



MAESTRÍA EN DIRECCIÓN DE EMPRESAS

TITULO DE LA TESIS:

EL FIDEICOMISO MERCANTIL COMO INSTRUMENTO DE PLANIFICACION EN EMPRESAS FAMILIARES

Previa A La Obtención Del Grado De Magíster En
Dirección De Empresas

Elaborado Por:

GUSTAVO VICENTE ORTEGA ILLINGWORTH

Guayaquil, a los **30** días del mes de **agosto** del año **2013**



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

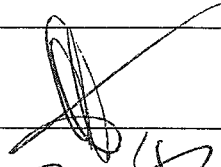
CERTIFICACIÓN

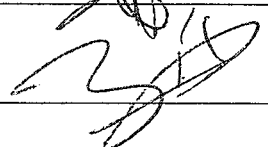
Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, GUSTAVO VICENTE ORTEGA ILLINGWORTH**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magíster en Dirección de Empresas

DIRECTOR DE TESIS

AB. JOSÉ MARÍA VÁZQUEZ

REVISORES:





DIRECTOR DEL PROGRAMA

ING. DANIEL SUSAETA

Guayaquil, a los 30 días del mes de agosto del año 2013



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

YO, GUSTAVO VICENTE ORTEGA ILLINGWORTH

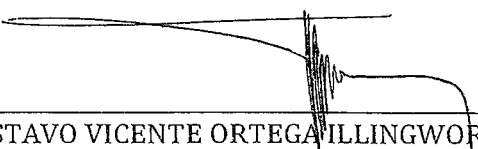
DECLARO QUE:

La Tesis "**EL FIDEICOMISO COMO INSTRUMENTO DE PLANIFICACION EN EMPRESAS FAMILIARES**" previa a la obtención del Grado Académico de Magíster, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico de la tesis del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 30 días del mes de agosto del año 2013

El autor:



GUSTAVO VICENTE ORTEGA ILLINGWORTH



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

AUTORIZACIÓN

YO, GUSTAVO VICENTE ORTEGA ILLINGWORTH

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución de la Tesis de Maestría titulada: "**EL FIDEICOMISO COMO INSTRUMENTO DE PLANIFICACION EN EMPRESAS FAMILIARES**", cuyo contenido; ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 30 días del mes de agosto del año 2013

El autor:


GUSTAVO VICENTE ORTEGA ILLINGWORTH

RESUMEN EJECUTIVO.-	7
EL TEMA.-	7
ANTECEDENTES.-	7
JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.-	7
PROBLEMATICA.-	7
OBJETIVOS GENERALES.-	7
OBJETIVOS ESPECIFICOS.-	7
MARCO TEORICO.-	7
1) LA EMPRESA FAMILIAR.-	14
1.1) <i>Definición.</i> -	14
1.2) <i>Importancia.</i> -	14
1.3) <i>Su razón de ser.</i> -	14
1.3.1) Por tradición familiar.-	15
1.3.2) Por el destino.-	15
1.3.3) Por conveniencia.-	15
1.3.4) Para conservar la unidad familiar.-	15
1.3.5) Por animus societatis.-	16
1.4) <i>Clases.</i> -	16
1.4.1) La empresa de trabajo familiar.-	16
1.4.2) La empresa de dirección familiar.-	16
1.4.3) La empresa de gobierno familiar.-	16
1.4.4) La empresa familiar de inversión.-	16
1.5) <i>Permanencia en el tiempo.</i> -	17
2) EL PROTOCOLO FAMILIAR.-	19
2.1) <i>Definición y contenido.</i> -	19
2.2) <i>Temática sensible del protocolo familiar regulada por la legislación ecuatoriana.</i> -	20
2.2.1) Política de dividendos.-	21
2.2.2) Transferibilidad de las acciones.-	22
2.2.3) Asignaciones forzosas.-	23
2.2.4) Sucesión intestada.-	25
2.2.5) Régimen de sociedad conyugal.-	25
2.3) <i>Estructuras usualmente utilizadas.</i> -	26
3) LIMITANTES DE LA PLANIFICACIÓN: LA NORMATIVA ACTUAL.-	30

3.1) Declaración Patrimonial.-.....	30
3.2) Revelación de accionistas, socios o partícipes.-.....	31
3.3) Contratación pública.-.....	32
3.4) Defraudación.-.....	33
3.5) Enriquecimiento privado no justificado.-.....	33
3.6) Impacto Tributario.-.....	34
4) LIMITANTES DE LA PLANIFICACIÓN: EL ENTORNO Y TENDENCIAS.-.....	35
5) NUESTRA PROPUESTA.-.....	36
6) EL FIDEICOMISO.-.....	38
6.1) Antecedentes.-.....	38
6.2) Aplicación práctica.-.....	38
6.3) Definición.-.....	39
6.4) Parte.-.....	39
6.4.1) El Constituyente.-.....	39
6.4.2) El Fiduciario.-.....	40
6.4.3) El Beneficiario.-.....	40
6.5) Objeto.-.....	41
6.6) Duración.-.....	42
6.7) Irrevocabilidad.-.....	42
6.8) Tipos.-.....	43
6.8.1) Fideicomiso de Administración.-.....	44
6.8.2) Fideicomiso Inmobiliario.-.....	45
6.8.3) Fideicomiso de Inversión.-.....	45
6.8.4) Fideicomiso de Procesos de Titularización.-.....	46
6.8.5) Fideicomiso de Garantía.-.....	46
6.9) Contenido del contrato.-.....	47
6.10) Órganos del negocio fiduciario.-.....	47
6.11) Derechos fiduciarios.-.....	48
6.11.1) Su Naturaleza.-.....	48
6.11.2) Contabilización.-.....	49
6.11.3) Cesión.-.....	50
6.12) Régimen tributario.-.....	50
6.13) Negocios prohibidos.-.....	51

6.13.1) Fideicomisos Secretos.-.....	51
6.13.2) Fideicomisos en beneficio del fiduciario.-.....	51
6.13.3) Fideicomisos que se constituyen en fraude a la ley.-.....	51
7) FIDEICOMISO MERCANTIL DE EMPRESA FAMILIAR.-	51
7.1) <i>Consideraciones generales.</i> -.....	52
7.1.1) Quienes deben de aportar.-.....	53
7.1.2) Objeto y finalidad del fideicomiso.-	53
7.1.3) Organismos de gobierno.-	54
7.1.4) Instrucciones.-	55
7.1.5) Terminación y liquidación.-	57
7.2) <i>El fideicomiso mercantil para empresas familiares con participaciones transferibles. Consideraciones particulares.</i> -	58
7.2.1) Derechos Fiduciarios.-	58
7.2.2) Beneficiarios.-	62
7.3) <i>El Fideicomiso Familiar Generacional.</i> -.....	62
7.3.1) La problemática de la sucesión y de las normas sobre sociedad conyugal.-.....	62
7.3.2) Patrimonio y fondeo.-	65
7.3.3) Derechos fiduciarios y beneficiarios.-	66
7.3.4) Terminación.-	66
7.3.5) Acrecimiento patrimonial. Aspectos tributarios.-.....	66
7.3.6) Cuestiones del derecho sucesorio.-.....	67
CONCLUSIONES.-.....	69
<i>Ventajas del fideicomiso de empresas familiares por sobre las estructuras extranjeras tradicionales.</i> -.....	70
<i>Desventajas de la figura.</i> -.....	71
RECOMENDACIONES.-.....	71
BIBLIOGRAFIA.-.....	73
ANEXOS.-	76
ANEXO #1.-	76
ANEXO #2.-	77

RESUMEN EJECUTIVO.-

El entorno actual ecuatoriano desincentiva el uso de estructuras off-shore por el abuso del cual han sido objeto, como vehículos para evadir impuestos. Por ello, la presente tesis busca sustentar que la figura del FIDEICOMISO MERCANTIL contemplado en la Ley de Mercado de Valores Ecuatoriana constituye para las empresas familiares, una herramienta local de planificación para la implementación de sus protocolos familiares, como alternativa al uso de estructuras ubicadas en jurisdicciones extranjeras.

EL TEMA.-

EL FIDEICOMISO MERCANTIL COMO INSTRUMENTO DE PLANIFICACIÓN EN EMPRESAS FAMILIARES-

ANTECEDENTES.-

Tradicionalmente, las familias preocupadas por el riesgo de que sus empresas familiares no trasciendan en el tiempo, han buscado situar en el extranjero las estructuras de propiedad de sus acciones para incorporar en ellas los acuerdos alcanzados en sus protocolos familiares, por razones de seguridad jurídica, para someterse a normas que ofrecen mayor flexibilidad en la materia y dar validez jurídica a algunos de sus acuerdos que, de otra manera, no serían legales en el Ecuador.

El alto costo tributario que genera el canalizar recursos de fuente ecuatoriana hacia el extranjero; el riesgo de contingencias tributarias generadas por la incertidumbre respecto al tratamiento tributario de las estructuras usualmente recomendadas; las implicaciones de tipo penal que de ello podrían derivarse; y, la expectativa de la penalización del enriquecimiento privado no justificado, obligan a las familias ecuatorianas a considerar vehículos locales contemplados en nuestra legislación que eliminen estos factores externos que ponen en riesgo la estabilidad de la empresa familiar en el tiempo.

JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.-

Las empresas familiares han probado ser un importantísimo pilar para la economía del mundo por su capacidad de generar riqueza y valor agregado para todos los actores vinculados a ella, en el tiempo. Desde un punto de vista social, es necesario promover y proteger la familia no solo como elemento fundamental de la sociedad, sino también como ejemplo de instrumento generador de emprendimientos y riqueza, a través del compromiso de sus miembros de trabajar por un mismo interés, el de la familia como un todo y el de sus miembros.

PROBLEMÁTICA.-

La estructuración de protocolos familiares en el Ecuador, principalmente, desde el punto de vista de su ejecutabilidad bajo la legislación ecuatoriana, presenta importantes retos que ponen en riesgo el éxito de la planificación de la empresa familiar. El contenido de las normas ecuatorianas sobre sociedad conyugal, sobre sucesión forzosa, la imposibilidad de restringir la libre negociabilidad de las

acciones y el derecho de los accionistas a recibir dividendos en la empresa, usualmente contradicen las reglas que, en materia de empresa familiar, se recomiendan para protegerlas, forzando a las familiar a buscar una salida a través de los vehículos contemplados en el derecho internacional.

