



Universidad Internacional de La Rioja  
Facultad de Derecho

Máster Universitario en Asesoría Jurídica de Empresas

## El fideicomiso mercantil como instrumento de garantía

Trabajo fin de estudio presentado por:	María Verónica Arteaga Molina
Tipo de trabajo:	Académico
Director/a:	Romina Santillán Santa Cruz
Fecha:	20 de julio de 2021

## Resumen

La necesidad de financiamiento es uno de los problemas a los que se puede enfrentar un emprendedor, más aún en un contexto de pandemia. El fideicomiso mercantil se presenta como una alternativa para el manejo de distintos aspectos de la vida personal y societaria. El fideicomiso en garantía se constituye en un instrumento de interesante aplicación que facilita el financiamiento tanto para el deudor como para el acreedor y que funciona en algunos países como el Ecuador, pero que no se prevé en algunas legislaciones europeas. Por ello, en concreto, se propone analizar su posible implementación en España.

La figura de la propiedad fiduciaria, en la forma del «*trust*» anglosajón, llamado fideicomiso en América Latina, no se encuentra regulado en el Derecho español porque su alcance va en contra del concepto de propiedad existente en el este ordenamiento jurídico, que no prevé divisiones de tipo alguno.

El presente trabajo analizará los antecedentes históricos y legales de la figura del fideicomiso mercantil de garantía, las características y ventajas del fideicomiso en garantía y las posibilidades de su aplicación en las legislaciones del mundo.

**Palabras clave:** propiedad fiduciaria, fideicomiso mercantil de garantía, instrumento de financiamiento, Derecho ecuatoriano, Derecho español.

## Abstract

The need for financing is one of the problems that any entrepreneur must face, specially within a pandemic context. The commercial trust is presented as an alternative for the management of different aspects of personal and corporate life. The guarantee trust is an instrument of interesting application, which facilitates financing for both: the debtor and the creditor and that is contained in the legislation of some countries such as Ecuador but it does not appear provided for in some European legislation. Therefore, specifically, it is proposed to analyze the possible implementation of this figure in Spain.

The figure of fiduciary property, in the form of the «*trust*» within the common law, called fiduciary agreement in Latin America, is not regulated in Spanish legislation because its scope goes against the concept of property existing in this legal system, which does not foresee divisions of any kind.

The present work will analyze the historical and legal backgrounds of the figure, the characteristics and advantages of the guarantee trust and the possibilities of its application in other legislations around the world.

**Keywords:** fiduciary property, commercial guarantee trust, financing instruments, Ecuadorian law, Spanish law.

## Índice de contenidos

1.	Introducción .....	7
1.1.	Justificación del tema elegido.....	9
1.2.	Problema y finalidad del trabajo.....	11
1.3.	Objetivos .....	15
2.	Marco teórico y desarrollo .....	17
2.1.	Generalidades de los negocios fiduciarios.....	17
2.1.1.	Antecedentes históricos .....	17
2.1.2.	Antecedentes legales en el Ecuador.....	19
2.1.3.	Concepto general .....	22
2.1.4.	El encargo fiduciario .....	22
2.1.5.	El fideicomiso mercantil .....	24
2.2.	El fideicomiso mercantil de garantía .....	26
2.2.1.	La garantía tradicional y la garantía fiduciaria .....	26
2.2.2.	Intervinientes.....	33
2.2.3.	Descripción gráfica .....	36
2.3.	El proceso de ejecución .....	36
2.3.1.	Concepto.....	36
2.3.2.	El proceso en la práctica .....	37
2.4.	Propuesta de Regulación del fideicomiso mercantil de garantía en España.....	38
2.4.1.	Situación de la figura y mercantilización .....	38

2.4.2. Tipos de fideicomiso existentes en la jurisprudencia.....	39
2.4.3. Viabilidad de la inclusión de la figura fiduciaria en el marco jurídico español ..	41
3. Conclusiones.....	43
Referencias bibliográficas.....	45
Listado de abreviaturas .....	50

## Índice de figuras

Figura 1. Descripción gráfica del fideicomiso de garantía. (Elaboración propia).....	36
--	----

## 1. Introducción

El mundo enfrenta uno de sus mayores retos debido a que los efectos de la crisis ocasionada por el coronavirus se han hecho sentir en todas las latitudes. La directora del Fondo Monetario Internacional, GEORGIEVA (2021), anticipa las peores consecuencias económicas desde la Gran Depresión y señala que, «el impacto negativo de la crisis generada por el covid-19 sobre la economía mundial será el peor que ha vivido el mundo en casi un siglo».

La llegada del virus y su proliferación, como puede suponerse, no constaba dentro de las agendas de los gobiernos y empresas de los países de ningún continente y la sorpresa produjo efectos inevitables tanto en los sistemas de salud como en la economía. La cuarentena fue una medida común y el cierre de negocios, como la paralización de la producción y venta, frenó los comercios e incrementó la cartera vencida de las instituciones (CEPAL, 2020). Ecuador y España no son ajenas a esta realidad. En España se calcula que el efecto de la pandemia sobre la economía, en relación con el PIB, será del 10,8%, atendiendo a las cifras informadas por el Instituto Nacional de Estadística (FARIZA, 2021). En América Latina el panorama es desolador. Algunos estudios calculaban que para el 2020, en la región, la caída del PIB alcanzaría el 9.4% (OCDE, 2021) y en Ecuador las cifras oficiales muestran que la caída fue de 12.4%, es decir, 3 puntos adicionales sobre el promedio latinoamericano (BCE, 2020).

El incesable crecimiento de la tasa de desempleo, la disminución de las remesas de los migrantes, la desaceleración del mercado inmobiliario y la subida estrepitosa de precios basada en la especulación, son solamente algunos ejemplos que muestran que la economía no marcha por un buen camino. Ante una situación como esta, cabe preguntarse si existen herramientas que permitan reconducir la economía hacia senderos más productivos y, por lo tanto, más lejanos de los ecos de la debacle económica mundial.

Si partimos, por otra parte, de que hay algunos actores que influyen sobre la economía y de que los Estados, como unos de sus principales actores, han definido determinadas políticas que no están dando resultado, cabe que nos preguntemos también ciertas cosas como: ¿qué pueden hacer el resto de los actores en materia económica? ¿qué pueden hacer las empresas? ¿qué pueden hacer las instituciones financieras, las personas emprendedoras, los migrantes,

entre otros también implicados? Si bien el problema resulta complejo, es indispensable que quienes estamos involucrados en el quehacer económico empecemos por buscar alguna solución.

El crédito, sin duda, es importante para el desarrollo, pues el mismo permite el acceso de los ciudadanos a la creación de negocios o a la adquisición de bienes que sin financiamiento no se pueden obtener. Además, el crédito constituye un activo de extrema importancia en el balance de una institución financiera. Siendo entonces el crédito un producto que representa beneficios tanto para el acreedor como para el deudor, ambas partes deben buscar herramientas que permitan acceder al financiamiento de una forma más eficiente y, sobre todo, más segura.

La concesión de nuevos créditos no es el único espacio en el que las instituciones financieras y los ciudadanos han encontrado dificultades. También se han producido problemas con los créditos concedidos en años pasados, puesto que la recuperación de cartera se ha visto desmejorada por la crisis mundial.

Hay menos oferta de créditos, eso ha quedado claro, pero, a la par de lo dicho, la demanda también ha disminuido por varias razones: las restricciones impuestas por el gobierno a las importaciones, la evidente desaceleración de las actividades económicas, los requisitos que se contraponen a la realidad de mucha gente que intenta obtener un préstamo, entre otras.

Uno de los factores que podría coadyuvar a la seguridad de las partes en este tema sería que existan garantías que hagan posible el ejercicio de actos de comercio beneficiosos para quien solicita un crédito y para quien lo otorga. Desde este punto de vista, el fideicomiso en garantía está regulado en Ecuador como un mecanismo que puede resultar útil para contrarrestar los efectos de la crisis.

De acuerdo con lo señalado por RODRÍGUEZ-AZUERO (2005), el fideicomiso mercantil es:

«... el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y que, con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero» (p. 182).

La definición citada hace una diferenciación bastante amplia entre dos tipos de fideicomiso: primero están aquellos de administración, entre los cuales pueden enmarcarse los que en la generalidad de las legislaciones se conocen como fideicomisos de administración propiamente dichos, en los que, a su vez, es posible distinguir los fideicomisos inmobiliarios y los fideicomisos de inversión<sup>1</sup>; y, en segundo lugar, están aquellos cuyo encargo es el de enajenar, refiriéndose con esto, en sentido estricto, a los fideicomisos de garantía.

En la legislación ecuatoriana, el fideicomiso en garantía es, según lo dispuesto en la Ley de Mercado de Valores y en la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, un contrato por el que la parte denominada constituyente, transfiere a título de fideicomiso mercantil, el derecho de propiedad que tiene sobre uno o varios bienes. Estos bienes salen del dominio de la parte constituyente hacia un patrimonio autónomo que tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de aquellas obligaciones que se encuentren definidas como tales en el contrato.

Si bien este tipo de fideicomisos podría ser, desde la visión del deudor, una solución para el acceso al crédito, y, desde la visión del acreedor, una solución para la ejecución eficiente en caso de incumplimiento en el pago de sus acreencias, esta figura no existe en el Derecho mercantil español, por lo que estudiar la realidad ecuatoriana respecto de esta figura y su posible utilización en otros mercados, resulta de utilidad.

### 1.1. Justificación del tema elegido

El coronavirus nos ha subsumido entre realidad e incertidumbre; ha minado la economía y ha provocado que tanto las instituciones financieras como los individuos tengamos problemas al momento de otorgar y acceder al crédito.

Es necesario encontrar herramientas que faciliten las transacciones comerciales tanto para el deudor como para el acreedor, como he anticipado en un momento anterior.

---

<sup>1</sup> Todos ellos descritos en la legislación ecuatoriana, en el Título XIII de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros.

Si analizamos en general el fideicomiso mercantil, como indica RODRÍGUEZ-AZUERO (2005), existen varias razones que pueden motivar a alguien a encargar a un tercero la administración y manejo de sus bienes. Estas razones pueden tener relación con su edad, con su salud, con sus ocupaciones dentro y fuera de su país de origen, con intereses personales en el ámbito de la política o la filantropía, por poner algunos ejemplos. Por otro lado, está la necesidad de contar con garantías adecuadas y efectivas que permitan al deudor acceder al crédito de forma diligente, al comportar aquellas para el acreedor una opción que, sin necesidad de acudir a la vía judicial, le permita ejecutar los bienes que hubiesen sido aportados por el deudor al patrimonio autónomo para el caso de incumplimiento de sus obligaciones.

Por consiguiente, como indica también el referido autor, una forma muy interesante de utilizar los servicios fiduciarios consiste en transferir los bienes a una entidad<sup>2</sup> que brinde no solo la seguridad de que estos están siendo administrados por una institución seria y especializada, sino la confianza de que dicha institución está regulada por normas y controles estatales específicos, situación que permite que la administración de los negocios se desarrolle en condiciones favorables en virtud de la experiencia fiduciaria, la calificación del personal, el conocimiento del mercado y el medio en el que se desarrolla, entre otras características.

