**EL ABUSO DEL FIDEICOMISO EN LA
INSOLVENCIA FRAUDULENTA**

Dr. Juan Fernando Almeida

Abstract: El presente artículo intenta analizar desde nuestra perspectiva la manera en la que, lastimosamente, una figura extremadamente útil y necesaria para el desarrollo de negocios como es el fideicomiso mercantil, ha sido también utilizada dolosamente para distraer del patrimonio del deudor bienes en perjuicio de acreedores. Arrancaremos con un análisis breve de la institución del fideicomiso, para pasar a analizar que casos ha analizado el legislador como punibles para lo cual ha tipificado estas acciones.

1.- Orígenes de Fideicomiso:

Creo que debemos arrancar con una definición etimológica de la palabra fideicomiso, y tenemos que proviene del latín "Fideicommissum", que se contiene de "Fides" que quiere decir confianza o fe, y de "Commissum" que quiere decir comisión, a lo que vendría a significar una comisión de confianza.¹

Si bien su nacimiento fue en Roma, dentro de los primeros cuatro períodos de su historia, para mi criterio empieza a tomar fuerza bajo el sistema anglosajón, el denominado TRUST. Aquí surge el contrato de fideicomiso como aquel en el cual una persona denominada "settlor" transfiere la propiedad de bienes individualizados a otra persona denominada "trustee" a fin de que con ellos o los administre en favor de uno o más beneficiarios, o transfiera la propiedad de estos bienes a estos beneficiarios, cumplido un plazo o una condición específica.²

Ya en el Ecuador, podemos analizar que existía desde 1970 con la expedición del Código Civil, el denominado Fideicomiso civil o de propiedad Fiduciaria³; pero bajo una figura de una limitación de dominio, por la cual la propiedad fiduciaria estaba sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. Esta figura realmente tuvo poco o ningún uso y no es sino hasta la expedición de la Ley de Mercado de Valores en el año 1998 cuando ingresa en el ámbito jurídico la figura del fideicomiso mercantil, que está definido en el Art. 109 del indicado cuerpo legal que nos dice:

"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

¹ <http://etimologias.dechile.net/?fideicomiso>

² Martín Santisteban, Sonia. Qué es un trust? . legaltoday.com/practica-jurídica/derecho-penal/penal/que-es-un-trust--/

³ Código Civil ecuatoriano. Art. 748 y siguientes. Registro Oficial Suplemento del 24 de junio del 2005.

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".⁴

Ya en relación a los tipos de fideicomiso mercantil que nuestra legislación acepta, se encuentran enumerados no por la ley de mercado de valores, sino por la Codificación de Resoluciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, que señala que los fideicomisos mercantiles son de inversión, de administración, de garantía e inmobiliario.⁵

2.- Características del Fideicomiso Mercantil:

De la definición que nos establece la ley de Mercado de Valores de Ecuador, podemos rescatar varios elementos importantes que caracterizan al fideicomiso mercantil:

- a) **PATRIMONIO AUTONOMO:** Por el contrato de fideicomiso mercantil se forma un patrimonio autónomo que está constituido por los derechos y obligaciones afectados a una finalidad, y que existe como efecto jurídico del contrato de fideicomiso. Este patrimonio es independiente del de sus constituyentes, de sus administradores e incluso de sus beneficiarios mientras estos bienes no pasen a su dominio mediante un acto denominado restitución.
- b) **PERSONERIA JURIDICA:** Cada patrimonio autónomo creado por el fideicomiso mercantil, esta dotado de personería jurídica. Solamente de acuerdo a la ley, esta persona jurídica es representada legalmente por el fiduciario. Esto es importante pues solamente una entidad calificada por la Superintendencia de Compañías y debidamente acreditada, puede ser una sociedad Administradora de Fideicomisos,

⁴ Ley de Mercado de Valores. Codificación. 24/enero/2006.

⁵ Codificación Resoluciones Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Título XII, Capítulo I, Sección IV.

lo que brinda en inicio un mayor control por parte de entidades de control. Es interesante, además, que si bien la ley determina que el fideicomiso mercantil no es una sociedad ni civil ni mercantil, si indica que es una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones y le confiere personalidad jurídica. Contrario a otros entes ficticios capaz, como el caso del Consorcio por ejemplo, que pese a poder incluso firmar contratos con el Estado, no están revestidos de personería jurídica.

