000: 33) se publica el Reglamento General de la Ley de Mercado de Valores, en el que en su artículo 41, se determina dentro de los mecanismos de mercado al fideicomiso mercantil como parte de ellos.

En el artículo descrito en el párrafo anterior se regula varios aspectos generales sobre el fideicomiso mercantil en el Ecuador, entre ellos, sobre los derechos y obligaciones de las partes contratantes en la constitución de un fideicomiso mercantil, sobre el patrimonio autónomo del fideicomiso, actuación del fiduciario<sup>6</sup>, objeto y causa lícita del contrato de constitución, manejo y administración del fideicomiso mercantil, entre otros.

Encontramos entonces, la regulación más acertada hasta la época a lo largo de los trece numerales contenidos en el artículo 41 de la norma señalada, mismos que sirvieron para marcar un lineamiento específico para la regulación y consolidación en el mercado de la administración y constitución de fideicomisos a partir de aquella época.

Posteriormente tanto la Superintendencia de Bancos, como el entonces denominado Consejo Nacional de Valores, (actual Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera)

---

<sup>6</sup> González Torre señala que es ilegal, que en éste artículo se manifieste que “solamente podían actuar como fiduciarios las instituciones financieras autorizadas por sus leyes especiales, sujetas al control de la Superintendencia de Bancos, y las administradoras de fondos y fideicomisos, sujetas al control de la Superintendencia de Compañías.”(2000: 34). Aclara posteriormente, que “no existió justificación alguna para “legislar” por reglamento” (2000: 34) éstos aspectos. Por otro lado, el mismo autor recalca que no se limitó la actuación fiduciaria a instituciones calificadas (2000: 34) siendo así podían ejercer dichas funciones “cientos de fiduciarios potenciales” (2000: 34).

emitieron resoluciones que regularon aspectos más específicos que se daban entorno al fideicomiso mercantil y su administración.

Entre éstas resoluciones rescato, la reforma al artículo 29 de la Ley S/N publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 1000 del 31 de julio de 1996, en donde regula el leasing y determinó la existencia de una exención tributaria para la transferencia de inmuebles que se haga únicamente al constituir el fideicomiso mercantil, sin tomar en cuenta ésta exención al momento de realizar la restitución al constituyente en caso de que el aporte no haya sufrido ningún cambio, es decir, “ante la falla de la condición” (González Torre, 2000, pág. 35)

También mediante la resolución No. JB – 97 – 034, de la Junta Bancaria en el año 97, reformó la resolución No. SB – JB – 97 – 016 del 17 de julio de 1997, y permitió a las instituciones del sector público constituir fideicomisos mercantiles, en donde se “requerirán de dictámenes previos emitidos por la Junta Monetaria y por el Ministerio de Finanzas y Crédito Público” según señala la propia resolución; agregan que es la Superintendencia de Bancos la encargada de velar por la minuta de constitución de dichos fideicomisos.

Un año más tarde, en julio de 1998 se publicó una nueva Ley de Mercado de Valores, en donde se regulariza de manera más precisa lo relacionado con el fideicomiso mercantil, el encargo fiduciario y las titularizaciones. En el título XV de la ley, se norma lo relacionado con el fideicomiso mercantil, cuyo artículo 109 dota de personalidad jurídica al patrimonio autónomo del fideicomiso y lo reconoce como “una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato.”<sup>7</sup>

La Ley de Mercado de Valores de 1998, en su artículo 113, explica lo referido a la transferencia de dominio a título de fideicomiso mercantil, en donde señala que el título no es oneroso ni gratuito ya que “no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario y se da como medio necesario para que éste último pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato”, además en la misma norma que libera a la transferencia a título de fideicomiso mercantil “de todo tipo de impuestos,

---

7 La Ley de Mercado de Valores, publicada en julio de 1998, fue derogada por el Congreso Nacional, por Codificación No. 1, publicada en el Registro Oficial Suplemento 215 de 22 de febrero de 2006.

tasas y contribuciones ya que no constituye hecho generador para el nacimiento de obligaciones tributarias ni de impuestos indirectos previstos en las leyes que gravan las transferencias gratuitas y onerosas.”

Por otro lado, el artículo 113 *ibídem*, señala que las transferencias que realice el fiduciario a favor de los beneficiarios podrán ser gratuitas u onerosas, motivo por el cual se encuentran gravadas.

Después de la grave crisis económica que azotó al Ecuador, en el año 1999 debido a la crisis bancaria y financiera de ese año, y a los problemas económicos que derivaron de ello, las autoridades de la época tuvieron que tomar varias medidas para intentar salvaguardar en parte la deplorable situación económica en la que habían quedado muchas familias ecuatorianas, es por ello que el Directorio del Banco Central del Ecuador en septiembre de 1999, intentando fortalecer el sistema financiero que tanto había sufrido económicamente, autoriza al Banco Central a recibir bienes en dación en pago por las obligaciones que los bancos tenían con dicha institución.<sup>8</sup>

Por otro lado, en cumplimiento a lo impuesto por “la Superintendencia de Bancos, el 30 de julio de 1999” (González, 2000: 37), el Directorio utiliza la figura del fideicomiso mercantil, a través de la reforma a la Codificación de Regulaciones del Banco Central<sup>9</sup>, en donde se encuentra el literal d) del artículo 11 que cito a continuación “si al tiempo de la expedición de la presente Regulación No. 041 – 99 de 8 de septiembre de 1999, los accionistas registrados como tales a la fecha del otorgamiento del préstamo subordinado, aún no hubieren castigado sus acciones de acuerdo con los ajustes dispuestos por la Superintendencia de Bancos el 30 de julio de 1999, procederán a transferir temporal e irrevocablemente sus acciones a un fideicomiso mercantil constituido para el efecto. Como parte del objeto del fideicomiso se incluirá la facultad del fiduciario de convocar a la Junta General de Accionistas para proceder a castigar las acciones de conformidad con los ajustes

---

8 El Directorio del Banco Central del Ecuador de aquella época, permitió la dación en pago con bienes de aquellas instituciones financieras que según su regulación “tenían obligaciones derivadas de las operaciones de crédito concedidas hasta el 8 de septiembre de 1999 por el Instituto Emisor al amparo de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado” sólo cuando dicha institución demuestre que no cuenta con liquidez para asumir sus obligaciones.

<sup>9</sup> Reforma publicada en el Registro Oficial número 286 del 28 de septiembre de 1999.

dispuestos por la Superintendencia de Bancos(...) adicionalmente, los accionistas autorizarán al fiduciario para que en el caso que, luego de los ajustes antes señalados, exista algún valor remante de las acciones, los contribuyentes reciban como pago los activos definidos por la Superintendencia de Bancos.”

### **1.2.1 El fideicomiso mercantil en la actualidad ecuatoriana.**

Actualmente, el fideicomiso mercantil se encuentra regulado en el Título XV del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero referente a la Ley de Mercado de Valores a partir del artículo ciento nueve hasta el ciento treinta y siete, y el Título XVI que regula a las titularizaciones; por su lado, en el Título V de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores en donde se norma de manera detallada la constitución, clasificación, administración, entre otros aspectos que rodean dicha figura.

Partiendo de las definiciones que se establecen en la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, desarrollo el tema principal y medular de mi disertación, por cuanto existe un error que trasgrede los principios doctrinarios que rodean al fideicomiso mercantil, para ser más precisa, éste error recae en la definición de “derechos fiduciarios” que transcribo a continuación:

Derechos Fiduciarios: Son el conjunto de derechos que se derivan de la calidad de beneficiario de un fideicomiso mercantil, los cuales representan el patrimonio autónomo constituido, y otorgan el derecho a que la fiduciaria les transfiera a título oneroso o gratuito, los activos o el producto de su administración, de conformidad a las instrucciones señaladas en el contrato constitutivo.

Tomando ésta definición, se entendería que los derechos fiduciarios únicamente podrían ser poseídos por el beneficiario de un fideicomiso, y que los mismos provocan que los bienes del patrimonio autónomo únicamente podrían ser transferidos a través de un título oneroso o gratuito como una compraventa o una donación, pero el anteriormente denominado Consejo Nacional de Valores, no consideró para ésta definición que dichos derechos en primer lugar, son poseídos no solo por los beneficiarios sino también por los constituyentes del fideicomiso; además que dichos derechos, otorgan a los constituyentes el derecho para

que pueden transferir sus bienes al fideicomiso para que sea parte del patrimonio autónomo, a título de fideicomiso mercantil, acorde a lo prescrito por el artículo 113 del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero referente a la Ley de Mercado de Valores; por otro lado, a pesar de que los derechos de beneficiario al ser cedidos deben contar con un título previo a la cesión que puede ser oneroso o gratuito, no es la única transferencia que los derechos fiduciarios de beneficiario le otorgan a éste en su calidad, en tanto al transferir los bienes o activos que pertenecen al patrimonio al beneficiario, la ley no señala exactamente a qué título se debería realizar dicha transferencia, por tanto, la definición de derechos fiduciarios presentada, se encontraría incompleta, y es precisamente éstas circunstancias las que desarrollaré profundamente en el tercer capítulo de la presente disertación.

La evolución histórica de la normativa alrededor de ésta figura es muy interesante, desde la antigua Roma hasta los criterios que actualmente manejan las instituciones encargadas de regularizar y controlar la estructuración, constitución, administración y liquidación de los fideicomisos mercantiles.

Históricamente, el fideicomiso al ser una figura de confianza, ha necesitado de regulación especial, en tanto, que el fiduciario al manejar bienes de terceros, éstos últimos podrían haber obtenido dichos bienes de manera ilícita, motivo por el cual actualmente las fiduciarias deben realizar y entregar reportes a la Unidad de Análisis Financiero, institución que se encarga de prevenir y controlar que se perjudiquen a terceros, mediante el lavado de activos, financiamiento de delitos, en general para evitar el cometimiento de delitos financieros que se encuentran establecidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Hay que tomar en cuenta, que la figura jurídica que se maneja actualmente encuentra su fundamento básicamente en la figura que operaba en la Antigua Roma, pero con las debidas adaptaciones del caso para que puedan ser efectivas y aplicadas al desarrollo del negocio fiduciario del presente.

Por último, cabe recalcar que el fideicomiso mercantil, es una figura que se utiliza mucho en negociaciones a gran escala en el Ecuador, y que su regulación actual debe encontrarse enfocada al funcionamiento efectivo del mismo y evitar la interposición de trabas que limiten o degeneren la naturaleza del fideicomiso mercantil.



## **2. CAPÍTULO II: EL MODO Y EL TÍTULO**

Para comprender de manera adecuada la naturaleza jurídica del título al cual se debería transferir el dominio de un bien perteneciente al patrimonio autónomo perteneciente un fideicomiso mercantil, es necesario exponer lo relativo a los modos de adquirir el dominio y títulos que se encuentran contemplados tanto doctrinariamente como en la legislación, por los cuales se realizan transferencias de dominio.

El Código Civil ecuatoriano, es la norma en la que se encuentran regulados los modos de adquirir el dominio de las cosas, y es la norma que explica qué se debe considerar como un justo título por medio del cual se puede transferir el dominio. A continuación desarrollaré las teorías de aplicación acorde a la doctrina nacional y extranjera.

### **2.1 Relación entre Modo y el Título: Teoría de aplicación.**

En el derecho romano, el Digesto enuncia “la nuda tradición nunca transfiere el dominio, si no se hubiere precedido la venta, o alguna causa justa, por la cual siguiese la entrega” (Velásquez, 2004: 235); mientras que el Codex señala “El dominio de las cosas se transfiere por tradición y usucapión, no por simples pactos” (Velásquez, 2004: 235).

La teoría de aplicación del modo y el título en el Derecho tiene varias acepciones, que han ido cambiando según las doctrinas, el ordenamiento jurídico de cada Estado y el pensamiento de los jurisconsultos.

Para empezar, hay que tener en cuenta la diferencia entre el modo y el título, principalmente en lo referente a los momentos en los que se usa para transferir el dominio de un bien, de aquí surge las críticas en torno a su aplicación que será desarrollada posteriormente.

Larrea Holguín, da un concepción general que permite entender de manera rápida al modo y el título, lo cito: “en términos generales se llama título a la causa remota y modo a la causa próxima de la adquisición” (2005:341). Tomando en cuenta ésta noción, se entiende que el título debe existir antes que el modo para poder adquirir el dominio de un bien, una causa remota sería la justificación para que se produzca efectivamente la causa próxima para la adquisición.

Partiendo de éste punto, el modo sería la manera de dar vigencia al título, siendo que el título es una expectativa que se genera para adquirir cierto derecho sobre determinado bien, al respecto, debo recalcar que el desarrollo de la presente disertación recae sobre derechos reales mas no sobre derechos personales, en donde la forma de título y modo tiene otra concepción como lo señala acertadamente Larrea Holguín: “en el campo de las obligaciones o **derechos personales**, el título basta para transferirlos, pero en el campo de los **derechos reales** el título origina solamente una obligación y es el modo el que hace adquirir el derecho.” (2005:342)

El clásico ejemplo para entender lo anteriormente mencionado, es decir, la diferenciación de momentos del título y el modo se puede plasmar en una compraventa de un bien inmueble, en donde la escritura pública que contiene “la cosa, el precio y la voluntad de vender y de comprar respectivamente” (Larrea Holguín, 2005:342) es únicamente el título, en tanto constituye una causa remota de adquirir el dominio del inmueble, éste título o ésta compraventa será eficaz en el futuro y acorde a lo que señala la ley, por medio de la tradición que es el modo de adquirir correspondiente a la compraventa de un inmueble, es decir la inscripción en el Registro de la Propiedad del cantón en el que se encuentre localizado el inmueble objeto de la compraventa.

Tomando en cuenta esto, se puede entender al título como la orden previa que se da para que se efectivice o se ejecute lo que dicho título contiene (por ejemplo la compraventa), mediante el modo (la tradición, perfeccionada por la inscripción en el Registro de la Propiedad), pudiendo así ser poseedor del derecho real que se deriva de éste proceso (en el caso de la compraventa, el dominio sobre el bien inmueble sería el derecho real).

Al respecto, hay que comprender la forma en la que un bien puede conformar parte del patrimonio de un individuo, es decir, la forma en la que un derecho real es traspasado efectivamente de una persona a otra.

Para entender didácticamente lo expuesto, Guillermo Velásquez Jaramillo ha planteado un proceso que se compone de fases que inician con la fuente para culminar en el derecho real propiamente dicho que se genera sobre determinado bien mueble o inmueble, a continuación detallo dicho proceso.

La primera escala o fase se refiere a la fuente de las obligaciones, que implica una serie de ideales o abstracciones que se emanan de la voluntad de los individuos para realizar en un futuro cierta negociación para obtener o entregar el derecho real que recaiga sobre un determinado bien.

Guillermo Velásquez señala que “la fuente en sí misma considerada es un fenómeno abstracto y estático” (2004: 235), es decir, que la fuente no crea, genera o produce ninguna obligación para con las partes implicadas, la fuente es una mera expectativa que puede o no pasar en un lapso de tiempo indeterminado.

Posteriormente, una vez que se ha llegado a un acuerdo entre las partes contratantes, llegamos a una segunda escala, en donde se aplica la fuente o la institución jurídica mencionada anteriormente, misma que se denomina como título.

“El **título da derecho a adquirir**, prepara la adquisición que se consuma o ejecuta con el modo. El título **origina un derecho subjetivo y personal**, con la correlativa obligación de otro. Cuando la obligación se cumple **mediante el modo, el titular se hace dueño**, adquiere” (Larrea Holguín, 2005: 342)

Tomando en cuenta esto, el título es plasmar físicamente el acuerdo de voluntades de las partes, pero sin llegar a ser válido, la validez del mismo se dará en la posteridad mediante el modo.