El fideicomiso, desde sus inicios, ha ido tomando forma y adaptándose a las diversas necesidades que la sociedad demanda. En algunas legislaciones, como la ecuatoriana, el fideicomiso es una herramienta que la podemos utilizar desde los requerimientos más sencillos, como transacciones para la obtención de un crédito, hasta ser un instrumento perfecto para solucionar un complejo divorcio en el caso de una sociedad conyugal nutrida, con hijos menores de edad. En legislaciones como la chilena, por ejemplo, el negocio de confianza ha sido ampliamente aplicado para la transparencia del orden político al exigirse un fideicomiso ciego a todas las autoridades públicas de elección popular y de selección del gobernante de turno. Según BACHELET (2008), el principio básico de este tipo de fideicomisos

---

<sup>2</sup> En el caso de la legislación ecuatoriana, dicha entidad será directamente el fideicomiso mercantil, el cual se constituye como una persona jurídica.

«es crear un muro entre una autoridad pública y su patrimonio, para evitar un conflicto de interés en las decisiones que debe adoptar en el ejercicio de su cargo» (p. 3).

El fideicomiso de garantía, en su concepción actual, es la primera forma en la que tuvo aplicación la figura de la fiducia (RODRÍGUEZ-AZUERO, 2005, p. 461) y, en tal sentido, y basándonos en la experiencia ecuatoriana, su aplicación resulta de profundo interés.

## 1.2. Problema y finalidad del trabajo

Es obvio que los agentes económicos que tienen liquidez tiendan a cuidar la seguridad de sus capitales, y, para tal efecto, las instituciones financieras han optado por restringir el otorgamiento de facilidades de financiamiento a sus clientes.

Si nos detenemos a pensar en el crédito que puede requerir una persona a fin de generar un espacio productivo, por ejemplo, podremos encontrar algunas razones por las cuales la banca ha cerrado sus puertas, pues el emprender en un negocio conlleva un riesgo, que se acrecienta con la situación económica actual.

Adoptar medidas tales como la entrega de los fondos de reserva a los trabajadores, en países en donde existe esta figura, implica que la gente pueda tener más circulante a corto plazo, y menos dinero a largo plazo. El ahorro, por lo tanto, se desincentiva con estas decisiones, lo cual complica el tener un capital de respaldo. Los fondos de reserva, cuya filosofía apunta al soporte que debe tener una persona justamente en época de crisis, son ahora dinero de bolsillo que servirá entre la clase media y alta, mayoritariamente para adquirir bienes suntuarios. Esta medida en el corto, mediano y largo plazo, puede resultar muy perjudicial porque las personas que se quedan sin ahorro siguen ganando lo mismo que antes y no se incentiva la producción.

La reducción en las remesas de los migrantes agudiza aún más este panorama, pues el dinero que normalmente la gente enviaba para la subsistencia de sus familiares y también para asegurar el futuro de los mismos, a través de incentivar el emprendimiento y la creación de negocios pequeños, se ha visto tremendamente disminuido.

Para acceder a un crédito, actualmente las exigencias son enormes. Hay que tener grandes planes de negocios, un fuerte capital inicial y, además, una garantía que responda en caso de que el emprendimiento fracase.

Es innegable que la aprobación de préstamos por parte del sistema financiero prácticamente se ha detenido. No es difícil entender las medidas que han adoptado las instituciones después de toda la incertidumbre que existe en el sector, sin embargo, las aristas que se gestan alrededor del tema preocupan a los ciudadanos, pues en los bancos la implementación de más y más requisitos para el otorgamiento de créditos es un tema recurrente, situación que propicia un decrecimiento en el acceso a este tipo de soportes económicos. Menores plazos y cupos de financiamiento, más análisis de riesgo, y solicitud de garantías más expeditas y eficaces, son algunas de las exigencias que impone el sistema bancario a sus usuarios.

Actualmente, el porcentaje de la población económicamente activa que tiene acceso a préstamos financieros, es muy reducido. Esta percepción se basa en la realidad que podemos vivir cada uno de nosotros al intentar ser calificados como sujetos de crédito.

Ante este evidente problema, es necesario encontrar una solución que beneficie a las dos partes de la transacción, y que podría venir representada por la figura del fideicomiso mercantil de garantía.

El fideicomiso mercantil, en aquellos países cuya legislación lo permite, puede ser utilizado como garantía adecuada para el acreedor. En Ecuador, en el numeral 1 del art. 17 de la Sección IV: Disposiciones Generales, del Título XIII: Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario, Capítulo I: De los Negocios Fiduciarios, de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, el fideicomiso mercantil de garantía es definido como «un contrato en virtud del cual el constituyente transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones, claramente determinadas en el contrato» (RJPMF 385/2017).

En Ecuador, los negocios fiduciarios, entre estos el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario, han sido, pese a críticas y oposiciones del Gobierno y de terceros<sup>3</sup>, elementos importantísimos para el mantenimiento y el desarrollo de la economía. Estos negocios, según lo prevé el art. 112 de la Ley de Mercado de Valores (2006):

«... son aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos para que ésta (*sic*) cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del constituyente o de un tercero. Si hay transferencia de la propiedad de los bienes el fideicomiso se denominará mercantil, particular que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los que sólo (*sic*) existe la mera entrega de los bienes».

En el contexto español, como lo señalan ESTRADA (2010) y FUENTESECA (2017), la figura de la *fiducia cum creditore*<sup>4</sup> existe de forma exclusiva en la jurisprudencia y en la doctrina. Según lo advierten algunas sentencias<sup>5</sup>, mediante el uso de la referida figura, el fiduciante (al que en la legislación ecuatoriana conocemos como fideicomitente o constituyente), transmite en plena propiedad un determinado bien o derecho a otra persona denominada fiduciario, para garantizar el pago de una deuda. El fiduciario se obliga a restituir el bien o derecho a su propietario original cuando la deuda haya sido pagada en su totalidad. Esta aseveración jurisprudencial se contrapone a lo defendido por FUENTESECA (2017, p. 150), para quien «la

---

<sup>3</sup> No es de sorprender que detractores de la figura adviertan la posibilidad de utilizar el negocio fiduciario como mecanismo para evadir el pago de impuestos o para desprenderse de los bienes propios del deudor y provocar dolosamente la insolvencia, burlando así el derecho de acreedores y terceros a través de la generación del patrimonio autónomo. Sin perjuicio de lo señalado, a mi criterio y de algunos expertos en la materia, el riesgo se mitiga de forma importante cuando el fiduciario es una persona jurídica autorizada y supeditada al control del Estado (RODRÍGUEZ-AZUERO, 2007, p. 28). A esto le podremos llamar 'profesionalización del negocio fiduciario'.

<sup>4</sup> Figura clásica del derecho romano que es el antecedente histórico del fideicomiso de garantía.

<sup>5</sup> Es ejemplo de las sentencias que tratan esta temática, la Sentencia del 10 de diciembre de 2019 (SAP M 17218/2019), que cita, a su vez, las Sentencias de 8 de marzo de 1988, 7 de marzo de 1990, 30 de enero de 1991, 6 de julio de 1992, 5 de julio 1993, 22 de febrero de 1995, 2 de diciembre de 1996, 13 de mayo y 4 de julio de 1998, y 15 de junio y 16 de noviembre de 1999.

*causa fiduciae* no existe» y es incompatible en general con el ordenamiento jurídico español<sup>6</sup>. Para FUENTESECA (2017), en concordancia con lo expuesto en la jurisprudencia española<sup>7</sup>, la *fiducia cum creditore* podría ser tomada como un acto simulado o como un acto mixto que se conforma por dos negocios jurídicos independientes<sup>8</sup>.

Es importante indicar que, el análisis realizado por la doctrina y la jurisprudencia españolas enmarca a la figura del fideicomiso como materia exclusiva del Derecho civil, lo cual la asemeja al «*trust*» anglosajón; mientras que, en el ámbito latinoamericano, la figura corresponde al Derecho mercantil.

La tradición jurídica en España ha sostenido que la *causa fiduciae* podría sobrevivir como una causa propia, pero dentro de un negocio externo simulado (ESTRADA, 2020). DE CASTRO (1996), citado por ESTRADA (2010, p. 83), apunta que: «a través del concepto de titularidad fiduciaria se habría intentado simplemente eludir el obstáculo que originaba la dicotomía propiedad formal/propiedad material, en un sistema que desconoce la doble propiedad, y la dificultad de admitir la creación de una propiedad especial o limitada que no se corresponde con la concepción tradicional de dominio. El fideicomitente tiene la propiedad material y el fiduciario una propiedad formal para satisfacer un interés ajeno».

Insiste ESTRADA (2010, p.83) en su criterio, cuando además de lo señalado, hace una referencia a la doctrina que ha reconocido que concurre una desproporción entre el medio jurídico empleado y el fin realmente perseguido, lo que no sucedería si la transmisión de la

---

<sup>6</sup> «Sin embargo, se ha tenido que enfrentar la jurisprudencia en España a la calificación jurídica de algunos casos presentados como *fiducia cum creditore*. Son casos en los que se pretendía haber transmitido en escritura de compraventa formalmente la propiedad de un bien inmueble a favor de un acreedor, con la condición de que lo restituya al deudor cuando este pague. Esta figura no es propiamente la que aparece descrita en las fuentes romanas (en Gayo y en la Tabula Baetica) como *fiducia cum creditore*, sino una extraña mezcla entre esta y la *fiducia cum amico*. Los argumentos en contra de su admisión son exactamente los mismos que he expuesto en relación con la *fiducia cum amico*: igual que en Roma, es incompatible la *causa emptio* con la *causa fiduciae* en nuestro ordenamiento jurídico» (FUENTESECA, 2017, p. 150).

<sup>7</sup> Vid. nota a pie de página número 5.

<sup>8</sup> Un acto en el que se transfiere el dominio del bien o derecho objeto del contrato y otro acto consistente en la disposición onerosa del bien transferido inicialmente para saldar una deuda existente con el producto de la venta correspondiente.

propiedad junto con la confianza (*causa fiduciae*) fueran reconocidas como punto de partida de una relación jurídica con sustento propio y sin ocultamientos de ningún tipo.

En la doctrina española, al igual que en la figura inicial del Derecho romano, el fideicomiso o *fiducia cum creditore* se sostiene en la confianza que deposita el fiduciante en el fiduciario, corriendo el riesgo de los abusos que este podría cometer al ser el propietario del bien que se transfiere.

