

LEY DE MERCADO DE VALORES: BREVE ESTUDIO CRITICO DEL FIDEICOMISO MERCANTIL

Por: Lcdo. Roberto González T.

I.— ASPECTOS DE INTRODUCCION.

La noción sobre el contrato de Fiducia o Fideicomiso Mercantil no había sido recogida por la legislación nacional, hasta que hace pocos meses, la tan discutida Ley de Mercado de Valores en su Art. 80 introdujere en el código de comercio un título, conformado por cuatro artículos innumerados, denominado "Del fideicomiso mercantil".

Además, dicha ley señala quiénes pueden actuar como fiduciarios. Así, el Artículo 75 de la ley en su numeral segundo, reforma el Artículo 173 facultad 22 de la Ley General de Bancos, al establecer como facultad de los Bancos Comerciales o Secciones Comerciales "actuar como fiduciario Mercantil".

Finalmente el articulado referente a los fondos de inversión (Arts. 25-34) se refiere a las compañías administradoras de dichos fondos las cuales, además, son capaces de administrar fideicomisos (Art. 33).

El reglamento general de aplicación de la Ley de Mercado de Valores (LMV) en su Art. 41 ha previsto además ciertas normas a las que debe sujetarse el fideicomiso mercantil.

La institución jurídica tradicional del Fideicomiso ha existido desde la primera edición del Código Civil. Sus disposiciones constan en el libro segundo de dicho cuerpo de leyes, en donde se considera a la propiedad fiduciaria como una limitación al derecho real de dominio. La discusión acerca de su naturaleza jurídica, no sólo desde el punto de vista del derecho real de dominio sino también desde la óptica del acto jurídico fiduciario, ha determinado que la doctrina de los tratadistas intente crear una verdadera Teoría General del Fideicomiso.

Es por ello que el análisis del Fideicomiso Mercantil reglado en la Ley de Mercado de Valores y su reglamento, supone una conexión necesaria con la noción general del Fideicomiso, cuyo contenido viene dado por las disposiciones del Código Civil y la doctrina. Sin embargo, como lo señalaremos más adelante, el fideicomiso -concebido estrictamente desde la órbita del derecho civil- se limita a ser parte del contenido del moderno fideicomiso toda vez que no es de la esencia de la fiducia mercantil ser -exclusivamente- condicional.

II.- EL FIDEICOMISO: NOCION GENERAL.

El Fideicomiso como contrato, tiene una naturaleza de índole universal. Así lo decimos por la gran difusión en la mayoría de los países occidentales. No obstante, que sus características difieren atendiendo las diversas legislaciones, es posible determinar una conceptualización genérica de su naturaleza y de sus principales elementos.

Podríamos decir que el Fideicomiso es un contrato (aunque en el código civil existe el fideicomiso testamentario al cual no haremos referencia) por el cual una persona denominada constituyente o fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el contrato, cuya titularidad se confiere a otra denominada Fiduciario, para la realización de un fin determinado en favor de una tercera persona denominada fideicomisario o beneficiario.

A partir de la definición señalada, podemos establecer ciertas características del Fideicomiso:

1) Es un contrato. Para su perfeccionamiento deben existir los elementos generales de los actos jurídicos y se aplican los efectos previstos en la teoría del contrato.

Dicho contrato tendría las siguientes características: Consensual, salvo el fideicomiso de derecho de herencia o de inmuebles que es solemne (Art. 41 No. 1 Reglamento LMV); Bilateral, puesto que genera obligaciones recíprocas a cargo del constituyente y también del

fiduciario; Oneroso, porque supone cargas entre las dos partes obligadas; y, de tracto sucesivo, puesto que —por regla general— las prestaciones se cumplen dentro de diversos momentos dentro de la vigencia del contrato (caso de los fideicomisos a plazo).

2) Actualmente, ya existe el fideicomiso mercantil, de donde, atendiendo a la finalidad que persigue el fideicomiso, a las normas a las cuales se sujeta y a la calidad de los fiduciarios, puede ser un contrato civil o mercantil.

En lo que respecta al fideicomiso mercantil, la ley de mercado de valores no había considerado que la actividad fiduciaria sea ejercida exclusivamente por personas jurídicas especializadas. Sin embargo el reglamento a la Ley ha previsto que la actividad fiduciaria sea ejercida, exclusivamente por los Bancos y las Compañías administradoras de fondos, sujetas al control de la Superintendencia de Bancos y de compañías, respectivamente.

3) Es un contrato *intuitu personae*, puesto que la fe depositada en el fiduciario juega un rol importante en el denominado "animus fiducia" y la aceptación del fiduciario determina la "causa fiduciae".

Además de la confianza, modernamente se ha considerado, que en el fideicomiso mercantil debe tomarse en cuenta que el fiduciario sea una persona segura y solvente, es decir, un profesional en el cumplimiento del encargo. Es por ello que en la mayoría de los países solamente pueden ser Fiduciarios los Bancos o Compañías Fiduciarias. (Así ocurre, por ejemplo, en Estados Unidos, en Inglaterra, en México, en Colombia y, con el reglamento a la LMV, en el Ecuador).

4) El fideicomiso civil es un contrato eminentemente condicional. Así se desprende de la lectura del Art. 767 Código Civil en su primer inciso: "Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al **gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición**".