- c) **TRANSFERENCIAS AL FIDEICOMISO MERCANTIL:** Las transferencias de los bienes muebles o inmueble que se hacen a título de fideicomiso mercantil, la ley establece que no son ni onerosa ni gratuita. Establece que no determina provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario, y solo se da como medio necesario para poder cumplir con las finalidades del contrato. Por ello, incluso, las transferencias de dominio están exentas de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones, ya que no constituye un hecho generador para el nacimiento de una obligación tributaria.
- d) **BIENES QUE SE PUEDEN TRANSFERIR:** De acuerdo con su definición se pueden transferir a un fideicomiso bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporeales, actuales o futuros. Es decir que la variedad de activos que uno puede transferir a un fideicomiso abre una serie de alternativas interesantes, como por ejemplo transferir intangibles (derechos de propiedad industrial o intelectual, entre otros), o podría transferir derechos futuros (utilidades que se esperan de una empresa o negocio, regalías futuras por contratos de franquicia, para mencionar algunos).
- e) **NATURALEZA INDIVIDUAL:** El patrimonio autónomo que se origina es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que administre el fiduciario. De tal suerte que cualquier acción en contra del fiduciario, no podrá ir en conta de bienes de un patrimonio autónomo por el administrado.

- f) **TRANSFERENCIA TEMPORAL E IRREVOCABLE:** Aspecto fundamental es que los bienes que se transfieren, se lo hacen de manera temporal, no definitiva. Están en el patrimonio autónomo hasta que se cumpla el objeto, condición o plazo para el cual fueron aportados. Pero además que esta transferencia es irrevocable, es decir el constituyente luego no puede arrepentirse y cambiar la decisión. Una vez aportados al fideicomiso son parte de este patrimonio autónomo y por tanto solo salen del patrimonio cuando se cumple la condición, plazo u objeto para el cual se constituyó.

3.- Utilidad del Fideicomiso mercantil:

Esta estructura del fideicomiso, es muy útil para diversos hechos jurídicos y negocios. A modo de ejemplo, el establecer un fideicomiso en garantía, por ejemplo, para lograr créditos con instituciones financieras para el desarrollo de un negocio o de un contrato con una entidad estatal. Se requiere que el Banco preste una cantidad de dinero para arrancar con el mismo, pero no tengo cómo asegurar el repago de la deuda directamente hacia la institución financiera. Para ello constituyo un fideicomiso en garantía, en el cual apporto el flujo de los pagos que se me va a realizar por la entidad pública a fin de que la fiduciaria reciba en el fideicomiso y antes de entregar los mismos al constituyente, entrega la cuota mensual del préstamo al Banco. Genero certezas y disminuyo los riesgos.

La utilización del fideicomiso de administración, ha ayudado enormemente al crecimiento del negocio inmobiliario en el Ecuador. Un constructor que desea levantar un edificio de departamentos y que busca un terreno adecuado, no puede destinar demasiados recursos en la compra del mismo y el propietario del terreno no puede creer en que el negocio va a ser bueno y confiar en un pago futuro. La solución, pues se crea un fideicomiso de administración al cual se aporta el terreno y se condiciona el arranque del proyecto a la llegada del punto de equilibrio y solo ahí se inicia con el desembolso de los recursos para la construcción del mismo. El patrimonio autónomo se incrementa con los

dineros producto de la venta de los departamentos en planos, y así se estructura un negocio que genera confianza y seguridad.

Finalmente, voy a referirme a la utilización de fideicomisos para lo que llamamos planificación patrimonial. El derecho sucesorio es complejo y en Ecuador, coloca una serie de barreras que, para bien o para mal, obliga al causante a que sus bienes no puedan ser libremente dispuestos, como sucede en otras jurisdicciones. Muchas veces, hay clientes que están preocupados sobremanera del futuro de alguno o algunos de sus hijos. Porque no son lo suficientemente maduros o responsables. En estos escenarios la creación de un fideicomiso que se nutre de los bienes de los padres, y que establecen condiciones específicas para que los mismos pasen a poder de los hijos o que establecen cómo han de ser entregados, pues resulta enormemente útil para la tranquilidad de los padres.

No se trata de fideicomisos sucesorios, ya que estos no están regulados en el Ecuador, sino de fideicomisos a los que de cumplirse las condiciones estipuladas (por ejemplo, la graduación de la universidad o de una maestría), el cumplimiento de un plazo (que cumpla 30 años de edad) y más que pueden analizarse, estos bienes pasan o se adjudican a los beneficiarios, en la forma en la que los constituyentes hayan establecido.