OBJETIVOS GENERALES.-

Promover la utilización del fideicomiso mercantil contemplado en la Ley de Mercado de Valores como vehículo idóneo para sortear las dificultades legales y del entorno que tradicionalmente presenta la jurisdicción ecuatoriana en materia de planificación de empresas familiares.

Generar el interés de los entes reguladores del fideicomiso mercantil por reconocer la utilidad del fideicomiso mercantil para empresas familiares y dotarlo de un espacio propio en la legislación de valores.

OBJETIVOS ESPECIFICOS.-

Se contempla la posibilidad de dos modalidades de fideicomiso mercantil, uno que para estos efectos se ha denominado como Fideicomiso Mercantil para Empresa Familiar con Participaciones Transferibles y otro llamado Fideicomiso Mercantil para Empresa Familiar Generacional. Ambos modelos procuran la conservación del control de la empresa familiar en los miembros de la Familia. La distinción entre uno y otro radica en que, en el primero, solo se permite la participación de terceros en los frutos del fideicomiso y el segundo, la impide en todo sentido.

MARCO TEORÍCO.-

Como marco teórico la presente tesis plantea su propuesta de fideicomiso mercantil para empresas familiares, como instrumento para sortear las limitaciones contempladas en la legislación ecuatoriana, basado en la teoría de la autonomía de la voluntad.

Según León (1979) “El principio de la autonomía de la voluntad, que es una consecuencia de la libertad de cada individuo, puede definirse como un principio de derecho privado que permite a los particulares ejecutar los actos jurídicos que deseen y determinar libremente su contenido y efectos, con ciertas limitaciones” (pág. 56).

En esa misma línea, Leon (1979) continúa diciendo “El principio de la autonomía de la voluntad se manifiesta en nuestro derecho positivo principalmente en cuanto la ley autoriza a los particulares para celebrar toda clase de contratos, aun los que la ley no reglamenta específicamente...” (pág. 56).

Larrea (1998) nos dice también que “el derecho subjetivamente considerado –el derecho subjetivo-, es algo que me pertenece, de lo cual puedo disponer razonablemente. Puedo usar mi derecho, exigirlo a quien me lo niegue o impida, y puedo también no usarlo” (pág. 67).

Sin embargo, este principio del que goza todo individuo tiene ciertas limitaciones. Así Leon (1979) indica que “la libertad de los individuos para manifestar válida y eficazmente su voluntad jurídica tiene todas las limitaciones que expresa o

implícitamente ha establecido el derecho en resguardo de la organización misma del Estado, de sus instituciones fundamentales; o si se quiere, del orden público y de las buenas costumbres.” (pág. 58).

Al respecto, Emiliani (1980) dice que “nadie ha pretendido jamás una órbita ilimitada para la autonomía de la voluntad. Como toda actividad humana, tiene límites naturales: ante todo, en el orden público y las buenas costumbres, ...; en su propia finalidad de realizar la justicia, pues para evitar el abuso la propia técnica jurídica impone controles, o sanciones al abuso, y además, exige la intervención del Estado para evitar la explotación del hombre por el hombre; en la creciente intervención del Estado en la esfera individual por razones sociales, democráticas, económicas, y, en fin, de las más variada índole, muchas de las cuales, sin embargo, tienen como fundamento real el mismo de evitar la explotación del hombre por el hombre; en las propias limitaciones de éste, que lo incapacitan para prever todas las circunstancias, restringiéndose, de hecho, la autonomía de la voluntad.” (pág. 61).

Y continúa diciendo León (1979) que “Las limitaciones que tiene la autonomía de la voluntad en materia contractual son las siguientes: a) No se pueden modificar los elementos esenciales del contrato. Si se prescinde de una o más de las cosas esenciales al contrato (compraventa sin objeto, o sin objeto y sin precio) el contrato no existirá o será diverso del que las partes dicen convenir, aun cuando haya una declaración expresa de voluntad para prescindir de esos elementos o modificarlos. Esta limitación no la impone el legislador, sino la lógica y la naturaleza de las cosas, que son más fuertes que la voluntad humana; b) En cambio, es el legislador el que impone limitaciones a la voluntad jurídica cuando resguarda el orden público o las buenas costumbres.”

La legislación ecuatoriana se refiere al orden público a través del objeto ilícito y la causa ilícita. Así el Código Civil establece por un lado que el objeto es moralmente imposible cuando está prohibido por las leyes o es contrario a las buenas costumbres o al orden público¹ y por otro que habrá causa ilícita cuando está prohibida por la ley o es contraria a las buenas costumbres o el orden público².

El contrato que adolece de objeto o causa ilícita, estará viciado de nulidad absoluta y su sanción es privar de sus efectos al acto (Coronel & Del Brutto).

Como la utilidad del fideicomiso mercantil para empresas familiares deviene de la posibilidad que a través del mismo, se pueda dar validez jurídica a los acuerdos del protocolo familiar que de otra manera, estarían prohibidos por la ley, resulta fundamental no solo confirmar que el fideicomiso mercantil de empresas familiares no viole o contraríe la legislación ecuatoriana, sino también que no se constituya en un vehículo que siendo legítimo por no quebrantar directamente la ley, sirva no obstante para indirectamente hacerlo al lograr una finalidad que de otra manera, estaría prohibida por la ley. Esto último en doctrina es conocido como fraude de ley.

¹ Art. 1477 y 1478 Código Civil.

² Art. 1483 Código Civil.

La licitud del negocio fiduciario no entra en el campo de la simulación; mientras el mismo sea real y sus efectos los deseados por las partes, este tipo de negocios entran en el campo de lo fraudulento y en esa línea habrá que identificar si el mismo fue diseñado como medio para violar normas imperativas. (Tomé, 2005).

El fraude de ley es una violación indirecta a la norma jurídica. Tomé (2005) citando a De Castro y Bravo dice que “el negocio en fraude a la ley, consiste en utilizar un tipo de negocio o un procedimiento negocial con el que se busca evitar las normas dictadas para regular otro negocio; aquel, precisamente, cuya regulación es la que corresponde al resultado que se pretende conseguir con la actividad puesta en práctica.” (pág. 330).

Tomé (2005) aclara que “el negocio en fraude de ley no es una figura especial del negocio jurídico; supone una anomalía en el procedimiento, la que mientras no se advierta le hace parecer como un negocio normal, pero que en cuanto se pone al descubierto queda frustrado y como tal, al quedar en evidencia, se hace posible de sanción, siendo la más grave la nulidad absoluta.” (pág. 330).

Tomé (2005) citando a Blengio nos dice “que la noción de negocio en fraude a la ley más aceptable, tanto desde un punto teórico como con referencia a nuestro derecho positivo, es la que se trata de un negocio (o conjunto de ellos), formalmente lícito articulado de tal modo que produce un resultado (el mismo o semejante según sea o no admisible la analogía) vedado por la ley” (pág. 330).

Los requisitos que configuran el fraude de ley son los siguientes (Alcalde, 2005):

- a) El acto o actos ejecutados deben ser en sí mismo lícitos. En este caso, se trataría del contrato de fideicomiso mercantil que en las palabras usadas por el autor citado, se encontraría amparado por una norma de cobertura que autoriza su ejecución o celebración. Si el contrato de fideicomiso mercantil violare una norma expresa, entonces nos encontraríamos frente a otra figura, la del acto contrario a la ley.
- b) Existencia de una ley defraudada que sería violada no por el contrato de fideicomiso mismo sino por el contrario, mediante la ejecución de éste. “El elemento característico del fraude es el hecho de frustrar la finalidad de una norma, la cual no se infringe abiertamente, sino que de un modo indirecto, alcanzando de este modo un resultado práctico que es idéntico o al menos equivalente al reprochado por la ley” (Alcalde, 2005).
- c) Elemento intencional. A contrario de lo que ocurre en los dos elementos anteriores, no encontramos uniformidad en la doctrina respecto a si el fraude de ley requiere que haya una intención de eludir la ley o el conocimiento del obstáculo legal que impide la realización del acto.

En efecto existen dos teorías, una la objetiva que establece que el fraude de ley no requiere de la intencionalidad porque lo que se quiere evitar es que la ley no reciba aplicación. Tomé (2005) citando a Blengio nos dice que “sería absurdo que la efectiva vigencia de la norma dependiera de la voluntad de los sujetos. La intención de eludir no solo es necesaria sino que tampoco es suficiente para configurar el negocio en fraude de ella. O se verifica el resultado establecido por la disposición y ésta [el fraude a la ley] se aplica aunque no hubiera existido la

intención de eludirla, o bien no se produce y el negocio no será ilícito a pesar de que tal intención se hubiera dado” (pág. 331).

La otra teoría es la subjetiva y ésta exige que exista el elemento intencional, es decir, la finalidad de burlar la ley (Alcalde, 2005) o que el agente esté consciente de que está violando una norma prohibida (Tomé, 2005).

Algunos autores se refieren al problema de fraude de ley como uno de interpretación del Derecho en donde le tocará al juez determinar si existió un propósito de violar la ley, los perjuicios causados por el ejercicio de esta conducta y tomando en consideración las circunstancias, decidir si se debe o no sancionar el fraude de igual modo que la directa violación de la ley (nulidad absoluta) o debe ser inferior a ella (inoponibilidad por ejemplo) (Alcalde, 2005).

En este sentido Tomé (2005) nos dice que “Para la calificación del fraude se requiere que la ley evitada haya de entenderse de modo que deba aplicarse a dicho negocio, y que, por otra parte, las demás normas en consideración no sean suficientes, por ellas mismas, para otorgarle validez. Es decir, que para llegar a la condena de un negocio por fraude a la ley habrá que proceder a una interpretación extensiva y finalista de la regla objeto del rodeo y también a una interpretación estricta de las otras reglas utilizables como cobertura (pág. 332).

Y continúa diciendo (Tomé, 2005): “La posibilidad de este tipo de interpretación depende de la concepción que domine en cada sistema. Será imposible o gravemente obstaculizada en los ordenamientos en los que predomina el formalismo, se favorecen los negocios abstractos o se defiende el concepto abstracto de los tipos de los negocios; resulta necesaria en aquellos otros sistemas en los que prepondera la causa sobre la abstracción y la forma, atendiendo al fin práctico propuesto por el negocio” (pág. 332).