Cuando se recalca la característica de la condicionalidad del fideicomiso civil, no debe entenderse que el contrato de fideicomiso

para su perfección requiere del cumplimiento de una condición. Lo condicional es el encargo hecho al fiduciario, por lo tanto es la propiedad fiduciaria la que está sujeta a la condición resolutoria de extinguirse para que opere la denominada restitución en favor del Fideicomisario si la condición se cumple. (Art. 772 del Código Civil).

Sin embargo, puede ocurrir que la condición falle, sea por imposibilidad de materialización, por falta o por renuncia del fideicomisario. (Art. 773, 794. C. Civil) En esos casos la propiedad plena se consolida en manos del fiduciario.

Como el Código Civil debe aplicarse en lo no previsto por la Fiducia Mercantil -según lo ha dispuesto la ley de mercado de valores- las situaciones señaladas perfectamente podrían ocurrir en las relaciones comerciales, si se toma en cuenta que siempre el fideicomiso supone constitución de propiedad fiduciaria.

Así también, el código civil, prevee que por la renuncia del fideicomisario termine el fideicomiso. Esa terminación produce un efecto particular, que se extinga la propiedad fiduciaria, adquiriendo, el fiduciario, la propiedad plena del bien fideicomitado.

Este es un efecto que no debería caber en la fiducia mercantil (y de hecho no cabe en los países que han desarrollado la fiducia mercantil) cuando se haya constituido un fideicomiso condicional. El efecto que expresamente debía haberse previsto, es que ante la renuncia del fideicomisario -capaz para renunciar- o ante la falla de la condición el contrato termine, incorporándose la propiedad nuevamente en manos del constituyente, pero surgiendo un derecho de retención a favor del fiduciario hasta que no sean satisfechos los gastos en que haya incurrido y aquellos a los que tuviere derecho. (efecto conocido como "regresión de la propiedad a manos del constituyente").

III.- EL FIDEICOMISO EN LA LEY DE MERCADO DE VALORES.

Es obvio que con la vigencia de la ley de mercado de valores. El contrato de fideicomiso tendrá mayor aplicación, básicamente si se toma en cuenta que las compañías administradoras de fondos lo son

también de fideicomisos (Art. 33 LMV) y que además los bancos podrán actuar como fiduciarios.

Sin embargo, en estos momentos no tenemos una figura jurídica bien reglamentada que permita siquiera un desarrollo incipiente de la figura. Es un craso error haber señalado que en lo no previsto por la fiducia mercantil debe estarse a lo dispuesto por el Código Civil. De e bieron haberse señalado, por lo menos, ciertos derechos y obligaciones de los sujetos de la relación fiduciaria que permitan una existencia por lo menos digna de esta institución jurídica.

El reglamento a la LMV, de reciente promulgación, en algo suple el escueto título incorporado al Código de Comercio, pero no constituye una solución del todo satisfactoria.

El concepto de fiducia mercantil que introduce la ley de mercado de valores establece: "Art. (...) Se denomina fideicomiso mercantil **al acto en** virtud del cual una o más personas llamadas constituyente transfieren dineros u otros bienes a otra llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos por un plazo o para cumplir una **finalidad específica**". De esta forma la finalidad específica o encargo determinado por el constituyente quedaría limitada únicamente por su imaginación, mientras no se vulnere el orden jurídico.

Ese encargo podría estar sujeto a condición o a un plazo determinado. Sin embargo, la ley de mercado de valores no soluciona el problema de la consolidación de la propiedad en manos del fiduciario, expuesto en líneas anteriores, cuando en el evento de que determinado fideicomiso mercantil fuere condicional y la restitución no se verifique por fallar la condición.

Es importante señalar que a más del Título que introduce el Fideicomiso Mercantil al Código de Comercio, ciertas disposiciones de la LMV se refieren al Fideicomiso. Así en el título IX "De los fondos de inversión" encontramos que los fondos administrados de inversión y su administrador se someten a las normas del contrato de comisión mercantil o mandato. Mientras tanto, los fondos colectivos de inversión y su administrador, a las normas del fideicomiso.

Del análisis del título de los fondos de inversión, apreciamos que su estructura es similar a la de los denominados fideicomisos de administración, pero limitados a los títulos valores y a dinero (fideicomisos de inversión).

El proyecto de Ley General de las instituciones del sistema financiero privado (elaborado por la comisión DF-BCE terminado en Junio de 1992 y dejado totalmente de lado por la LMV y por el nuevo proyecto de Instituciones del Sistema Financiero Privado) ha previsto en el Art. 191 que dentro del objeto del fideicomiso mercantil, quepa el manejo de fondos de inversión.

En los fondos de inversión, reglamentados por la LMV, si bien no se consagra de forma expresa que los fiduciantes o constituyentes se desprenden de sus bienes, éste es un efecto propio de la simulación al fideicomiso.

Además, es importante tomar en cuenta como en esta figura el fideicomitente será, por regla general, a la vez fideicomisario.

Con respecto a los fondos administrados de inversión éstos se rigen, a más de lo previsto en dicho título con normas particulares, por lo dispuesto en el Código de Comercio para la comisión mercantil. Por lo tanto, si los inversionistas designan un beneficiario de dichos fondos, dicha situación no será sino una disputación para recibir en pago o, según el caso, una cesión del crédito del inversionista.