Claro, ahora también se ha dado algunos casos en los que, se han aprovechado de la versatilidad de esta figura para hechos dolosos y delictivos. Desde constituir fideicomisos en garantía con el aporte de inmuebles supra valorados y que al momento de la ejecución se verifica que no cubre ni el 50% del monto entregado en préstamo; hasta su creación para sacar del patrimonio del deudor bienes muebles o inmuebles, dirigirlos a un fideicomiso y de esta manera evitar que el acreedor pueda cobrar obligaciones insolutas. Esta actuación dolosa está tipificada y sancionada de acuerdo al derecho penal ecuatoriano.

4.- La insolvencia fraudulenta:

Antes de entrar en el ámbito penal, debemos recordar que, la calificación de una persona, natural o jurídica, de un estado de insolvencia o de quiebra, conlleva necesariamente que le precedió un juicio o proceso civil de cobro de dinero, que derivó en una sentencia que le condenó al deudor al pago o al cumplimiento de ciertas obligaciones.

Una vez que se cuenta con una sentencia ejecutoriada, pues se procede con la ejecución de la misma, y luego del mandamiento de ejecución, que no sea cumplido por el deudor y que luego de verificar en los registros públicos correspondientes que no cuenta con bienes suficientes para el pago de la obligación, se inicia un proceso de insolvencia.

El Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 417 define las clases de insolvencia:

“Art. 417.- Clases de insolvencia. La insolvencia puede ser fortuita, culpable o fraudulenta. Es fortuita la que proviene de casos fortuitos o de fuerza mayor; es culpable la ocasionada por conducta imprudente o disipada de la o del deudor; y es fraudulenta aquella en que ocurren actos maliciosos del fallido, para perjudicar a los acreedores”⁶

Entonces vemos que, la calificación de la insolvencia va a depender del Juez de lo Civil que conozca la causa, toda vez que, en el auto de calificación e inicio del concurso de acreedores, debe declarar y calificar el tipo de insolvencia. “Eso significa que en todos los procesos concursales, y específicamente en el caso del concurso necesario que es analizado, se debe declarar la insolvencia en el auto inicial de acuerdo con el Art. 424 del COGEP”⁷

⁶ Código Orgánico General de Procesos. Suplemento. Registro Oficial No. 506. 22 de mayo del 2015.

⁷ Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Absolución de consultas. Oficio 171-2020-P-CPJP-YG. 3 de febrero del 2020.

Pues una vez que un Juez de lo Civil, hubiese declarado una insolvencia fraudulenta, pues ahí si entramos en el ámbito penal. Y debemos entonces citar lo que el Art. 205 del Código Orgánico Integral Penal nos indica:

“Art. 205.- Insolvencia Fraudulenta. La persona que a nombre propio o en calidad de representante legal, apoderada, directora, administradora o empleada de entidad o empresa, simule, por cualquier forma, un estado de insolvencia o quiebra para eludir sus obligaciones frente a sus acreedores, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”.⁸

Ahora bien, en nuestro ordenamiento también se sanciona la quiebra fraudulenta, tipificada en el Art. 207 del mismo cuerpo legal:

“Art. 207. Quiebra fraudulenta de persona jurídica. Cuando se trate de la quiebra de una sociedad o de una persona jurídica, toda o todo director, administrador o gerente de tal sociedad, contador o tenedor de libros que coopere en su ejecución será sancionado con pena privativa de la libertad de tres a cinco años”⁹

Analicemos pues, si este tipo penal, que refiere que la persona que simule por cualquier forma, un acto dirigido a eludir las obligaciones frente a los acreedores, incluye en su texto a los Fideicomisos. Hay teorías que hablan que un tipo penal así de abierto, podría incurrir en una ley penal en blanco.

Entendemos como ley penal en blanco, a “las disposiciones penales en donde la conducta prohibida no aparece explicitada, sino que, mediante una fórmula de reenvío, remiten a otra disposición legal...”¹⁰ La Corte Constitucional del Ecuador nos ha dicho que la insolvencia fraudulenta es una conducta punible, que se constituye por “los actos

⁸ Código Orgánico Integral Penal. Ley 0. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero del 2014.

⁹ Código Orgánico Integral Penal. Ob. Cit.

¹⁰ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 874-15-EP/21

maliciosos realizados por el fallido, con el único objeto de perjudicar a los acreedores en su patrimonio, mas no la deuda contraída”¹¹.

Es decir que, si la constitución de un Fideicomiso es un acto de simulación dirigido para perjudicar a los acreedores, ocultando bienes a fin de intentar evadir el pago de obligaciones, pues claramente vemos que si podría sancionarse esta conducta con este tipo penal.