Así también hay quienes se preocupan de que la teoría del fraude a la ley sea elevada a extremos tales que se pretenda dar a la ley supuestamente violada un propósito que la misma normativa no se ha planteado.

En este sentido se pronuncia Alcalde (2005) cuando dice “desde el momento que nos hallamos insertos en el ámbito del derecho civil, no debe de olvidarse que su principio rector es la autonomía privada y que, conforme a ella, se reconoce a los particulares la facultad o poder de crear ellos mismos derecho mediante la realización de actos jurídicos en la medida que ellos no se encuentren explícitamente prohibidos, o contraríen la moral, el orden público o las buenas costumbres. Puede ocurrir, en efecto, que la prohibición que implícita o explícitamente surge de una determinada norma legal se halle estrechamente vinculada, ora con el empleo de un medio o modalidad para realización del acto (que es aquel que cuya específica concreción el legislador pretende evitar), ora con determinadas y especiales circunstancias de hecho, de modo que la licitud del acto no resulte comprometida aunque con él se alcance un resultado análogo o equivalente al que se obtiene siendo otras las circunstancias” (pág. 109).

Y continúa diciendo (Alcalde, 2005) que “corresponde determinar si la ley pretende prohibir un determinado resultado independientemente del medio empleado para alcanzarlo, o si en cambio se limita a prohibir el resultado conseguido solo con el uso de un determinado medio, de modo que

implícitamente permite todo otro medio que conduzca al mismo resultado” (pág. 111).

Alcalde (2005) citando a Ligeropoulo dice: “la actividad jurídica no puede ser calificada de indirectamente ilícita más que después de un examen atento, en cada hipótesis determinada, de las variadas condiciones que la acompañan y, ante todo, del fin, del espíritu de la disposición que se supone indirectamente violada, en conexión con el espíritu general de la legislación (pág. 110).

Concluye Alcalde (2005) diciendo: “que el acto en fraude de ley no puede equipararse siempre al acto contra legem, pudiendo muy bien ocurrir que sea válido. Y ello tendrá lugar en los siguientes casos:

- a) Cuando el negocio se concierta observando una norma que prevé circunstancias de hecho diversas de las contempladas por otra que contiene la prohibición: se podrá lamentar la desarmonía entre ambas disposiciones, pero no se podrá decir que una sea ineficaz con el pretexto de imponer un respeto absoluto a otra;
- b) Cuando las partes hayan concertado el acto con el propósito de conseguir un fin para el que se prohíben algunos medios, pero no aquel que las mismas eligieron: se podrá entonces notar que el legislador permite eludir con facilidad la prohibición, pero no se podrá ampliarla sin reducir caprichosamente la libertad de los particulares a un ámbito más restringido que el fijado por el conditor iuris” (pág. 112).

Finalmente, para efectos de darle forma al fideicomiso mercantil generacional, esta tesis se inspira en la antigua figura del fideicomiso civil recogida en el Código Civil Ecuatoriano y los efectos que para el fideicomisario tiene la expectativa de recibir la propiedad fideicomitida una vez cumplida la condición de la que pende.

El fideicomiso civil consiste en la transferencia de bienes o derechos al fiduciario con el gravamen de pasar a otra persona (fideicomisario) por el hecho de verificarse una condición.³

Mientras la condición pende, el fideicomisario no tiene derecho alguno sobre el fideicomiso, sino una simple expectativa hasta el momento de la restitución⁴. Incluso en caso de fallecimiento del fideicomisario antes de cumplirse la condición, éste no transmite, por testamento o abintestato, derecho alguno sobre el fideicomiso, ni aun la simple expectativa, que pasa ipso jure al sustituto o sustitutos designados por el constituyente, si los hubiere⁵.

Como las meras expectativas no constituyen derecho en el Ecuador⁶, mientras la condición no se confirme, el fiduciario es propietario absoluto de la cosa fideicomitida con el gravamen de la restitución, y su derecho de dominio se extingue tan pronto como se confirme la condición, que para el fiduciario adquiere la característica de condición resolutoria. Como dice Larrea (2003) “cuando se

³ Código Civil. Art. 748.

⁴ Código Civil. Art. 774.

⁵ Código Civil. Art. 775

⁶ Código Civil Art. 7 num. 6.

cumple la condición, el propietario fiduciario pierde su derecho –se resuelve su derecho y termina- mientras que, el fideicomisario adquiere en ese momento la propiedad plena y termina la situación de propiedad limitada o fiduciaria” (pág. 559).

Si la condición se hace de imposible cumplimiento, las expectativas de adquirir un derecho por parte del fideicomisario desaparecen y la propiedad fiduciaria se extingue, consolidándose en el fiduciario la propiedad absoluta sin gravamen alguno (Larrea, 2003).

El fiduciario mientras sea propietario pleno de la cosa, podrá usar, gozar⁷ y disponer de ella, en este último caso, si es que se lo permite el fideicomitente⁸. Inclusive la calidad de fiduciario puede recaer en el mismo fideicomitente. Cuando no se designe expresamente fiduciario, gozará fiduciariamente de la propiedad, el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos⁹, es decir, el mismo propietario del bien conservará la propiedad, solo que ahora, sujeta a las limitaciones propias de la propiedad fiduciaria (Larrea, 2003).

Desde el punto de vista del fideicomitente, la transferencia al fiduciario tiene la calidad de una donación entre vivos según lo dispone el Código Civil¹⁰ y por consiguiente estará sujeta a insinuación. El fideicomitente como consecuencia, experimentará una disminución patrimonial. La parte interesante de la figura, está en el hecho de que el fiduciario no es considerado como donatario y desde este punto de vista, no tendría un acrecimiento patrimonial mientras pende la condición que restringe su derecho. Solo lo sería en caso de fallar la condición.

En este sentido, según Larrea (Larrea, 2002), “la restitución no significa transmisión de la propiedad del fiduciario al fideicomisario, sino extinción del derecho del primero y principio del derecho del segundo. El fideicomisario no recibe la propiedad del fiduciario, sino del constituyente. El fideicomisario será heredero o legatario o donatario del constituyente, según los casos” (pág. 569).

Entonces, quien sufre el acrecimiento patrimonial como requisito indispensable para que exista una donación¹¹? Lo sufre el fiduciario o el fideicomisario? Es claro que mientras pende la condición, el fideicomisario solo tiene una expectativa que no genera derecho y en tal sentido, al no haber recibido nada, no tendría acrecimiento patrimonial hasta que haya la restitución. Por descarte, el acrecimiento lo tendría el fiduciario.

En caso de que el fiduciario adquiriera, en la constitución del fideicomiso, el derecho de uso, goce y disposición de la cosa mientras pende la condición, sería muy difícil argumentar que no existe un acrecimiento patrimonial en el fiduciario y en este sentido la contingencia tributaria podría ser doble, una al momento en que el fiduciario recibe la propiedad y otra en el momento en que principie para el fideicomisario su derecho por extinción del derecho del fiduciario.

⁷ Código Civil. Art. 767.

⁸ Código Civil. Art. 764.

⁹ Código Civil. Art. 761.

¹⁰ Código Civil. Art. 1429

¹¹ Código Civil. Art. 1414.

Sin embargo, si el constituyente se ha reservado el usufructo de la cosa y le prohíbe al fiduciario el derecho de disposición, el fiduciario sería un mero tenedor de la cosa dada en fideicomiso en cuyo caso, parecería que no habría acrecimiento patrimonial para el fiduciario tampoco mientras pende la condición pues en la práctica no habría recibido más derecho que el de tenencia.

En este caso, el acrecimiento patrimonial quedaría diferido hasta el momento en que cumplida la condición, principie el derecho de dominio en el fideicomisario o en su defecto se consolide la propiedad en el fiduciario por falla de la condición.

1) LA EMPRESA FAMILIAR.-

1.1) *Definición.-*

Una empresa familiar es todo negocio en que una familia posee una participación accionarial suficiente para ejercer el control y/o tiene representación suficiente en los órganos de gobierno como para influir en las decisiones de gobierno corporativo, pudiendo intervenir o no en la gestión del día a día (Vázquez, 2009).

Una definición más informal de empresa familiar podría ser cualquier instancia en la que dos o más personas, perteneciente a una misma familia, trabajan juntos en un negocio, en el que al menos uno de ellos es dueño (Fleming, 2000).

1.2) *Importancia.-*

Se estima que a nivel mundial, las empresas familiares generan empleo a 100 millones de personas, constituyen el 60% del total de empresas del planeta y representan el 25% de las 100 primeras empresas del mundo (Betancourt, Arcos, Torres, & Olivares). Algunas de ellas son las más antiguas del mundo y otras son las de más éxito (Gordon & Nicholson, 2008).

Solo en Estados Unidos se estima que hay más de 12 millones de empresas familiares que constituyen entre un 75% y un 95% de todas las empresas americanas, generan entre un 40% y un 60% del producto interno bruto, representan más del 50% de todas las remuneraciones pagadas a nivel nacional, y constituyen un tercio de las compañías Fortune 500 y dos tercios de todas las compañías que cotizan sus acciones en el mercado de valores de New York (Fleming, 2000).

En el Ecuador, el 80% de los negocios se estima que son empresas familiares al igual que en el resto de América Latina. Guayaquil agrupa el mayor número de empresas familiares del país. Del total de empresa que operan en la Ciudad, el 90% son empresas familiares. En cambio en la Capital, las empresas familiares representan el 60% de las compañías que operan Quito. Se piensa que el puerto principal concentra más compañías familiares debido a su condición de ciudad comercial y por el surgimiento de emprendedores (El Universo, 2012). Por otro lado, Quito aglomera la mayor cantidad de multinacionales de capital abierto que están domiciliadas en el país, lo cual puede también constituir un factor distorsionador de este índice.