En el caso de fondos colectivos de inversión, como la relación del fondo y el administrador se sujeta a las normas de dicho título y a lo dispuesto para el Fideicomiso Mercantil, podría darse que los inversionistas designen fideicomisario, de lo contrario se entienden que ellos mismos tienen tal calidad.

Lo lamentable del caso es que no se haya legislado de manera uniforme, que no se haya reglamentado de forma clara la fiducia mercantil, entendiendo su ámbito, los derechos y obligaciones de los intervinientes, la distinción entre las operaciones de fiducia y las

operaciones de administración, las causales específicas de la terminación del contrato, etc.

Hubiera sido saludable que se tome en cuenta el proyecto de Ley General de Instituciones del Sistema Financiero Privado, (DF-BCE) el cual reglamenta de excelente forma el funcionamiento de las compañías fiduciarias, que serían las únicas capaces de actuar como fiduciarias en los contratos de fiducia mercantil y, dada la naturaleza y repercusión de su actividad, sujetas al control de la Superintendencia de Bancos.

En lo que respecta a la emisión de obligaciones, la LMV señala que toda emisión estará amparada por garantía general o específica. Además, el último inciso del Art. 36 de la LMV establece la posibilidad de constituir una garantía consistente en valores o en obligaciones ejecutivas de terceros, distintos que el emisor o en un flujo de fondos específico. En el último caso, el flujo de fondos deberá ser transferido a un fiduciario para caucionar el cumplimiento de las obligaciones que serán adquiridas por los denominados "obligacionistas". Entendemos por tanto que en este caso, estamos en presencia de un caso de fideicomiso en garantía, figura que seguramente tendrá gran aplicación práctica entre las instituciones del sistema financiero y que desplazará, a la Hipoteca y Prendas sin desplazamiento de tenencia; eso sí, siempre que se reforme la Ley General de Bancos.

Finalmente el Art. 71 No. 3 de la LMV reforma el Art. 94 de la Ley de Regimen Tributario Interno, incorporando al fideicomiso (a la propiedad fiduciaria) dentro de la noción de patrimonio carente de personería jurídica pero que es parte de la noción tributaria de sociedad.

IV.- ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL.

En este punto nos referimos a los elementos normativos, y a los elementos subjetivos del contrato de fideicomiso haciendo referencia a las disposiciones legales que permitan armonizar la noción doctrinaria con la normativa.

1) Elementos normativos del fideicomiso.

A más de los requisitos de validez de todo acto o contrato, deben precisarse los siguientes elementos:

– Objeto del Fideicomiso: De acuerdo al Código civil solamente cabe dar en propiedad fiduciaria especies o cuerpos ciertos, una herencia o parte de ella. La ley de mercado de valores habla de dinero u otros bienes.

Como los fondos colectivos de inversión se reglan por las normas del fideicomiso, los recursos a él destinados son objeto de fideicomiso. Dichos recursos son, fundamentalmente, títulos valores y dinero (Art. 30 LMV).

Consecuentemente pueden ser objeto de contratos de fideicomiso los títulos valores crediticios, los créditos como tal, títulos de cambio, inmuebles, etc. Esto lo aclara el Art. 41 No. 5 del Reglamento a la LMV que dispone que el patrimonio constitutivo del fideicomiso puede estar conformado por dinero, bienes muebles corporales e **incorporales**.

– **Formalidades:** El código civil establece que si se pretenden constituir fideicomisos sobre bienes inmuebles será necesario el registro de la escritura pública en el registro público competente. Esta solemnidad la recogió el reglamento a la LMV en el No. 1 del Art. 41.

Las normas del fideicomiso mercantil expresan que el fideicomiso debe otorgarse por instrumento público abierto o secreto. La LMV considera como instrumento público secreto aquel que está sujeto a la reserva del propio aportante. Realmente, hasta antes de la vigencia del reglamento a la LMV pensé que el legislador quiso referirse a los fideicomisos abiertos y cerrados. Sin embargo el No. 10 del Reglamento a la LMV consagra la validez de los fideicomisos secretos, los mismos que en otras legislaciones, como por ejemplo la colombiana, son rechazados. Es más dicha norma castiga la violación del deber de secreto en la que incurra el fiduciario con indemnización, sea al constituyente o beneficiario, por los daños y perjuicios **ocasionados**.

Independientemente de la formalidad del contrato de fideicomiso, debe tomarse en cuenta que para que se constituya la propiedad fiduciaria sobre los bienes sobre los cuales cabe fideicomitir, debe operar la tradición. Así el objeto de un contrato de fideicomiso es un título valor, no obstante la celebración del contrato de fideicomiso, deberá cederse el título a favor del fiduciario.

• **2) Elementos subjetivos:**

– **EL CONSTITUYENTE O FIDEICOMITENTE:** Es aquella persona que manifiesta su voluntad de constituir el fideicomiso sobre bienes de su propiedad. Dicha propiedad se transferirá con la celebración del contrato de fideicomiso y operando la tradición.