Ahora bien, considero pertinente analizar, por qué razón se usaría un fideicomiso como una herramienta para lograr eludir responsabilidades de pago, ¿ocultando bienes del deudor? Pues la respuesta nos la entrega la Ley de Mercado de Valores, cuando en su artículo 121 nos dice:

“Art. 121. Inembargabilidad. - Los bienes del fideicomiso mercantil no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario, salvo pacto contrario previsto en el contrato. En ningún caso dichos bienes podrán ser embargados ni objeto de medidas precautelatorias o preventivas por los acreedores del fiduciario. Los acreedores del beneficiario, podrán perseguir los derechos y beneficios que a éste le correspondan en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso mercantil”.¹²

Entonces vemos claramente que si el constituyente deudor, traspasa su patrimonio a un fideicomiso mercantil, destinado a que sus beneficiarios (hijos, o terceros que se hayan prestado para tal efecto) sean los nuevos propietarios o se vean favorecidos por tal aportación fiduciaria, pues claramente leemos que es imposible para un acreedor actuar sobre tales bienes. No se pueden pedir medidas cautelares, no se puede embargar, no se

¹¹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 874-15-EP/21

¹² Ley de Mercado de Valores del Ecuador. Ob. Cit.

puede actuar contra tales bienes. Es decir, un acreedor quedaría maniatado en el cobro de su derecho. Y claro es esta actitud dolosa, la que el legislador busca cuidar que no ocurra y que de darse sea sancionado con pena privativa de la libertad.

Por otro lado, que sucede si es que prosperaría el criterio de que, al no estar específicamente señalado el fideicomiso mercantil dentro de los mecanismos determinados para sancionar la insolvencia fraudulenta, no sería punible un acuerdo fiduciario fraudulento, ¿quedaría esta conducta impune?

La respuesta es no. Nuestro legislador también de manera más específica, sanciona el uso fraudulento del fideicomiso, para todo ámbito y no solo para el caso de la insolvencia fraudulenta.

“Art. 313. Defraudaciones bursátiles. La persona que realice cualquiera de las siguientes actividades será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años:

.....5. Las personas que celebren, en forma fraudulenta, contratos de fideicomiso mercantil en perjuicio de terceros.”¹³

Esto quiere decir que, cualquier tipo de fraude fiduciario, está sancionado con una pena de prisión que, por mera coincidencia, es la misma en la que incurriría una persona, si Fiscalía lo procesara por insolvencia fraudulenta, claro que, en este caso en particular, no hace falta la declaración de juez sobre la insolvencia fraudulenta como en los otros.

Y este último análisis, me lleva a analizar un aspecto importante y es que, al referirse a un contrato de fideicomiso, que, pues se usó en forma fraudulenta, sin causa real, o con objeto ilícito, ¿es necesario que previamente un juez de lo Civil declare su nulidad?

¹³ Código Orgánico Integral Penal. Ob. Cit.

Para iniciar este análisis, me permito citar lo que nos dice el Art. 123 de la Ley de Mercado de Valores:

“Art. 123. Acciones por contratos fraudulentos. - El contrato de fideicomiso mercantil otorgado en fraude de terceros por el constituyente, o en acuerdo fraudulento de éste con el fiduciario, podrá ser impugnado judicialmente por los interesados, mediante las correspondientes acciones de nulidad, simulación o cualquiera otra prevista en la ley, según el caso; sin perjuicio de la acción y responsabilidad penal a la que hubiera lugar.”

Por otro lado, nuestro ordenamiento penal nos habla de la prejudicialidad en el Art. 414, que nos dice:

“Art. 414.- Prejudicialidad. - En los casos expresamente señalados por la Ley, si el ejercicio de la acción penal depende de cuestiones prejudiciales, cuya decisión compete exclusivamente al fuero civil, no podrá iniciarse el proceso penal antes de que exista auto o sentencia firme en la cuestión prejudicial.”¹⁴

De la revisión efectuada en el Código Orgánico Integral Penal, no he encontrado ningún artículo que, en el delito tipificado, introduzca la necesidad de una decisión previa ejecutoriada en la esfera civil. Sin embargo, si revisamos el texto del COIP sobre la prejudicialidad, nos habla de previstos en la Ley, con mayúscula, hecho que significa que es cualquier cuerpo legal, no solo el penal.