Conuerdo con la teoría de ESTRADA (2010) que determina que, al no encontrarse la figura del fideicomiso de garantía regulada en el ordenamiento jurídico español, cualquier esfuerzo doctrinario y jurisprudencial que analiza y defiende la idea de que es posible una división del derecho de dominio, en una parte formal y en otra parte material, «la finalidad se alcanza, pero en realidad ni existe propiamente división de la propiedad ni existe fideicomiso» (p. 85). Con lo cual, «el invento del negocio fiduciario no deja de ser una salida poco airoso para solucionar un problema que se deriva de no haber regulado el fideicomiso ni la propiedad fiduciaria ni un derecho real de fiducia. El fideicomiso sí es un negocio único, pero el negocio fiduciario contiene una dualidad de negocios subyacentes uno de los cuales es simulado, llámesele como se le llame» (ESTRADA, 2010, p. 85).

### 1.3. Objetivos

El objetivo general de la presente investigación es analizar la figura del fideicomiso de garantía, regulado en la legislación ecuatoriana como una herramienta de aplicación para la consecución y obtención de créditos en épocas de crisis; y, analizar los beneficios de contar con este tipo de figuras dentro de las legislaciones mercantiles internacionales.

Los objetivos específicos del presente trabajo son:

- Analizar los antecedentes normativos y las generalidades del negocio fiduciario, enmarcando al fideicomiso como una figura de Derecho mercantil.
- Analizar el concepto, los actores, las formalidades y demás detalles en torno al fideicomiso mercantil de garantía.

- Analizar el procedimiento de ejecución de la garantía fideicomitida en caso de incumplimiento de la obligación por parte del deudor, en el marco de la legislación ecuatoriana.
- Analizar la posibilidad de incluir la regulación del fideicomiso mercantil de garantía en el ordenamiento jurídico español.

## 2. Marco teórico y desarrollo

### 2.1. Generalidades de los negocios fiduciarios

#### 2.1.1. Antecedentes históricos

Las primeras manifestaciones de los negocios de fe, según la doctrina, «surgieron durante el periodo inicial de la antigua Roma, llamado también arcaico y, sin duda, fueron reconocidas y empleadas durante la República» (MALUMIÁN, DIPLOTTI y GUTIERREZ, 2001, p. 8).

En principio, la figura «supuso la transición de la propiedad de una persona a otra por medio de la *mancipatio* o la *in jure cesio*, con el compromiso de quien la recibía de devolverla, cumplida que fuera la finalidad» (RODRÍGUEZ-AZUERO, 2005, p. 4). Sus dos principales modalidades fueron, en primer lugar, el *pactum fiduciae cum creditore* y, en segundo, el *pactum fiduciae cum amico*.

Adicionalmente, y dentro del marco del derecho sucesorio, se desarrolló el *fideicomisum* como disposición de última voluntad (KIPER y LISOPRAWSKI, 2004, p. 3), principalmente con dos objetivos: primero, facilitar los actos de última voluntad buscando un medio para que los peregrinos dispusieran de sus bienes, o para quienes por otras causas no pudiesen hacer el testamento romano; y, segundo, hacer llegar las herencias a las personas incapacitadas por la ley para ser herederas, pero que no obstante merecían ser enumeradas por los servicios que habían prestado a los testadores. Según KIPER y LISOPRAWSKI (2004), posteriormente, las leyes de partidas, en su afán de imitar el Derecho romano, introdujeron en España los fideicomisos. La 14<sup>o</sup>, tít. V, partida VI, define la institución fideicomisaria en los siguientes términos: «fideicomisaria sustitución, quiere decir establecimiento que es puesto en fe de alguno que la herencia deja en su mano que la dé a otro».

Otro de los antecedentes de los negocios fiduciarios está en el Derecho anglosajón, concretamente en la figura del *trust*. En palabras de RODRÍGUEZ-AZUERO (2005), «este ha sido considerado por muchos como uno de los aportes más formidables del Derecho inglés a la cultura jurídica universal, a pesar de las dificultades de asimilación para los juristas de

formación latina» (pp. 14-15)<sup>9</sup>. En el *trust* anglosajón<sup>10</sup>, las labores del *trustee* o fiduciario se comprometen con la titularidad de los bienes hasta el punto de poder disponer de estos sin que intermedie la voluntad del *settlor* o constituyente.

El *trust*, tal como lo plantea el Derecho anglosajón, abarca casos de mandato, albaceazgo, depósito, tutela, y otras figuras *intuito personae* que asemejan la figura al fideicomiso civil, pero que lo alejan del negocio fiduciario de tinte mercantil al que apuntamos en el presente estudio.

Existen varios elementos que diferencian al *trust* del fideicomiso mercantil. Uno de ellos es la profesionalización, especialización y experiencia que requiere el fiduciario en el fideicomiso latinoamericano, mientras que el *trustee* anglosajón podrá ser cualquier persona designada por el *cesui que trust* o beneficiario. Otro elemento que diferencia ambas figuras es la formalidad, misma que en el Derecho latinoamericano es una exigencia para la validez del contrato, mientras que en el Derecho anglosajón no se requiere formalidad alguna, pudiendo incluso celebrarse el *trust* sin que para el efecto sea necesaria la suscripción de un documento escrito. Según lo señalan KIPER y LOSOPRAWSKI (2004), el elemento más importante, sin embargo, será la propiedad de los bienes, misma que, en el *trust*, le corresponde, por una parte, al *trustee* (que es el propietario legal) y, por otra parte, al *cesui que trust* o beneficiario (que es el propietario en equidad). De modo general, en el fideicomiso latinoamericano la propiedad se transfiere al fiduciario sin reserva del constituyente, y bajo ley ecuatoriana, la propiedad se transfiere al propio patrimonio autónomo.

---

<sup>9</sup> El autor señala que: «Para los juristas latinos la aceptación de relación fiduciaria es estrecha y restringida, frente a lo que el derecho anglosajón se entiende por ella. Hay 'relación fiduciaria' bajo la óptica particular de este último, en todos aquellos casos en los cuales dos partes se vinculan bajo un esquema de poder que implica la dependencia o la especial confianza de una en otra. En esas hipótesis, que son innumerables en la literatura anglosajona, los tribunales exigen comportamientos particularmente ejemplares» (RODRÍGUEZ-AZUERO, 2005, p. 25).

<sup>10</sup> En contraste con lo que sucede con el fideicomiso mercantil existente en América Latina, y especialmente en Ecuador, cuya legislación le otorga personalidad jurídica al patrimonio autónomo.

El fideicomiso mercantil latinoamericano no es ni el *fideicomisum* romano ni el *trust* anglosajón<sup>11</sup>. Es «el resultado es una figura novedosa que reviste características propias» (KIPER y LISOPRAWSKI, 2006, p. 146).

El fideicomiso latinoamericano y el *trust* coinciden en la transmisión del derecho de propiedad de los bienes fideicomitados al fiduciario o *trustee*, con las previsiones antes señaladas, elemento inadmisibles en las concepciones patrimoniales del Derecho Romano. Pero, como cabe aclarar, este se asemeja al fideicomiso latinoamericano en la restitución de la propiedad prevista en la *fiducia cum creditore*, una vez cumplida la obligación.

### 2.1.2. Antecedentes legales en el Ecuador

Según lo previsto en la legislación ecuatoriana y la doctrina comparada, los negocios fiduciarios abarcan tanto el fideicomiso mercantil como el encargo fiduciario. En Ecuador dichos negocios están regulados por la Ley de Mercado de Valores (2006), contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, y por los títulos XII, XIII y XIV del Tomo X y el título II del Tomo IX del Libro II de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros (2017).

Hasta llegar a las definiciones y características que tienen hoy los negocios fiduciarios en nuestra normativa, han debido pasar casi sesenta años.

La Ley de Títulos de Crédito (1963), publicada en el Registro Oficial 124 del 9 de diciembre de 1963, nombra por primera vez al fideicomiso —mercantil— al tratar sobre los Certificados de Participación, en su Capítulo Segundo. Si bien dicha norma no hace una expresa, extensa y clara explicación sobre la figura, sí podemos tomar a la misma como antecedente dentro de nuestro marco legal:

---

<sup>11</sup> Según lo señalan KIPER y LISOPRAWSKI (2007): «El fideicomiso latinoamericano fue en realidad, como se dijera, el producto de la imposibilidad de adoptar el *trust* en los países de tradición jurídica romana. El propósito existió, pero encontró un obstáculo insalvable: el *trust* exige para existir y ser comprendido el sistema de doble propiedad, concepto inaceptable para el derecho civil en el cual uno de los atributos del dominio, quizás el más definitorio, es el de la exclusividad. La propiedad fiduciaria del *trustee* es compartida con el 'beneficiario' (beneficial owner), mientras que el 'fiduciario' latinoamericano es dueño exclusivo. No obstante ello, el *trust* ha llegado a convertirse en la aportación angloamericana más trascendental en el campo del derecho» (p. 147).

«Art. 70.- Los Certificados de Participación son títulos de crédito que representan: 1º. El derecho de una parte alícuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes de cualquier clase que tenga en fideicomiso irrevocable para este propósito, la sociedad fiduciaria que los emita» (1963).

Esta norma fue derogada el 24 de julio de 1964, es decir, siete meses después de su puesta en vigencia.

Posteriormente, en el Registro Oficial 133 del 19 de diciembre de 1963, se publicó la Ley General de Operaciones de Crédito (1963), cuyo Capítulo V incluyó al fideicomiso indicando que, mediante dicha figura el «fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria» (art. 75 LGOC/1963). Según la ley citada, derogada en 1966, el fideicomiso constituía un patrimonio de afectación especial o única, en el que la persona del fiduciario tenía la obligación de llevar a cabo determinadas instrucciones para, de esa manera, cumplir con el objeto previsto contractualmente.

El mercado de valores, en general, no tenía en sus inicios las características que tiene hoy. La Ley 111, publicada en el Registro Oficial 144 del 26 de marzo de 1969, buscó en sus trece artículos, normar el mercado bursátil nacional, con limitados resultados dada la falta de participación del sector privado en el mismo, situación que hacía, por ejemplo, innecesaria la existencia de las bolsas de valores, cuyo funcionamiento se autorizó con esta Ley.

Buscando superar las referidas limitaciones, algunos años más tarde, el 28 de mayo de 1993, en el Registro Oficial Suplemento 199 se expide la Ley de Mercado de Valores, regulando con ella diferentes actores e instituciones del mercado de valores ecuatoriano. A través de la mencionada Ley, se incorpora al Código de Comercio, después del art. 409, un título específico en el cual se define por primera vez al fideicomiso mercantil como el acto en virtud del cual una o más personas llamadas constituyentes transfieren dinero u otros bienes a otra llamada

fiduciario, quien se obliga a administrarlos por un plazo o para cumplir una finalidad específica (art. innumerado posterior al 409 CC/1960, reformado a través del art. 20 LMV 31/1993)<sup>12</sup>.

En virtud de la necesidad de contar con nuevas normas, dado el avance del mercado y la creación de nuevas figuras, el 23 de julio de 1998, en el Registro Oficial 367 se publicó una nueva Ley de Mercado de Valores, cuya codificación está contenida en el Registro Oficial Suplemento 215 de 22 de noviembre de 2006.