Y precisamente es el modo, el tercer escalón en la clasificación de Velásquez Jaramillo, en sus palabras “el título es la orden; el modo es su ejecución. El título ordena pagar; el modo contesta pagando” (2004: 236), es decir, el modo da validez al título, siendo éste último anterior al modo, tomando en cuenta uno de los criterios que desarrollaré posteriormente en éste acápite.

Los modos de adquirir el dominio son conceptualizados como “aquellos **hechos o actos jurídicos a los que la ley reconoce la virtud de originar el derecho** en una persona” (Larrea Holguín, 2005: 343), es decir, que a través del modo un derecho real que recae sobre cierta cosa, será transferido o transmitido a una persona diferente a la que tuvo la titularidad de dicho derecho; afirmando lo señalado anteriormente es el modo el que da validez al título.

Debo señalar que los modos de adquirir el dominio, al igual que los títulos tienen una clasificación; partiendo de esto, Alessandri y Somarriva (citado por Larrea Holguín, 2005: 344) proponen la siguiente clasificación en donde los tipos de modo de adquirir a saber son: originarios o derivativos; a título singular o a título universal; a título gratuito o a título oneroso; y, por un acto entre vivos o por actos de última voluntad.

El propio Larrea Holguín, partiendo de ésta clasificación en la que los modos toman su denominación dependiendo del título al que se vaya a realizar la transferencia de dominio, concluye, que existe una íntima relación entre “la causa próxima (modo) y su antecedente y justificación que es el título (causa remota)” (2005: 344).

Ésta conclusión se justifica por la cercanía y la relación que mantiene el modo y el título para perfeccionar la transferencia de dominio de cierta cosa, dentro de éste capítulo analizaré más adelante las teorías de aplicabilidad de dicha relación, sobre todo si son tan cercanas al punto de necesariamente coexistir juntas.

Es menester explicar cada uno de los tipos de modos, es así que encontramos al modo **originario** y al modo **derivativo**; es originario, cuando se crea un derecho a favor de un individuo, en donde no hay transmisión de un individuo a otro, es decir, que sobre el bien sobre el cual se genera un derecho real no pesaba anteriormente ningún derecho, ni existía una persona que sea titular del mismo.

Larrea Holguín, cita a Claro Solar, quien por su lado aclara que “con el modo originario se adquiere la propiedad franca, sin gravámenes, mientras que en el derivativo, el adquirente es el causahabiente del propietario anterior y adquiere la propiedad con sus cargas.” (Larrea Holguín, 2005: 344)

Siendo así, el modo derivativo por su lado, se origina cuando el adquirente de cierto derecho real que recae sobre una cosa, lo ha obtenido de un individuo que era titular de tal derecho con anterioridad, es decir, hay una transferencia de dicho derecho del titular anterior a uno nuevo, “esta es la razón de por qué en los modos derivativos, el adquirente recibe el derecho en el estado en que lo tenía el anterior titular, y eventualmente con cargas.” (Larrea Holguín, 2005: 345).

El Código Civil ecuatoriano ha identificado a cinco como los modos de adquirir el dominio, en su artículo 603 del Libro II de dicho cuerpo legal, siendo estos la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción.<sup>10</sup>

Existen varias críticas a ésta enumeración taxativa de los modos de adquirir el dominio realizado por el legislador; Valencia Zea, indica la falta en ésta clasificación “de las sentencias judiciales de adjudicación de bienes que se rematan en pública subasta como resultado de un juicio ejecutivo o de un juicio de venta de cosa dada en prenda, hipoteca, o de algún otro juicio.” (Larrea Holguín, 2005: 346), también señala la falta de otros modos de adquirir que son más de índole administrativa y que no deberían ser regulados por el Código Civil, como lo son las resoluciones administrativas o los derechos de autor, invenciones, marcas, registro de nombres, etc.

Por otro lado, se encuentra como expliqué anteriormente la causa remota para adquirir o apropiarse de una cosa, que recae en el título del cual deriva cierta clasificación que no es tan cerrada y en la que a mi percepción podrían ser incluidos otros tipos de títulos mientras mantengan coherencia con la normativa ecuatoriana.

---

<sup>10</sup>En el Código Civil, se enumera específicamente los modos de adquirir el dominio en el artículo 603, mismo que indica: “Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción. (...)”

Es necesario recordar que el título es la orden que permite que se ejecute la adquisición de un bien a través del modo respectivo que corresponda a la necesidad próxima de las personas, es decir, que el título es la causa remota, pero que de igual manera genera obligaciones debido a la voluntad que tengan los interesados de realizar cierto acto para adquirir un bien.

Pues bien, los títulos pueden clasificarse según el autor Guillermo Velásquez Jaramillo en justos e injustos, gratuitos u onerosos, singulares y universales y en atributivos y declarativos, ésta clasificación reitero no es taxativa y no se encuentra regulada o establecida en la ley civil, es una clasificación que se ha dado a los títulos de manera didáctica que en mi opinión, se ha elaborado para intentar facilitar la comprensión de las diferencias existentes entre título y modo.

En tanto la presente disertación se desarrolla alrededor del título de transferencia, procederé a dar una pequeña explicación de los títulos señalados, para así poder comprender posteriormente la connotación que deseo dar al presentar el título de fideicomiso mercantil como un título sui generis.

El título justo es aquel que es válido, atributivo de dominio y verdadero, es decir, acorde a lo señalado por Velásquez Jaramillo, no debe adolecer de nulidad, debe permitir la adquisición de un bien y debe existir realmente (Velásquez, 2004: 246). El título injusto, evidentemente es aquel que no cumplirá con uno de los requisitos que contempla el título justo. Acorde al artículo 718 del Código Civil, “el título justo es constitutivo o traslativo de dominio”, dentro de los constitutivos se enmarcan: la ocupación, la accesión y la prescripción; y, en los translaticios “los que, por su naturaleza, sirven para transferirlo (el dominio) como la venta, la permuta, la donación entre vivos.” También son títulos translaticios las sentencias de adjudicación en juicios divisorios, y los actos legales de partición.

Por su lado, se encuentra el título gratuito y oneroso, los cuales son los más usados en la práctica del Derecho; el gratuito se considera a aquel que no constituye un sacrificio económico para una de las partes contratantes, es decir, una transferencia es a título gratuito

cuando la parte que recibe la cosa, o que se considerará como la nueva propietaria del bien, no sufre un detrimento o disminución en su patrimonio; y, el oneroso se refiere a aquel que acarrea una carga pecuniaria. Los ejemplos más claros de éstos títulos son en el primer caso, la donación y en el segundo la compraventa.

Entre títulos singulares y universales, Velásquez manifiesta que la diferencia entre ambos radica en que el primero, se produce cuando “se adquieren cosas de especie o cuerpo cierto o cosas de género” (2004: 250) mientras que el segundo, se produce cuando “implica la transferencia o transmisión de todos los bienes de un sujeto o de una cuota de ellos” (2004:250) es decir, que en el singular se adquirirá una cosa específica descrita exactamente, como por ejemplo una compraventa de un automóvil de marca, año, color específico, mientras que en el universal se refiere a la adquisición de un conjunto de bienes que representan una porción o el acervo de bienes que pueda poseer un individuo, como por ejemplo lo que ocurre en la sucesión por causa de muerte, al transmitirse el conjunto de bienes del causante a sus herederos.

Por último, Velásquez, diferencia los títulos atributivos de los declarativos, en donde los atributivos dan la posibilidad de adquirir el dominio de una cosa directamente, mientras que los declarativos, únicamente declara como su nombre indica “un derecho preexistente” (2004: 250).

Una vez explicados las clases de modos y títulos que la doctrina ha desarrollado, me centro en lo que compete al presente capítulo, que se refiere a la teoría de aplicación del título y el modo, es imperativo tomar en cuenta que las legislaciones alrededor del mundo no tienen una misma posición y que de hecho, cambia de país en país acorde a su normativa, en donde exigen o no ciertas solemnidades.

Motivo por el cual, existen legislaciones que aceptan que la adquisición de los derechos reales se perfecciona únicamente con el título, mediante el cual, un bien ingresa al patrimonio de una persona y sale de otra sin necesidad de la existencia o coexistencia del modo; también se encuentran legislaciones que aceptan dicha adquisición únicamente con la existencia exclusiva del modo; y, por su parte, hay legislaciones que aseguran que debe diferenciarse

entre dos momentos jurídicos: el título y modo para la adquisición de un bien, este último es el caso ecuatoriano.

Para explicar las teorías de aplicación del título y el modo, hay que reconocer que los derechos reales de los cuales se deriva la adquisición de un bien, no interesan únicamente a las partes contratantes sino que sus efectos deben ser considerados como erga omnes, para así evitar perjudicar a terceros interesados en la adquisición de cierto bien, esta es la principal premisa por la cual tanto el Derecho suizo como el ecuatoriano entre otras legislaciones, toman en cuenta dos momentos o causas para que se perfeccione efectivamente la adquisición de un bien sea mueble o inmueble: el título y el modo; pero, también existen legislaciones como la francesa o la alemana, que rechazan esta teoría de aplicación del título y el modo y aseguran que para la adquisición de un bien únicamente es necesario uno de estos dos momentos. A continuación explico cada una de éstas teorías:

Por un lado, se encuentran las teorías que rechazan la coexistencia del título y el modo: *la teoría francesa*, en donde “el título es suficiente en orden a la adquisición del derecho real” (Velásquez, 2004: 240), es decir, únicamente es necesario el acuerdo de voluntades entre las partes contratantes y no el perfeccionamiento o publicidad a través de algún instrumento ante terceros para adquirir el dominio de un bien sea inmueble como mueble.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Y de la ausencia de la publicidad ante terceros, nace la crítica de los juriconsultos como la cita que realiza Guillermo Velásquez, en su obra *Bienes*, del autor Edmundo Gatti, y su obra *Teoría general de los derechos reales*, pág. 371, lo parafraseo de la siguiente manera: “... el Código Civil de Francia admitió que la propiedad fuese transmitida solo por efecto del consentimiento de las partes y sin necesidad de acto exterior alguno. Se confundió de esta manera, y luego en su origen, el derecho personal con el derecho real; para esta confusión mucho contribuía una bella doctrina que principió en GROCIO y fue después reproducida por muchos escritores de derecho natural. Además siendo el derecho personal el medio más común para llegar a adquirir el derecho real y pareciendo que este es el producto o resultado de aquel, su natural dependencia, tiende a confundir la diferencia entre uno y otro. (...) Se tomó la propiedad en su elemento individual solamente, no se atendió a su elemento social; se contó con la buena fe de las convenciones, como si la mala fe no fuese posible, o no pudiese perjudicar a terceros...” (Velásquez, 2004: 241), la crítica que realiza Gatti, en mi opinión es válida hasta cierto punto y no en su totalidad, en tanto al celebrarse cualquier contrato se presume que las partes contratantes actúan de buena fe siempre, no podemos tomar la mala fe como premisa para criticar una teoría en tanto nos iríamos en contra de los principios generales que rodean los negocios jurídicos; por otro lado, coincido totalmente en la confusión entre derecho real y derecho personal que sostiene Gatti, entre tanto a pesar de que se podría decir que el derecho real nace de un derecho personal es imposible concebir que el éste último es el que origina la adquisición del bien, debido a que no es característico de la naturaleza de los derechos personales.

La teoría francesa, elimina el modo, basándose en lo que habitualmente se realizaba en la práctica del Derecho en la que se redujo “a la simple posibilidad de tomar por sí mismo posesión de la cosa con el consentimiento del enajenante.” (Puig Peña, 1972: 122); y, es que Díez – Picaso, subraya que grandes teóricos franceses del “Derecho natural racionalista” (2003: 61) como Grocio y Puffendorf hacen hincapié en que “la voluntad de las partes por medio del contrato es suficiente para producir el efecto de la transmisión de la propiedad” (2003: 61), partiendo de éstos conceptos es que el Código napoleónico desarrolla la teoría en la que una cosa puede ser transferida únicamente con el acuerdo de las partes contratantes, dejando de lado absolutamente al modo.

Los juristas concentran su crítica a éste sistema en la “falta de garantías a terceros”, Alessandri y Somarriva, aclaran que “el sistema francés no protege a los terceros; de ahí que sólo se reciba una aplicación plena en cuento a las partes contratantes, y sufra atenuaciones más o menos intensas respecto de terceros” (1957: 242); conclusión que es evidente, en tanto las obligaciones de dar y recibir la cosa que nacerían al celebrar el acto de transferencia, serían de conocimiento únicamente de las partes contratantes, al dejar de lado la exigencia de publicar dicho acto ante terceros mediante inscripciones en registros públicos.

Cabe recalcar que las críticas realizadas a éste sistema, pueden ser consideradas como válidas tomando en cuenta que en nuestro Derecho, es necesario cumplir con ciertas solemnidades legales que dan formalidad a la transferencia o transmisión de bienes y que son éstas solemnidades las que garantizan el respeto de los derechos y obligaciones que tienen las partes para con terceros, permitiendo el justo control por parte de la autoridad y la sociedad en general en la adquisición de bienes.

Por otro lado, se encuentra la *teoría alemana*, en donde “lo que interesa en la adquisición del derecho real es el modo, ya que el título es un acto sin trascendencia” (Velásquez, 2004: 241), es decir, los alemanes no creen como lo hacen los franceses que el acuerdo de voluntades es suficiente ni siquiera trascendente para adquirir un bien, de hecho lo dejan de lado, desdoblado al modo en dos momentos: “*el acuerdo real*, un acto abstracto para provocar la transmisión del derecho real y *la entrega si se trata muebles o la inscripción si se trata de inmuebles*” (Velásquez, 2004: 242).

La doctrina alemana, pretende “destruir el tradicional nexo causal existente entre el título y el modo, de tal manera que hay que independizar éste de aquél” (Puig Peña, 1972: 120), es decir, que la transferencia será efectiva únicamente con la tradición o *traditio*, en tanto es el modo el que concede eficiencia jurídica a éste acto. Puig Peña, ratifica lo señalado por Velásquez, y habla del desdoblamiento del modo en dos causas o momentos, en donde realiza que el *animus transferendi et accipiendi dominii* pasa a constituir el acuerdo real (*einigung*) entre las partes que deseen y quieran la transferencia, y el *corpus* de la *traditio* se convierte en la propia dación o entrega, si se trata de bienes muebles y en la inscripción en el Registro, si se trata de bienes inmuebles. (Puig Peña, 1972: 120)

Partiendo de éste punto, se podría considerar que la base para realizar la transferencia de dominio, es el *acuerdo real* o “acto abstracto” el cual es considerado por parte de la teoría germánica como el primer momento en el que se divide al modo; dicho acuerdo perfecciona la transferencia que las partes desean realizar, es suficiente, válido y eficaz frente a terceros acorde a ésta teoría.

Según Díez – Picazo, los germanos siguiendo a Savigny “propendieron a interpretar el requisito de la *iusta causa traditionis* –exigido por las fuentes romanas- en un sentido no causal, sino abstracto” (2003: 61), motivo por el cual hay que entender que a dicho acto como el negocio previo obligatorio que no desempeña ningún papel en la adquisición o transmisión de un bien. (Díez – Picazo, 2003: 61)

La aplicación de ésta teoría, según cita Larrea Holguín a Puig Brutau, “en la actualidad está en la franca bancarrota y se preconiza su eliminación en la misma Alemania” (Larrea Holguín, 2005: 348), la razón recae según mi percepción en la imposibilidad de tomar como base de la transferencia de bienes a un “acto abstracto” que se derive posteriormente en la entrega o inscripción de la transferencia en tanto por su naturaleza, éste acto es impreciso.

En el otro extremo se encuentran las teorías que aceptan la coexistencia del título y el modo, ejemplo de ellas son las aceptadas en las legislaciones chilena, suiza, colombiana y ecuatoriana.