En toda constitución de fideicomisos mercantiles, el constituyente deberá rendir una declaración jurada respecto de la legítima procedencia de los bienes transferidos en propiedad fiduciaria, de que no contrata con el ánimo de irrogar perjuicios a terceros y tratándose de personas naturales, de que está disponiendo dentro de los límites de las asignaciones forzosas. El incumplimiento de este deber obligará a las Superintendencias de Bancos o de Compañías a investigar las causas de esta omisión y de aparecer hechos que pudieren ser punibles, a proceder conforme a lo que disponen los Arts. 83 de la Ley General de Bancos y el 452 de la Ley de Compañías (No. 13 Art. 41 del Reglamento a la LMV).

Por lo tanto esta es una formalidad que debe observarse con sumo cuidado tanto por el constituyente como por el fiduciario.

En el fideicomiso mercantil ecuatoriano no cabe la revocatoria del mismo de parte de su constituyente por expresa disposición del tercer artículo innumerado del Título que introduce la ley de mercado de valores. Toda estipulación que pretenda hacer revocable el fideicomiso no deberá ser aceptada por el fiduciario (No. 12 Art. 41 del reglamento a la LMV) Tampoco debe entenderse la posibilidad de revocatoria en el fideicomiso civil, toda vez que con el deferimiento del derecho en favor del fiduciario, el constituyente ya no tiene propiedad alguna.

— **EL FIDUCIARIO:** Pueden ser varios (Art. 775 del Código Civil). No debe confundirse esa posibilidad con la prohibición de los fideicomisos sucesivos (Art. 778 del Código Civil).

Como el Código Civil rige supletoriamente en lo no previsto en la fiducia mercantil, es importante destacar los efectos de la existencia y de la falta de fiduciario.

a) Si el fiduciario falta porque no ha sido nombrado, no obstante el haberse previsto que en virtud del cumplimiento de una condición determinado bien pasará a manos del fideicomisario, por ficción se entiende que el fiduciario lo ha sido el propio constituyente; de tal forma que el bien pasa al patrimonio del fideicomisario cumplida la condición.

Este efecto no podría aplicarse como regla general en materia mercantil ya que los únicos que pueden ser fiduciarios son los Bancos y la Compañías Administradoras de Fondos.

b) Puede ocurrir que no obstante haber sido designado el fiduciario en el contrato de fideicomiso, aquél llegue a faltar. Caben por tanto las siguientes posibilidades:

1.— Que el fiduciario, antes de haberse deferido la propiedad fiduciaria falte. La doctrina establece como posibilidad, que el fideicomitente haya designado un sustituto. Si no ha sido nombrado algún sustituto o falta antes de haberse deferido el derecho, la propiedad fiduciaria se consolida en el constituyente. (Art. 776 Código Civil).

Dentro de este supuesto, de que el fiduciario falte antes de constituirse el derecho, puede ocurrir que se hayan designado varios fiduciarios y que falten uno o algunos de ellos. En ese caso, los otros fiduciarios tienen derecho a acrecer sobre la propiedad fiduciaria. (Art. 782 conc. 812 Código Civil).

2.— Que el fiduciario falte luego de haber adquirido la propiedad fiduciaria y antes de verificarse la condición. Si esa falta se

debe exclusivamente a la muerte, sus herederos asumen la calidad de fiduciarios, al ser la propiedad fiduciaria transmisible. (Art. 783 Código Civil con Art. 780). De no tenerlos la asume el constituyente. Obvio es pensar que este efecto no cabe en la fiducia mercantil en donde los fiduciarios son, exclusivamente, personas jurídicas.

No obstante que el código civil aclara la situación en la que quedan los bienes fideicomitidos, debe tenerse en cuenta que la falta del fiduciario por su dolo o culpa determinará los efectos que prevee la ley para la responsabilidad civil contractual.

Es de importancia anotar que las legislaciones mercantiles modernas, usualmente establecen que el encargo asignado al fiduciario es de su parte irrenunciable. Este aspecto no lo consagra de forma expresa el Código Civil ni el título del fideicomiso mercantil introducido por la LMV, aunque aquello sea un aspecto que se colige de la naturaleza misma del contrato y de los efectos que produce.

DERECHOS DEL FIDUCIARIO:

1) El principal efecto del contrato es convertir al fiduciario en propietario (pero propietario fiduciario) es decir transferible una propiedad sujeta a limitación o, como sostienen ciertos autores, constituir un patrimonio de afectación.

Dicha limitación viene dada por la obligación de ejecutar estrictamente la tarea encomendada mientras penda el cumplimiento de la condición que resuelve la propiedad fiduciaria o se cumpla con la tarea en el plazo señalado para efectuar dicho encargo. Así lo prevee el título del fideicomiso mercantil al establecer que "los bienes, **dineros o valores que** constituyen el fideicomiso, podrán ser libremente administrados por el fiduciario de la forma que estimaré más **conveniente dentro de los** objetivos señalados y **en función de** lograr el **mejor desempeño** y atención de su encargo. Sin embargo, el fideicomiso **en su conjunto no será negociable** ni embargable, y al término del **plazo señalado o cumplida la** condición, será entregado exclusiva-

mente a él o los beneficiarios señalados en el título constitutivo del mismo o a sus sucesores en el derecho". (Segundo artículo innumerado introducido por el Art. 80 de la Ley).