La Ley de Mercado de Valores fue reformada mediante la expedición de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, publicada en el Registro

---

<sup>12</sup> Estos son los artículos que regularon inicialmente al Fideicomiso Mercantil, contenidos en el Código de Comercio, reformado a través del art. 20 de la Ley de Mercado de Valores de 1993:

«Primer art. innumerado posterior al 409. «Se denomina fideicomiso mercantil al acto en virtud del cual una o más personas llamadas constituyentes transfieren dineros u otros bienes a otra llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos por un plazo o para cumplir una finalidad específica.

El fideicomiso así conformado tendrá independencia total de sus constituyentes y se establece por instrumento abierto o cerrado con el objeto de destinarlo a las actividades señaladas por el o los constituyentes.

Para estos efectos, se entiende por instrumento público abierto aquel cuyas disposiciones no están sujetas a reserva alguna y por instrumento público cerrado, aquel que está sujeto a la reserva total o parcial impuesta por el aportante».

Segundo art. innumerado posterior al 409.- «Los bienes, dineros o valores que constituyen el patrimonio de este fideicomiso, podrán ser libremente administrados por el fiduciario de la forma que estimare 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 exclusivamente al o los beneficiarios señalados en el título constitutivo del mismo o a sus sucesores de derecho.

El fiduciario responderá de cualquier pérdida que fuere ocasionada por su culpa o negligencia en la inversión o en el manejo y atención del patrimonio fiduciario».

Tercer art. innumerado posterior al 409.- «Una vez constituido el fideicomiso éste no podrá ser revocado, sin embargo (*sic*) de lo cual en su acto constitutivo podrá establecerse el reparto de beneficios periódicos y las causas o mecanismos para transferir la administración del mismo a otro fiduciario. El fiduciario no podrá delegar sus funciones».

Cuarto art. innumerado posterior al 409.- «El fideicomiso será siempre remunerado en las formas que se determine en el acto constitutivo y se prohíbe al fiduciario garantizar los beneficios o rendimientos. El fiduciario será responsable de los impuestos que genere la propiedad fiduciaria mientras está bajo su administración.

En lo no previsto en este Título, se aplicará al fideicomiso mercantil las disposiciones del Código Civil respecto al fideicomiso».

Oficial Suplemento 249 de fecha 20 de mayo de 2014. Y por mandato de la Disposición General Décima Octava del Código Orgánico Monetario y Financiero, publicado en el Registro Oficial Suplemento 332 de 12 de septiembre de 2014, la Ley de Mercado de Valores codificada es agregada como Libro II de dicho cuerpo legal.

### 2.1.3. Concepto general

Como señalamos inicialmente, según lo previsto en la legislación ecuatoriana y la doctrina en general, los negocios fiduciarios se dividen en dos figuras: el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario.

La Ley de Mercado de Valores ecuatoriana (2006) define a los negocios fiduciarios en su art. 112.

El texto de la referida norma señala que se trata de actos de confianza, en los que una persona entrega bienes o derechos, transfiriendo o no la propiedad que tiene sobre los mismos, con la finalidad de que una empresa fiduciaria cumpla las instrucciones señaladas en el contrato, en beneficio del propio constituyente o de un tercero beneficiario. Según la definición señalada, si existe transferencia de propiedad al patrimonio autónomo, estaremos ante un fideicomiso, caso contrario, si se trata solo de encargar los mencionados bienes o derechos al fiduciario, reservándose el constituyente la propiedad de los mismos, estaremos ante un encargo fiduciario.

### 2.1.4. El encargo fiduciario

De acuerdo con lo establecido en el art. 114 Ley de Mercado de Valores (2006):

«Llámase encargo fiduciario al contrato escrito y expreso por el cual una persona llamada constituyente instruye a otra llamada fiduciario, para que de manera irrevocable, con carácter temporal y por cuenta de aquél (*sic*), cumpla diversas finalidades, tales como de gestión, inversión, tenencia o guarda, enajenación, disposición en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario».

En el encargo fiduciario se presentan los elementos subjetivos del contrato de fideicomiso mercantil, añadiendo la irrevocabilidad como elemento característico fundamental de ambas

figuras. El encargo se diferencia del fideicomiso al no existir transferencia de bienes o derechos de parte del constituyente, siendo este quien conserva la propiedad de los mismos y únicamente los destina al cumplimiento de finalidades instituidas de manera irrevocable. Siendo así, a la firma de un encargo fiduciario, no se configura persona jurídica alguna.

El encargo fiduciario se asemeja en nuestra legislación a la figura del poder civil, pues se instrumenta con apoyo en las normas relativas al mandato, en el que solo existe la mera entrega de los bienes. No existe en la normativa ecuatoriana una clasificación taxativa del encargo fiduciario, sin perjuicio de lo cual, existen varias posibilidades de aplicación de la figura tales como el encargo de guarda o mera tenencia, el de gestión, el encargo fiduciario de enajenación, el de inversión y el de administración de flujos.

A falta de una definición de orden legal, podemos señalar que, a través del encargo fiduciario de tenencia o guarda, el constituyente encomienda al fiduciario la mera posesión de una cosa, su ocupación corporal y actual. El constituyente a través de este tipo de negocio fiduciario encarga al fiduciario la conservación, custodia y cuidado de una cosa.

Por el encargo fiduciario de gestión, el constituyente instruye al fiduciario desempeñar una función, administrar un negocio o realizar un trámite o diligencia en su nombre. El fiduciario tendrá por cometido dar, hacer o no hacer algo en representación del constituyente. Dentro de esta clasificación, podríamos incluir al encargo de enajenación, como un subtipo en el cual la instrucción primordial otorgada al fiduciario será la de transferir a otro la propiedad de una cosa de titularidad del constituyente, a cualquier título.

Si el encargo otorgado al fiduciario consiste en invertir en nombre del constituyente sus valores o dinero según las instrucciones establecidas en el contrato, siendo el constituyente quien asume el riesgo de pérdida de la inversión, estaremos ante un encargo fiduciario de inversión.

La norma no hace referencia al encargo fiduciario de administración de flujos, sin embargo, resulta interesante para el análisis. En este tipo de negocios, el constituyente encarga al fiduciario la administración de su dinero, generalmente, debiendo recibir los recursos en cuentas del constituyente, bajo el control del fiduciario.

#### 2.1.5. El fideicomiso mercantil

La definición doctrinal de fideicomiso mercantil, mayoritariamente aceptada, no dista de forma amplia de aquello que señalan las normas ecuatorianas citadas de previamente, pese a lo cual, y conforme lo señala RODRÍGUEZ-AZUERO (2005), resulta complicado esbozar un concepto generalizado y uniforme del fideicomiso mercantil, en virtud de las múltiples aplicaciones de la figura existentes en Latinoamérica, las cuales determinan diversas formas de analizar la naturaleza jurídica del fideicomiso (p. 182).

A efectos de establecer la definición de este tipo de negocio fiduciario, atendiendo a lo que establece RODRÍGUEZ-AZUERO (2005), citado previamente en el presente estudio, es importante analizar el concepto que se encontraba contenido en el art. 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, expedida en México en 1932, cuya literalidad ya no existe en la norma vigente. Para el referido artículo, el fideicomiso mercantil era: «el negocio en virtud del cual el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de este fin a una institución fiduciaria» (art. 381 LGTOC/1932).

Dicha definición, que, como se ha adelantado, no existe ya en la citada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no obstante, resultaba insuficiente. No determinaba ni la naturaleza jurídica ni los efectos de la figura del fideicomiso. Este concepto no incluía ni analizaba las características primordiales del negocio fiduciario, especialmente la que hace referencia a la transferencia de dominio al patrimonio autónomo. Era, por tanto, una definición incompleta y escasa (BATIZA, 1995, p. 161), sin perjuicio de lo cual es relevante que conste en el análisis, esencialmente por la repercusión que ha representado en las legislaciones americanas.

La ley mexicana que hemos analizado aparece treinta años antes que la norma ecuatoriana y es, por su anticipada vigencia, de gran influencia e importancia en el estudio de la figura en Latinoamérica. Volveremos ahora sobre la Ley de Mercado de Valores de 2006 que regula la cuestión en Ecuador, como he apuntado más arriba.

El art. 109 de la Ley de Mercado de Valores ecuatoriana (2006), señala:

«En el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren de manera temporal e irrevocable la propiedad de bienes

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

De la referida definición, que aparece en la norma ecuatoriana vigente, se debe tomar en consideración la característica que diferencia al Ecuador del resto de países en los que se ha replicado el concepto mexicano inicial de fideicomiso mercantil. En el Ecuador, la firma del contrato de fideicomiso mercantil da lugar a la creación de un patrimonio autónomo al cual la ley le ha otorgado personalidad jurídica. Esta persona jurídica que se crea al momento de la suscripción del contrato se denomina fideicomiso. El fideicomiso es sujeto de derechos y obligaciones y, su patrimonio, es autónomo e independiente respecto del patrimonio de sus partes intervinientes —constituyente, beneficiario y fiduciario— así como del patrimonio de cualquier tercero. Es esta autonomía del patrimonio del fideicomiso mercantil la que representa otra de las características más importantes de este tipo de negocio fiduciario, siendo esta la independencia. La mencionada autonomía resalta el hecho de entender como dos cosas diferentes y perfectamente separadas, los activos y pasivos de cada una de las partes respecto de los activos y pasivos propios del patrimonio autónomo.

Nuestra normativa reconoce varias modalidades de fideicomiso mercantil: fideicomiso de administración, fideicomiso de garantía, fideicomiso inmobiliario, fideicomiso de inversión, fideicomiso de titularización y fideicomisos mercantiles con fines comunitarios<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Los tipos de fideicomisos que explicaremos se encuentran definidos en el art. 17 de la Sección IV del Capítulo I del Título XIII del Tomo X del Libro II de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros.

## 2.2. El fideicomiso mercantil de garantía

### 2.2.1. La garantía tradicional y la garantía fiduciaria

Las garantías, en general, son maneras que encuentra el acreedor para asegurar el cumplimiento de una obligación pendiente en su favor.

RODRÍGUEZ-AZUERO (2005) sitúa al fideicomiso de garantía, contenido actualmente en legislaciones como la ecuatoriana, como la primera forma de aplicación del negocio fiduciario y es, por tanto, una de las disposiciones más tradicionales de la figura.

El mismo autor citado (2005) señala que la doctrina coincide en que la fiducia en garantía encuentra sus antecedentes remotos en la *fiducia cum creditore* romana, consistente en un negocio oneroso a través del cual el deudor, con el fin de otorgarle al acreedor una seguridad real respecto del pago del crédito, transfería la propiedad de un bien —generalmente mueble— al patrimonio del acreedor con cargo de que le fuera devuelto jurídicamente una vez satisfecha la obligación.