Ésta teoría dualista, tiene sus orígenes en el Derecho Romano, mismo que se basa en:

El pensamiento aristotélico, y en él la famosa doctrina de la *posibilidad y efectividad* y de las *causas eficientes*. Con arreglo a ella el *modus* no era más que la efectividad de la posibilidad engendrada en el *titulus*; aquel era la causa próxima; el *titulus*, la causa remota que origina el *illus ad rem* con una acción personal para exigir la entrega de la posesión y que posibilita, por tanto, la adquisición; el *modus* hace efectiva esa adquisición. (Puig Peña, 1972: 118)

Como es conocido mundialmente, varias legislaciones tomaron los presupuestos del Derecho Romano como pilar fundamental para desarrollar su ordenamiento jurídico, es así que en la materia que compete a la presente disertación, el sistema suizo recoge lo dicho y “admite la necesidad de un título y luego la inscripción en el Registro, para que se produzca la transferencia de la propiedad inmobiliaria” (Larrea Holguín, 2005: 248), es decir, el sistema suizo al igual que el ecuatoriano exige ciertas formalidades y diferencia dos momentos para la transferencia de bienes: título y modo. Castán según cita Larrea Holguín, señala que el Código Civil suizo, “impone para la transmisión de bienes muebles, la tradición de la cosa, presupuesto el título válido, y para los inmuebles, la inscripción en el Registro, unida también al negocio casual (...) la inscripción viene, pues, a convertirse en modo para la transmisión de los bienes inmuebles” (Larrea Holguín, 2005: 349)

Siguiendo ésta línea, el Código Civil ecuatoriano toma en cuenta estos dos momentos, en donde por ejemplo, la tradición de un inmueble que se realice mediante una compraventa, permuta, donación, etc., se perfecciona a través de la inscripción en el Registro de la Propiedad, tomando en cuenta que el título de la transferencia sería el contrato de compraventa, permuta, donación, etc., y que el modo sería la tradición perfeccionada al inscribirse en el Registro correspondiente.

Pero es necesario comprender, lo señalado por Carrión Eguiguren, quien acertadamente indica que para la adquisición derivativa los dos momentos o causas están diferenciadas, en donde por ejemplo “para que valga la tradición, (...) se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.” (1982: 128). Pero en la adquisición originaria, “un mismo acontecimiento sirve a la vez de título y de modo, las dos causas se

confunden. La ocupación, la accesión y la prescripción son modos de adquirir (...), y son títulos constitutivos de dominio (...). (Carrión Eguiguren, 1982: 128)

Ciertamente, en la tradición se diferencian dos causas debido a la transferencia de dominio del patrimonio de un individuo a otro y “requiere de una relación personal previa a consecuencia de la cual el tradente entrega la cosa objeto del derecho al adquirente” (Carrión Eguiguren, 1982: 129) consecuentemente, un derecho anterior es transferido a una nueva persona, motivo por el cual se debe distinguir las dos causas para cumplir con la formalidad de la entrega de la cosa, tanto respetando los derechos y obligaciones que se generan inter partes como erga omnes, regresando a lo explicado inicialmente en el error que rodea la teoría francesa de la existencia única del título como manera “efectiva” para garantizar la adquisición de bienes ante terceros.

## **2.2 Criterio personal sobre la aplicación de la teoría del título y el modo.**

Con todo lo expuesto en el acápite anterior, es necesario determinar la teoría que resulte más conveniente para la aplicación del título y el modo en donde se debe tomar en cuenta lo explicado por los tratadistas mencionados, para así poder llegar a una conclusión coherente y motivada.

Iniciaré tomando la teoría francesa que refuta la posibilidad de la coexistencia de modo y título, y que acepta únicamente la existencia de un título para adquirir el dominio de una cosa, pues bien, hay que entender al título como se dijo en el primer acápite de éste capítulo como la causa remota para dicha adquisición, o como la “iusta causa traditionis” (Carrión Eguiguren, 1982: 128) es el acuerdo de voluntades que se realiza entre las partes contratantes para adquirir o transferir un bien sea inmueble o mueble.

Tomando este punto, es necesario realizar la siguiente pregunta: ¿existe la posibilidad de que un acuerdo de voluntades sin solemnidades que formalicen el acto jurídico se enmarque dentro del principio de seguridad jurídica?

En primer lugar, hay que entender el concepto de “seguridad jurídica” que acorde a la Constitución de la República del Ecuador, se define como “Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.” es decir, la seguridad jurídica permite que los individuos que se desenvuelven dentro de una sociedad a través del cumplimiento de las normas que la rigen, logren desarrollar sus actividades confiando en que dichas normas van a proteger sus intereses y derechos.

Según los franceses, el acuerdo de voluntades envuelve en sí las formalidades necesarias para realizar una transferencia de bienes y en su Derecho lo mantienen y aplican de dicha forma.

Tomando como referencia lo citado por los jurisconsultos anteriormente, la teoría francesa del título, es insuficiente para garantizar los derechos de los individuos que conforman una sociedad, siendo estos individuos los terceros que se encontrarían fuera del acto jurídico inter partes que celebran cierto contrato, por tanto la simple convención entre las partes contratantes para transferir un bien no crea la seguridad jurídica que debería procurarse.

Cabe recalcar, que mi objetivo en la presente disertación no es desacreditar el esfuerzo del legislador francés que intenta rescatar la teoría en donde la buena fe es propia de las partes que celebran cualquier acto jurídico, pero es claro y no solo a mi entender sino al de varios autores, que la buena fe no ha sido siempre lo más ‘propio’ de la naturaleza humana, y que se han dado muchos casos a lo largo de la historia en los que la mala fe ha sido tan evidente, que una de las formas de evitar éste comportamiento haya acarreado un sistema de transferencia “poco adherente a la conciencia social” (Larrea Holguín, 2005: 347) y que tal vez sea considerado inoportuno y lento para los fines que se desean conseguir.

Por su lado, la teoría alemana del modo o del negocio abstracto, cree firmemente que el título es una figura ineficiente y que no tiene trascendencia, la base para este pensamiento se retrotrae a que el legislador alemán por excelencia siempre ha tendido a evitar criterios subjetivos en su ordenamiento jurídico, procurando siempre mantener o establecer un orden objetivo, por lo tanto es imposible concebir para ellos un simple acuerdo de voluntades, que

podría considerarse algo extremadamente subjetivo, como causa remota para realizar una transferencia de dominio que es una figura totalmente objetiva en sí.

Mi duda respecto a la teoría alemana, nace a partir de la segmentación que realizan los germanos al modo o “negocio abstracto” en dos momentos: “el acuerdo real” (Velásquez, 2004: 242) y la entrega o inscripción de la cosa, por cuanto en esta segmentación se reconoce un acuerdo, que considero podría ser un símil del acuerdo de voluntades o título que se reconoce en nuestra legislación o en su defecto en la legislación francesa; pero expresamente como señala el autor Velásquez, la legislación alemana no acepta la existencia del título y sólo acepta la existencia del modo. Es entonces cuando se podría decir que la norma alemana a pesar de esta negación de la existencia del título, culmina aplicando la teoría de la coexistencia del título y el modo, en tanto reconoce un acuerdo que sería un acto abstracto preexistente (causa remota) a lo que configura la causa próxima para transferir el dominio de un bien.

Por último, la teoría de la coexistencia del título y el modo, aplicada en países como Colombia, Ecuador, Suiza, Holanda (Velásquez, 2004: 242), es una de las más complejas y tal vez la menos adaptable a la realidad social de un Estado, en tanto que siempre será importante la celeridad con la que se practiquen los trámites legales más aún cuando se trate de bienes patrimoniales de los individuos que conforman dicho Estado; pero, como recalco en párrafos anteriores, es el principio de seguridad jurídica el que podría justificar dicha coexistencia, en tanto dividir en dos momentos la transferencia de dominio, una inter partes y otra erga omnes, permite que la transferencia sea reconocida por todas las partes interesadas sea las contratantes como los terceros que pudiesen estar interesados en los bienes transferidos.

Díez – Picaso, respecto a la teoría de la coexistencia del título y modo, acertadamente indica que “si únicamente ha existido *titulus o iusta causa*, habrá una simple relación con puro valor obligacional; si únicamente ha existido *traditio* no fundada en un *titulus*, habrá traspaso posesorio, pero no verdadera transmisión de la propiedad” (2003: 61). Esta premisa es bastante atinada, por cuanto las legislaciones que toman la dualidad de existencia del título y modo lo han establecido de dicha manera, enmarcándose en la fundamentación de la imposibilidad de contemplar un título sin modo que lo perfeccione o viceversa.

Hay que considerar que ésta dualidad recae en una situación “poco adherente a la conciencia social” (Larrea Holguín, 2005: 347), que se traduce en una letanía de procesos que alargan el trámite pero que por otro lado aseguran la eficacia y validez de los actos jurídicos celebrados.

Larrea Holguín, realza que “el grande mérito de nuestra forma de adquirir los derechos reales consiste en que ha logrado un adecuado equilibrio entre la libertad y la seguridad.” (2005: 347), éstas palabras expresan el contexto que rodea ciertamente las relaciones de los individuos dentro de una sociedad moderna, por cuanto es imposible que la transferencia de dominio pueda darse a través de un sistema rígido, que exija demasiadas formalidades al punto de volver casi imposible o incómodo el realizar un acto jurídico de transferencia; por otro lado, no puede entregarse a un individuo total libertad en sus acciones, ya que recalcando lo dicho en párrafos anteriores la buena fe a pesar de ser una de las premisas principales para celebrar actos jurídicos, no siempre ha sido una constante evidente en los mismos, y es esto lo que ha llevado a que en beneficio de terceros y en cumplimiento del principio de la seguridad jurídica que nuestra Constitución garantiza y ha garantizado, se procure exigir que se cumplan ciertas solemnidades para el perfeccionamiento de los actos.

Ahora bien, para entender el argumento explicado en el párrafo anterior, cito la jurisprudencia cuya fecha es el 17 de febrero de 1999 sobre la “venta de cosa ajena” que señala la preferencia que tiene nuestra legislación por la doctrina romana dejando de lado los supuestos franceses, para quienes “la compraventa es modo de adquirir el dominio; siendo así, se comprende fácilmente que si el vendedor no es dueño de la cosa no puede haber transferencia de dominio; por eso en el Derecho Francés la venta de cosa ajena no es válida.” (SCN de 17 febrero de 1999), la misma jurisprudencia aclara que “nuestro Código Civil se separó en este punto del Derecho Francés y volvió a la doctrina del Derecho Romano, aceptó el principio de que los contratos solamente sirven de título para adquirir el dominio, pero no son modo de adquirirlo (...)” (SCN de 17 febrero de 1999).

Este ejemplo que relata la jurisprudencia citada, enfatiza la existencia de la dualidad en nuestro sistema, y que en el caso concreto ecuatoriano, para acatar la norma que permite la venta de la cosa ajena, se debe comprender la existencia de una correlación entre el título

que sería la compraventa y el modo de adquirir que en este caso es la tradición, en donde la correlación es totalmente necesaria para aportar la importancia que la transferencia de dominio de un bien requiere.

Por lo tanto, en el caso ecuatoriano exigimos una dualidad, una necesidad entre la existencia del título y el modo, lo cual garantiza la efectividad del título a través del modo, que recaería en la transferencia propia mente dicha del dominio de una cosa.

Siendo así, el Derecho ecuatoriano absorbe lo dicho por el sistema romano que a mi parecer es el sistema que garantiza la seguridad jurídica y legal para realizar una transferencia en sí, motivo por el cual encontramos un sistema adecuado a la realidad social de nuestro país, que es precisamente una de las principales causas por las que los autores consideran que la coexistencia del título y modo es necesario y eficaz.

### **2.3 El modo y título de la cesión de derechos fiduciarios.**

Ahora bien, para entrar al tema en el que se desenvuelve la presente disertación, es necesario contemplar una figura muy utilizada en el ámbito en el que se desarrollan los negocios fiduciarios, y es que por medio de la cesión de derechos, se realiza muchos actos jurídicos que contemplan la clara diferenciación entre los dos momentos (título y modo) que permiten la transferencia de derechos fiduciarios de los beneficiarios de un fideicomiso a terceros.

En primer lugar, hay que contemplar que una cesión de derechos es la transferencia o transmisión de ciertos derechos por parte del cedente quien es aquel que posee dichos derechos a un cesionario que es quien los obtendrá; en la cesión de derechos encontramos algo curioso y es que no existe una definición precisa en la ley civil, sino que se hallan ciertas nociones que derivan en un concepto amplio como el que acabo de redactar anteriormente.

Estas nociones están presentes en el Título XXIV del libro IV del Código Civil en el que se encuentra la regulación que versa sobre la cesión de derechos, mismo que se halla dividido

en tres párrafos: de los créditos personales, del derecho de herencia y de los derechos litigiosos; en cada párrafo se especifica la modalidad en la que surte efectos cada cesión respecto del derecho que se ceda.

Tomando en cuenta la normativa mencionada anteriormente, me permito resaltar un punto de análisis importante, mismo que es el desarrollado alrededor de la presente disertación y es que la ley es clara al reconocer que existen dos momentos para la transferencia del dominio de derechos, por ejemplo, en el artículo 1841 del Código Civil, sobre la cesión de un crédito personal señala que “Art. 1841.- La cesión de un crédito personal, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título” de éste texto, se entiende que debe existir un título sea oneroso o gratuito por medio del cual se realizará la cesión de dichos derechos, misma que se perfeccionará con la entrega del título que podría considerarse como el modo de adquirir los derechos de crédito.

Y es así que Larrea Holguín, sobre la cesión de derechos explica que “(...) es una modalidad de la misma tradición. La tradición se aplica propiamente a las cosas materiales y los derechos constituidos sobre ellas, principalmente el de dominio, mientras que cesión es una forma de tradición, un modo de entregar y transferir cosas inmateriales, derechos.” (Larrea Holguín, 2008: 260)

Dando paso a la rama del Derecho Fiduciario, hay que tener claro que en los negocios fiduciarios, necesariamente existen dos calidades importantísimas y que son irremplazables para la constitución y estructuración de un fideicomiso, estos son: el o los constituyentes o fideicomitentes y el o los beneficiarios o fideicomisarios, cada una de estas partes poseen derechos y obligaciones que emanan del contrato de constitución del fideicomiso mercantil.

Lo referente al beneficiario y su calidad en un fideicomiso mercantil será desarrollado en la primera parte del tercer capítulo, pero cabe aclarar que cierta parte de la doctrina fiduciaria, considera que el beneficiario no es parte contratante por varios motivos, entre ellos, según dichos autores porque el fideicomisario únicamente recibe beneficios es decir, que sólo tiene derechos, más no podría poseer obligaciones; por mi parte considero que el beneficiario si podría ser parte contratante en un fideicomiso mercantil por cuanto él podría

comparecer a la celebración del contrato de constitución y aceptar de manera voluntaria que tiene tanto derechos como obligaciones que se desprenden de dicho contrato.

Debido a que en el presente acápite se desarrollará alrededor de la cesión de derechos fiduciarios, es importante, tomar en cuenta el concepto que la norma presenta sobre el fideicomiso mercantil, en donde el artículo 109 del Título XV del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, señala que el fideicomiso mercantil es un contrato:

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

El mismo artículo, señala que el patrimonio autónomo o fideicomiso mercantil, es el conjunto de derechos y obligaciones que se derivan de la celebración de dicho contrato, que el fideicomiso mercantil está dotado de personalidad jurídica, que es una ficción jurídica más no una sociedad mercantil o civil, y que puede contraer derechos y obligaciones a través de su representante legal (fiduciario) acorde a las instrucciones expresas en el contrato de constitución del fideicomiso.