1.3) *Su razón de ser.-*

Fleming (2000) atribuye la existencia de las empresas familiares en las siguientes circunstancias:

1.3.1) Por tradición familiar.- Las empresas familiares bien estructuradas se caracterizan por desarrollar una mística de trabajo arraigada en una visión de su líder, el pater familias o fundador, que se va transmitiendo de generación en generación a través de varios factores como son: la declaración de valores, estilos de trabajo en familia, políticas y demás reglas que usualmente son recogidas en un documento de gobierno familiar usualmente llamado Protocolo Familiar. La aplicación adecuada de estas reglas en el día a día de la empresa familiar con equidad, sentido de justicia y objetividad, usualmente genera un sentido de pertenencia y un gusto por el trabajo en familia que se traducirá en compromiso y productividad. Es este sentimiento, arraigado por el cúmulo de buenas experiencias, el ingrediente fundamental para despertar, en los miembros de la familia, ese deseo espontáneo de preservar esta fuente de riqueza en forma indivisa, en la familia, a lo largo de los años, por tradición familiar, como una forma de preservar el espíritu del fundador y de honrar y hacer honor a los principios y valores que caracterizan a la familia y su forma de hacer empresa.

1.3.2) Por el destino.- Son las empresas familiares cuya existencia deviene de un caso fortuito (por ejemplo: la muerte inesperada y no planificada del fundador o de uno de los fundadores) o por la imposibilidad o no conveniencia de dividir el negocio entre los distintos miembros de la familia, por razones estratégicas. Su permanencia en el tiempo dependerá de la inteligencia y madurez de los miembros de la familia por definir, entre ellos, las reglas de gobernanza de la empresa familiar y el rol que cada uno de ellos adoptará en la administración y dirección del negocio.

También incluye esta clasificación a las empresas familiares cuyo origen se remonta a una circunstancia planificada, esto es, el deseo del fundador de que su descendencia lo suceda en el negocio familiar independientemente de las actitudes, aptitudes, gustos y disgustos de los herederos en quienes recaerá

esta imposición, desconociendo el fundador que muchas veces los hijos quieren cosas distintas que los padres. “A veces, es mejor ignorar los deseos de los padres” (Gordon & Nicholson, 2008, pág. 74).

1.3.3) Por conveniencia.- Son los negocios familiares conformados por miembros de familias cuya participación está exclusivamente vinculada a razones de conveniencia personal ya sea para conservar un status o poder, recibir beneficios, mantener su zona de confort, tener mayores libertades y menor control en sus responsabilidades, entre otras. En definitiva, son aquellos escenarios empresariales en donde los intereses particulares priman por encima de los de la empresa familiar, mermándole capacidad al negocio familiar de permanencia en el tiempo.

1.3.4) Para conservar la unidad familiar.- Algunas familias consideran que el negocio familiar constituye un instrumento para preservar la cercanía y unión entre los miembros de la familia. En estos casos, el interés de la familia, como un todo, adquiere prioridad por sobre el de la empresa. Se transmite la idea que el “bien común” de la familia es el de la empresa por lo que las decisiones de la

empresa se circunscriben a las realidades, entorno y circunstancias de la familia, lo cual usualmente ocasiona que se desconozca que la empresa se desarrolla en el mundo exterior que la familia no controla (Gordon & Nicholson, 2008).

1.3.5) *Por animus societatis.*- Otras empresas familiares se constituyen como tales desde un inicio por el deseo de varios miembros de una familia por juntar capitales y formar una empresa que los mantenga cerca, compartiendo intereses en el negocio, bajo la concepción de que juntos pueden hacer más, y motivados por la compatibilidad que usualmente existe entre miembros de una misma familia, que comparten los mismos valores, creencias, e ideales.

1.4) *Clases.*-

Según Vázquez (2009), existen cuatro tipos de empresa familiar, a saber, la empresa de trabajo familiar, la empresa de dirección familiar, la empresa de gobierno familiar, y la empresa familiar de inversión.

1.4.1) La empresa de trabajo familiar.- Es aquella que se caracteriza por procurar que todos los miembros de la familia accedan a trabajo en la empresa. Este tipo de modelo lleva consigo el compromiso de la familia de hacer crecer el negocio en la misma proporción que el crecimiento demográfico de la familia, de tal forma de hacer espacio para todos. Los beneficios derivados de la empresa familiar son medidos, en función de la capacidad del negocio familiar de generar empleo y riqueza para quienes trabajen en ella.

1.4.2) La empresa de dirección familiar.- Es aquella en la que los puestos ejecutivos están reservados exclusivamente para quienes tengan las aptitudes y capacidades necesarias para llevar a cabo las funciones. Estos puestos pueden o no llegar a ser cubiertos por miembros de familia y presuponen rigurosos procesos de selección llevados a cabo por terceros, en donde se busca que los miembros de la familia compitan con candidatos no relacionados a la familia en igualdad de condiciones. Es usual que la política de contratación reconozca una preferencia hacia el candidato miembro de la familia que haya quedado finalista en el proceso de selección.

1.4.3) La empresa de gobierno familiar.- Es aquella en que los miembros de la familia solo participan en el directorio de la empresa y dejan la administración de los negocios a personas no relacionadas. Esta modalidad es frecuente en empresas en las que la familia comparte sus intereses con terceros inversionistas que condicionan su participación a un manejo administrativo objetivo y no relacionado.

1.4.4) La empresa familiar de inversión.- Es la que usualmente se crea como instrumento para que la familia invierta los recursos líquidos acumulados de dividendos recibidos y no distribuidos a través del tiempo en inversiones que le aseguren un rendimiento adecuado. En la generalidad de los casos, estas estructuras nacen para administrar los fondos de liquidez del negocio familiar que se mantienen indivisos en los términos establecidos en el protocolo familiar. Dado que la estructura por su naturaleza no es operativa, su sistema de gobierno está encargado a un directorio conformado por miembros de la Familia y/o terceros.

1.5) Permanencia en el tiempo.-

Estadísticamente, las probabilidades de supervivencia de las empresas familiares se reducen en el tiempo en la medida en que el negocio va pasando de generación en generación. Aproximadamente el 30% de las empresas sobreviven a la segunda generación y solo el 10% sobrevive a la tercera generación (Fleming, 2000). El porcentaje de empresas familiares que llega a la cuarta generación es el 3% y a la quinta generación solo el 1%. El promedio esperado de vida está entre los 24 a 30 años (Vázquez, 2009).

Sin embargo, toda regla tiene su excepción. Algunos de los negocios más antiguos del mundo son empresas familiares. Así, la empresa familiar japonesa Hoshi Ryokan fue fundada en el 717 y se ha ganado el record Guinness como el hotel más antiguo del mundo en operación; Chateau Goulaine, empresa fundada en el año 1000 y administra un castillo francés abierto a visitas de turistas e incluye un museo, salón de eventos y viñedo y Fonderia Pontificia Marinelli, fundada en el año 1000 y se dedica a la fabricación de campanas.

Entonces ¿por qué muchas empresas fracasan y pocas sobreviven a lo largo de los años? Las empresas familiares presentan particularidades que dificultan su administración y que por tanto las hacen más vulnerables al fracaso que cualquier otra empresa no familiar. Estas particularidades derivan de un hecho cierto: las familias y los negocios tienen intereses contrapuestos. Las familias se ocupan de los afectos y los negocios del dinero (Carlock & Ward, 2010). La falta de coordinación y armonía entre estos intereses que, a simple vista parecen incompatibles, son la principal causa del fracaso de las empresas familiares.

Según una encuesta realizada a líderes senior de empresas familiares, entre los temas sobre empresas familiares “que no les dejaban dormir” (Carlock & Ward, 2010, pág. 24) están:

- Comunicación familiar.
- Dividendos frente a inversión.
- Herencia y propiedad.
- Capacidad empresarial.
- Participación familiar.
- Influencia de la familia en las decisiones de la empresa.
- Directivos ajenos a la familia.
- Necesidades personales frente a las necesidades empresariales.

Son estos temas y otros los que ponen en evidencia que el sistema familiar y el sistema empresarial, ambos presentes en las empresas familiares, funcionan de manera diferente. Y frente a ello, para superar esta natural contraposición, es necesario planificar a largo plazo y adoptar medidas de buen gobierno corporativo.

La excelencia en la Empresa Familiar según Carlock y Ward (2010) está asociada a los siguientes retos:

1. Afrontar el liderazgo generacional y las transiciones de la propiedad.
2. Lograr que el compromiso familiar se convierta en una ventaja competitiva.

3. Crear valor coordinando las inversiones familiares (capital humano y financiero) con la estrategia del negocio.

La capacidad de lograr estos retos se verá afectada a medida que pasa el tiempo, tanto por los cambios a los que está expuesta la empresa en su entorno externo (la economía, la globalización, las leyes y regulaciones, la política, la competencia, entre otros), como por los cambios en su entorno interno (fallecimientos de miembros, necesidad de supervivencia de la familia, incorporación de nuevas generaciones, expectativas económicas no compatibles, entre otros).

Reconocer estas realidades es el primer paso. El siguiente, planificar el futuro para evitar conflictos. Las guerras familiares no son tanto problemas por solucionar como riesgos que prevenir nos dice Gordon y Nicholson (2008). De ahí la necesidad de establecer reglas claras y socializarlas entre los miembros de la familia. La participación activa de los miembros de la familia en el proceso de germinación de las reglas, como su convicción a cumplirlas, generará el compromiso necesario hacia la empresa que deberá transmitirse de generación en generación. La comunicación es fundamental en este proceso. No solo por parte de las generaciones en control de la empresa sino también de las generaciones siguientes. La habilidad de poder escuchar y aceptar que los tiempos cambian y que la familia y la empresa deben de adaptarse al nuevo entorno y circunstancias que rodearán a las siguientes generaciones en la empresa garantizará flexibilidad y apertura hacia los cambios. La familia deberá promover instancias de comunicación que permitan un dialogo franco y realista para tratar incluso los temas que nadie quiere tratar. Los asuntos de los que no se hablan son los que representan un peligro para las empresas, sobre todo para las empresas familiares nos dice Carlock y Ward (2010).

De ahí que las empresas familiares (Carlock & Ward, 2010):

- Son entidades complejas expuestas a un entorno interno y externo cambiante.
- En ellas coexiste el intereses familiar y empresarial.
- Pueden potencializar la armonía familiar y la rentabilidad empresarial mediante una exitosa comunicación, planificación y buen gobierno.
- Pueden ganar ventaja frente a sus competidores en la medida en que desarrollen un compromiso entre sus miembros hacia la empresa.
- Son fácilmente perfectibles con cualquier cambio en el comportamiento de las personas interrelacionadas por este interés común que tienen en la empresa.