Si leemos a primera vista el Art. 123 de la Ley de Mercado de Valores antes citado, nos habla que se pueden impugnar judicialmente por los interesados mediante acciones de nulidad, simulación u otras. Es evidente que el primer interesado en demandar esta nulidad va a ser el acreedor perjudicado. ¿Pero esto implica una prejudicialidad

¹⁴ Código Orgánico Integral Penal. Ob. Cit.

expresamente manifestada? Parecería que no. Puesto que a renglón seguido indica que deja a salvo la acción penal pertinente. Es decir, abre la puerta para que se puedan iniciar las dos vías.

A mi criterio, esto puede llegar a ser un error. Y es que, a modo de ensayo, indicamos que se inician las dos acciones, un Tribunal penal termina condenando por un delito de defraudación bursátil al constituyente de un fideicomiso mercantil, que, a criterio de dicho Tribunal, uso fraudulentamente este medio para perjudicar a un acreedor. Sin embargo, un Juez de lo civil, en sentencia determina que no hay simulación ni nulidad que declarar. Entonces, donde queda la pena impuesta. ¿Será que, con esta sentencia, mediante recurso de revisión, pediría que se me ratifique la inocencia del constituyente al no existir nulidad? A veces el legislador no es lo claro que debe ser en la expedición de las leyes.

Finalmente, y para no agotar la paciencia del lector, me salta un aspecto adicional de análisis y es que, al existir dos tipos penales distintos, que se refieren a la misma conducta, ¿podría existir concurso real de infracciones?

Analicemos que el delito de insolvencia fraudulenta es un delito enmarcado dentro de los delitos contra la Propiedad, esto es que el bien jurídico protegido es el de la Propiedad. Mientras que el delito de Defraudación bursátil se encuentra dentro de los delitos contra el Régimen Monetario, es decir su bien jurídicamente protegido ya es la seguridad financiera y monetaria del país.

Entonces me gustaría citar la definición de concurso real de infracciones que nos trae el COIP, y nos dice:

“Art. 20. Concurso real de infracciones. Cuando a una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes se acumulará las

penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años”¹⁵

Ahora bien, son delitos autónomos e independientes si es que básicamente se refieren a una misma conducta. Para mi la respuesta es negativa. Por más que existan dos bienes jurídicamente protegidos distintos, no puede juzgarse dos veces por los mismos hechos a una persona. Bajo el principio “ne bis in idem”¹⁶, nadie puede ser procesado o penal de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido absuelto o condenado, y por tanto considero que sancionar con estos dos tipos penales la misma conducta, no sería posible.

5.- Conclusión.

Como hemos analizado, la utilización fraudulenta de un contrato de fideicomiso mercantil a fin de ocultar bienes del deudor o eludir el cumplimiento de obligaciones, se encuentra también tipificado y sancionado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La existencia de dos tipos penales que pudieran sancionar este hecho, nos permite tal vez prescindir de hechos previos como la declaración de fraudulenta de la insolvencia por un Juez de lo Civil. Si bien, a nuestro criterio, por ser un acto simulado sin causa real o de un objeto lícito, debiera ser conocido y resuelto previamente por un Juez de lo Civil, el texto de la Ley de Mercado de Valores deja expedita la vía penal sin perjuicio de la acción civil y por tanto no nos establece taxativamente un requisito de prejudicialidad. Pero, pese a tener dos tipos penales diferentes, a mi criterio no sería posible un concurso real de infracciones. Quien sabe, un concurso ideal, al subsumirse los dos tipos penales a la misma

¹⁵ Código Orgánico Integral Penal. Ob. Cit.

¹⁶ Manuel Jaén Vallejo. Principio constitucional “ne bis in idem”. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003

conducta, pero al tener los dos la misma pena de prisión, pues, no tendría mayor sentido.

No quiero dejar de resaltar, que, en el caso del Fideicomiso, bien podría ser analizada la actuación de la Fiduciaria y su participación en la instrumentación fraudulenta del fideicomiso. Habría que analizar cual fue su beneficio para ver si incurre la el representante de la Fiduciaria en el delito de ocultamiento y actos fraudulentos en beneficio del fallido¹⁷. Pero ese análisis bien puede ser materia de otro artículo.

¹⁷ Art. 208. Código Orgánico Integral Penal.

BIBLIOGRAFIA:

- Rodríguez Moreno Felipe. Curso de Derecho Penal. Parte General. Librería Jurídica Cevallos. Segunda edición.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). Ecuador.
- Código Orgánico General de Procesos. Suplemento. Registro Oficial No. 506. 22 de mayo del 2015
- Ley de Mercado de Valores. Codificación. 24/enero/2006.
- Código Civil ecuatoriano. Registro Oficial Suplemento del 24 de junio del 2005