Como he señalado anteriormente, las partes del fideicomiso poseen derechos, a partir de esto, se desprende la siguiente pregunta: ¿qué son los derechos fiduciarios? El Consejo Nacional de Valores en su momento, respondió dicha pregunta a través de la parte correspondiente a las “Definiciones” que se encuentran en la Codificación de las Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, y cito:

Derechos Fiduciarios: Son el conjunto de derechos que se derivan de la calidad de beneficiario de un fideicomiso mercantil, los cuales representan el patrimonio autónomo constituido, y otorgan el derecho a que la fiduciaria les transfiera a título oneroso o gratuito,

los activos o el producto de su administración, de conformidad a las instrucciones señaladas en el contrato constitutivo.

Pero, como se desarrollará en el siguiente capítulo, esta definición no tomó en cuenta varios aspectos importantes, entre ellos las calidades de los individuos que pueden poseer estos derechos fiduciarios y las diferentes acepciones que se puede dar al momento de ceder los mismos o de transferir los bienes del patrimonio autónomo a favor del beneficiario.

Regresando al tema concerniente al presente acápite, es decir, el título y modo de la cesión de derechos fiduciarios, es necesario saber diferenciar estos dos momentos y tomar siempre en cuenta que efectivamente existen estos momentos, el punto principal es saber reconocer cuándo y cómo se aplican.

Para realizar una cesión de derechos fiduciarios, la ley ha establecido varios requisitos que deben ser cumplidos a cabalidad sin excepción alguna, mismo que iré desarrollando a lo largo del presente punto.

En primer lugar hay que tener claro, que la calidad de cedente de los derechos fiduciarios recaerá sobre el beneficiario del fideicomiso y que el cesionario será un nuevo beneficiario, siempre y cuando el contrato de constitución del fideicomiso no lo prohíba; y que, por beneficiario entendemos que es “la persona física o jurídica que puede recibir los beneficios de la administración (frutos, productos, rentas, etc.) de los bienes fideicomitados, durante el tiempo de duración de la gestión encomendada, o bien la que recibirá los bienes directamente en el momento de la extinción del fideicomiso” (Lasca: 2003, 87).

Cabe recalcar que la calidad de beneficiario, está establecida en el contrato de fideicomiso, y que acorde al artículo 109 del Libro II Ley de Mercado de Valores, del Código Monetario y Financiero, el beneficiario puede ser el propio constituyente o un tercero, dependiendo de lo que señale dicho contrato; en el caso de que el contrato no señale específicamente quién será el beneficiario se entenderá que es el constituyente quien posee

dicha calidad, acorde al segundo inciso del artículo 116 del cuerpo legal mencionado anteriormente.<sup>12</sup>

El cesionario, puede ser cualquier persona que el beneficiario decida, mientras el contrato de fideicomiso lo permita; la ley prohíbe expresamente que el fiduciario pueda ser beneficiario o constituyente de un fideicomiso mercantil.

Tomando en cuenta estos aspectos, el artículo 9 de la Sección IV del Capítulo I del Título V de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, regula y establece los parámetros a los cuales se somete la cesión de derechos fiduciarios, que describo a continuación.

La cesión de derechos fiduciarios, se debe instrumentar con las mismas solemnidades que se usaron para celebrar el contrato de constitución del fideicomiso, en el caso de que “los derechos cedidos tengan relación con bienes inmuebles” (Artículo 9, Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores) se deberá celebrar el contrato a través de escritura pública e inscribir el mismo en el Registro de la Propiedad del cantón donde se encuentre el inmueble.

La misma norma, señala que se debe detallar dentro del contrato de cesión, todas las cesiones de derechos realizadas durante la existencia del negocio fiduciario, esto a modo de cumplimiento con las reglas que impone la Unidad de Análisis Financiero y el Consejo Nacional de Valores.

Por otro lado, acorde al artículo citado, ésta cesión no surtirá efectos contra la fiduciaria ni contra terceros, sino que surtirá dichos efectos desde la fecha de aceptación por parte “de la fiduciaria, y del constituyente o beneficiario que no hubiera participado en dicho acto.” (Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores). La aceptación de la fiduciaria, se realizará aplicando “las políticas para prevenir el lavado de activos y

---

<sup>12</sup> El segundo inciso del artículo 116 del Libro II del Código Monetario y Financiero, Ley de Mercado de Valores, indica: “(...) A falta de estipulación, en el evento de faltar o ante la renuncia del beneficiario designado y, no existiendo beneficiarios sustitutos o sucesores de sus derechos, se tendrá como beneficiario al mismo constituyente o a sus sucesores de ser el caso. (...)”.

financiamiento de delitos, y especialmente la regla básica de la política conozca a su cliente.” (Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores), dichas políticas son las establecidas en la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos. La regla de la política “conozca a su cliente” se encuentra establecida en el Instructivo para la Prevención de los Delitos de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo de los Sujetos Obligados (personas jurídicas) a Informar a la Unidad de Análisis Financiero (UAF).

Las cesiones de derechos fiduciarios que se realicen en un negocio fiduciario, deben ser comunicadas por parte del Oficial de Cumplimiento a la Unidad de Análisis Financiero, solo en los casos en los que la negociación de dicho contrato cruce el umbral de diez mil dólares, caso contrario, no se necesitará de dicha comunicación.

Por su lado, el constituyente puede ceder sus obligaciones a través de la figura de la novación, siempre y cuando cumpla con las reglas que la norma civil impone, por lo tanto se permite transferir obligaciones, liberando de responsabilidad al cedente mediante los tres modos que señala el artículo 1647 del Código Civil y cito:

1. Sustituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor;
2. Contrayendo el deudor nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole, en consecuencia, libre de la obligación primitiva el primer acreedor; y,
3. Sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que, en consecuencia, queda libre.

Esta tercera especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor. Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero.

Las reglas de la ley civil, son claras sobre la novación, por tanto al transferir, obligaciones por parte del constituyente de un fideicomiso mercantil se deberá esclarecer en el contrato de cesión exactamente qué tipo de obligaciones se ceden, cómo y a quién de ser el caso se ceden las mismas.

La transferencia de obligaciones también debe ser aceptada por la fiduciaria y constituyentes del fideicomiso, aplicando la normativa señalada anteriormente impuesta por la Unidad de Análisis Financiero. Además la fiduciaria debe analizar si el cesionario tiene capacidad jurídica y económica para cumplir con las obligaciones asumidas.

Por su lado, si los que se ceden son únicamente derechos, de igual manera hay que contemplar que no debe estar prohibido realizar cesiones de éste tipo en el contrato del fideicomiso y deberá establecerse claramente en el contrato de cesión quién asumirá las obligaciones correlativas respecto de la cesión.

Los parámetros señalados en párrafos anteriores, son los que el artículo 9 de la Sección IV del Título V de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores establece para las cesiones de derechos en general. En dicho artículo encontramos un punto medular para el desenvolvimiento del presente acápite dentro de la presente disertación, punto en el cual me detendré para realizar su análisis respectivo, y es que en dicha norma se exige “la determinación de si el título que precede a la cesión es oneroso o gratuito.”

Partiendo del hecho de que la propia norma señala que para realizar una cesión de derechos fiduciarios, se establezcan dos momentos jurídicos diferentes, debemos encontrar por tanto un título y un modo por medio de los cuales se efectivizará dicha cesión.

Entonces, si la ley señala que se debe determinar si el título que precede a la cesión es oneroso o gratuito, se debe encontrar cuál es el modo al que se transfieren derechos fiduciarios, porque reafirmando lo que nuestro ordenamiento jurídico señala, siempre debe existir un título y un modo para realizar una transferencia de dominio.

Como dije anteriormente, nuestro Código Civil no da una definición exacta del contrato de cesión de derechos, pero a partir del artículo 1841, Larrea Holguín realiza un interesante análisis al respecto, resaltando que de dicho artículo, se extraen dos acepciones de “título” y es que el primero lo toma como la “causa remota para la transferencia, en el mismo sentido en que se dice que la compraventa es “título” para transmitir el dominio” (2008: 258) y el segundo sentido, se encamina hacia la transferencia de derechos de crédito o personales por

tanto habla de “la entrega del título”, es decir, del “documento en que se certifica la existencia del crédito” (Larrea Holguín: 2008, 258)

En primer lugar, hay que determinar qué clase de derechos son los derechos fiduciarios, es decir, si los mismos son reales o personales. Los derechos fiduciarios per se, no podrían considerarse como derechos reales por cuanto el Código Civil los define en su artículo 595 como “Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”, e inclusive enumera taxativamente cuáles derechos son considerados como tal.<sup>13</sup> En tanto, los derechos fiduciarios no es un derecho que el constituyente o el beneficiario tenga sobre determinada cosa, no entra en el concepto dado por la norma, y evidentemente porque no pertenece a los derechos que enumera el artículo citado.

Entonces, ¿los derechos fiduciarios, son derechos personales?, según el Código Civil, en su artículo 596, son derechos personales o de crédito:

Los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. (...)”

Es decir, que los derechos personales son aquellos que se derivan de una relación jurídica personal, en donde el derecho existe por la persona que goza del mismo, mas no por la existencia de una cosa sobre el cual recaiga dicho derecho (real).<sup>14</sup>

Partiendo de éste punto, los derechos fiduciarios son considerados como derechos personales, en tanto son derechos que nacen de la celebración del contrato de constitución de fideicomiso mercantil y recaen sobre las calidades de constituyente y beneficiario que se derivan de dicho contrato, tal cual como señala la Doctrina I de la Superintendencia de

---

<sup>13</sup> Acorde al artículo 595 del Código Civil en su segundo inciso, son derechos reales: “(...) el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. (...)”

<sup>14</sup> Así lo establece el inciso final del artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, mismo que cito: “(...) Se entiende en todos los casos por restitución la transferencia de dominio que haga el fiduciario a favor del mismo constituyente, del bien aportado a título de fideicomiso mercantil, en las mismas condiciones en las que fueron transferidos inicialmente.

Las constancias documentales sobre los derechos personales derivados del contrato de fideicomiso mercantil no constituyen valores.”

Compañías, que “la relación jurídica personal, que deviene del contrato de fideicomiso mercantil, da lugar al nacimiento de derechos, que conlleva la existencia de un titular de tales derechos fiduciarios”<sup>15</sup>.

Por otro lado, el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, en su último inciso se refiere a los derechos fiduciarios como derechos personales, por lo tanto queda totalmente claro el direccionamiento que el propio legislador ha querido dejar plasmado en la norma, es decir, que los derechos fiduciarios no son reales sino son personales.

Regresando al análisis del título y modo en la cesión de derechos fiduciarios, tomando en cuenta lo que señala Larrea Holguín y los diferentes autores que comparten la teoría de la coexistencia de éstos dos momentos jurídicos, tomando en cuenta los modos de adquirir el dominio específicos que enumera el artículo 603 del Código Civil, en la cesión de derechos fiduciarios, podría considerarse a la tradición como el modo de adquirir dichos derechos en la calidad de beneficiario que pueda tener un individuo en un fideicomiso; y, que por su parte el título para admitir dicha transferencia puede ser a través de una compraventa, permuta, donación, etc.<sup>16</sup>, es decir, que el título, como causa remota, puede ser oneroso o gratuito.

De esto último, se desprende que la transferencia de derechos fiduciarios se perfeccionaría únicamente con la celebración de la escritura pública que contenga el contrato de cesión de derechos fiduciarios entre el beneficiario y el nuevo beneficiario, siempre y cuando se cumplan con las solemnidades con las que se celebró el contrato de constitución del fideicomiso, cabe recalcar que no es posible inscribir una cesión de derechos fiduciarios en el Registro de la Propiedad, porque como he explicado en párrafos anteriores, los derechos fiduciarios son derechos personales y no reales, éstos últimos son los derechos que deben ser inscritos en el Registro de la Propiedad; además la cesión de derechos por el mismo

---

<sup>15</sup> Recuperado el 13 de junio de 2015, de [http://181.198.3.74/wps/wcm/connect/16260f2e-ca86-438b-8d29-1b1c4155dae9/20110811\\_063151.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=16260f2e-ca86-438b-8d29-1b1c4155dae9](http://181.198.3.74/wps/wcm/connect/16260f2e-ca86-438b-8d29-1b1c4155dae9/20110811_063151.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=16260f2e-ca86-438b-8d29-1b1c4155dae9)

<sup>16</sup> Al respecto, el Código Civil, en su artículo 691, señala que “para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc. (...)”

motivo, no consta como un contrato que se deba inscribir según la Ley de Registros, en cuyo artículo 25 enumera los títulos que están sujetos a registro.<sup>17</sup>

Y es que los derechos fiduciarios, para ser cedidos, deben contar con un título previo, sea oneroso o gratuito; Alessandri, manifiesta que para realizar ésta clasificación hay que atender “a la *utilidad* que el contrato reporta a las partes.” (2011: 22)

Esta “atribución patrimonial es gratuita u onerosa según el enajenante obtenga o no una contraprestación a cambio de la disminución que sufre su patrimonio (...)” (Von Tuhr: 1948, 154), es decir, para determinar si un título es oneroso, se debe establecer en primer lugar si el adquirente debe efectuar una contraprestación a cambio de un beneficio (Von Tuhr: 1948, 154).

Von Tuhr, tomando lo anteriormente expuesto, señala que se debe tomar en cuenta “si la transferencia del derecho proporciona un beneficio al adquirente”. (1948: 155); si no proporciona ningún beneficio se entendería que la transferencia es gratuita, es decir, que el título es gratuito, por el contrario, si existe un beneficio, y por beneficio debemos entender al económico o aquel que cause un aumento en el patrimonio del adquirente, contemplamos una transferencia a título oneroso.

Alessandri, aclara este tema advirtiendo que para denominar a un contrato como oneroso, no se debe atender “a la reciprocidad de obligaciones que genere, (...) sino a la reciprocidad de beneficios que comporte” (2011: 23), por lo tanto, no interesa si a cualquiera de las partes

---

<sup>17</sup> Los títulos sujetos a registro acorde al artículo 25 de la Ley de Registro son: (...) a) Todo contrato o acto entre vivos que cause traslación de la propiedad de bienes raíces; b) Toda demanda sobre propiedad o linderos de bienes raíces; las sentencias definitivas ejecutoriadas determinadas en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil; c) Los títulos constitutivos de hipoteca o de prenda agrícola o industrial; d) Los títulos constitutivos sobre bienes raíces de los derechos de usufructo, de uso, de habitación, de servidumbres reales y de cualquier otro gravamen, y en general, los títulos en virtud de los cuales se ponen limitaciones al dominio sobre bienes raíces; e) Los testamentos; f) Las sentencias o aprobaciones judiciales de partición de bienes, así como los actos de partición, judiciales o extrajudiciales; g) Las diligencias de remate de bienes raíces; h) Los títulos de registro de minas con sujeción a las leyes de la materia; i) Los documentos que se mencionan en el libro primero, sección segunda, párrafo segundo del Código de Comercio, inclusive los nombramientos de los administradores de las Compañías Civiles y Mercantiles; j) El arrendamiento, en el caso del Art. 2020 del Código Civil; k) El cambio o variación del nombre de una finca rural. El que hace la variación debe solicitar el registro del nuevo nombre al Registrador correspondiente, a más tardar dentro de los quince días siguientes a aquél en que se haya hecho uso en documento público u oficial o en alguna diligencia o acto público u oficial, del nombre variado o cambiado. (...)

se le carga obligaciones, el tema central para la determinación de la onerosidad de un contrato son las utilidades que obtengan las partes por la celebración del mismo.

Pero el mismo autor va más allá, citando a Josserand, quien expone que en la práctica es complejo determinar si un contrato es oneroso o gratuito y que para demostrarlo es necesario “considerarlo en su conjunto, es decir, en su aspecto material y en su aspecto intencional o psicológico” (2011: 24). Es decir, que el enfoque debe tomarse desde la globalidad que concierne o encierra al acto jurídico que está por celebrarse, tanto respecto a los antecedentes de las partes como al futuro que desembocará con el acto que se está celebrando, por ende es importante para tal interpretación distinguir la intención de las partes al momento de celebrar el acto jurídico.