Para ello, la planificación busca llevar a la familia a poner por escrito aquellas convicciones, reglas y principios que motivan su existencia bajo un enfoque más familiar que empresarial. Todas las empresas llevan a cabo procesos de planificación de sus actividades económicas y generalmente son exitosas en el campo empresarial. El enfoque en la empresa familiar, por el contrario, debe estar dirigido hacia la familia. Carlock y Ward (2010) nos recuerdan “Todas las empresas pueden mejorar su forma de llevar el negocio pero si no abordan cuestiones familiares, éstas se convierten a menudo en un obstáculo para el crecimiento de la empresa” (p. 23). En efecto, lo que se busca como parte de estos procesos es más que institucionalizar la empresa, es profesionalizar a los

miembros de la familia con la finalidad de alinear sus expectativas y necesidades con aquellas expectativas y necesidades del negocio.

Los expertos en materia de empresas familiares consideran que estos procesos de planificación tienen como punto de partida, la definición por parte de la familia de los siguientes elementos: valores, visión, estrategia, inversiones y buen gobierno. En este sentido Carlock y Ward (2010) indican: “Los valores de la familia condicionan su visión o perspectiva, la cual, a su vez, determina lo que será la empresa y, en consecuencia, la estrategia empresarial que deberá adoptar” (p. 36). Donde y el cómo invertir será una consecuencia de lo que la empresa familiar es y hacia dónde quiere ir. Las normas de buena gobernanza serán reglas hechas por los miembros de la familia a la medida de sus expectativas y aterrizadas a sus realidades.

Las necesidades y expectativas de la familia y del negocio que se busca alinear dentro de estos procesos son las siguientes: propiedad, control, capital, carreras, profesionales, relaciones y cultura. El producto de este proceso es el protocolo familiar.

2) EL PROTOCOLO FAMILIAR.-

2.1) *Definición y contenido.-*

El protocolo familiar es un conjunto de normas establecidas mediante consenso, por los miembros de la familia, que buscan regular las relaciones entre los miembros de la familia y la empresa familiar, con el objeto de conciliar intereses de la familia y de la empresa, y evitar conflictos a futuro entre ellas.

Es un documento escrito que se enfoca principalmente en proteger la unidad de la familia empresaria a través de regular su interacción con el negocio familiar. Usualmente constituye un documento elaborado a la medida de la familia pues solo así, se logra recoger en sus términos, la mística, estilo y esencia que los caracteriza.

Su enfoque tiene un componente muy personal, pues su contenido debe lograr transmitir a los miembros de la familia, esos elementos necesarios para despertar/conservar en ellos ese sentimiento de pertenencia y compromiso necesario para generar esas ventajas competitivas de la que se ha hablado anteriormente. Estos elementos usualmente son el amor, la confianza, la seguridad, la solidaridad, el perdón, el desprendimiento y todo aquello que hace que las personas se inspiren y den todo de sí para, trabajando en equipo, lograr un objetivo común.

Para ello, el contenido de la primera parte del protocolo familiar trata de responder a las siguientes preguntas: qué es la Familia, qué quiere ser la Familia, cuál ha sido su historia/trayectoria a lo largo del tiempo, y cuáles son sus valores, entre otros.

La segunda parte del protocolo familiar tiene un carácter más objetivo y busca desarrollar lo que constituye el interés de la Familia en la empresa familiar, que estará circunscrito y restringido por todo el bagaje familiar desarrollado y socializado en la primera parte del Protocolo. Las cláusulas de esta parte del

protocolo usualmente tratan sobre las prestaciones de la empresa familiar a los miembros de la Familia, tales como las políticas sobre préstamos, transacciones relacionadas, dividendos, nuevos emprendimientos, trabajo en la empresa familiar, remuneración, salida de un familiar de la empresa familiar por desempeño insatisfactorio, pensiones de retiro y jubilación de los miembros de la familia, entre otros.

La última parte del protocolo familiar establecerá las reglas que buscarán proteger al negocio familiar, para que se mantenga en el tiempo bajo la propiedad de la familia, como instrumento para cumplir las expectativas de la familia, balanceadas a través de todas las reglas acordadas a lo largo del documento. En esta sección del documento se incluirán temas como el régimen aplicable a la propiedad de las acciones, su negociación en caso de transferencia, constitución de gravámenes, preservación de las acciones dentro de la Familia, incorporación de socios no vinculados a la familia; organismos colegiados estatutarios (Junta General y Directorio); órganos colegiados familiares (Asamblea Familiar y Consejo Familiar), entre otros.

El protocolo familiar solo tendrá eficacia legal entre las partes firmantes del documento en la medida en que sus términos y condiciones no sean contrarios a la ley pues, en caso de que lo sean, solo serán de moral cumplimiento.

Dependiendo del contenido las cláusulas del protocolo familiar y de la forma y jurisdicción desde donde se las instrumente, habrá algunas cláusulas que podrán ser oponibles también frente a terceros. Para ello habrá que dar un siguiente paso, cual es, identificar los vehículos y las jurisdicciones desde donde incorporar las cláusulas del protocolo que la Familia desea que tengan fuerza legal, pues cada jurisdicción tiene su propio sistema legal y lo que se puede hacer en unas jurisdicciones, no necesariamente se puede hacer en todas.

Algunos expertos en la materia sugieren evitar darle fuerza legal a los pactos del protocolo familiar bajo la creencia de que estos acuerdos están para que se cumplan mientras todos los miembros de la familia lo quieran hacer voluntariamente, y así proteger la unión familiar por sobre todas las cosas. Hay otros como este autor que consideran fundamental llevar el protocolo familiar a este otro nivel, con la finalidad de que los acuerdos contenidos en el mismo sean respetados en el tiempo, no solo por quienes lo firmaron en su momento, sino por todos los demás miembros de la familia que se vayan incorporando al negocio familiar en un futuro. En algunos casos, inclusive se busca que el protocolo sirva como una camisa de fuerza que proteja los intereses de la Familia y la empresa familiar frente a situaciones extremas, como podría ser el cuestionamiento que pudieran hacer los miembros de la familia a la legalidad de la estructura familiar o sus decisiones, sancionando a los beneficiarios disidentes con la exclusión parcial o total de los beneficios derivados de la empresa familiar.

2.2) Temática sensible del protocolo familiar regulada por la legislación ecuatoriana.-

Se dijo anteriormente que el contenido del protocolo familiar podrá tener fuerza legal o constituir simplemente un compromiso moral. Todo depende: del deseo de la familia hacia uno u otro camino, de lo que al respecto establezca la jurisdicción

a la cual está sometida la empresa familiar; y, de la estructura que elijamos para implementarla.

Aterrizando estos conceptos a la realidad ecuatoriana, a continuación listaremos los temas de protocolo, a nuestro criterio, muy sensibles y necesarios para la empresa familiar, que bajo la legislación ecuatoriana, no tendrían valor legal alguno por contravenir normas expresas.

2.2.1) Política de dividendos.- Uno de los elementos que fácilmente evidencia el conflicto de intereses que existe entre los miembros de la familia y la empresa familiar es la política de dividendos que se decida adoptar en el protocolo familiar.

Por un lado está la posición del accionista, cuya expectativa será recibir la mayor cantidad de dividendos posible. Mientras mayor sea el dividendo, más alto será el retorno efectivo de su inversión. Cuando más años de edad tenga el miembro de la familia accionista de la empresa familiar, mayor será su expectativa de dividendo.

La expectativa del accionista será mayor o menor dependiendo del perfil del miembro de familia. Una cosa es que el accionista viva de los dividendos y otra es que acumule patrimonio con ellos por su deseo de diversificar riesgos en negocios ajenos a la empresa familiar. Mientras menos años de edad tenga el miembro de familia, más propenso estará por reinvertir sus utilidades ante la expectativa de una utilidad de capital en el futuro. De la misma manera, si el miembro de la familia no trabaja en la empresa, éste buscará recibir la mayor cantidad de dividendos posible para compensar por el beneficio de trabajo que él no tiene y otros sí.

El otro lado de la moneda es la posición de la empresa y de los miembros de la familia que trabajan en ella. Estos últimos pelearán por los intereses de la empresa como suyos pues, de ellos depende el éxito de su gestión y su realización personal y patrimonial y en tal sentido buscarán que las utilidades se reinviertan en el negocio, vía capitalización de dividendos o utilidades retenidas, para así asegurar o facilitar el crecimiento de la empresa familiar en el tiempo.

Sin embargo, en la medida en que la familia crece, obtener financiamiento para la operación del negocio familiar mediante la utilización de recursos propios, esto es, de los accionistas, será cada vez más difícil. Con el paso del tiempo, la estructura accionarial de las empresas familiares va cambiando como consecuencia del transmisión de propiedad de generación en generación. Los porcentajes de participación se empiezan a diluir y, lo que es suficiente para unos ya no lo es para otros.

Desde el punto de vista de la empresa, la dependencia a trabajar con los recursos del accionista puede ser fatal pues le resta autosuficiencia, pone en riesgo la capacidad de crecimiento de la empresa y la expone al riesgo de una crisis de iliquidez. Las empresas familiares en la medida en que van madurando deben por responsabilidad diversificar sus fuentes de financiamiento como una manera de lograr independencia económica.

Para evitar estos conflictos, el protocolo familiar usualmente incorpora en sus cláusulas, una política de dividendos que toma en consideración las distintas

realidades de los miembros de la familia y las necesidades de la empresa, en ambos casos, en el mediano y largo plazo, de tal forma que la misma sea sostenible y sustentable en el tiempo para ambas partes.

Sin embargo, por más elaborada que sea la política de dividendos propuesta en el protocolo, habrá que aterrizarla a las realidades que nos presenta la legislación ecuatoriana en esta materia, pues su validez está sujeta a lo que impone la Ley de Compañías. Según este cuerpo legal, son derechos fundamentales del accionista, de los cuales no se le puede privar, entre otros, participar en los beneficios sociales, debiendo observarse igualdad de tratamiento para los accionistas de la misma clase¹².