La parte transcrita del tercer artículo innumerado difiere de la noción estrictamente civil que permite que los bienes fideicomitidos puedan ser enajenados. El fideicomiso mercantil reglado por la Ley de Mercado de Valores va más allá, al establecer que EL FIDEICOMISO en su conjunto no será negociable, lo cual significa que los derechos y las obligaciones que de él emanan no pueden cederse. No tendría aplicación por lo tanto el segundo inciso del Artículo 792 del Código Civil, por contradicción de normas legales, que faculta concederle al fiduciario la libre disposición de la propiedad fiduciaria.

La única excepción a la imposibilidad de negociar *el* fideicomiso viene dada por el No. 6 del Art. 41 del reglamento a la LMV que faculta a las partes la posibilidad de pactar la negociabilidad del mismo o si por su naturaleza éste lo puede ser. Personalmente pienso que estamos en presencia de una norma ilegal, puesto que dicha disposición reglamentaria viola la LMV.

En cuanto al patrimonio de afectación que se determina por la destinación de bienes en fideicomiso, debe quedar en claro que dichos bienes no integran el patrimonio del fiduciario. Este efecto, esencial del fideicomiso, ha determinado que las legislaciones prevean que la contabilización de los activos que maneja una fiduciaria se la efectúe en cuentas de orden o en una cuenta denominada activos fiduciarios.

Nótese además que el fideicomiso mercantil la finalidad perseguida puede ser condicional -como ya lo habíamos dicho- o estar sujeta a plazo. Siempre, cumplida la condición o vencido el plazo, surge el derecho de propiedad plena a favor del fideicomisario.

2) Otro de los derechos del fiduciario es poder gravar la propiedad fiduciaria, para lo cual requerirá de autorización judicial con conocimiento de causa y con audiencia de aquellas personas con derecho a solicitar medidas conservativas sobre el bien fideicomitado,

según lo dispuesto en el Artículo 793 del Código civil, que no son otros que él o los fideicomisarios.

Aparentemente, esta posibilidad prevista en el derecho civil cabría perfectamente en la fiducia mercantil que se ha incorporado al código de comercio, salvo que se pretenda darle a la noción de la no negociabilidad del fideicomiso un sentido más amplio.

3) Tiene derecho a la libre administración de los bienes fideicomitidos. (Art. 790 del Código Civil; Segundo Artículo innumerado del Art. 80 de la Ley de Mercado de Valores que incorpora el título del fideicomiso mercantil).

4) Derecho al goce de los frutos (Art. 786 del Código Civil). Constituyendo una excepción de este derecho el Art. 781 del Código civil, que hasta cierto punto limita la propiedad fiduciaria, al establecer que cuando se disponga que el fideicomisario goce de los frutos, no obstante no haberse cumplido la condición, el fiduciario no ejercite más derechos que los previstos para los curadores de bienes.

De acuerdo a la opinión de ciertos autores, esta disposición legal se inspira en el derecho anglosajón, al limitar el fideicomiso a actos de administración.

5) Derecho a exigir la remuneración por su actividad fiduciaria, ya que todo fideicomiso mercantil es remunerado.

OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO:

1) Ceñirse a los términos del encargo. (Segundo Art. innumerado del título del Fideicomiso Mercantil).

2) Obligación de cuidar el bien fideicomitado. (Art. 790, 2do. inciso del Código Civil). La Fiducia Mercantil, según lo dispuesto la ley de mercado de valores, determina que el fiduciario responda de cualquier pérdida ocasionada por culpa con respecto al patrimonio fiduciario.

No obstante, el Art. 792 del Código Civil en su primer inciso consagra la posibilidad de que el fiduciario pueda explotar la propiedad y no sea responsable de los deterioros que provengan de dicha explotación. No creemos que dicha disposición constituya una excepción a las nociones de responsabilidad civil. Pensamos que dicha disposición debe entenderse siempre que no exista dolo o culpa grave.

3) Cumplir con las obligaciones que prevee la ley para el usufructuario (Art. 786 del Código Civil). No obstante, el Art. 787 establece que el fiduciario está obligado a rendir caución de conservación y restitución sólo, si en virtud de sentencia, se lo ordena como providencia conservativa solicitada por el fideicomisario. No cabe que el fiduciario cumpla con las obligaciones de conservación y restitución si el constituyente lo exonera de las mismas.

4) Obligación de inventariar los bienes fideicomitidos. (Art. 800 conc. 810 del Código Civil).

5) Restituir el bien fideicomitado cumplida la condición. Debe tenerse en cuenta que el fiduciario goza de derecho de retención antes de la restitución. (Art. 788 Código Civil).

6) Está obligado a las expensas ordinarias para la conservación de la cosa (Art. 788, conc. 827 y 828 Código civil). No tiene derecho a reclamar las mejoras no necesarias, únicamente las podrá oponer en compensación. (Art. 791 Código civil).

7) Está obligado, según el cuarto artículo innumerado del título que introduce la ley de mercado de valores, a pagar los impuestos que genere la propiedad fiduciaria mientras esté bajo su administración.

8) Tomando en cuenta que el propietario fiduciario es quien maneja los bienes fideicomitados como un buen padre de familia, tendrá la obligación de tutelar todos los derechos del fideicomisario ejercitando las acciones judiciales que sean necesarias para que se cumpla el encargo señalado. Esta es una obligación que la establece la doctrina y que lamentablemente no la incorporó la ley de mercado de va-

lores pero que sí la ha previsto uno de los proyectos de ley general de instituciones del sistema financiero privado.