Tomando en cuenta estos conceptos, centrándome en la cesión de derechos fiduciarios, el beneficiario de un fideicomiso, tiene varias opciones para realizar una cesión de derechos fiduciarios, entiéndase, estas opciones como el título al cual las partes se pueden acoger para dar eficacia a dicha cesión, en tanto como he expuesto en párrafos anteriores, la ley obliga que la cesión de derechos conste tanto de título como de modo para la adquisición de los mismos por parte del cesionario.

Por esta razón, se contemplan varias posibilidades en cuanto al título al cual se puede acordar una transferencia de derechos, siempre y cuando se cumpla con los dos momentos que la ley establece: título (oneroso o gratuito) y modo (tradición).

Siendo así, el beneficiario, puede transferir sus derechos a título oneroso, como por ejemplo a través de una compraventa, en donde podría “vender” sus derechos a favor de un tercero, tomando en cuenta las prohibiciones que la ley contempla en este caso (no puede ceder sus derechos al fiduciario), y estableciendo en el contrato de compraventa una cuantía por los derechos; en el mismo instrumento puede encontrarse el contrato de cesión de derechos fiduciarios para así perfeccionar la transferencia de los mismos.

También se puede contemplar la posibilidad de realizar dicha compraventa en un instrumento privado, de igual manera en este contrato se fijaría la cuantía; y, la cesión de derechos fiduciarios en instrumento público acorde a lo previsto en el artículo 9 de la del

Título V de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, mismo que determina que la cesión se deberá instrumentar con las mismas solemnidades con las que se celebró el contrato de constitución de fideicomiso mercantil, en tanto el contrato de fideicomiso siempre se celebra en escritura pública acorde al artículo 110 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, la cesión siempre se celebrará bajo la misma solemnidad.

Por su lado, si el cedente – beneficiario, desearía realizar la cesión de derechos fiduciarios a título gratuito, podría contemplar las misma posibilidades anteriormente presentadas para el título oneroso, tomando en consideración lo que la norma civil respecto al título, exija como requisito.

### **3. CAPÍTULO III: ¿EL TÍTULO DE LA TRANSFERENCIA DE DOMINIO DE UN FIDEICOMISO MERCANTIL A SU BENEFICIARIO SE ENMARCA DENTRO DE LOS PRESUPUESTOS NORMATIVOS TRADICIONALES?**

Para desarrollar el presente capítulo, hay que tomar en cuenta varios aspectos que giran en torno a los negocios fiduciarios, principalmente lo relacionado con las partes que participan en el contrato de constitución del fideicomiso mercantil, y las transferencias que pudiesen realizar por el poder que otorgan los derechos fiduciarios sobre los bienes que se aporten al patrimonio autónomo.

La parte esencial de mi investigación se encuentra en gran medida desarrollada en el presente capítulo, en el cual fundamentaré cuál debería ser, en mi criterio, el título al cual se realizará la transferencia de dominio de los activos pertenecientes al patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil al beneficiario del mismo, independientemente de si dicho beneficiario fue designado de forma inicial en el contrato de constitución o si dicha calidad ha devenido de las cesiones de derechos fiduciarios que se pudieron haber dado durante la vigencia del negocio fiduciarios.

A continuación, presento un análisis tomando tanto lo descrito en los capítulos anteriores, como las teorías que rodean al planteamiento del título denominado “fiducia o fideicomiso mercantil”, en determinados casos que expondré en los subsiguientes acápite.

#### **3.1 Partes contratantes del fideicomiso mercantil: ¿quién puede ostentar la calidad de beneficiario?**

Antes de iniciar con el análisis del título de transferencia de dominio del fideicomiso mercantil al beneficiario, se debe comprender que un fideicomiso mercantil consta de tres partes: el o los fideicomitentes, el fiduciario y el o los beneficiarios, aun cuando sobre este último actor existan varias teorías, incluyendo aquellas que no le catalogan como parte

contractual, especialmente cuando dicho beneficiario no suscribe el contrato inicial, como veremos más adelante.

Procuraré no extenderme mucho en la explicación que resulta de las calidades de fideicomitente o constituyente y del fiduciario, por cuanto no son base central de mi disertación, pero merecen que sean desarrolladas para comprender sus funciones en un fideicomiso mercantil.

Los *constituyentes o fideicomitentes* son quienes según el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero “transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales e incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica (...)”, es decir, son quienes aportan al fideicomiso mercantil ciertos bienes, sacándolos de su patrimonio personal para que pertenezcan al patrimonio autónomo del fideicomiso.

Los constituyentes acorde al artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, pueden ser “personas naturales, jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras o entidades dotadas de personalidad jurídica”, además contempla la posibilidad de que existan constituyentes adherentes (siempre y cuando el contrato de constitución permita la existencia de los mismos), quienes pueden adherirse al fideicomiso, aceptando los derechos y obligaciones que de dicha calidad devienen.

Cabe recalcar, que pueden ser varios o uno solo los constituyentes que aporten cierto bien al fideicomiso. Depende en muchos casos del tipo de negocio fiduciario que se constituya y de la finalidad con la que se quiera constituir el mismo.

Entre los derechos y facultades que tiene el fiduciante encontramos aquellos que la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero establece como tal<sup>18</sup> y otros que la doctrina señala como por ejemplo: “precisar la finalidad

---

<sup>18</sup> **Art. 126.-** Son derechos del constituyente del fideicomiso mercantil: a) Los que consten en el contrato; b) Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso

del fideicomiso (...) designar los sujetos intervinientes (...) cuidar y vigilar que el fiduciario cumpla con las obligaciones impuestas contractualmente (...).” (Lascala J. H., 2003, págs. 57 - 62)

De todas las facultades que podría poseer el constituyente, es imperativo desarrollar para el presente acápite la referente a la “designación de sujetos intervinientes”, entendiendo como dichos sujetos al o a los constituyentes adherentes, si el contrato de fideicomiso lo permite, al o a los beneficiarios y al fiduciario. Estas designaciones también pueden ser realizadas por la Junta de Fideicomiso (o como se denomine) en caso de que exista. Si nos detenemos exclusivamente en el beneficiario, la facultad permite que el constituyente defina si el beneficiario será designado a la constitución o posteriormente.

Por su lado, encontramos a los beneficiarios, quienes según el artículo 116 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, pueden ser “personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, de derecho privado con finalidad social o pública, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica”, el mismo artículo recalca que el constituyente es quien designa en el contrato de constitución o posteriormente la calidad de beneficiario, éste último puede existir o no al momento de suscribir el contrato de fideicomiso, cosa que no pasa con el constituyente quien obligatoriamente debe existir a la constitución. Cabe aclarar, que durante el tiempo en el que el beneficiario no existe, si fuese el caso, ésta calidad recae sobre el propio constituyente.

Los beneficiarios de un fideicomiso mercantil, poseen derechos sobre el fideicomiso por la calidad que ostentan. Estos derechos le son conferidos por voluntad del constituyente, quien “indica en el contrato quiénes serán destinatarios del activo fideicomitado, sujeto a las cláusulas que establecen la forma y el tiempo en que la entrega ha de ocurrir.” (Hayzus, 2004: 139).

Es decir, el constituyente al ser quien impulsa en primer lugar la celebración del contrato de fideicomiso, es quien debe designar quién será beneficiario de los frutos o del remanente

---

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

del fideicomiso mercantil al momento de su liquidación. Para el efecto, hay que aclarar la diferencia existente entre remanente y utilidad o frutos, por cuanto el primer término se refiere al propio bien que se aportó o el sobrante del mismo bien que se aportó en un principio al patrimonio autónomo del fideicomiso, mientras que la utilidad se refiere a todos aquellos frutos que son producto de la administración del negocio fiduciario.

Según Roberto González Torre, “por regla general la determinación del fideicomisario debe constar en el acto fiduciario.” (2000: 46), por tanto, el beneficiario debe existir al momento de la celebración del contrato; y, en caso de que no existiese, el constituyente es considerado como beneficiario a pesar de la falta de designación de beneficiario, es decir, el fideicomiso no puede existir sin un beneficiario.

Por otro lado, el constituyente puede establecer que será él mismo, quien sea el beneficiario del fideicomiso, acorde a lo establecido en el primer inciso del artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, mismo del cual cito la parte pertinente: “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. (...)”.

Acorde al mismo artículo citado en el párrafo anterior, el constituyente podría nombrar a un tercero como beneficiario, inclusive a varios, en tanto no existe prohibición expresa en la ley para dicha acción, a menos que se establezca en el contrato de constitución del fideicomiso dicha excepción.

Como se ha señalado anteriormente, hay que tomar en cuenta que existe cierta discusión entre los teóricos del Derecho Fiduciario, entre las instituciones que regulan los negocios fiduciarios e inclusive una clara diferenciación que salta de legislación en legislación, sobre la calidad que tiene el beneficiario como parte contratante de un fideicomiso mercantil.

Existe una gran parte de doctrinarios del Derecho Fiduciario que sostienen que el beneficiario no es parte contratante, por cuanto no es necesaria su presencia en la celebración del contrato de fideicomiso, y que la simple designación por parte del constituyente es suficiente para adquirir dicha calidad.

Cervantes Ahumada, (citado por Acosta Romero y Almazán Alaniz, 2002: 258), señala que “el fideicomisario no es un elemento esencial del fideicomiso, ya que pueden darse fideicomisos sin fideicomisario (...)” Éste criterio doctrinario, no puede considerarse válido por cuanto es imposible que exista un fideicomiso sin un beneficiario, de hecho en el caso de que el constituyente no designe un beneficiario al momento de celebrar el contrato, se entiende tácitamente que el constituyente es el beneficiario del mismo, hasta que posteriormente designe a un tercero como tal.

Cabe recalcar que el hecho de que el beneficiario no comparezca a la celebración del contrato de constitución del fideicomiso, no significa que el fideicomiso no tiene un beneficiario, es decir, que el fideicomiso al ser constituido necesariamente debe contar con un beneficiario, así ésta calidad deba ser ostentada por el propio constituyente como lo he señalado en el párrafo anterior, inclusive la propia ley da la posibilidad de que el beneficiario no comparezca al contrato de constitución.<sup>19</sup>

El beneficiario puede comparecer al contrato de constitución, siendo designado por el propio constituyente en dicho acto como lo establece la ley y como lo señala la doctrina, en caso de que no compareciera o no se designara al fideicomisario, el constituyente será considerado como el beneficiario del mismo.

Un ejemplo de la doctrina que apoya ésta posibilidad la he encontrado en lo explicado por el autor Jorge Roberto Hayzus, quien se refiere a la introducción del beneficiario en “el esquema contractual mediante dos requisitos: la individualización y la aceptación.” (2004: 139).

---

<sup>19</sup> Acorde al artículo 116 del Libro II del Código Monetario, los beneficiarios serán “(...) designadas como tales por el constituyente en el contrato o posteriormente si en el contrato se ha previsto tal atribución. Podrá designarse como beneficiario del fideicomiso mercantil a una persona que al momento de la constitución del mismo no exista pero se espera que exista. (...)”

El primer término, se refiere a la existencia física o no de la persona natural o jurídica que se escogerá como fideicomisario, en el caso de que no existiese “se admiten los datos que permitan su individualización futura.” (Hayzus, 2004: 139)

Un caso en el que el beneficiario aún no existe, se presenta en la situación del *nasciturus*. El constituyente podría contemplar incluir una cláusula condicional dentro del contrato en la que se establezca que los rendimientos económicos que pudieran producirse por la administración del fideicomiso, o que los remanentes o los bienes en tenencia, sean transferidos al beneficiario al momento de su liquidación .

El segundo punto que especifica el autor Hayzus, es el de “la aceptación”, misma que en mi opinión es importantísima por cuanto si no existiese la aceptación voluntaria por parte del futuro beneficiario la calidad no sería asumida quedando una “vacante” que debería ser asumida por el propio constituyente o un tercero que debería ser designado de nuevo por el fideicomitente.

En la práctica, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en el Ecuador, ha sugerido que no se considere al beneficiario como parte contratante en la constitución del fideicomiso, y esto responde a la posibilidad que tanto la ley como la doctrina dan para que la presencia del beneficiario no sea necesaria para la celebración del contrato sea por su falta de existencia (como en el caso del *nasciturus* o de una persona jurídica no constituida a la fecha de celebración del Fideicomiso) o porque el constituyente lo designará posteriormente, en el primer caso, reitero la “no existencia del beneficiario” se refiere a que el beneficiario que será designado como tal aún no ha sido nombrado por el constituyente en el contrato de fideicomiso pero en ese caso el constituyente obtiene la calidad de beneficiario hasta que designe o exista física o legalmente el futuro beneficiario.

Lascalá, precisamente explica que “no resulta imprescindible que el beneficiario exista en el momento de la celebración del contrato” (Lascalá, 2003: 90), tomando como ejemplo a “personas por nacer, organismos o entes de cualquier naturaleza jurídica por crearse, el

futuro novio o esposo de una persona, el descubridor de un método de curación determinada dolencia (...)” (2003:90) entre otros.

Inclusive hay autores como Castillo Lara que indica que “en la práctica, depende de la clase de fideicomiso de que se trate para determinar qué momento es oportuno para señalar al fideicomisario” (2011: 172), aunque de igual manera acepta que se pueda designar en “el acto constitutivo del fideicomiso” (2011: 172) al beneficiario.

Son varios los autores que coinciden con la posibilidad de que el fideicomisario sea o no designado en el contrato de constitución, y es que pueden darse ambas posibilidades y resulta inverosímil negar o excluir una u otra posibilidad, en tanto por lo menos en la ley ecuatoriana expresamente se permiten ambos sucesos como he citado en párrafos anteriores, en el artículo 116 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero.

A criterio de Rodríguez Azuero, la simple comparecencia, no provoca que el beneficiario sea parte contratante, según él, esta teoría sería muy simplista (2005: 252) y el mismo autor plantea tomar en cuenta dos puntos para analizar si es efectivamente parte:

- a) Que la participación del sujeto sea en grado tal determinante que sin ella el acto no pueda surgir;
- b) Que los efectos jurídicos se radiquen en su patrimonio. (Rodríguez Azuero, 2005: 252)

El primer punto, no se refiere a la existencia física, “sino, sobre todo y por excelencia, de la participación jurídica en su formación” (Rodríguez Azuero, 2005: 252), es decir, que para considerar al beneficiario como parte contratante, no se tomará únicamente su participación física sino que su participación jurídica sea tan necesaria al punto de que sin él en la celebración del contrato, éste último no podría existir.

Sobre el segundo punto, Rodríguez señala que “los efectos jurídicos del acto deben radicarse en el patrimonio de aquellos sujetos sin cuya voluntad el negocio no se forma”

(2005: 252) y que en tanto el beneficiario únicamente recibiría derechos designados por el constituyente, el fideicomisario jamás podría ser parte contratante, según su criterio.

Ahora bien, partiendo de todo lo explicado en los párrafos anteriores del presente acápite, surge una pregunta: ¿es correcto rechazar totalmente al beneficiario como parte contratante del fideicomiso?, en mi opinión, no es realmente correcta ésta percepción, de hecho como he señalado las posibilidades quedan abiertas, en tanto el fideicomisario puede o no comparecer o inclusive existir al momento de celebrar el contrato, dependiendo de su importancia e indispensabilidad al momento de la constitución.

Entonces, planteando el caso de que el beneficiario no fuera designado por el constituyente en el contrato y que no compareciera al mismo, se puede considerar que el beneficiario efectivamente no es parte contractual en la constitución del fideicomiso; es importante recalcar que una vez que se le designe y el mismo acepte dicha designación posteriormente adquirirá derechos y posiblemente obligaciones fiduciarias, pero seguirá sin ser parte contratante propiamente dicha, debo hacer énfasis en la aceptación del fideicomisario por cuanto como señala Hayzus, “la aceptación del beneficiario, se explica porque nadie está obligado a conformar una situación jurídica contra su voluntad” (2004: 140).