En este mismo sentido, el mismo cuerpo legal, dispone que salvo decisión unánime de la Junta de Accionistas, las compañías que no cotizan en bolsa deberán repartir todos los años dividendos en un porcentaje equivalente al 50% de los resultados generados al finalizar un determinado ejercicio económico y en caso de que la empresa cotice en bolsa, el porcentaje mínimo de dividendos se establece en el 30%¹³, salvo, en ambos casos, decisión unánime, en contrario, de los accionistas.

Cualquier acuerdo que se pretenda incorporar al estatuto de la empresa ecuatoriana que contravenga las disposiciones descritas anteriormente será nulo y por tanto no tendrá efecto legal alguno para la compañía y/o terceros.

2.2.2) Transferibilidad de las acciones.- Es muy común que las familias deseen establecer restricciones para la incorporación de terceros, como accionistas o socios de empresas familiares, con la finalidad de que la propiedad de la empresa familiar se mantenga en la familia. Por un lado está la necesidad de proteger la cultura familiar desarrollada y transmitida a lo largo de los años y por otro el de conservar el estilo de hacer empresa que es una consecuencia de aquella y que se encuentra sujeto a las reglas acordadas en el protocolo familiar.

La incorporación de personas no relacionadas a la familia por consanguinidad podría poner en riesgo la estabilidad del negocio familiar. No es extraño que los intereses del inversionista no relacionado sean objetivamente irreconciliables con los de los miembros de la familia, poniendo en riesgo su supervivencia en el tiempo, como por ejemplo lo sería, el deseo del inversionista no relacionado de buscar una liquidación de la empresa porque los activos fijos de la misma valen más que el negocio en operación, versus el interés de la familia de que la empresa se mantenga en el tiempo.

En este sentido es muy común encontrar en el protocolo familiar disposiciones que obliguen a la familia a mantener la propiedad del negocio familiar, exclusivamente, en manos de los miembros de la familia y su descendencia, y la promesa de ésta de hacer todo lo necesario para procurar que este compromiso se cumpla.

Este tipo de compromisos lleva consigo: a) una exclusión de los miembros de la familia no consanguíneos escudada en el argumento de que el negocio familiar es

¹² Art. 207 numeral 2do de la Ley de Compañías.

¹³ Art. 297 inciso 4to y 5to de la Ley de Compañías.

una herencia o legado del fundador a las futuras generaciones y que bajo el derecho civil, la familia política no tiene per se la calidad de heredera y b) una restricción a la libre capacidad de los miembros de la familia para disponer de sus acciones en el negocio familiar a favor de una persona no relacionada, que los obliguen a ofrecer en venta las acciones a los demás miembros de la familia y, solo en el evento de que ellos no manifiesten interés, lo puedan hacer a favor de terceros. Inclusive, previendo la posibilidad de que los miembros de la familia no tengan capacidad para adquirir las acciones del que desea venderlas, existen protocolos familiares que obligan a la familia en unos casos y a la empresa familiar en otros, a hacer un fondo de liquidez que permita al negocio familiar adquirir las acciones de quien las vende, como recurso de última instancia para impedir que un tercero las adquiera, y preservar las acciones de la empresa en la familia.

Lamentablemente, y a contrario de lo que ocurre en otras legislaciones, la Ley de Compañías ecuatoriana prohíbe cualquier cláusula contractual que restrinja la libre transferibilidad de las acciones, pues entre los derechos fundamentales del accionista incluye el negociar libremente sus acciones¹⁴.

En efecto, la Ley de Compañías establece que el derecho de negociar las acciones libremente no admite limitaciones¹⁵ y por ende dispone que está prohibido establecer requisitos o formalidades para la transferencia de acciones, que no estuvieren expresamente señalados en la ley, y que cualquier estipulación estatutaria o contractual que los establezca no tendrá valor alguno¹⁶.

Por consiguiente, cualquier prohibición o limitación al derecho de transferencia de acciones que se incorpore al estatuto de una sociedad anónima ecuatoriana no tendrá efecto alguno para el cedente de las acciones, para el cesionario de las mismas o para la compañía, y el negocio familiar se verá forzado a reconocer a personas ajenas de la familia entre sus inversionistas, a quienes no les será oponible los acuerdos familiares contenidos en el protocolo familiar.

2.2.3) Asignaciones forzosas.- Otra de las situaciones que ponen en riesgo la estabilidad de las empresas familiares es la transmisión de la propiedad de la empresa familiar por causa de muerte de los miembros de la familia pues, como consecuencia de estos cambios en su estructura accionarial, se incorporan al quehacer de la empresa familiar, personas ajenas a la familia que no necesariamente comparten la filosofía familiar.

En el Ecuador las reglas sobre sucesión son forzosas y por tanto, muchas veces no facilitan los procesos de planificación sucesoria que buscan que la propiedad de la empresa familiar quede en la familia. En efecto, aquellas normas restringen la capacidad del causante de disponer su patrimonio y como consecuencia de ello, se presentan varios escenarios de riesgo para la empresa familiar.

2.2.3.1) Familiares políticos.- Una posibilidad podría ser que la participación de los negocios familiares recaiga en familiares políticos, es decir, aquellos que

¹⁴ Art. 207 de la Ley de Compañías, numeral 8.

¹⁵ Art. 191 de la Ley de Compañías.

¹⁶ Art. 189 de la Ley de Compañías.

estuvieron vinculados a la familia por afinidad¹⁷ y no por sangre y que como consecuencia de ello, reciban participación en el negocio familiar ya sea por vía de la porción conyugal o por las legítimas.

2.2.3.1.1) La porción conyugal es la parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna, ya sea por sucesión intestada o por testamento, al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación.¹⁸ Procederá ésta en el caso de que el cónyuge sobreviviente no tenga bienes propios, o haya renunciado a su parte de gananciales a los que tiene derecho en la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, o los gananciales tienen una valoración menor que la porción conyugal, en cuyo caso, la porción conyugal sería el complemento. El monto de la porción conyugal será equivalente a la cuarta parte de los bienes de la persona difunta.¹⁹ En palabras de Larrea (2003): “la porción conyugal se da, pues, al cónyuge que no tiene –por ningún concepto-, bienes en cuantía suficiente para mantener el nivel de vida de que disfrutaba antes de enviudar” (pág. 260).

2.2.3.1.2) Legitimarios.-

La legítima es la porción que la ley asigna, sin perjuicio de la porción conyugal referida anteriormente, a los hijos del causante y en su falta, a los padres del causante a quienes en conjunto la ley denomina “legitimarios”²⁰. En caso de falta de descendientes, heredarán al causante sus padres y por esta vía, la propiedad del negocio podría transmitirse por causa muerte a terceros que no son parte de la familia. Tal sería el caso del padre del causante que mantiene una unión de hecho o está casado en segundas nupcias; y cualquiera de estos casos, engendró descendencia. Tanto el cónyuge del padre del causante como los hijos provenientes de esa unión, por virtud de la porción conyugal referida anteriormente o por las disposiciones sobre las legítimas, podrían llegar a recibir la propiedad del negocio familiar.

La vinculación de familiares políticos al negocio familiar no puede ser considerada negativa per se. Por el contrario, lo que se quiere destacar, más bien, es el riesgo de que a la larga, por vía de asignaciones forzosas, la propiedad de la empresa familiar termine en manos de verdaderos terceros que ni siquiera estén vinculados por afinidad a la familia.

¹⁷ Afinidad es el parentesco que existe entre una persona que está casada y los consanguíneos de su marido o mujer, o bien, entre uno de los padres de un hijo y los consanguíneos del otro progenitor. La línea y grado de afinidad entre dos personas se determina por la línea y grado de consanguinidad respectivos; así, entre suegros y yernos hay línea recta o directa de afinidad en primer grado, y entre cuñados, línea colateral de afinidad en segundo grado. Art. 23 del Código Civil.

¹⁸ Art. 1196 del Código Civil.

¹⁹ Art. 1201 del Código Civil.

²⁰ Art. 1205 del Código Civil.

2.2.4) Sucesión intestada.- En ausencia de legitimarios, son llamados a suceder al causante, en un segundo grado de sucesión, sus ascendientes y el cónyuge sobreviviente²¹; en un tercer grado de sucesión, sus hermanos²²; y en un cuarto grado de sucesión, sus sobrinos en conjunto con el Estado²³.

En este escenario, la transmisión por causa de muerte, podría derivar en que la participación del negocio recaiga en miembros de la familia lejanos que no tengan interés en el negocio familiar y en el peor caso, podrían incluso entrar personas totalmente extrañas como lo sería el Estado.

Hay que recordar que en la medida en que el negocio se va transmitiendo de generación en generación, los vínculos familiares que generan el compromiso de los miembros de la familia por cuidar la empresa se van perdiendo, la familia crece y la interacción entre sus miembros será más difícil. No todos los miembros de la familia podrán trabajar en la empresa familiar y los intereses particulares empiezan a aflorar con intensidad, sobre todo si quienes heredan la participación de la empresa no están activamente involucrados en ella.

Por ello, la planificación en materia de sucesión a través de un testamento bien estructurado, podría reducir los riesgos antes anotados; no eliminarlos. Establecer las reglas de distribución del patrimonio entre aquellos descendientes más relacionados con la empresa, planificando las correspondientes compensaciones para quienes no reciban interés en el negocio familiar, resulta fundamental.

2.2.5) Régimen de sociedad conyugal.- Por causa de matrimonio contraído bajo las leyes del Ecuador se crea una sociedad bienes entre cónyuges la cual queda conformada por todos los bienes que los cónyuges hayan adquirido antes del matrimonio, excepto por el caso de inmuebles, y por todos los bienes que se adquieran durante el matrimonio incluido en este caso también los inmuebles con excepción de aquellos inmuebles adquiridos a título de herencia, legado o donación. La participación de los cónyuges en esta sociedad de bienes es del 50% para cada uno, por lo que para disponer de ellos se requiere la firma de ambos mientras la sociedad exista.

En caso de disolución de la sociedad conyugal por terminación del vínculo matrimonial o dentro del matrimonio porque así lo deciden los cónyuges, los activos y pasivos que formaron parte de la sociedad deberán ser adjudicados, previo liquidación, a cada uno de los cónyuges en partes iguales.