Es una obligación fundamental, a tal punto que si el fiduciario no ejerce las acciones y si su desidia ocasiona perjuicio al fideicomisario, deberá responder. Pero por qué no pensar en una acción oblicua mediante la cual el fideicomisario, interesado en que no se pierda la cosa, ejercite esos derechos.

Previó la ley de mercado de valores causales de remoción al fiduciario por desidia en el manejo de los bienes a él transferidos? Lamentablemente No. El No 11 del Art. 41 del reglamento a la LMV señala que las causas para el traspaso de la administración a otro fiduciario deberán proveerse en el contrato. Creo que dejar a la libertad de los contratantes un aspecto tan importante es muy peligroso y que era fundamental fijar un marco legal referencial.

En el evento de que fideicomiso (la propiedad fiduciaria) peligre en las manos del fiduciario, existe a favor del fideicomisario el derecho a solicitar las medidas conservativas previstas en el Art. 793 del código civil.

La única excepción a lo previsto anteriormente se da si es que el fiduciario lo es una compañía administradora de fondos, en donde cabrían los derechos previstos en el Art. 32 de la LMV.

9) Otra obligación fundamental que no se ha establecido en el fideicomiso mercantil, es la de rendición de cuentas. Dicha obligación ha sido recogida por la legislación Colombiana y también por el proyecto de ley de las instituciones del sistema financiero privado por la comisión DF-BCE.

Unicamente cuando la fiduciaria sea una compañía de administración de fondos y fideicomisos, ésta deberá cumplir lo previsto en el Art. 33 No. 1 de la LMV que consagra la obligación de informar frecuentemente a los partícipes respecto de los fondos que administren como del estado y comportamiento de los mercados.

– **EL FIDEICOMISARIO:** Es el beneficiario del contrato de fideicomiso que lo ha designado el constituyente o fiduciante. Puede serlo cualquier persona natural o jurídica (No. 4 Art. 41 del reglamento a la LMV).

La designación del fideicomisario debe, por regla general, constar en el contrato de fideicomiso. Sin embargo puede ser que el fideicomitente no lo haya designado. El Código civil no resuelve este problema. Sin embargo sí prevee el efecto por falta de fiduciario y lo resuelve el Artículo 780, como ya lo hemos analizado. La doctrina es mayoritaria en pensar que por analogía, cuando el constituyente no haya designado beneficiario, la restitución deberá operar a su favor.

Lo señalado precedentemente es muy importante tomarlo en cuenta para entender cuando se debe aplicar el No. 8 del Art. 41 del reglamento a la LMV que dispone: "A la conclusión del plazo señalado o cumplida la condición y no existiendo beneficiario alguno ni heredero abintestado del mismo para la entrega del fondo, se aplicará lo dispuesto en el Art. 1.055 del Código Civil"; Dicha disposición legal del Código Civil consagra el último de los órdenes de la sucesión que se refiere por tanto al derecho de suceder del Estado. Pienso que el Artículo transcrito de la Ley de Mercado de valores debe aplicarse ante la falta del fideicomisario que haya sido designado expresamente en el contrato. Es decir, el hecho de que en el contrato no se determine quien es el beneficiario determina la inaplicabilidad de dicha norma, toda vez que tal derecho le corresponde al constituyente según ya ha quedado explicado.

Para poder ser fideicomisario es indispensable existir en el momento de verificación de la condición. (Art. 772) Por ello es que el Art. 771 habla de que puede ser fideicomisario la persona que no existe pero que se espera exista.

En los casos de fideicomiso mercantil no condicionales sino únicamente sujetos a plazo, es necesaria la existencia del fideicomisario por lo menos en el primer momento de ejecución del encargo. Por ejemplo, si "A" **transfiere la propiedad de determinada suma de dinero a**

"B" (propietario fiduciario) para que éste mensualmente le entregue a "C" los rendimientos del mismo en el sistema financiero durante un año, es necesaria la presencia de "C" por lo menos al momento de cumplirse el primer pago mensual. Si "C" estando vigente el fideicomiso, puesto que aún no vence el plazo, muere, tendrán derecho sus herederos de recibir esos pagos mensuales. Si "C", antes de la verificación del primer pago, no acepta el fideicomiso constituido a su favor o muere, el fideicomiso termina.

Si se verifica la última hipótesis, debido a una falta de reglamentación del fideicomiso mercantil ecuatoriano, la restitución opera en favor del fiduciario tal como lo prevee el código civil.

La legislación extranjera no admite que la fiduciaria se convierta en dueña terminado el fideicomiso, así el artículo 358 de la Ley General de títulos y operaciones de crédito de México dice: "**extinguendo el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder de la fiduciaria serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos**". Por lo expuesto, este efecto de regresión de la propiedad es fundamental que se lo considere en nuestro escueto Fideicomiso Mercantil.

Aún las compañías administradoras de fondos de inversión colectivos, en el caso de ser fiduciarias de fideicomisos sujetos a condición, en el evento de que ésta falle, se harían dueñas de los bienes que tengan en su poder.

En lo que respecta al número de fideicomisarios, pueden existir varios y así también existir fideicomisarios sustitutos atendiendo diversos grados de preeminencia. (Arts. 775 y 776).

DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO:

Los derechos que emanan de nuestra normativa son los siguientes:

1) Que cumplida la condición se le entreguen los bienes que **fueron objeto del fideicomiso**.

2) Derecho a solicitar las medidas conservativas que le convenga cuando la propiedad fiduciaria peligra en manos del fiduciario (Art. 793). No es posible admitir que el fideicomisario, en el fideicomiso mercantil, no tenga sino sólo ese derecho para precautelar sus intereses. Le faltó al legislador considerar situaciones de remoción del fiduciario, que de acuerdo a lo dispuesto por el reglamento a la LMV no son otras que las previstas en el contrato lo cual a más de ser una situación bastante peligrosa, sin duda entorpecerá la discusión de los contratos al no existir un marco legal referencial.

3) El derecho de alegar la inoponibilidad de los actos que no cumplan lo dispuesto en el Artículo 789 del Código civil.

4) Derecho a exigir las indemnizaciones por los daños que sean imputables al fiduciario. (como por ejemplo la violación del deber de secreto de parte del fiduciario en los casos de fideicomisos secretos).

TERMINACION DEL FIDEICOMISO:

El Artículo 795 del Código civil establece las causales de terminación del fideicomiso:

1) Por la restitución. Esto es por el cumplimiento de la condición que determina que la propiedad se consolide en manos del fideicomisario. Sin embargo, no debemos olvidar que en el fideicomiso mercantil, cabe la posibilidad de sujetarlo a un plazo. En ese caso, termina el fideicomiso por el vencimiento del plazo de vigencia.

2) Por la resolución del derecho de su autor, como cuando se ha constituido el fideicomiso sobre una cosa que se ha comprado con pacto de retroventa, y se verifica ésta. Si el constituyente era dueño de un bien que lo adquirió mediante compraventa en la cual se estipuló pacto de retroventa y se verifica el mismo, su propiedad terminará cuando opere la retroventa. Obviamente termina el fideicomiso.

Este es un punto muy importante que debe tomarse en cuenta en los casos de fideicomisos en garantía, en donde el fideicomisario deberá averiguar si el bien que se da en fideicomiso no está, "limitado por ese pacto".

3) Por la destrucción de la cosa fideicomitida conforme el Artículo 839 del Código civil.

4) Por renuncia del fideicomisario antes del día de restitución, sin perjuicio de los derechos de los sustitutos. Es decir, por renuncia verificada antes de cumplida la condición o cumplimiento del plazo de vigencia del contrato.

Los efectos que dicha renuncia determina, en cuanto a la propiedad de los bienes fideicomitados, ya los hemos analizado.

5) Por faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo hábil, esto es en 15 años; salvo que la condición venga determinada por la muerte del fiduciario.

6) Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario.

Estas son todas las causales de terminación del fideicomiso civil que por expresa disposición del último de los artículos innumerados del fideicomiso mercantil, son aplicables a éste contrato

El fideicomiso mercantil, a más de las causales de terminación previstas en el código civil, debió haber considerado otras.

Una elemental, como lo es la terminación del fideicomiso por cumplimiento del encargo o finalidad señalada, ha sido recogida por el No. 7 del Art. 41 del reglamento. Esta causal se daría en aquellos contratos de fideicomiso en los que no se establezca plazo ni condición, sino la verificación del encargo como tal.

Otras causales de terminación que debieron preverse serían por ejemplo: la incapacidad o inhabilidad del fiduciario, la violación de las obligaciones de inventario y rendición de cuentas del fiduciario; intereses incompatibles del fiduciario con el beneficiario, dolo o negligencia en el manejo de los bienes fideicomitados de parte del fiduciario, liquidación de la compañía fiduciaria, etc.

V.- NOCIONES PARTICULARES SOBRE FIDEICOMISOS MERCANTILES.

El punto anterior de análisis ha permitido comprender la noción general del fideicomiso tanto en la esfera civil como mercantil.

Las nociones particulares sobre fideicomisos mercantiles se determinan a partir de las diversas modalidades de fideicomisos que el ingenio humano pueda introducir. De tal forma que, atendiendo al objeto propio de cada modalidad, concurrirán normas de derecho público y normas especiales que se complementarán con las disposiciones del fideicomiso mercantil.

Para una mayor comprensión de lo que estamos diciendo, es menester clasificar las diversas modalidades de fideicomiso.

Tomando en cuenta un criterio amplio que brinda el Banco Nacional de México (Banamex) tenemos:

1) Fideicomisos de Garantía: Se constituyen con la finalidad de garantizar al acreedor (fideicomisario) el cumplimiento de una obligación contraída por su deudor (fideicomitente) con bienes afectos a propiedad fiduciaria. Este contrato constituye una interesante alternativa para reemplazar o combinarse con las garantías reales (prenda, hipoteca) ya que tomando en cuenta nuestra administración de justicia, las mismas de garantía tienen poco.

Los fideicomisos de garantía pueden tener por objeto bienes inmuebles, muebles, pagarés con garantía fiduciaria y acciones.

2) Fideicomisos de administración: Mediante los mismos se le encomienda al fiduciario la administración, custodia y conservación de los patrimonios fideicomitados, para destinarlos a los fines que se establezcan en el contrato.