Pero por otro lado, en el caso de que el beneficiario si compareciera a la celebración del contrato y aceptara los derechos y obligaciones que emanan del contrato de constitución de fideicomiso, considero que efectivamente el fideicomisario es parte contratante, por cuanto acepta y comparece por sí mismo y por su voluntad a la suscripción del mismo.

Por lo tanto, el beneficiario si puede ser tomado en cuenta como parte contratante en la constitución de un fideicomiso, a pesar de que su comparecencia no es necesaria siempre, aceptar una u otra postura sobre la necesidad de que sea parte contratante, es errónea, pero aceptar ambas posibilidades tomando en cuenta el tipo de fideicomiso y la finalidad por la que el constituyente ha decidido constituir el fideicomiso mercantil, podría enmarcarse en la respuesta más atinada para dar solución a este conflicto que se ha planteado.

El beneficiario en cualquiera de los casos, es quien deberá aceptar expresa o tácitamente su calidad finalmente, y aquí es donde se presenta la segunda situación que ya he mencionado en párrafos anteriores, contemplada por Hayzus, en donde el fideicomisario realiza dicha aceptación a través de su firma o la de su representante al momento de celebrar el contrato de constitución del fideicomiso y es que esto es evidente por cuanto “la parte designada como beneficiaria conoce sus términos y está de acuerdo con ellos” (Hayzus, 2004: 141).

El contrato de fideicomiso mercantil es un contrato solemne, es decir que para que el mismo se perfeccione, el contrato deberá cumplir con ciertas formalidades en su celebración, como es el hecho de celebrarlo por escritura pública.<sup>20</sup>

Por otro lado, cabe señalar que el beneficiario por poseer dicha calidad acorde a la delegación del constituyente y aceptación por parte del primero, como ya he mencionado posee ciertos derechos que emanan de la celebración del fideicomiso o de la simple delegación, entre ellos los que se señala en el artículo 127 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, mismo que cito a continuación:

Art. 127.- Derechos del beneficiario.- Son derechos del beneficiario del fideicomiso mercantil:

- a) Los que consten en el contrato;
- b) Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil;
- c) Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta el C.N.V., sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales;
- d) Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa grave o culpa leve en el desempeño de su gestión;
- e) Impugnar los actos de disposición de bienes del fideicomiso mercantil realizados por el fiduciario en contra de las instrucciones y finalidades del fideicomiso mercantil, dentro de los términos establecidos en la ley; y,
- f) Solicitar la sustitución del fiduciario, por las causales previstas en el contrato, así como en los casos de dolo o culpa leve en los que haya incurrido el fiduciario, conforme conste de sentencia ejecutoriada o laudo arbitral y, en el caso de disolución o liquidación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos.

---

<sup>20</sup> El Código Civil al respecto señala en el artículo 1459 que “el contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.”

La doctrina por su lado, coincide con los puntos señalados por la normativa ecuatoriana. Existen autores como los mexicanos Acosta Romero y Almazán Alaniz que proponen el “derecho a modificar el fideicomiso” (2002: 260), y explican que el fideicomisario podrá “efectuar las modificaciones que estime pertinentes” (2002: 260) siempre y cuando no exista la prohibición expresa en la constitución del fideicomiso o afecte a terceros. (Acosta Romero, 2002: 260)

También, encontramos el derecho a la “cesibilidad de los derechos del beneficiario” (Hayzus, 2004: 148), que ya ha sido explicado en el último acápite del capítulo anterior, pero caber recalcar que los derechos fiduciarios en calidad de beneficiario pueden ser cedidos efectivamente acorde a las reglas planteadas por el Código Orgánico Monetario y Financiero y el Código Civil sobre la cesión de derechos, y es importante insistir en que éstos derechos fiduciarios podrán ser cedidos o transmitidos “(...) por acto entre vivos o por causa de muerte, salvo disposición en contrario del fiduciante” según señala Giraldi (citado por Hayzus, 2004: 148).

El beneficiario, es una parte importantísima e indispensable en la estructuración de un fideicomiso mercantil, no puede existir un fideicomiso sin beneficiario, no se cerraría el círculo del negocio sin todas las partes que conforman el mismo. Reitero mi posición al decir que el beneficiario puede y debe ser considerado parte contratante por cuanto a pesar de que no exista física o legalmente al momento de constituir el fideicomiso, el negocio no existe sin fideicomisario por lo tanto es el constituyente quien asume ésta calidad, entonces el beneficiario se quien fuere siempre existirá en el fideicomiso desde el momento de su constitución.

Por otro lado, cabe señalar la existencia del fiduciario, mismo que es parte contratante infaltable al momento de constitución del fideicomiso, por cuanto su función principal es administrar los bienes que el constituyente transfiere al patrimonio autónomo para darles el destino que éste requiera a través de las instrucciones fiduciarias que se encontrarán en el contrato de fideicomiso o que se podrían dar a lo largo del negocio.

El fiduciario, administra el Fideicomiso acorde a lo que el o los constituyentes pidan o permitan, de igual manera los beneficiarios (mientras el contrato de fideicomiso así lo

estipule) pueden dar instrucciones al fiduciario siempre y cuando no perjudique al negocio ni a terceros.

Lasca, señala que “la confianza en el fiduciario es el elemento esencial tenido en cuenta por el fiduciante (...)” (2003: 67), en tanto el fideicomitente o fiduciante transferirá parte de su patrimonio a un fideicomiso que será administrado financiera, legal, contablemente entre otras por parte de los funcionarios de la compañía fiduciaria contratada para el efecto.

En Ecuador, el fiduciario o fiduciaria siempre será una sociedad anónima, administradora de fondos y fideicomisos mercantiles, la cual será el representante legal del patrimonio autónomo o fideicomiso, en tanto, cabe recordar que el patrimonio está dotado de personalidad jurídica y no puede representarse por sí mismo.

Las fiduciarias se encuentran regidas bajo estrictas normas y controles por parte de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, y la Unidad de Análisis Financiero.

Las fiduciarias, deben remitir cierta información a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, acorde al artículo 130 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero “respecto de aquellas situaciones que afecten de manera importante el estado general del fideicomiso mercantil o encargo fiduciario y, los correctivos a las medidas que se adoptarán para continuar el curso normal del fideicomiso mercantil o encargo fiduciario.”

La compañía fiduciaria debe ser remunerada por los servicios que presta, puede ser reemplazada o sustituida por pedido de los constituyentes, puede renunciar a la administración de un fideicomiso y al ser representante legal del fideicomiso puede ejercer acciones legales en defensa de la integridad del patrimonio autónomo como titular y en ejercicio de la administración de los bienes afectados (Lasca, 2003: 71)

Para concluir éste acápite debo recalcar que considero pertinente tomar muy en cuenta al beneficiario como parte contratante de un fideicomiso mercantil, a pesar de que cierta parte de la doctrina considere que no lo es, hay que contemplar siempre que un fideicomiso

no puede ser constituido sin un beneficiario y que en el caso de que no existiese física o legalmente el beneficiario no significa que al contrato no comparece un beneficiario por cuanto en ese caso, es el constituyente quien asume la calidad de beneficiario y acepta todos los derechos y obligaciones que derivan de dicha aceptación.

Por lo tanto, no hay que descartar la posibilidad de que el beneficiario es parte contratante del fideicomiso mercantil, en tanto será parte del contrato sea que la calidad recaiga en un tercero o en el propio constituyente hasta que éste último designe a otro para ostentar la calidad de fideicomisario.

### **3.2 Conceptualización y análisis del título de fideicomiso mercantil.**

Para desarrollar el acápite que corresponde en este punto de mi disertación sobre el título de fideicomiso mercantil, en primer lugar hay que conceptualizar o conocer a ciencia cierta la definición que engloba el patrimonio autónomo a partir del cual surge un negocio fiduciario.

Acorde al artículo 118 de la Ley de Mercado de Valores contenido en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, el patrimonio autónomo que conforma el fideicomiso mercantil:

(...) estará integrado por los bienes, derechos, créditos, obligaciones y contingentes que sean transferidos en fideicomiso mercantil o que sean consecuencia del cumplimiento de la finalidad establecida por el constituyente. Consecuentemente, el patrimonio del fideicomiso mercantil garantiza las obligaciones y responsabilidades que el fiduciario contraiga por cuenta del fideicomiso mercantil para el cumplimiento de las finalidades previstas en el contrato. (...)

Es decir, que el patrimonio autónomo puede estar conformado por cualquier bien, derecho u obligación que el constituyente tenga en su poder, en donde el fideicomitente al transferir su propiedad al patrimonio autónomo, provoca que ésta salga de su haber personal para pertenecer al patrimonio del fideicomiso.

El patrimonio autónomo está dotado de personalidad jurídica<sup>21</sup>, y como persona jurídica tiene un representante legal, calidad que recae en el fiduciario, tal como he señalado en el punto anterior de éste capítulo. Dicha representación permite que el fiduciario pueda presentar acciones legales o representar al patrimonio del fideicomiso en caso de controversias; cabe recalcar que al ser el fiduciario una sociedad anónima, esta a su vez actuará a través de su representante legal.

Cevallos Vásquez, al respecto señala que el patrimonio autónomo:

Es uno separado e independiente de aquel o aquellos del contribuyente fiduciario o beneficiario, y por lo tanto, no puede ser objeto de medidas o providencias preventivas ni embargo por deudas y obligaciones de aquellos, ni negociable por el fiduciario, salvo disposición en contrario del constituyente o en razón de la naturaleza o finalidad del fideicomiso. (1998: 287)

Partiendo de éste criterio, se entiende que el patrimonio autónomo debe ser uno apartado del patrimonio de la fiduciaria, del constituyente y del beneficiario. Es importante que no se confundan los patrimonios, para evitar que se susciten acciones legales en contra del fiduciario o del fideicomiso en lugar de plantearse en contra de las partes del negocio fiduciario, y para evitar confusiones en temas contables, tributarios, financieros entre otros de cualquiera de los intervinientes en el contrato, de hecho la propia Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero en su artículo 118, prohíbe que los patrimonios se confundan y que sean independientes entre sí:

**Art. 118.-** Naturaleza individual y separada de cada fideicomiso mercantil.- El patrimonio autónomo que se origina en virtud del contrato de fideicomiso mercantil es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario.

Cada fideicomiso mercantil como patrimonio autónomo que es, estará integrado por los bienes, derechos, créditos, obligaciones y contingentes que sean transferidos en fideicomiso mercantil o que sean consecuencia del cumplimiento de la finalidad establecida por el constituyente.

Consecuentemente, el patrimonio del fideicomiso mercantil garantiza las obligaciones y responsabilidades que el fiduciario contraiga por cuenta del fideicomiso mercantil para el cumplimiento de las finalidades previstas en el contrato.

---

<sup>21</sup> Así lo indica el artículo 109 del Libro II del Código Monetario, que dice: "(...) 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 (...)"

Por ello y dado a que el patrimonio autónomo tiene personalidad jurídica, quienes tengan créditos a favor o con ocasión de actos o contratos celebrados con un fiduciario que actuó por cuenta de un fideicomiso mercantil, sólo podrán perseguir los bienes del fideicomiso mercantil del cual se trate mas no los bienes propios del fiduciario.

La responsabilidad por las obligaciones contenidas en el patrimonio autónomo se limitará únicamente hasta el monto de los bienes que hayan sido transferidos al patrimonio del fideicomiso mercantil, quedando excluidos los bienes propios del fiduciario.

Contractualmente el constituyente podrá ordenar que el fideicomiso se someta a auditoría externa; sin embargo el C.N.V., establecerá mediante norma general los casos en los que obligatoriamente los fideicomisos deberán contar con auditoría externa, teniendo en consideración el monto y naturaleza de los mismos.

En la rama del Derecho Civil, también encontramos la figura del fideicomiso y de la misma manera en ésta figura, se separa el patrimonio del fideicomiso con el patrimonio del resto de partes que conforman el contrato; el autor Carregal, acorde a la normativa argentina señala que en dicho país existe el denominado “dominio fiduciario” que se encuentra en su Código Civil, dentro del título “Del Dominio Imperfecto” y explica que “el propietario fiduciario no tiene la cosa a perpetuidad, pues por definición debe desprenderse de ella conforme los términos del contrato o del testamento, generalmente al cumplimiento de una condición o de un plazo.” (2008: 85)

Se reconoce la separación de la propiedad de cierta parte del patrimonio del constituyente que es la que se transferirá al patrimonio autónomo, es decir, al fideicomiso, por lo tanto se realiza una clara distinción entre los bienes de una u otra parte y los bienes del negocio fiduciario.

Es necesario diferenciar los términos objeto o patrimonio y fin del fideicomiso, según Rodolfo Batiza quien es citado por Acosta Romero y Almazán Alaniz son “(...) términos que con frecuencia se emplean como sinónimos, sin serlo, ya que el objeto consiste en la cosa que es su materia, en tanto que el fin es el resultado que persigue con su constitución.” (2002: 270)

González Torre, reafirma lo descrito anteriormente y señala que el patrimonio autónomo es un “patrimonio especial” que se “conforma con los bienes transferidos en fideicomiso por el constituyente a favor del fiduciario. Este por su parte, como titular de los mismos, cumplirá la finalidad que se haya señalado en el contrato en beneficio del fideicomisario” (2000: 89)

Es importante subrayar lo que señala González Torre al decir que los bienes son “transferidos en fideicomiso”, de aquí partiré para explicar el “título de fideicomiso mercantil”, título contemplado en el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, y es que la ley obliga a usar el título de fideicomiso mercantil al momento de que el fideicomitente transfiere sus bienes, derechos u obligaciones a favor del patrimonio autónomo que conforma el fideicomiso mercantil.

En éste acápite intentaré centrar mi análisis de preferencia en el título de la transferencia de bienes por cuanto de ahí parte la presente disertación, no haré mucho énfasis en la transferencia de derechos, créditos u obligaciones por cuanto no es ese el camino que he escogido para el alcance del presente trabajo.

Ahora bien, considerando que en el capítulo anterior he desarrollado las teorías que engloban el título y modo en varias legislaciones, y que el ordenamiento jurídico del Ecuador contempla o acata la teoría de la coexistencia del título y del modo para realizar cualquier transferencia de dominio de un bien, sea éste mueble o inmueble, es imperativo analizar cuál es el título y cuál es el modo al momento que el constituyente transfiere un bien al patrimonio especial o autónomo.

El artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, señala en su primera parte que:

La transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita ya que la misma no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario y se da como medio necesario para que éste último pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato.

Entonces, de aquí podemos conceptualizar al “título de fideicomiso mercantil” refiriéndonos como tal, a un título *sui generis* que no ha sido contemplado en la normativa civil como he señalado en el capítulo anterior, pero que si ha sido vislumbrado, desarrollado y utilizado por la normativa mercantil, por las fiduciarias y por todo lo que abarque el Derecho Fiduciario en Ecuador.

Hay que diferenciar tres momentos en los que pueden ocurrir transferencias de dominio en fideicomiso mercantil y en los que diferenciaré el título y el modo al que se deberán realizar las mismas:

3.2.1. Del aporte de bienes del constituyente o fideicomitente al patrimonio autónomo.

3.2.2. De la restitución de activos al constituyente.

3.2.3. De la transferencia de remanentes y/o utilidades por parte del fideicomiso mercantil a favor de los beneficiarios del mismo.