Como consecuencia de ello, la propiedad de la empresa familiar puede pasar entre vivos a personas que no sean descendientes de la familia. Como se ha dicho, no se considera negativo que los familiares políticos participen del negocio familiar en sus distintas instancias. Sin embargo, desde el punto de vista de proteger la supervivencia de la empresa familiar en el tiempo, son las circunstancias alrededor de la disolución de la sociedad conyugal las que presentan los riesgos que usualmente se buscan evitar. Todo miembro de familia está expuesto a un no

²¹ Art. 1030 del Código Civil

²² Art. 1031 del Código Civil

²³ Art. 1033 del Código Civil

deseado divorcio y todo divorcio puede terminar siendo contencioso, lo cual implicaría que la propiedad de las acciones de la empresa familiar podría verse envuelta en un litigio que podría complicar la administración de la empresa y mermar su capacidad para mantenerse en el tiempo.

Por ello, es frecuente encontrar en protocolos familiares cláusulas que excluyen a los familiares políticos de la propiedad de la empresa familiar, lo cual es inoponible para terceros. En otros casos, incluyen cláusulas que obligan a los miembros de la familia a suscribir capitulaciones matrimoniales²⁴ antes del matrimonio con la finalidad de evitar que las acciones de la empresa familiar ingresen al haber de la sociedad conyugal, o condicionan los beneficios de la empresa familiar a que los miembros de la familia se hayan casado sin sociedad conyugal.

2.3) Estructuras usualmente utilizadas.-

Con la finalidad de minimizar el impacto de las limitaciones que nos impone la legislación local, es usual que las familias se vean obligadas a ubicar sus estructuras de propiedad de la empresa familiar en jurisdicciones extranjeras más amigables a procesos de planificación en materia de empresas familiares para, de esta manera, lograr darle fuerza legal a los acuerdos del protocolo familiar que, como vimos en la sección anterior, no podrían ser ejecutables por vía legal en el Ecuador.

Por ello, no es extraño encontrar en las estructuras patrimoniales de familias propietarias de negocios familiares, el uso complementario de sociedades extranjeras en la forma de un holding tenedor de acciones, en jurisdicciones en donde es permitido incorporar cláusulas que restringen la libre transferibilidad de acciones y políticas de dividendos más flexibles a los deseos de la familia, y el uso complementario de trusts o fundaciones de interés privado constituidos en jurisdicciones que no contienen normas sobre sucesión forzosa ni sociedad conyugal.

A nivel local, el uso de la compañía de responsabilidad limitada adquiere actualidad como vehículo para mantener el capital cerrado de las empresas familiares, dado que la transferencia de las participaciones requiere la aprobación unánime de los socios de ella²⁵.

En cuanto a la forma, el uso de estructuras de propiedad en el extranjero es perfectamente posible en el Ecuador. No existe ley en el Ecuador que prohíba que ecuatorianos sean propietarios de activos en el Ecuador a través de estructuras en el extranjero.

En el caso de un holding extranjero, es posible que una familia en el ejercicio de la autonomía de su voluntad, decida transferir las acciones de su empresa familiar en el Ecuador a una sociedad extranjera que actúe como holding y de esta manera

²⁴ Según el artículo 150 del Código Civil, se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales, las convenciones que celebran los esposos o los cónyuges antes, al momento de la celebración o durante el matrimonio, relativas a los bienes, a las donaciones y a las concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o de futuro.

²⁵ Art. 113 de la Ley de Compañías.

ejercer el control del negocio familiar a través de acciones en una compañía extranjera en sustitución de sus acciones en la empresa ecuatoriana. Por tanto, en la medida que la jurisdicción extranjera permita el uso de cláusulas que restrinjan la libre transferibilidad de sus acciones por vía estatutaria, la familia cuyo protocolo familiar establece este tipo de cláusulas, habrá logrado darle a estos acuerdos fuerza legal en el extranjero.

Las cláusulas que usualmente logran este propósito, son las aquellas que conceden la primera opción de compra a los miembros de la familia o “right of first refusal” en su traducción al inglés, así como aquellas que definen quienes podrán ser o no accionistas de la sociedad. La violación al contenido de estas cláusulas impedirá que la cesión de las acciones sea registrada en los libros de la sociedad y como efecto de aquello, que el cesionario sea desconocido para efectos societarios en la jurisdicción de domicilio de la empresa. Otro beneficio importante que usualmente se obtiene del holding extranjero es la posibilidad de implementar en sus estatutos la política de dividendos acordada en los protocolos familiares. Es fácil encontrar jurisdicciones extranjeras que además de permitir la restricción a la libre transferencia de acciones, sean flexibles en cuanto se refiere a reconocer o no derechos a los accionistas como el de garantizar distribuciones mínimas de dividendos, cuando haya utilidades y al menos un accionista lo desee.

En cambio, respecto al fondo, resulta imperativo que la transferencia de acciones al holding extranjero reúna todos los requisitos bajo legislación ecuatoriana para que la transferencia sea válida y minimizar los riesgos de ser cuestionada en el Ecuador en el campo civil. Por ello, resulta fundamental determinar previamente a su ejecución, su caracterización como un contrato oneroso o gratuito y dependiendo de la elección, asegurarnos de cumplir con los requisitos que el título escogido exige en materia civil para no caer en nulidades, como la falta de un precio en caso de que el título escogido sea el de compraventa o la ausencia de insinuación notarial o judicial en caso de que la figura sea una donación. En materia tributaria, cuidado habrá que tener con el concepto de la sustancia por sobre la forma²⁶ y en tal sentido asegurarse que si la forma es onerosa, que en efecto haya la entrega de la contraprestación pactada y en el caso de una transferencia gratuita, que se reconozca el acrecimiento patrimonial respectivo por parte del beneficiario de la donación con los efectos impositivos respectivos.

Mucha atención habrá que prestar a las consecuencias tributarias de ejercer la propiedad de activos en el Ecuador a través de sociedades extranjeras. Si bien es cierto que desde el punto de vista de la empresa familiar, podrá resultar de extrema utilidad que la propiedad de la empresa esté gobernada por estatutos que protejan la inversión de caer en manos de terceros por transferencia entre vivos, habrá que cotejar este beneficio contra el costo tributario que hoy en día este tipo de estrategias genera. Por un lado está el 5% del impuesto a la salida de dividendos aplicable a envío de dividendos al extranjero²⁷ y por otro la retención en la fuente del 13% en caso de que el dividendo sea distribuido a favor de un holding ubicado

²⁶ Este concepto está recogido en el artículo 16 del Código Tributario que establece que cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilizan.

²⁷ Art. 159 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador.

en una jurisdicción considerada por el Servicio de Rentas Internas como paraíso fiscal²⁸.

El uso de la figura del trust anglosajón es complementario al uso de la sociedad extranjera en el sentido que a través de éste se busca que el patrimonio del trust no esté sometido a las normas sobre sucesión forzosa en el Ecuador. La forma en que usualmente se logra este cometido es sustituyendo el derecho de propiedad sobre las acciones por un beneficio en el patrimonio del trust.

El trust anglosajón es similar al fideicomiso mercantil ecuatoriano en el sentido que constituye un patrimonio autónomo afecto a una finalidad pero se diferencian sustancialmente en el sentido que el primero no tiene personalidad jurídica por lo que el patrimonio que se transfiere a éste se mantiene bajo la propiedad de quien actúa como fiduciario. La calidad de beneficiario del trust anglosajón, en la generalidad de los casos, no es transferible, ni transmisible a contrario de los derechos de beneficiario del fideicomiso mercantil ecuatoriano que usualmente, sí lo pueden ser.

Pero la mayor diferencia es que en el trust anglosajón, ni el constituyente ni beneficiario del trust pueden retener control sobre el patrimonio fideicomitado so pena de que el trust sea considerado como nulo o no existente. En el derecho anglosajón es fundamental que el constituyente se haya privado del derecho de propiedad sobre los activos que transfiere al fideicomiso de tal forma que este derecho se consolide en el fiduciario. Más allá de la forma legal, el fideicomitente no puede reservarse derechos sobre el patrimonio que merme la discrecionalidad que el fiduciario, como nuevo propietario de los activos, debe tener para actuar de la forma que éste considere conveniente en el mejor interés de los beneficiarios. Por ello, mientras más control mantenga el fideicomitente o el beneficiario sobre los activos, mayor riesgo existirá que el trust sea considerado como inválido. El concepto de control bajo el derecho anglosajón está asociado con el derecho a terminar el trust en cualquier momento, el derecho de forzar una disposición de los activos del trust ya sea directamente o a través de organismos reconocidos por la legislación anglosajona como lo es la figura del protector, entre otros.

Una alternativa al uso del trust es la fundación de interés privado. El concepto atrás de la fundación de interés privado es el mismo que en el trust en el sentido que este se basa en cambiar el derecho de dominio por un beneficio sujeto a los términos y condiciones del acta fundacional. La diferencia con el trust está por un lado en el hecho de que la fundación de interés privado se puede encontrar en jurisdicciones de Derecho Romano²⁹ o escrito; por otro, en que la fundación usualmente no tiene ninguna restricción sobre la reserva de control que haga el constituyente y/o beneficiario.

Tanto en el caso del Trust como en el de la Fundación es fundamental que el constituyente y el beneficiario reconozcan y respeten estas estructuras como patrimonios totalmente independientes de los suyos de tal forma que no haya

²⁸ Art. 15 de la RLORTI

²⁹ La totalidad de leyes establecidas por el antiguo pueblo de Roma.

riesgo de que se consideren como estructuras sin sustancia económica³⁰ y por tanto se pretenda cuestionar su existencia.

Por otro, no existe norma en el Ecuador que esclarezca sobre el tratamiento de este concepto de “beneficio” en vez de propiedad, para efectos legales en el Ecuador. Por consiguiente, la determinación respecto a si el beneficio es un derecho o una expectativa es interpretable y dependerá de las características del trust/fundación y de los atributos y/o derechos que confieran los beneficios. Si estos atributos hacen al beneficio más parecido a un derecho, su titularidad se asociará al concepto de propiedad y por tanto habrá el riesgo de que se lo considere como un activo y en tal sentido sometido a las normas ecuatorianas en materia sucesoria. Si los atributos lo hacen más parecido a una expectativa, entonces, lo más probable es que este no genere derechos en el Ecuador y por tanto no le serán aplicables las normas ecuatorianas.