«[P]uede decirse que mediante la fiducia en garantía una persona, normalmente el deudor, transfiere uno o más bienes al fiduciario con el propósito de que los administre y que proceda a venderlos para el pago de las obligaciones que con ellos se garanticen, de no ser estas satisfechas en su oportunidad» (RODRÍGUEZ-AZUERO, 2005, p. 464).

JORDANO (1950), citando a MESSINA (1910), señala que el ejemplo más común para definir a la *fiducia cum creditore*, consiste en imaginar a un comerciante que tiene necesidad de un crédito y que se ve imposibilitado de constituir una prenda sobre las mercancías de propiedad de su empresa porque las requiere para el giro de su negocio, entonces, se ve obligado a transferir fiduciariamente sus bienes al acreedor que le ha hecho el préstamo y, después, continuar con la posesión de las mercancías mediante un contrato de arriendo o uno de

comodato. El acreedor, por su parte, una vez que la deuda ha sido saldada en su totalidad, se obliga a restituir la propiedad de los bienes al deudor<sup>14</sup>.

El fideicomiso constituye, según la doctrina, el único derecho real de garantía clásico, antes de la aparición de la prenda y la hipoteca (MALUMIÁN, DIPLOTTI y GUTIERREZ, 2001, p. 9). Mediante el *pactum fiduciae cum creditore*, la transmisión de los bienes se hacía en respaldo de una obligación. El deudor enajenaba de su patrimonio sus activos y transfería su dominio absoluto al acreedor. Este acreedor —fiduciario— recibía además de los bienes del deudor, la autorización de este último para quedarse con los bienes transferidos o para enajenarlos a fin de cobrar con el producto de la venta, la deuda impaga. Esta situación puede considerarse desfavorable para el deudor, pues el hecho de que el acreedor abuse de su facultad para disponer del bien que le ha sido transferido queda sujeto de forma exclusiva a su buena fe. Lo anterior se desprendía de la clara relación causal que existía entre la obligación principal y la garantía transferida por el deudor al patrimonio de su acreedor, la cual estaba muy lejos de ser autónoma y su funcionamiento dependía por completo de la obligación principal (MALUMIÁN, DIPLOTTI y GUTIERREZ, 2001, p. 8).

Como hemos señalado, el *pactum fiduciae cum creditore* es un precedente de extrema importancia respecto de los contratos de garantía que existen en la actualidad, sin embargo, es una figura que presenta aspectos que podrían ir en detrimento de los derechos del deudor y también de los derechos del acreedor. En el primer caso, el perjuicio del deudor podría producirse por el posible abuso del acreedor, quien podía disponer del bien a título oneroso en beneficio propio, sin que el deudor tenga ningún tipo de acción para declarar la nulidad del acto. En el segundo caso, el perjuicio del acreedor podría producirse por la intención maliciosa del deudor de quedarse sin bienes con los que cubrir sus pasivos o de generar su propia insolvencia.

---

<sup>14</sup> Si pensamos en estos casos, la figura del fideicomiso resulta una óptima garantía real que permite al deudor mantener el goce de los bienes, situación que demuestra una diferencia con la prenda, en la que existe la exigencia de entrega de las cosas al acreedor y que dista de la hipoteca, que solo cabe sobre bienes inmuebles.

KIPER y LISOPRAWSKI (2004) otorgan al fideicomiso de garantía una definición más moderna, que es la más relevante en el Derecho latinoamericano y que apunta a la rama mercantil más allá de la civil. Se refieren entonces a dicha figura como «aquél contrato mediante el cual el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ellos, o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquél o de un tercero designado como beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento se pagará la obligación garantizada según lo previsto en la convención fiduciaria» (p. 463).

En líneas generales, dentro de los tipos de caución existentes, la prenda, la fianza y la hipoteca demandan la intervención del aparato judicial para poder realizar la ejecución de la garantía en el evento de que exista incumplimiento por parte del deudor. A diferencia de lo referido, en legislaciones como la ecuatoriana, a la que nos hemos referido de forma previa<sup>15</sup>, la ejecución de la garantía instituida a través de un fideicomiso mercantil no requiere de la decisión de un juez para hacerse efectiva. En este contrato prima la autonomía de la voluntad, la misma que traducida de forma correcta en el lenguaje legal que utilice el estructurador del negocio, en mi personal criterio, representa una gran oportunidad tanto para el acreedor como para el deudor, como lo hemos señalado reiteradamente.

El fideicomiso de garantía, mediante un acuerdo de voluntades, evita el engorroso y complicado proceso judicial que prevé la ejecución de las garantías clásicas y logra satisfacer la obligación existente a favor del acreedor cuando existe un incumplimiento de deuda.

A través del fideicomiso de garantía, en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor tendrá derecho a satisfacer su cuenta por cobrar con el producto de la enajenación del activo fideicomitado —o con el propio activo en caso de operar la dación en pago por decisión del acreedor si esta posibilidad se ha previsto en el contrato—. El acreedor en cuyo favor se haya

---

<sup>15</sup> Conforme se citó previamente en el presente estudio, es importante revisar la definición que otorga la normativa ecuatoriana al fideicomiso mercantil de garantía contenida en el numeral 1 del art. 17 de la Sección IV: Disposiciones Generales, del Título XIII: Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario, Capítulo I: De los Negocios Fiduciarios de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, citada de forma previa en el presente estudio (RJPMF 385/2017).

constituido el fideicomiso tendrá entonces una posición privilegiada respecto del resto de acreedores, como lo afirma MANRIQUE (1998), para quien las garantías tradicionales, como la prenda y la hipoteca, se ven supeditadas a procesos engorrosos y desgastantes que en la práctica tardan años, deteriorando no solo la calidad de la garantía —por la pérdida del valor del bien en el tiempo—, sino la calidad del crédito —cuyo impago se prolonga—. Con la garantía fiduciaria existe la posibilidad de hacer lo que el referido autor denomina ‘planeación de garantías’, de mejorar las condiciones de los créditos y de tomar en cuenta activos que antes no se hubieran considerado<sup>16</sup> (p. 21).

El fideicomiso es irrevocable, situación que determina la imposibilidad de que el constituyente solicite un cambio en las instrucciones contenidas en el contrato o instruya al administrador fiduciario la restitución de los bienes fideicomitados antes de que se cumplan las condiciones previstas en el contrato para que dicha restitución se produzca, es decir, antes de que el deudor cancele las obligaciones pendientes con el acreedor.

Podemos diferenciar dos clases de garantía: primero, la garantía general, representada por la responsabilidad patrimonial universal, misma que no es seguridad suficiente para el pago del crédito pues, como lo señala ARNAU MOYA (2008), existen un sinnúmero de contingencias e imprevistos que podrían interponerse en el pago de la deuda, tales como la pasividad del deudor, la enajenación fraudulenta de sus bienes, la generación de nuevas deudas, entre otras (p. 100)<sup>17</sup>.

Además de la garantía general, existe la garantía específica, en la cual el deudor destina uno o varios de sus activos plenamente identificados para asegurar con ellos el pago de una deuda. Según ARNAU MOYA (2008), antes citado, esta garantía específica constituye una facultad o derecho que se añade al crédito para asegurar su satisfacción y también ha sido denominada por la doctrina como «garantía en sentido propio» (p. 100).

---

<sup>16</sup> Como derechos de cobro o flujos futuros.

<sup>17</sup> A estas causas imprevistas, podríamos actualmente añadir la pandemia, misma que, como señalamos al inicio del presente estudio, ha dejado graves consecuencias en el mundo.

Las garantías generales, de acuerdo con lo sostenido por MANRIQUE NIETO (1998), «son garantías que no requieren de pacto expreso puesto que hacen parte de un mandato legal al que todos estamos obligados» (pp. 17-18). El mismo autor señala, por otro lado, que las garantías específicas «son las que se crean por la voluntad unilateral o convencionalmente expresada para asegurar o cubrir una o más obligaciones determinadas» (p. 14) y afirma que quien garantiza mediante esta forma se desprende de un 'pedazo' de su derecho de dominio sobre un bien para dárselo al acreedor, de manera que este último tenga la certeza de que en caso de que no se cumpla el hecho o la obligación garantizada, podrá, como titular de este pedazo de derecho, hacer que se disponga del bien y se le pague la obligación incumplida.

Las garantías pueden clasificarse en tres categorías: garantías personales y reales; medidas conservativas y ejecutivas, y finalmente, garantías legales o convencionales (ARNAU, 2008/2009). A esta clasificación bien podría añadirse la garantía fiduciaria.

Como señalan KIPER y LISOPRAWSKI (2004, p. 484), la clasificación de las garantías, principalmente en reales y personales, puede prestarse a confusión cuando hablamos del fideicomiso de garantía actual, pues en esta figura, el fideicomitente se desprende de la propiedad de un bien determinado para transferirla a un patrimonio autónomo. En principio, podría pensarse que se trata de una garantía real, sin embargo, lo que tendrá el acreedor respecto del fideicomiso será un derecho personal sobre el patrimonio autónomo en general y no por uno u otro bien de titularidad del patrimonio autónomo. El derecho del acreedor consistirá en la facultad de solicitar a la fiduciaria que, en representación del fideicomiso y en cumplimiento de sus instrucciones, ejecute la garantía en caso de incumplimiento. La garantía fiduciaria es, por tanto, de naturaleza particular.

Según lo dispone la norma ecuatoriana<sup>18</sup>, la propiedad de los bienes o derechos del constituyente es transferida irrevocablemente por dicho constituyente al fideicomiso de garantía para asegurar con dicha transferencia de propiedad el cumplimiento de ciertas obligaciones claramente determinadas en el contrato.

---

<sup>18</sup> Refiriéndonos nuevamente a la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros (art. 17 RJPMF 385/2017).

Insistiendo en la independencia que caracteriza a los negocios fiduciarios, la norma ecuatoriana<sup>19</sup> indica que la fiduciaria, en ningún caso se convierte en deudora, deudora solidaria o avalista de la obligación u obligaciones garantizadas y está comprometida a llevar a cabo el proceso que determine el contrato para ejecutar la garantía en caso de un impago o incumplimiento.

La conformidad del acreedor sobre los bienes y derechos aportados al fideicomiso y sobre su valoración es indispensable, siendo incluso una causal de liquidación el hecho de no recibir por escrito la señalada conformidad, misma que deberá otorgarse cada vez que el constituyente designe nuevos acreedores o cada vez que se incrementen las deudas garantizadas.

Desde la práctica de la administración fiduciaria se puede señalar que el fideicomiso mercantil de garantía puede destinarse a garantizar obligaciones cerradas o específicas determinadas en el contrato; o a obligaciones abiertas que el deudor hubiera contraído con el acreedor en el pasado o que pueda contraer a futuro. La propiedad del bien fideicomitado es transferida al patrimonio autónomo del fideicomiso, fuera del patrimonio del deudor, del acreedor, de la fiduciaria y de terceros, sin embargo, el uso o tenencia del bien fideicomitado es entregado al constituyente ya sea mediante un préstamo de uso no remunerado, como resulta ser el comodato; o, a través de la suscripción de un arrendamiento, por ejemplo. En caso de que el constituyente hiciera mal uso del bien, dicho constituyente, en su calidad de comodatario, arrendatario u otra, será responsable de cubrir los daños y perjuicios que ocasionare y de las acciones civiles y penales pertinentes por disposición de bienes ajenos.