A continuación, desarrollo cada una de éstas transferencias de dominio que he señalado:

### **3.2.1. Del Aporte de Bienes del Constituyente o Fideicomitente al Patrimonio Autónomo.**

El “título de fideicomiso mercantil” conlleva una clara diferenciación del resto de títulos que he nombrado en el capítulo anterior, y es que la transferencia del constituyente al fideicomiso, al no ser ni onerosa ni gratuita, queda con un título indefinido, innombrado, y es aquí que la solución que da la ley ha sido el denominado “título de fideicomiso mercantil”, que es la causa remota por la que se transferirá una cosa a un patrimonio que pertenecerá a un fideicomiso mercantil, por lo tanto se podría considerar al contrato de aporte que realiza el constituyente a favor del fideicomiso como el título al que la ley se refiere como “título de fideicomiso mercantil”, es necesario tomar en cuenta que dicho aporte puede realizarse en la propia constitución del fideicomiso como se puede realizar en escritura pública aparte después de constituido el negocio.

El título de fideicomiso mercantil, acorde al artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, está exento “(...) de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones ya que no constituye hecho generador para el nacimiento de obligaciones tributarias ni de impuestos indirectos previstos en las leyes que gravan las transferencias gratuitas y onerosas(...)”, por cuanto al no existir un perjuicio o un provecho económico para ninguna de las partes al momento de la

transferencia, no gravaría ningún impuesto de los determinados para las transferencias que si generen alguna utilidad o provecho económico para alguna de las partes.

Para que un título sea perfeccionado según la legislación ecuatoriana, debe tener una causa próxima o un modo de adquirir el dominio, teniendo en consideración que los modos de adquirir son los enumerados expresamente en el artículo 603 del Código Civil<sup>22</sup>, por un simple análisis se puede concluir que el modo de adquisición en materia de fideicomisos, por lo general sería la tradición, en donde el tradente será el constituyente y el adquirente el patrimonio autónomo.

Como efecto inmediato del aporte que realice el constituyente aportante a favor del fideicomiso, aquél adquiere obligaciones respecto del patrimonio autónomo, como el saneamiento por evicción u otros derivados de esta transferencia. Estas obligaciones respecto del patrimonio son diferentes a las obligaciones que se generan por las suscripción del contrato de constitución, como señala la Doctrina II de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros: “la Ley prevé la posibilidad de transferir bienes que se espera que existan, y a pesar de no haber perfeccionado la transferencia, el constituyente ya ha contraído obligaciones y ostenta derechos, que son los previstos en el respectivo contrato”.

### **3.2.2. De la Restitución de Activos al Constituyente.**

Como indiqué en el acápite tres punto uno del presente capítulo, el constituyente obtendrá derechos propios y únicos de la calidad de constituyente, mismos que deberán estar contenidos y detallados en el contrato de fideicomiso; el constituyente por su calidad, tiene el derecho a la restitución del inmueble acorde al artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero.

---

<sup>22</sup> Acorde al Código Civil, los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción. (...)”

Este derecho, no puede ser cedido por parte del constituyente, ya que para que exista restitución de los bienes fideicomitidos se requiere que sea al mismo constituyente, el mismo activo y en las mismas condiciones en las que el fideicomiso recibió el bien.

El constituyente si no ha nombrado beneficiarios en el contrato de constitución, adquiere los derechos fiduciarios de beneficiario, los cuales representan el patrimonio autónomo constituido, y otorgan el derecho a que la fiduciaria acorde al artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, “le transfiera a título oneroso o gratuito, los activos o el producto de su administración, de conformidad a las instrucciones señaladas en el contrato constitutivo.” Estos derechos le corresponden naturalmente al constituyente aportante salvo que el mismo designe beneficiarios distintos a sí mismo; en tal caso le corresponden a dicho beneficiario. Estos derechos si pueden ser cedidos a favor de terceros, acorde al artículo 9 de la Sección IV, del Capítulo I del Título V de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores.

El propio artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero habla sobre la restitución de activos al constituyente. El término restitución se refiere a la transferencia que realizará el fideicomiso a favor del fideicomitente que aportó cierto bien a favor del patrimonio autónomo, pero para realizar dicha restitución hay que tomar en cuenta ciertos parámetros o condiciones que deben cumplirse para enmarcarse en la denominada restitución.

Acorde al ordenamiento jurídico ecuatoriano es importante determinar el título y el modo al cual se deberá realizar la transferencia referida anteriormente, es decir, la restitución de activos al constituyente, por cuanto reitero, se debe aplicar la teoría de coexistencia de ambos momentos jurídicos.

Analizando el espectro que el artículo 603 del Código Civil proporciona sobre las clases de modos de adquirir el dominio, se puede concluir que en la restitución a la que me he referido, el modo que más se adecúa a la situación jurídica específica sería la tradición, en donde el tradente sería el patrimonio autónomo o fideicomiso mercantil y el o los adquirentes podrían ser el o los constituyentes o constituyentes adherentes.

Es importante anotar que al referirme a que la transferencia o restitución de activos se realizará al constituyente del fideicomiso, quiero decir que el constituyente no ha nombrado o delegado un tercero como beneficiario, y que en realidad se está realizando la restitución al beneficiario del fideicomiso, es decir, al propio constituyente que ha adquirido la calidad de fideicomisario por cuanto no se ha nombrado a un tercero como tal.

El derecho a la restitución de los activos no puede ser cedido a favor de terceros ya que es una condición legal el hecho de que la restitución se realice a favor del mismo constituyente que aportó los bienes al momento de constituir el fideicomiso o posterior a la constitución a través de una escritura pública en donde especifique que aporta ciertos bienes a favor del patrimonio autónomo a título de fideicomiso mercantil, misma que deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad en caso de recaer sobre bienes inmuebles.

Debido a que el derecho de restitución no puede ser cedido insisto, no cabe respecto de beneficiarios distintos al constituyente, quien es el único que puede pedir la restitución del bien siempre y cuando se cumplan con ciertas condiciones.

El bien que se vaya a restituir debe ser exactamente el mismo bien aportado a título de fideicomiso mercantil por parte del o los constituyentes, por ejemplo, en un fideicomiso inmobiliario, si se aportó en principio un terreno no cabe la restitución de una o varias alícuotas producto de la declaratoria en propiedad horizontal del bien raíz aportado, ya que constituye un predio distinto y por tanto un inmueble diferente.

Por lo tanto, el bien aportado debe encontrarse en las mismas condiciones en las que fue transferido inicialmente. Si el activo aportado ha sido afectado por modificaciones que lo han transformado no cabe la restitución, así en el caso del fideicomiso inmobiliario que he propuesto en el párrafo anterior, si se ha construido una casa sobre un terreno baldío, que constituiría el inmueble aportado inicialmente, a pesar de que sigue siendo el mismo inmueble jurídicamente, éste ha cambiado por cuanto tiene un valor agregado que sería la casa que se ha construido sobre él, por lo tanto su valor se ha incrementado.

La ley establece que la restitución al constituyente procederá si acontecen las siguientes situaciones: “por falla de la condición establecida en el contrato, fuerza mayor o caso

fortuito, o por efectos contractuales que determinen que los bienes vuelvan en las mismas condiciones en las que fueron aportados.”

En el ejemplo que he tomado del fideicomiso inmobiliario, la falla de la condición prevista en el contrato podría ser no alcanzar el punto de equilibrio para el desarrollo del proyecto inmobiliario; la situación de caso fortuito o fuerza mayor podría considerarse a una prohibición legal que impida el cumplimiento del objeto del fideicomiso.

El artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, estipula que los bienes podrán ser restituidos “con las exenciones anteriormente establecidas”, se puede entender que la ley al referirse a estas exenciones, realiza un símil con el aporte a título de fideicomiso mercantil que realiza el constituyente al conformar el patrimonio autónomo, por lo tanto aunque literalmente no se establezca en la ley, la transferencia podría considerarse también a título de fideicomiso mercantil por cuanto no es onerosa ni gratuita ya que no determina un provecho económico para ninguna de las partes, es decir, ni para el constituyente ni para el fiduciario, ni para el fideicomiso.

### **3.2.3 De la Transferencia de Remanentes por parte del Fideicomiso Mercantil a favor de los Beneficiarios del mismo.**

La transferencia de remanentes o beneficios por parte del fideicomiso mercantil a favor del beneficiario, se realiza en cumplimiento de las instrucciones fiduciarias que contiene el contrato de fideicomiso, mismas que han sido plasmadas por el constituyente del fideicomiso y aceptadas por el beneficiario del mismo.

Por remanentes o beneficios, se puede entender a todos los productos o ganancias que se pudieron obtener de la administración del negocio fiduciario, hasta que se haya cumplido con las instrucciones y la finalidad del fideicomiso.

En cumplimiento a la normativa civil ecuatoriana, ésta transferencia deberá tener un título y un modo para que sea perfeccionada a favor del beneficiario que el constituyente delegó en su momento. Cabe recalcar que el beneficiario en éste caso no debe ser el mismo constituyente sino un tercero, que debió ser designado por el constituyente de las maneras que he explicado en el punto tres punto uno del presente capítulo.

Ahora bien, en primer lugar y como lo he explicado en los casos anteriores, tomando en cuenta el artículo 603 del Código Civil, se deduce que el modo que aplicaría en esta situación sería la tradición, en donde el fideicomiso mercantil fuese el tradente y el o los beneficiarios serían los adquirentes.

Por su lado, el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiera señala que las transferencias que haga el fiduciario a favor de los beneficiarios serán gratuitas u onerosas, en cumplimiento de las finalidades del contrato del fideicomiso, siempre que las disposiciones generales previstas en las leyes así lo determinen.

La Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, en la parte pertinente al Glosario de Términos, define a los derechos fiduciarios como:

(...) el conjunto de derechos que se derivan de la calidad de beneficiario de un fideicomiso mercantil, los cuales representan el patrimonio autónomo constituido, y otorgan el derecho a que la fiduciaria les transfiera a título oneroso o gratuito, los activos o el producto de su administración, de conformidad a las instrucciones señaladas en el contrato constitutivo.

Por lo tanto, la norma no define literalmente cual será el título al cual se deberá transferir los activos del fideicomiso al beneficiario, pero se entendería que debería ser oneroso o gratuito, de aquí nace una duda ¿en realidad se podría enmarcar al título de ésta transferencia como oneroso o gratuito? ¿Los conceptos de onerosidad o gratuidad se enmarcan dentro de lo que ocurre en la transferencia por parte del fideicomiso al beneficiario? A continuación el respectivo análisis y explicación de por qué considero que la ley ha cometido un error al determinar al título como oneroso o gratuito en ésta transferencia.

La ley niega la posibilidad de que ésta transferencia se realice a título de fideicomiso mercantil, pero hay que tomar muy en cuenta que ésta transferencia a favor del beneficiario se realiza en cumplimiento a las instrucciones contenidas en el contrato de fideicomiso y que es parte de su objeto o finalidad.

En dicha transferencia no existe un pago u obligación de contraprestación como en la compraventa o canje, ni responde a la voluntad de simplemente transferir en forma gratuita como en la donación, evidentemente no es una restitución como lo establece el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero en tanto no cumple con los requisitos planteados por la norma.<sup>23</sup>

Y es que hay que tener en cuenta que el “título de fideicomiso mercantil” que se aplica para el aporte de bienes al fideicomiso y para la restitución de activos al constituyente, es el título por excelencia de las transferencias por y para las partes de un fideicomiso por cuanto engloba el sentido de dichas transferencias, un sentido que no es oneroso ni gratuito.

Cabe recordar que un contrato es oneroso cuando ambas partes contratantes obtienen una utilidad, “porque en tal caso ambas deben soportar un gravamen; de otro modo no habría beneficio recíproco” (Alessandri, 2011: 22) y que un contrato es gratuito cuando “si el título no implica para el adquiriente una erogación o sacrificio económico.” (Velásquez, 2004: 249)

Recordando esto se concluye que la onerosidad de un contrato recae en el sacrificio pecuniario que realiza una parte y en el beneficio que dicho sacrificio trae tanto para uno como para el otro, existe una contraprestación. Por su lado la gratuidad se entiende a la no existencia de dicho sacrificio, es decir, es un acto que se realiza sin la expectativa de obtener un provecho económico, y que además según Alessandri es un acto “generalmente *intuitus*

---

<sup>23</sup> El título tampoco se encuentra determinado por la ley en el caso de que el patrimonio autónomo realice una transferencia de bien que haya sufrido algún cambio a favor del constituyente del fideicomiso, ni en el caso de que el constituyente haya aportado dinero al fideicomiso e instruido la compra de un bien para que fuese transferido posteriormente a sí mismo. En éstos casos, también se podría considerar que el título no es oneroso ni gratuito sino “de fideicomiso mercantil” por cuanto responde totalmente a la naturaleza del contrato de constitución del fideicomiso.

*personae*” (2011: 26), es decir, que el contrato se podría celebrar sólo con ciertas personas dependiendo de su calidad.

Más allá del criterio de nuestro legislador plasmado en la ley, la transferencia de los activos o remanentes a favor de los beneficiarios por analogía con el aporte de bienes al fideicomiso y la restitución de activos al constituyente, debería ser a título de fideicomiso mercantil, considerando los siguientes criterios:

El aporte no es oneroso ni gratuito ya que el mismo no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario, ni para el fideicomiso en sí y se da como medio necesario para el administrador pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato.

Tomando en cuenta ésta percepción legal, en virtud de que en el aporte de bienes al fideicomiso no hay un beneficio para las partes contractuales ni un gravamen para ninguno de ellos o para el patrimonio autónomo, y que los activos está afectados al cumplimiento del fideicomiso, se entiende que el aporte no es ni oneroso ni gratuito, y de ahí deviene el título de fideicomiso mercantil.

Por otro lado, se encuentra la restitución de los activos al constituyente siempre y cuando se cumplan con las condiciones que plantea la norma respectiva, en donde no se define expresamente que el título sea el de fideicomiso mercantil, sin embargo, se le da el mismo tratamiento tributario, por tanto se entiende que para el legislador, al igual que el aporte, la restitución no es onerosa ni gratuita, ya que no genera beneficio para ninguna de las partes ni tampoco genera un gravamen para alguna de las partes ni para el patrimonio autónomo, en tanto las cosas simplemente vuelven a su estado original por la causa que corresponda conforme se instruya en el contrato de fideicomiso.

Partiendo de la analogía de la transferencia de remanentes del fideicomiso al beneficiario con el aporte y la restitución que he propuesto en párrafos anteriores, hay que resaltar varios hechos en la transferencia de activos a favor del o los beneficiarios.

En primer lugar, que dicha transferencia no puede decirse o entenderse como onerosa por cuando no implica una utilidad ni para el fideicomisario ni para el patrimonio autónomo, el beneficiario no realiza un pago al fideicomiso para que éste último transfiera los frutos o remanentes del patrimonio autónomo a su persona, y a pesar de que el fideicomiso sufre una disminución en su patrimonio, ésta se produce por el objeto per se del contrato en tanto es una obligación la transferencia de los beneficios que se hayan generado por la administración del fideicomiso.

La transferencia de remanentes al beneficiario es un derecho que le pertenece al fideicomisario por la calidad que él tiene dentro del contrato de fideicomiso o por la designación que haya hecho el constituyente del fideicomiso en cualquier momento del negocio.

No existe una contraprestación de ninguna naturaleza entre beneficiario y patrimonio autónomo; recalco, que la transferencia de remanentes se realiza tanto por la calidad que el beneficiario posee dentro del negocio fiduciario y en virtud de las instrucciones contractuales que se establezcan en el fideicomiso mercantil.

Por otro lado, tampoco se puede decir que la referida transferencia sea a título gratuito, ya que, su objeto no es solo la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen.

El patrimonio autónomo no sufre gravamen alguno ya que la transferencia se la realiza en cumplimiento de las instrucciones contractuales establecidas en el fideicomiso mercantil que constituyen parte de su objeto.

Y, por su lado el beneficiario del fideicomiso tampoco sufre ningún tipo de gravamen, ya que él recibe el bien transferido en virtud de los derechos fiduciarios que por su calidad mantiene sobre los remanentes que de la administración del negocio devengan una vez cumplida la finalidad por la cual se constituyó en un principio el fideicomiso mercantil.