Los principales fines que se persiguen con este tipo de fideicomisos, son: adquisición y administración de residencias, desarrollos turísticos y comerciales, desarrollo habitacionales, de condominios, etc.

3) Fideicomisos de inversión: Se han originado con la finalidad de crear un patrimonio autónomo que le permita al fideicomitente umplir con diversos fines. En este tipo de fideicomisos, por regla general, el fideicomitente es a la vez fideicomisario.

Dentro de estos encontramos los siguientes:

- a) Planes de beneficio: — Pensiones por jubilación.
 - Primas de antigüedad.
 - Fondos de ahorro.

- b) Planeamiento del patrimonio familiar.

- c) Para fines diversos: - Para estudiantes.
 - Instituciones con fines de asistencia.
 - Para investigación y desarrollo tecnológico.

Si bien hemos señalado algunas categorías específicas de fideicomiso, existen muchos creados por iniciativas de los gobiernos centrales. Así, uno de los países con mayor desarrollo de fideicomisos públicos es México.

Lo expuesto no constituye sino un pequeño ejemplo, de lo que puede significar una estructura del fideicomiso bien delimitada y a la vez sirve como pauta de las finalidades, que el fideicomiso mercantil ecuatoriano, podría involucrar.

VI.— OBSERVACIONES FINALES.

De todo lo expuesto en este análisis, concluimos, sin lugar a dudas, que el fideicomiso mercantil ecuatoriano introducido por la Ley de Mercado de Valores lejos está de ser considerado como una institución jurídica con una reglamentación aceptable.

Las principales críticas, que fundamentan lo aseverado, las hemos expuesto en todo este análisis y se resumen en las siguientes:

1) La actividad fiduciaria debe ser función privativa de los Bancos y compañías especializadas, sujetas a control de la Superintendencia de Bancos tomando en cuenta que en la mayoría de los casos manejarán dineros, valores, ejecutarán intermediación de los mismos, etc. No basta pretender fundar la designación de un fiduciario en la mera confianza que el constituyente pueda llegarle a tener, el derecho mercantil impone la necesidad de que el fiduciario sea una persona solvente, seria, profesional; capaz de cumplir con eficiencia los encargos encomendados y sujeto a un control especializado que lo tiene la Superintendencia de Bancos.

2) Debió incorporarse la noción moderna del fideicomiso-gestión, como sí lo ha consagrado el proyecto de Ley general de instituciones del sistema financiero privado elaborado por la comisión DF-BCE (hoy desestimado), dándole uniformidad al fideicomiso mercantil.

No compartimos la forma en que se ha legislado por cuerda separada el fideicomiso mercantil y los fondos de inversión.

3) Le faltó al legislador considerar derechos a favor del fideicomitente y fideicomisario, que permitan tutelar el manejo de los bienes por parte del fiduciario.

4) La ley no ha considerado la regresión de la propiedad fideicomitida a manos del fideicomitente cuando no opera la restitución o finaliza el encargo en ciertos casos de fideicomiso.

5) Faltaron considerar, a más de las causales de terminación del fideicomiso previstas en el código civil, otras de la esencia del fideicomiso mercantil, ya anotadas.

6) La ley no reglamenta las causas por las cuales puede cesar el fiduciario en el ejercicio del fideicomiso. Únicamente constan las causales de cambio de administrador de los fondos de inversión.

Dejar al arbitrio de la "libre voluntad" de los contratantes la posibilidad de preveer causales de remoción (Tercer Artículo inu-

merado del título del fideicomiso mercantil y reglamento a la LMV) no es una "salida" que justifique la falta de previsión expresa de dichas causales.

7) No se han tomado en cuenta obligaciones fundamentales del fiduciario como la rendición de cuentas.

8) Faltan dictar las pautas de cómo contabilizar los bienes fideicomitidos en las cuentas del fiduciario.

BIBLIOGRAFIA GENERAL CONSULTADA

Alessandri Rodríguez, Arturo: "Los Bienes y los derechos reales". Imprenta Universal. T. II. Santiago, 1987.

Alvarez Correa, Eduardo: "Contratos bancarios". Imprenta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes. Primera Edición. Bogotá, 1991.

Dávalos Mejía, Carlos: "Títulos y contratos de crédito, quiebras: Derecho Bancario y contratos de Crédito". T. II. Ed. Harla. Segunda Edición. México, 1992.

Rodríguez Azuero Sergio: "Contratos Bancarios". Biblioteca FELABAN. Tercera Edición. Bogotá, 1985.

Valencia Zea, Arturo: "Derecho Civil: Derecho reales". T. II. Ed. Temis. Octava Edición. Bogotá, 1987.

Bachtold, E.; Aguilar, A.; Alonso, F.; "Economía Zootécnica". Ed. Limusa. Primera Edición, México, 1982.

Informe del Banco Nacional de México (Banamex) sobre los servicios fiduciarios.

Proyecto de Ley general de Instituciones del sistema financiero privado elaborado por la comisión DF-BCE terminado el 26 de Junio de 1992.

Código Civil de la República del Ecuador.

Ley de Mercado de Valores: Breve Estudio Crítico del Fideicomiso Mercantil

Ley de Mercado de Valores Texto oficial publicado en el Registro Oficial del 29 de Mayo de 1993.

Reglamento a la Ley de Mercado de Valores. Decreto No. 1041-A del 26 de Agosto de 1993.