El constituyente, en su calidad de usuario de los bienes, mas no de titular de estos, no puede disponer de los activos de propiedad del fideicomiso. En caso de que el constituyente realizare actos arbitrarios respecto de los bienes fideicomitados, podrá ser sancionado de acuerdo con las disposiciones contractuales y normativas.

---

<sup>19</sup> Siendo esta la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros (art. 17 RJPMF 385/2017).

Como hemos indicado hasta el momento, el fideicomiso mercantil se encuentra ampliamente regulado en la legislación ecuatoriana. La Ley de Mercado de Valores ecuatoriana (2006) es la norma que regula y define los negocios fiduciarios. La Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, publicada en el Registro Oficial Suplemento 249 de fecha 20 de mayo de 2014, reformó la referida Ley de Mercado de Valores y la agrega como Libro II al Código Orgánico Monetario y Financiero, según su publicación en el Registro Oficial Suplemento 332 de 12 de septiembre de 2014. La referida reforma establece ciertas limitaciones al fideicomiso de garantía, especialmente relacionadas a las instituciones del sistema financiero, las cuales, desde la reforma, solamente podrán ser beneficiarias de fideicomisos de garantía que respalden aquellos créditos taxativamente establecidos, entre los cuales están, además de aquellos que puedan garantizarse con fideicomisos que cuenten en su patrimonio autónomo con materia prima y otros bienes que expresamente determine la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, los créditos de vivienda; préstamos para la construcción de proyectos inmobiliarios; créditos para infraestructura dentro del marco de la formación bruta de capital fijo; préstamos de inversión pública; préstamos sindicados con banca pública o bancos multilaterales; y créditos con respaldo de los Fondos de Garantía Crediticia.<sup>20</sup>.

Junto con la limitación antes referida, la norma también hace alusión a la prohibición de fideicomitir vehículos a fideicomisos mercantiles en garantía, sin perjuicio de lo cual la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera ha establecido que dicha prohibición es exclusiva para vehículos livianos, esto es, los que tienen un peso menor a 3.5 toneladas y están destinados al transporte de personas o bienes, salvo el caso de las instituciones del sistema financiero, para las cuales prevalece la prohibición de contar con fideicomisos mercantiles en garantía sobre todo tipo de vehículos, sin distinción de tonelaje o finalidad, sea para transporte público o privado de personas o bienes, a excepción de maquinarias o equipos que se utilicen en actividad productiva (arts. 1, 2, 3 RJPMF 385/2017).

---

<sup>20</sup> Art. innumerado posterior al art. 120 de la Ley de Mercado de Valores (2006).

### 2.2.2. Intervinientes

Resulta de interés señalar que, en la legislación colombiana, el art. 1226 del Código de Comercio determina el concepto de la fiducia mercantil:

«Art. 1226. Concepto de la fiducia mercantil. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste (*sic*) o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios» (CC/1971).

En la legislación ecuatoriana, el art. 109 de la Ley de Mercado de Valores (2006) contiene la definición del fideicomiso mercantil:

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

El patrimonio autónomo, esto es el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, también se denomina fideicomiso mercantil; así, cada fideicomiso mercantil tendrá una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato a efectos de distinguirlo de otros que mantenga el fiduciario con ocasión de su actividad. Cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal, quien ejercerá tales funciones de

conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato. El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato».

De ambas definiciones citadas podemos inferir que las partes intervinientes en cualquier fideicomiso mercantil serán: el constituyente, el fiduciario y el beneficiario.

El constituyente, será cualquier persona natural o jurídica, natural o extranjera que suscribe el contrato inicial de fideicomiso y que transfiere —a título de fideicomiso mercantil irrevocable— sus bienes o derechos al patrimonio autónomo.

Teniendo en consideración que en el presente estudio se propone el análisis de la figura desde la perspectiva mercantil<sup>21</sup>, el fiduciario será exclusivamente una persona jurídica, debidamente reconocida y autorizada por la autoridad gubernamental competente<sup>22</sup>, misma que tendrá bajo su responsabilidad la representación legal del fideicomiso y la administración prudente y diligente del patrimonio autónomo constituido.

El tercer partícipe en un fideicomiso mercantil es el beneficiario, que es la persona en favor de quien se realiza el negocio. En la figura del constituyente puede también confluir la del beneficiario, siendo que el negocio podría realizarse en beneficio de quien lo creó, o un tercero designado por el beneficiario inicial a quien le han sido cedidos y transferidos los derechos fiduciarios. Incluso, podrá ser beneficiario una persona cuya existencia se espera, en cuyo caso, mientras este supuesto de existencia no se dé, será el propio constituyente el que ejerza esta calidad.

En Ecuador, como se desprende de la definición legal antes citada, al momento de la celebración del fideicomiso mercantil se crea una persona jurídica independiente de las tres

---

<sup>21</sup> Lo que antes hemos denominado «profesionalización del negocio fiduciario».

<sup>22</sup> En Ecuador, será una sociedad anónima debidamente autorizada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Valores y Seguros (art. 97 LMV/2006)

partes antes referidas —constituyente, beneficiario y fiduciario— e independiente de cualquier tercero. Esta persona jurídica denominada fideicomiso sobrevive a la presencia de cualquiera de sus integrantes<sup>23</sup>. En el caso de la desaparición del fiduciario al fideicomiso se le asignará un nuevo administrador fiduciario y sus instrucciones continuarán teniendo la vigencia supuesta desde la constitución. Cuando los beneficiarios o constituyentes dejan de existir, aquellos derechos fiduciarios que constituyen derechos personales para dichas partes son transferidos siguiendo las reglas de la sucesión.

Revisemos ahora algunas particularidades del fideicomiso en garantía. Como quedó señalado, en este tipo de negocios se presupone la existencia de una deuda cuyo cumplimiento requiere ser afianzado.

Pueden existir uno o varios constituyentes, quienes, como hemos dicho, serán los titulares de los bienes a aportarse al patrimonio autónomo. Es importante aclarar que dichos constituyentes no son siempre los deudores. Por ejemplo, puede tratarse de un emprendedor que no tiene activos para concretar su negocio, ni bienes para preñarlos o hipotecarlos, en cuyo caso un tercero de su confianza podría aportar el bien al patrimonio autónomo para afianzar el crédito que otorga el acreedor.

Una particularidad en este tipo de negocios es que la figura del beneficiario recae siempre en el constituyente o en la persona a quien dicho constituyente ceda sus derechos fiduciarios. Se podría pensar, equivocadamente, que el beneficiario de un fideicomiso de garantía es el acreedor. Sin embargo, lo que este contabilizará dentro de sus activos será una cuenta por cobrar y no un derecho fiduciario. En este sentido, el acreedor será el destinatario del flujo producto de la venta del bien fideicomitado en caso de incumplimiento en el pago de la deuda afianzada, o ser el destinatario del bien en sí mismo si se ha previsto la dación en pago. El beneficiario por su parte tendrá derecho a solicitar a la fiduciaria la restitución del bien fideicomitado cuando se ha cumplido con la obligación crediticia, o la restitución del

---

<sup>23</sup> Salvo que en el texto se hubiere estipulado como una causal de terminación del contrato, la muerte o la cancelación de cualquiera de los integrantes.

remanente si se activó el proceso de ejecución y como resultado de la venta del bien quedó un valor sobrante.

Los acreedores pueden ser uno o varios. De igual forma, puede existir una sola deuda garantizada o varias. Si existe uno o varios constituyentes, pero es solo una la deuda garantizada, estaremos hablando de un fideicomiso de garantía individual. Por otro lado, si existen varios constituyentes, cada uno responsable de una deuda determinada, estaremos ante un fideicomiso de garantía masivo, cuyo fin es garantizar con los bienes aportados por cada constituyente (y/o con su producto), el cumplimiento de la obligación por la cual cada constituyente será responsable, según se determine en el contrato.

### 2.2.3. Descripción gráfica

## Fideicomiso de Garantía



Figura 1. Descripción gráfica del fideicomiso de garantía. (Elaboración propia)

## 2.3. El proceso de ejecución

### 2.3.1. Concepto

En el contrato de fideicomiso mercantil, al ser un contrato regido por el Derecho privado, prima la autonomía de la voluntad de las partes, gracias a la cual, deudor y acreedor (y

fiduciario, por supuesto) pueden acordar los términos y plazos del proceso de ejecución de la garantía y las condiciones de ejecución o restitución del bien fideicomitado.

El proceso de ejecución de la garantía no implica una acción civil o un proceso judicial, sino la efectivización de un acuerdo formal con fuerza de ley para las partes contratantes.

### 2.3.2. El proceso en la práctica

De acuerdo con la práctica de la administración fiduciaria en Ecuador, el proceso de ejecución pactado responde a los siguientes puntos de actuación:

- El acreedor comunica al administrador fiduciario sobre el incumplimiento del deudor.
- El administrador, a su vez, pone en conocimiento del deudor dicha comunicación.
- El deudor tiene un tiempo para cumplir con su obligación o para demostrar que la ha cumplido con anterioridad, en cuyo caso, el procedimiento de ejecución se detiene.
- Si el deudor no se pronuncia, el procedimiento de ejecución continúa con la terminación del contrato, cualquiera que fuera el título por el que se hubiera mantenido el bien en posesión del deudor.
- Si el deudor cumple con el contrato y devuelve el bien en el plazo acordado por las partes a la firma del convenio de adhesión correspondiente, se procede con la transferencia del bien de propiedad del fideicomiso, ya sea a título de compraventa a favor de un tercero, o a favor del acreedor a título de dación en pago dependiendo de lo que se haya establecido en el contrato suscrito por las partes y de lo que instruya el acreedor a la fiduciaria. El producto de la venta del bien es destinado a cancelar los créditos garantizados, y el remanente, de existir, es devuelto al deudor.
- En el procedimiento de ejecución establecido contractualmente en el fideicomiso, no es necesaria la actuación de un juez, ni tampoco existe la figura del embargo y el remate.
- Si el deudor no devuelve voluntariamente el bien, incumpliendo lo establecido en el contrato por el cual este le fue entregado, el fideicomiso podrá iniciar una acción judicial o arbitral, dependiendo de la jurisdicción establecida en el fideicomiso, para que el tribunal correspondiente declare terminado dicho contrato y obligue con fuerza de sentencia al deudor a devolver el referido bien.

- Los bienes del fideicomiso mercantil pertenecen al patrimonio autónomo, lo cual los vuelve inembargables, estando además prohibida su sujeción a medidas preventivas o de precautela, por parte de los acreedores del deudor o del fiduciario, salvo que en el contrato se hubiere dispuesto expresamente lo contrario.