En conclusión, la transferencia de remanentes o beneficios a favor del fideicomisario por tanto no es onerosa ni gratuita, y se realiza en virtud de las instrucciones contractuales o en virtud de la existencia del fideicomiso.



## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Tomando en cuenta lo señalado en los capítulos anteriores, se deducen varias conclusiones a ser consideradas para la culminación de la presente disertación, mismas que desarrollo a continuación:

- El fideicomiso mercantil ha sido una figura jurídica que ha existido desde el Derecho Romano hasta la actualidad, ha sufrido muchos cambios en su estructuración y en general en su regulación pero siempre se ha tomado en cuenta que es una figura de fe, en la que un individuo confía parte de su patrimonio a otra persona para su administración y manejo.

- La figura del fideicomiso ha sido utilizada en diferentes momentos de la historia, inclusive de la historia ecuatoriana siempre considerando la base del Derecho Romano y ha ido evolucionando desde 1963 en el que se encuentran rasgos básicos para el planteamiento de un negocio fiduciario, hasta la actualidad en el que la normativa es mucho más extensa y supone muchísimos aspectos legales para la constitución, administración, liquidación, entre otros de un negocio fiduciario.

- El fideicomiso mercantil, debe obligatoriamente tener una normativa especial, por cuanto su consideración en el ordenamiento jurídico es diferente a la regulación de otro tipo de persona jurídica como por ejemplo una empresa, aún cuando ambas tienen la misma calidad de persona jurídica.

- Considero que la legislación ecuatoriana debe evitar imponer trabas al manejo o administración de los negocios fiduciarios por cuanto mediante los mismos, se han realizado negociaciones e inversiones en el país que han ayudado mucho al desarrollo de empresas mismas que han generado empleos que mantienen a la economía del Ecuador en un constante movimiento, permitiendo el crecimiento de parte del sistema financiero que a lo largo de la historia ecuatoriana ha sufrido debacles gravísimos. Además, mediante los negocios fiduciarios administrados en el Ecuador, se mantienen activas las inversiones y el desarrollo de varios aspectos del mercado (como el de valores, el inmobiliario, el emprendimiento personal, etcétera), situación que incide tanto a nivel nacional como internacional, logrando un flujo de divisas y bienes potenciado.

- Por otro lado, comprendiendo la parte pertinente al Derecho Civil ecuatoriano tratado en mi disertación, he diferenciado las teorías de aplicación del título y modo a través de varias doctrinas establecidas y aplicadas en varios países del mundo, cada uno las ha aplicado por ciertas razones y motivaciones, que van desde el ámbito legal hasta el ámbito social. Sociológicamente, la mentalidad y comportamiento de los individuos que conforman una sociedad evidentemente es cambiante, y de aquí la aplicación del título y modo es precisamente diferente. El Derecho, al ser una carrera social, depende o engloba muchísimo al ámbito en el que se desarrolla una sociedad, motivo por el cual he tomado en cuenta éste aspecto de la variedad en el pensamiento de los pueblos alrededor del mundo. Por ejemplo, la sociedad alemana se diferencia ampliamente del pensamiento de la sociedad ecuatoriana, por cuanto su modo de realizar sus negocios está basado en la buena fe y en la efectiva realización de sus negocios, por su lado en general en Latinoamérica, hemos tenido problemas con la buena fe inter partes peor aún a nivel sociedad, motivo por el cual la aplicación de dos momentos jurídicos que garanticen la seguridad jurídica ante terceros y entre los contratantes es importantísimo y de real necesidad.

- En Ecuador, la aplicación del título y modo como he explicado en el Segundo Capítulo de mi disertación, acepta la coexistencia de ambos momentos, tanto es así que en Ecuador no puede perfeccionarse una transferencia de dominio sin que existan tanto título como causa remota y un modo determinado como causa próxima para celebrar y perfeccionar una transferencia de dominio.

- Y es que distinguir estos dos momentos, en ocasiones ha causado más de un problema por cuanto la diferenciación a veces se casi imperceptible, a pesar de ello hay que tener claro que siempre existirán las dos causas (remota y próxima) y que los autores han puesto especial empeño en indicar que la coexistencia de título y modo proporciona seguridad jurídica a través de un mecanismo que no exige una regulación rígida pero sí que exige ciertas formalidades para garantizar la seguridad tanto de las partes contratantes como de terceros.

- Por otra parte, he explicado lo referente al título y modo en la cesión de derechos fiduciarios, concluyo que el título de la cesión de derechos fiduciarios del beneficiario puede ser oneroso o gratuito dependiendo del carácter que se le quiera dar a la transferencia, y que el modo de adquirir los derechos fiduciarios de beneficiario sería la tradición, por cuanto

como he explicado los propios autores al no tener una definición clara de la cesión de derechos en la normativa, dan ésta opción como la más lógica a aplicar para la transferencia de derechos personales, siendo que los derechos fiduciarios son por su naturaleza personales y no reales. Concluyo lo dicho, por cuanto la propia Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero lo indica en su artículo 113, y en general por el direccionamiento del legislador respecto al tratamiento que se da a dichos derechos a lo largo de las diversas normas relacionadas.

- La onerosidad de un contrato se determina por la carga pecuniaria que la parte tradente de un bien recibirá por concepto de la transferencia que realizará a favor del adquirente de dicho bien; mientras que la gratuidad de un contrato se refiere a la no existencia de un beneficio pecuniario, en donde el tradente entrega una cosa sin que el adquirente deba realizar una disminución de patrimonio para obtener efectivamente el bien que entrega quien se desprende del mismo.

- Partiendo del punto anterior, se puede entender que el beneficiario puede transferir sus derechos a título oneroso por ejemplo a través de una compraventa o a título gratuito como una donación, (siempre y cuando el contrato de constitución del fideicomiso no prohíba la cesión de derechos); y el modo al que el nuevo beneficiario adquiera los derechos fiduciarios se enmarcaría en la tradición.

- Por su lado, puedo concluir que el beneficiario de un fideicomiso mercantil efectivamente es parte contratante dentro del contrato de constitución del negocio fiduciario, especialmente cuando éste comparece a la firma del contrato inicial, por cuanto a pesar de que el constituyente pueda designarlo posteriormente a la celebración del contrato, es imposible considerar la existencia de un fideicomiso sin beneficiario; es entonces que el propio constituyente asume esa calidad y acepta los derechos y obligaciones que emanan de ésta calidad como parte contratante. Ulteriormente, el mismo podrá delegar la calidad de fideicomisario en un tercero, pero a fin de cuentas, el contrato se celebró ante la presencia de un beneficiario como parte contratante que aceptó expresamente sus derechos y obligaciones como tal.

- El patrimonio autónomo del que está conformado el fideicomiso mercantil, es un patrimonio especial que ha salido del patrimonio personal del constituyente mediante un

aporte a favor del fideicomiso y que es importante recalcar, no puede mezclarse ni con el patrimonio de la fiduciaria, el constituyente o el beneficiario acorde a lo establecido en el ordenamiento jurídico.

- Ahora bien, respecto del denominado título de fideicomiso mercantil, debo concluir que es un título que no se encuentra en la normativa civil, pero sí en la normativa mercantil -fiduciaria-, y que es precisamente el título que se acopla de mejor manera a la naturaleza e intención que rodean a ciertas transferencias que se realizan durante la existencia de una fideicomiso mercantil.

- Una de estas transferencias de bienes, es la que realiza el constituyente a favor del patrimonio autónomo, tal como he desarrollado en el Capítulo Tercero, en donde el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero expresamente señala que esta transferencia se debe realizar a título de fideicomiso mercantil, y por su lado el modo al que podría realizarse ésta transferencia es la tradición.

- Otra transferencia, es la que realiza el patrimonio autónomo a favor del constituyente, denominada en términos legales “restitución”, en donde se deben cumplir ciertas condiciones para que la misma se configure, como lo son que el constituyente no haya nombrado o delegado a un tercero como beneficiario y mantenga en su propia persona tal calidad, por cuanto el mismo constituyente debe ser el beneficiario para que se produzca ésta restitución; y, que el bien sea exactamente el mismo que dicho constituyente aportó en un principio sin que las condiciones en que dicho bien fue aportado hayan variado. En este caso, el título sería la tradición, y el modo, la restitución.

- De igual manera, hay que distinguir tanto título como modo, cuando las condiciones establecidas en el punto precedente no se cumplen, es decir, cuando el patrimonio autónomo transfiere los bienes de su propiedad a un tercero diferente del constituyente, a quien llamaremos beneficiario, o cuando dichos bienes son transferidos en condiciones diferentes a las que inicialmente fueron aportadas. Acorde a lo analizado en el Capítulo Tercero del presente trabajo de investigación, el modo en esta transferencia es la tradición y luego, a pesar de que no se encuentre expresamente en la ley, se puede entender que es el título de fideicomiso mercantil. No se puede decir que esta transferencia repunte onerosidad o

gratuidad, pues el beneficiario no está pagando al fideicomiso por los bienes recibidos (en cuyo caso el título sería la compraventa) y tampoco está el fideicomiso “regalando” los bienes a un tercero (en cuyo caso, el título sería la donación).

- Así, la conclusión fundamental de mi disertación, se refiere al título de la transferencia de los remanentes o activos que pudiese tener un fideicomiso a favor de sus beneficiarios, y es que la ley señala que el título debe ser oneroso o gratuito, pero no hay lógica en lo que la norma indica, por cuanto los conceptos de onerosidad y de gratuidad de un contrato no se pueden englobar en el sentido de ésta transferencia que nace de la naturaleza del negocio fiduciario.

- Por cuanto no existe un sacrificio pecuniario al realizar la transferencia de remanentes al beneficiario (característica fundamental del título oneroso) ni tampoco existe esa voluntad facultativa de desprenderse de un bien como un obsequio o un acto de gracia al transferir algo por parte del patrimonio autónomo (título gratuito), reitero, lo más apropiado es hablar de un título *sui generis*, que podría denominarse “fideicomiso mercantil”.

- La referida transferencia al beneficiario de los remanentes, no representa un provecho económico para ninguna de las partes, se da como medio necesario para que el administrador del fideicomiso pueda cumplir con la finalidad última del negocio fiduciario.

- Hay que tomar en cuenta, que la transferencia de remanentes es un derecho que tiene el beneficiario por la calidad que posee dentro de un fideicomiso mercantil y que dicha transferencia se produce en cumplimiento del objeto del fideicomiso, de su finalidad.

- Por otro lado, es importante señalar que el hecho de determinar si la transferencia que hace un fideicomiso a un beneficiario es onerosa o gratuita, conlleva grandes e importantes implicaciones tributarias. Si la transferencia se hace a título oneroso, el fideicomiso debería recibir algo a cambio de los bienes que entrega al beneficiario. Debería el fideicomiso generar un ingreso a reflejarse en su estado de pérdidas y ganancias, situación que podría hacer entender a la autoridad de control, que se trata de una actividad económica, lo cual sería terriblemente perjudicial para negocios como aquellos de mera tenencia o administración de flujos, los cuales están exentos del pago de impuestos. Con la marcación de un ingreso, se estaría convirtiendo al patrimonio autónomo en sujeto del pago de tributos

fiscales y municipales. Por otro lado, si la transferencia se hace a título gratuito, el beneficiario estaría sujeto al pago del impuesto a la donación, puesto que no hay otra forma de entender la gratuidad, que como un acto de desprendimiento del fideicomiso al cual le (Velásquez, 2004) han facultado las instrucciones contenidas en el contrato inicial o recibidas a lo largo de la vigencia del negocio.

- En mi sospecha, los miembros del antiguo Consejo Nacional de Valores y los legisladores que trabajaron los cambios a la Ley de Mercado de Valores, jamás se detuvieron a pensar en lo señalado. Han cometido un grave error al intentar determinar que el título para la transferencia de remanentes al beneficiario sea oneroso o gratuito, por cuanto no tiene una base lógica partiendo de la naturaleza del contrato de constitución del negocio fiduciario y las instrucciones contenidas en él.

- Recomiendo, que se realice una revisión exhaustiva a la normativa y que se reforme el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero en la parte respectiva al igual que la definición de derechos fiduciarios en la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, aclarando que el título de fideicomiso mercantil es el que debe ser aplicado en el caso de que se transfirieran remanentes al beneficiario de un fideicomiso mercantil.

## BIBLIOGRAFÍA

### Textos

- Acosta Romero, M., & Almazán Alaniz, R. (2002). *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*. México D.F.: Editorial Porrúa.
- Alessandri, A. (2011). *De Los Contratos*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Alessandri, A., & Manuel, S. (1957). *Curso de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Editorial Nascimento.
- Carregal, M. (2008). *Fideicomiso, Teoría y Aplicación a los Negocios*. Buenos Aires: Heliasta.
- Carrión Eguiguren, E. (1982). *Curso de Derecho Civil de los bienes*. Quito: Ediciones de la Universidad Católica.
- Castillo Lara, E. (2011). *El fideicomiso, el fideicomiso de garantía y su ejecución*. México: LIMUSA.
- Cevallos Vásquez, V. (1998). *Mercado de Valores y Contratos*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Díez - Picazo, L., & Gullón, A. (2001). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Tecnos .
- Domínguez, J. A. (1997). *El Fideicomiso*. México D.F.: Editorial Porrúa.
- Fernández, J. C., & Maury de González, B. (2000). *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso, Antecedentes Históricos del Fideicomiso*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- González Torre, R. (2000). *El Fideicomiso* (Segunda ed.). Guayaquil: Edino.
- Hayzus, J. R. (2004). *Fideicomiso*. Buenos Aires: Astrea.
- Larrea Holguín, J. (2005). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Volumen II*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Larrea Holguín, J. (2008). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Volumen VII*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Lascala, J. H. (2003). *Práctica del Fideicomiso*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Puig Peña, F. (1972). *Tratado de Derecho Civil Español*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Rodríguez Azuero, S. (2005). *Negocio Fiduciarios, Su significación en América Latina*. Colombia: Legis Editores S.A.
- Velásquez, L. G. (2004). *Bienes*. Bogotá: Temis.
- Von Tuhr, A. (1948). *DERECHO CIVIL. Teoría General del Derecho Civil Alemán, Volumen III*. Buenos Aires: Editorial DEPALMA.

### **Páginas Web**

- Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. (13 de junio de 2015). *Doctrina I*. Obtenido de: [http://181.198.3.74/wps/wcm/connect/16260f2e-ca86-438b-8d29-1b1c4155dae9/20110811\\_063151.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=16260f2e-ca86-438b-8d29-1b1c4155dae9](http://181.198.3.74/wps/wcm/connect/16260f2e-ca86-438b-8d29-1b1c4155dae9/20110811_063151.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=16260f2e-ca86-438b-8d29-1b1c4155dae9)

### **Legislación Interna**

- Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46, Quito, Ecuador, 24 de junio de 2005.
- Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, Registro Oficial Suplemento 1, Quito Ecuador, 08 de marzo de 2007.
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, Quito, Ecuador, 20 de octubre de 2008.

Ley de Mercado de Valores, Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, Registro Oficial Suplemento 332, Quito, Ecuador, 12 de septiembre de 2014.

Ley de Registro, Registro Oficial 150, Quito, Ecuador, 28 de octubre de 1966.

### **Legislación Interna Derogada**

Ley General de Operaciones de Crédito, Registro Oficial 133, Quito, Ecuador, 19 de diciembre de 1963.

Ley de Mercado de Valores, Registro Oficial Suplemento 199, Quito, Ecuador, 28 de mayo de 1993.

Ley de Mercado de Valores, Registro Oficial 367, Quito, Ecuador, 23 de mayo de 1998.

Ley de Títulos de Crédito, Registro Oficial No. 124, Quito, Ecuador, 9 de diciembre de 1963.

### **Jurisprudencia**

Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Sentencia del 17 de febrero de 1999: Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. 14. Pág. 3974.