## 2.4. Propuesta de Regulación del fideicomiso mercantil de garantía en España

### 2.4.1. Situación de la figura y mercantilización

Como lo hemos señalado ya, el fideicomiso mercantil de garantía no se encuentra regulado como tal en el ordenamiento jurídico español. Según las guías jurídicas de la Fundación Wolters Kluwer, «todas las referencias al negocio fiduciario son siempre doctrinales o jurisprudenciales» (Guías jurídicas, s.f.).

La jurisprudencia española<sup>24</sup> ha tratado al fideicomiso exclusivamente desde una óptica civil, como un negocio jurídico en el que no hay transferencia verdadera de propiedad, sino una mera apariencia jurídica que podría incluso derivar en un acto simulado, que presupone la devolución del bien transferido a su titular inicial una vez cumplida una condición.

Salvo por el equivocado concepto de la simulación, la figura jurisprudencial y doctrinaria del fideicomiso es similar al concepto que se deriva del Derecho romano, y se diferencia del fideicomiso mercantil de garantía previsto en la legislación ecuatoriana por marcados elementos, tales como el carácter mercantil de la negociación y la fuerza con la que se ha administrado la institución por décadas para la implementación de transacciones entre acreedores y deudores.

Cubrir al fideicomiso de una coraza mercantil, involucra, como hemos señalado en líneas anteriores, que el administrador del negocio sea una persona especializada en aquello<sup>25</sup> y no

---

<sup>24</sup> Tal es el caso de lo establecido en la Sentencia de 9 de junio de 2020 (STS1590/2020).

<sup>25</sup> En Ecuador, una sociedad anónima debidamente autorizada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. En Colombia, generalmente bancos u otras instituciones del sistema financiero.

cualquier persona natural, incluso sin experiencia, como es el caso de una madre con los bienes de su hijo o el caso de un amigo que confía en otro para poder llevar a cabo la transferencia basado en la confianza. El esquema fiduciario que se maneja en la jurisprudencia española no prevé la existencia de un ente especializado en la administración del negocio, toda vez que el mismo dista de ser mercantil.

La mercantilización que se propone, involucra además que el patrimonio de propósito específico, o patrimonio autónomo, no sea considerado como un acto inventado por los contratantes que carece de denominación legal y que aparenta ser algo que no es, como una compraventa que terminaría catalogándose como simulada al no existir intercambio de cosa por precio y al tener el supuesto comprador que devolver el bien, a quien supuestamente se lo ha vendido cuando este haya terminado de pagar una deuda con un tercero.

#### 2.4.2. Tipos de fideicomiso existentes en la jurisprudencia española

Dos son los tipos de fideicomiso que se distinguen en la jurisprudencia española: la *fiducia cum amico* y la *fiducia cum creditore*, ambas figuras del Derecho romano, antecedentes del fideicomiso mercantil de administración y de garantía, respectivamente.

En la *fiducia cum amico*, a la cual se refiere la jurisprudencia española<sup>26</sup>, la persona a quien se transfiere el bien fideicomitado no es el dueño real de la cosa transferida. Predomina la apariencia y la confianza del fiduciante o constituyente en aquella persona que simulará ser el dueño, sabiendo que no lo es realmente. Podría confundirse el acto con un negocio de causa ilícita o inexistente en el que el consentimiento de las partes contratantes, pese a que podría

---

<sup>26</sup> La Sentencia del 16 de julio de 2001 (STC6201/2001), señala cuál es el compromiso del fiduciario en la *fiducia cum amico*, la cual consiste en su compromiso de tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero llamado beneficiario. Explica la sentencia que, en este caso, no existe titularidad real, pues el fiduciario es un dueño o auténtico, sino meramente formal o aparente. Se trata entonces de una figura de confianza en la que sobresale el interés del constituyente.

aparecer viciado, ha sido considerado válido judicialmente<sup>27</sup>. No se trata entonces de un acto puramente simulado, pues el fideicomiso existe y su causa ha sido declarada válida, aunque pareciera lo contrario.

En esta figura que es parte del Derecho civil, no mercantil, el fiduciario tiene una titularidad frente al fiduciante que no es completa. El fiduciario tiene propiedad fiduciaria respecto del bien, mientras que quien le ha transferido el dominio en inicio es, en la práctica, el verdadero dueño.

El segundo tipo de fideicomiso al que dispensa tratamiento la jurisprudencia española es la *fiducia cum creditore*, a la cual ya se ha dedicado un apartado en el presente estudio. Si bien esta fiducia es el antecedente del fideicomiso en garantía, conjuga en la práctica las mismas características de la *fiducia cum amico*, pues el negocio advierte la obligación del fiduciario, que es el acreedor, de devolver o restituir el bien fideicomitado a quien se lo transfirió, una vez que la obligación de pago de una deuda contraída con dicho fiduciario haya sido cumplida a cabalidad. En este caso, también podemos decir que existe un verdadero pacto o contrato entre las partes, el mismo que se compone de dos facetas: por un lado, la transferencia del dominio, y por otro, la alternativa de devolver el bien al cumplimiento de la condición.

Nuevamente nos encontramos ante la peligrosa posibilidad de considerar a este negocio como uno de venta simulada en garantía de un préstamo, en la que el precio no es sustancial para la naturaleza del contrato y en la que la transferencia de la propiedad está siempre sujeta a su devolución, con el riesgo de que el fiduciario incumpla el pacto y vulnere la real intención del mismo, disponiendo del activo fideicomitado en favor propio incluso si el fideicomitente hubiera cancelado su deuda. La ilicitud de la figura, sin embargo, se ha marcado por la licitud

---

<sup>27</sup> La Sentencia de 29 de febrero de 1996 (STS1293/1996) establece la validez del contrato no obstante haberse expresado una causa falsa, cuando se demuestra que está basado en una verdadera y válida.

del fin que persigue el pacto, por tanto, si el negocio ha nacido de forma lícita, la figura en general se considerará igualmente lícita.

Siendo que a través de la *fiducia cum credidore* el dueño inicial del bien le transfiere al fiduciario la propiedad de dicho bien de forma condicionada, otorgándole mediante esta transferencia el derecho de uso a quien dicha cosa se transfiere, parecería que, para la jurisprudencia española, el fideicomiso, que es de orden civil y no mercantil, se asemeja más al comodato que a la propiedad fiduciaria prevista en la legislación ecuatoriana, analizada a profundidad en los acápites precedentes.

La legislación española no contempla entre sus normas de Derecho mercantil la figura del fideicomiso de garantía. Como se puede ver en la explicación que hemos dado sobre la *fiducia cum amico* y la *fiducia cum creditore*, no existe en el marco jurídico español una definición clara de propiedad fiduciaria. La inexistencia de esta figura se basa en el concepto de propiedad que rige en el Derecho civil español, que impide pensar en la propiedad fiduciaria, toda vez que, según ESTRADA (2010), «está asumido en el ámbito jurídico que un dominio dividido de estas características contradice el concepto de propiedad de nuestro ordenamiento que la considera como un poder unívoco y opuesto a toda división» (p. 2).

#### 2.4.3. Viabilidad de la inclusión de la figura fiduciaria en el marco jurídico español

Jerónimo GONZÁLEZ, precursor del estudio del fideicomiso en España, elimina la división que hemos advertido anteriormente respecto de la aparente transferencia de dominio y la intención final que la implementación del fideicomiso presupone, que es la de devolver el bien a su dueño inicial. Para evitar esta fusión del Derecho español con el Derecho romano que no tiene cabida en virtud de la imposibilidad de considerar al derecho de dominio como uno susceptible de división, GONZÁLEZ prefiere referirse no al fideicomiso o a la fiducia como una institución, sino que habla en sus textos de «finalidad fiduciaria» (TOMÁS, 2004, p. 295).

Desde mi visión, lo que han hecho la doctrina y la jurisprudencia españolas es circunscribir el negocio fiduciario a una mera intención *inter partes*, por cuanto se ha tratado la figura desde el Derecho civil y no desde el mercantil.

En el fideicomiso mercantil regulado en Ecuador, la transferencia de dominio se realiza a una persona jurídica con personalidad propia que es independiente del constituyente, del beneficiario e incluso del fiduciario, situación que le permite al patrimonio autónomo subsistir ante la muerte o desaparición de cualquiera de las tres partes mencionadas, toda vez que se trata de un negocio cuyos efectos son *erga omnes*.

El fideicomiso mercantil que prevea la transferencia plena del dominio de un activo a un patrimonio autónomo para que este sea administrado por un agente fiduciario especializado, en beneficio del propio constituyente o de un tercero, podría ser incluido en el Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio de España (RDL 1885) y, aunque la intención de mercantilizar la figura ha quedado justificada en líneas anteriores, al ser la figura fiduciaria considerada garantía adecuada, podría también incluirse en el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil español, el cual contiene en su Título XV, la definición, alcance y requisitos de los contratos de prenda, hipoteca y anticresis (art. 1857 RDL 1889).

### 3. Conclusiones

**PRIMERA.-** El fideicomiso es una figura que surge del Derecho romano y cuya utilización ha ido evolucionando con el paso del tiempo.

**SEGUNDA.-** En la legislación ecuatoriana, el fideicomiso mercantil se encuentra regulado en la Ley de Mercado de Valores (2006) y en la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros (RJPMF 385/2017). En la legislación española, el fideicomiso mercantil no se encuentra regulado, sin embargo, se revisa la figura desde la doctrina y la jurisprudencia por su utilización práctica.

**TERCERA.-** En el Derecho español, la propiedad es indivisible y no se concibe la idea de una propiedad fiduciaria que involucre una ficción jurídica que obligue al fiduciario a devolver el bien fideicomitado al fideicomitente.

**CUARTA.-** En el Derecho ecuatoriano, el fideicomiso es una persona jurídica *per se*, a la cual el fideicomitente le transfiere *erga omnes* la propiedad de sus bienes para que un tercero denominado fiduciario los administre en favor del beneficiario.

**QUINTA.-** Contar con la figura del fideicomiso mercantil, cuya administración se encuentra a cargo de una persona especializada, como es el caso de una sociedad autorizada por el ente de control correspondiente para el efecto o el caso de un banco u otra institución del sistema financiero, amplía la posibilidad de expansión del mercado al permitir a los deudores acceder a créditos con garantías de ejecución efectiva.

**SEXTA.-** Si el fideicomiso se analiza desde una perspectiva mercantil y no civil, se puede advertir en el mismo una estructura de seguridad jurídica para las partes que la celebran y para terceros que se benefician de ella. Dista del riesgo de que el fiduciario pueda disponer libremente del patrimonio que se le ha transferido y conduce dicho patrimonio a un propósito exclusivo cuyo cumplimiento se sujeta a lo establecido clara y expresamente en un contrato solemne.

**SÉPTIMA.-** En el fideicomiso mercantil, al ser un contrato en el cual prima el principio de autonomía de la voluntad, son las partes contractuales las que definen el procedimiento

que se debe seguir en el evento de incumplimiento por parte del deudor en el pago de sus obligaciones con el acreedor correspondiente. No se requiere, por tanto, una ejecución por vía judicial, situación que involucra para todos los sujetos implicados, ahorro de tiempo y dinero.

**OCTAVA.-** El contrato de fideicomiso de garantía es, a mi criterio, susceptible de ser incluido en la legislación española mercantil como una propuesta de ampliación del esquema de garantías actualmente existente, sin que su implementación vulnere el concepto de dominio arraigado en su sistema al no ser este dividido, sino al tratarse de una transferencia de propiedad absoluta que conforma un patrimonio independiente, que basa su vida y autonomía en el contrato de constitución celebrado por las partes.

## Referencias bibliográficas

### Bibliografía básica

ARNAU MOYA, F. Lecciones de Derecho Civil II. Obligaciones y Contratos. Castello de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I, 2008.

BACHELET, M. Mensaje de S.E la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de Ley que regula la obligación de ciertas autoridades públicas de constituir un mandato especial de administración ciega de patrimonio y de enajenar activos, en los casos y forma que se indica. En Cámara de Diputados de Chile [en línea]. 30 de mayo 2008 [consulta: 5 mayo 2021].

Disponible en:

<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=6097&prmTIPO=INICIATIVABACHELET>

BCE, 2020. La economía ecuatoriana decreció 12.4% en el segundo trimestre de 2020. En BCE [en línea]. [consulta: 1 mayo 2021]. Disponible en:

<https://www.bce.fin.ec/index.php/boletines-de-prensa-archivo/item/1383-la-economia-ecuatoriana-decrecio-12-4-en-el-segundo-trimestre-de-2020#:~:text=Seg%C3%BAn%20datos%20de%20las%20Cuentas,trimestral%20observada%20desde%20el%202000>

BATIZA, R. El fideicomiso. Teoría y práctica. 3ª ed. México DF: Porrúa, 1976.

CEPAL. Informe Especial No. 4. Informe COVID-19. Sectores y empresas frente al COVID-19: emergencia y reactivación. En CEPAL repositorio [en línea]. 2020. [consulta: 1 mayo 2021].

Disponible en:

[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45734/4/S2000438\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45734/4/S2000438_es.pdf)

ESTRADA, E. El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica. Proyección de la cesión en confianza para adscribir patrimonios a un encargo de gestión en el ordenamiento jurídico español. 1ª ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2010.

FARIZA, I. La Pandemia se llevó en 2020 un 10,8% del PIB español, dos décimas menos de lo previsto. En El País [en línea]. 2021. [consulta: 3 mayo 2021]. Disponible en:

<https://elpais.com/economia/2021-03-26/el-pib-cayo-un-108-en-2020-dos-decimas-menos-de-lo-inicialmente-calculado.html>

FUENTESECA, M. «La *causa fiduciae* no existe en España». Revista Internacional de Derecho Romano [en línea]. 2017, núm. 19, pp. 133-152 [consulta: 1 mayo 2021]. ISSN 1989-1970. Disponible en: [http://www.ridrom.uclm.es/documentos19/fuenteseca19\\_pub.pdf](http://www.ridrom.uclm.es/documentos19/fuenteseca19_pub.pdf)

GEORGIEVA, K. Coronavirus: las oscuras proyecciones del FMI sobre la economía mundial por los efectos del coronavirus. En: BBC News [en línea]. 2021. [consulta: 1 mayo 2021]. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52225918>

JORDANO, J. «Sobre el negocio fiduciario. A propósito de un libro de Messina», pp. 1258-1265. En: Anuario de Derecho Civil, BOE [en línea]. 1950 [consulta: 11 mayo 2021]. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-1950-40125801265](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1950-40125801265)

KIPER, C. y LISOPRAWSKI, S. Tratado de Fideicomiso. 1ª ed. Buenos Aires: LexisNexis Depalma, 2003.

«Negocio fiduciario». *Wolters Kluwer*. [consulta: 11 junio 2021]. 23h59. Disponible en: [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA MtMSbF1jTAAAUjYxNTtbLUouLM\\_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoALJ82\\_jUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA MtMSbF1jTAAAUjYxNTtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoALJ82_jUAAAA=WKE)

MALUMIÁN, N., DIPLOTTI, A. y GUTIÉRREZ, P. Fideicomiso y Securitización: análisis legal, fiscal y contable. 1ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2001.

MANRIQUE, C. La fiducia de garantía. 1ª ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Ibáñez, 1998.

OCDE. Making Development Happen. Impacto macroeconómico del Covid-19 en Ecuador: Desafíos y Respuestas. En OECD [en línea]. 2021. [consulta: 1 mayo 2021]. Disponible en: <https://www.oecd.org/dev/Impacto-macroeconomico-COVID-19-Ecuador.pdf>

RODRÍGUEZ-AZUERO, S. Negocios Fiduciarios: su significación en América Latina. 1ª ed. Bogotá: Legis, 2005.

RODRIGUEZ-AZUERO, S. «El fideicomiso mercantil contemporáneo». *Icade*. 2007, núm. 70, p. 7-55. [consulta: 5 mayo 2021]. 02 12-7377. Disponible en: <https://revistas.comillas.edu/index.php/revistaicade/article/view/637/528>

TOMÁS, G. «Fiducia, negocio fiduciario y titularidad fiduciaria: un recorrido a través de la doctrina y la jurisprudencia». *Estudios de Deusto*. 2004, vol. 52, núm. 1, 289-314. [consulta: 11 junio 2021]. Disponible en: <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/438>

### Legislación citada

Real Decreto 1885, de 22 de agosto, del Código de Comercio. *Boletín Oficial del Estado*, 16 de octubre de 1885, núm. 289, p. 6627. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1885/BOE-A-1885-6627-consolidado.pdf>

Real Decreto 1889, de 24 de julio, del Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 25 de julio de 1889, núm. 206, p. 4763. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

Ley, de 26 de agosto, general de títulos y operaciones de crédito. *Diario Oficial de la Federación*, sección segunda, 27 de agosto de 1932, núm. 50, p. 1. Disponible en: [https://www.dof.gob.mx/nota\\_to\\_imagen\\_fs.php?cod\\_diario=186524&pagina=1&seccion=2](https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=186524&pagina=1&seccion=2)

Ley, de 20 de agosto, de Código de Comercio. *Registro Oficial Suplemento*, 20 de agosto de 1960, núm. 1202, p. 1137. Disponible en: <https://total.finder.lexis.com.ec/WebTools/LexisFinder/ImageVisualizer/ImageVisualizer.aspx?id=251487B670A9D58FB795B040ED85D3A0BCFE75DC&type=RO&pagenum=1>

Decreto Ley 857, de 30 de octubre, de Títulos de Crédito. *Registro Oficial*, 9 de diciembre de 1963, núm. 124, p. 1-27. Disponible en: <https://total.finder.lexis.com.ec/WebTools/LexisFinder/ImageVisualizer/ImageVisualizer.aspx?id=42CC0A6569006AF5D46F63C0BAA44043200B13FF&type=RO>

Decreto Ley 1192, de 12 de diciembre, General de Operaciones de Crédito. *Registro Oficial*, 19 de diciembre de 1963, núm. 133, p. 1177. Disponible en:

<https://total.finder.lexis.com.ec/WebTools/LexisFinder/ImageVisualizer/ImageVisualizer.aspx?id=D79EECDA3304807109F5BE7F2321A1FAD632AAD8&type=RO>

Ley 111, de 26 de febrero, de establecimiento de bolsas de valores como compañías anónimas. *Registro Oficial*, 26 de marzo de 1969, núm. 144, p. 2. Disponible en: <https://total.finder.lexis.com.ec/WebTools/LexisFinder/ImageVisualizer/ImageVisualizer.aspx?id=E317B94E44E6A4E4ED16D9BC8B92A4558C15E9FA&type=RO>

Decreto Ley, de 27 de marzo, de Código de Comercio de Colombia. *Diario Oficial*, 16 de junio de 1971, núm. 33.339. Disponible en: <https://libros.metabiblioteca.org/bitstream/001/337/8/Codigo-de-Comercio.pdf>

Ley 31, de 26 de mayo, de Mercado de Valores. *Registro Oficial Suplemento*, 28 de mayo de 1993, núm. 199, p. 3. Disponible en: <https://total.finder.lexis.com.ec/WebTools/LexisFinder/ImageVisualizer/ImageVisualizer.aspx?id=FCDA91FA6959EADD7B73E1976734D42F37332A9C&type=RO>

Ley, de 24 de enero, de Mercado de Valores. *Registro Oficial Suplemento*, 22 de febrero de 2006, núm. 215, p. 1. Disponible en: <https://total.finder.lexis.com.ec/WebTools/LexisFinder/ImageVisualizer/ImageVisualizer.aspx?id=6DA35F3BBE543446F09CCAA169B3015FD5A6816C&type=RO&pagenum=1>

Ley orgánica, de 29 de abril, para el fortalecimiento y optimización del sector societario y bursátil. *Registro Oficial Suplemento*, 20 de mayo de 2014, núm. 249, p. 1. Disponible en: <https://total.finder.lexis.com.ec/WebTools/LexisFinder/ImageVisualizer/ImageVisualizer.aspx?id=AE0BE294C4F460AE1C7CC380904F2542DA4CD876&type=RO>

Código orgánico, de 2 de septiembre, monetario y financiero. *Registro Oficial Segundo Suplemento*, 12 de septiembre de 2014, núm. 332, p. 1. Disponible en: <https://total.finder.lexis.com.ec/WebTools/LexisFinder/ImageVisualizer/ImageVisualizer.aspx?id=AB61F9981166CDE4AECFCBCC180964ED0226C9AB&type=RO>

Resolución de la Junta de Política Monetaria 385, de 24 de julio por la que se Codifican las Resoluciones de la Junta de Política Monetaria. *Registro Oficial*, 24 de Julio de 2017. Disponible

en: [https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2018-10/%281%29Documento\\_Codificacion-de-Resoluciones-Monetarias-Financieras-de-Valores-y-Seguros-LIBRO-I.pdf](https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2018-10/%281%29Documento_Codificacion-de-Resoluciones-Monetarias-Financieras-de-Valores-y-Seguros-LIBRO-I.pdf)

### **Jurisprudencia referenciada**

Sentencia de 29 de febrero de 1996, *causa falsa*, STS1293/1996, ES:TS:1996:1293

Sentencia del 16 de julio de 2001, *fiducia cum amico*, STC6201/2001, ES:TS:2001:6201

Sentencia del 10 de diciembre de 2019, *fiducia cum creditore*, SAP M 17218/2019, ES:APM:2019:17218

Sentencia de 9 de junio de 2020, *propiedad fiduciaria*, STS1590/2020, ES:TS:2020:1590

## Listado de abreviaturas

Art./art.	Artículo/artículo.
CC	Código de Comercio.
LGOC	Ley General de Operaciones de Crédito.
LGTOC	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
LMV	Ley de Mercado de Valores.
RJPMF	Resoluciones de la Junta de Política Monetaria y Financiera.