Claro está que el uso exitoso de jurisdicciones extranjeras, no solo depende de la estructura propiamente tal, sino de la forma a través de la cual se transfirieron los activos, que de otra manera hubieran estado sujetos a la jurisdicción local, al extranjero. En este aspecto entran en juego varios conceptos como el fraude de la ley en materia civil que se desarrolla más adelante, el de la sustancia por sobre la forma en materia tributaria y el del “sham trust”³¹ en el derecho anglosajón.

El vehículo utilizado para fundear el trust/fundación adquiere trascendental importancia. Partiendo de la base que lo que se recibe a cambio de lo que se aporta, tiene una naturaleza y tratamiento distinto, la caracterización de la transferencia es más complicada. En la generalidad de los casos, el constituyente no recibe algo a cambio por su transferencia y si lo recibe, es de inferior calidad y valoración. Nada hay en la legislación ecuatoriana respecto al tratamiento de estas transferencias por lo que una posibilidad es tratarlas como una transferencia gratuita, es decir, como una donación. Otra tendencia es considerarla de naturaleza onerosa y por tanto considerarla de la misma manera que un aporte a una sociedad haciendo extensivo al trust/fundación la definición de sociedad³² para efectos tributarios.

Dependiendo de una caracterización o de otra, será más fácil o difícil argumentar que el beneficio está sujeto o no a las disposiciones ecuatorianas en materia de sucesiones.

³⁰Según el art. 24 de la RLORTI, empresa inexistente es aquella respecto de las cuales no sea posible verificar la ejecución real de un proceso productivo y comercial.

³¹La doctrina se refiere a situaciones en las que las partes en una transacción aparentemente válida tenían el verdadero interés de inducir a error a terceros. La relevancia de la doctrina, se encuentra en el hecho de que la corte ignora la forma de la transacción, y se centra la verdadera intención de las partes.

³²Art. 98 de la LORTI. Definición de sociedad.- Para efectos de esta ley el término sociedad comprende la persona jurídica; la sociedad de hecho; el fideicomiso mercantil y los patrimonios independientes o autónomos dotados o no de personería jurídica, salvo los constituidos por las Instituciones del Estado siempre y cuando los beneficiarios sean dichas instituciones; el consorcio de empresas, la compañía tenedora de acciones que consolide sus estados financieros con sus subsidiarias o afiliadas; el fondo de inversión o cualquier entidad que, aunque carente de personería jurídica, constituya una unidad económica o un patrimonio independiente de los de sus miembros.

En tratándose de estructuras locales, la sociedad de responsabilidad limitada juega un rol medianamente aceptable pues so pretexto de mantener la estructura empresarial familiar cerrada en su estructura de propiedad, la mayoría de la familia termina subordinándose a la minoría en cuanto se refiere a transferencia de participaciones pues como se ha dicho antes, este tipo de estructuras requiere la aprobación unánime de los socios para realizar una transferencia. Adicionalmente, la tenencia de participaciones por parte de extranjeros solo podrá ostentarse a través de sociedades anónimas extranjeras³³ y el número máximo de socios no puede exceder de 15 miembros³⁴, lo cual termina restringiendo su utilidad en un corto, mediano o largo plazo. Importante resulta notar que las participaciones sí son objeto de transmisión por causa de muerte³⁵. Es por estas razones que la sociedad limitada tiene muy poco uso dentro de procesos de estructuración de empresas familiares.

3) LIMITANTES DE LA PLANIFICACIÓN: LA NORMATIVA ACTUAL.-

3.1) *Declaración Patrimonial.*-

La introducción de la obligatoriedad de la presentación de una declaración patrimonial por parte de quienes sean considerados por la legislación tributaria como sujetos pasivos de impuestos en el Ecuador, sin duda, constituye uno de los precedentes con mayor significación y alcance para efectos de la labor de control que está realizando la administración tributaria local. La declaración patrimonial obliga a todo contribuyente con activos equivalentes a US \$200,000, en caso de personas con bienes propios, y de \$400,000 para el caso de aquellas personas casadas sin bienes particulares, a revelar en forma anual todos sus activos y pasivos localizados en el Ecuador y en cualquier parte del mundo, así como los activos de propiedad de sus menores de edad³⁶.

Las implicaciones de la declaración son muy amplias. Desde una multa por falta de presentación hasta el potencial riesgo de una defraudación en caso de ocultamiento de bienes³⁷ o en caso de que la conducta del contribuyente impida la labor de control de la administración³⁸.

Adicionalmente, la declaración patrimonial establece un parámetro de medición a partir del cual la administración tributaria controlará los incrementos y decrecimientos patrimoniales del contribuyente con la finalidad de determinar si las variaciones hacia arriba generan ingresos gravables y, las variaciones hacia abajo generan gastos no deducibles para el contribuyente.

En lo que respecta al impuesto a la renta por herencias o legados, la declaración patrimonial servirá como instrumento para controlar que los beneficiarios de herencias y legados declaren los acrecimientos patrimoniales que reciban utilizando como punto de partida, la declaración patrimonial del causante y las cuantías por él reportados en su última declaración patrimonial.

³³ Art. 100 de la Ley de Compañías.

³⁴ Art. 95 de la Ley de Compañías.

³⁵ Art. 107 de la Ley de Compañías.

³⁶ Art. 1 de la Resolución No. NAC-DGER2008-1510

³⁷ Art. 344 del Código Tributario, num. 4.

³⁸ Art. 345 del Código Tributario.

En esa línea, las acciones de la empresa familiar en el exterior deberán ser reveladas en la declaración patrimonial, y los beneficios del trust también si es que estos son asimilados a un derecho de propiedad, y por tanto considerados como activos para efectos ecuatorianos, lo cual, más allá de los efectos que este particular tendría en el Ecuador, podría poner seriamente en riesgo la estrategia en materia de empresa familiar.

La declaración del beneficiario de un trust en el sentido de que el patrimonio del mismo es de su propiedad, tal como quedaría evidenciado en la declaración patrimonial, al incluir el valor económico de tal interés como activo, podría generar graves cuestionamientos respecto a si el constituyente o beneficiario del trust, dependiendo del caso, ha hecho una entrega completa de sus derechos de dominio sobre los activos transferidos al fiduciario, o si es que se han retenido suficientes derechos como para considerar que no ha habido un cambio real en la propiedad de tal patrimonio, lo cual podría resultar en una nulidad bajo las normas y jurisdicción donde se constituyó el trust.

Por otro lado, la declaración patrimonial incrementa exponencialmente el riesgo de un cuestionamiento respecto a la forma en que se hayan fondeado las estructuras extranjeras pues, dependiendo de los efectos derivados de la caracterización que haga el contribuyente, la transferencia y sus consecuentes fluctuaciones de valor será evidenciada en la declaración patrimonial. Una falla en la forma de la transferencia podría devenir en transferencias de activos que podrían estar viciadas de nulidad con los consecuentes efectos para la estrategia familiar.

Entonces más allá de las consecuencias económicas (tributos) que genera la declaración patrimonial, lo trascendental para la empresa familiar es que inadvertidamente, se estén haciendo de vehículos de protección de la empresa familiar que por el fondo, terminan siendo nulos, pues a pesar de que en su forma, recogen todos los elementos necesarios para que la figura funcione perfectamente, su acople al entorno legal actual del Ecuador puede hacer que los miembros de la familia, sin intención, destruyan todo lo construido. Este riesgo se acrecienta en la medida en que más miembros de la familia se incorporen al quehacer tributario del Ecuador pues cada vez será más difícil lograr que todos ellos compartan una misma estrategia y actúen de manera coordinada dentro del marco de ella, sobre todo porque se trata de decisiones sobre patrimonios personalísimos de los miembros de la familia, es decir, patrimonios que están conformados por activos que van más allá de las participaciones en la empresa familiar.

3.2) Revelación de accionistas, socios o partícipes.-

Son dos los cuerpos legales a través de los cuales la autoridad ha logrado obligar a los contribuyentes a revelar la identidad de las personas naturales beneficiarias finales de las estructuras desde las cuales, ejercen la propiedad de activos en el Ecuador.

Por un lado están las reformas introducidas en la Ley de Compañías que establecen la obligatoriedad de las empresas ecuatorianas de revelar la identidad de los propietarios de las estructuras extranjeras accionistas de empresas

ecuatorianas³⁹, a través de las cuales, la autoridad societaria logra acceder hasta un segundo nivel en la estructura de propiedad, pero no necesariamente llega a conocer a la persona natural atrás de ellas. En efecto, basta con que la estructura tenga más de dos niveles para que la reforma sea ineficaz.

En cambio, con el anexo de accionistas introducido en la legislación⁴⁰, todos los contribuyentes de impuestos en el Ecuador que operan bajo la forma de una persona jurídica, incluyendo fideicomisos mercantiles, deben revelar la identidad de las personas naturales que ejercen la propiedad de las estructuras como accionistas, socios o partícipes, no importa el número de niveles que existan entre la empresa ecuatoriana y la persona natural. Los únicos exceptuados de compartir la información de las personas naturales beneficiarias finales son aquellas estructuras que tienen como accionistas otras empresas ecuatorianas, o empresas cuyas acciones están listadas en bolsas de valores pues en estos casos, la información contenida en el anexo solamente debe de llegar hasta la empresa ecuatoriana accionista o hasta la estructura cuyas acciones cotizan en bolsa. En el primer caso porque la autoridad se valdrá de la información que presente la otra sociedad ecuatoriana y así hasta que encuentre al beneficiario persona natural, y en el segundo por razones de practicidad y sigilo bursátil.

Ahora bien, la afectación de esta normativa en materia de planificación para empresas familiares radica en el hecho que, como ya hemos dicho, los beneficiarios de los trusts o fundaciones no son ni accionistas, ni partícipes ni socios de las empresas familiares de propiedad del trust o fundación.

Entonces, la encrucijada para el contribuyente es, revelarse o no como algo que en la realidad no es? Declararse como tal podría generar serias repercusiones a la estrategia de protección de la empresa familiar pues la familia se enfrenta al riesgo de que la estructura creada para tales efectos sea nula en la jurisdicción de su incorporación. No hacerlo expone a la empresa familiar a perder capacidad operativa ya sea porque la autoridad tributaria no le renueva su autorización para emitir facturas⁴¹, porque la empresa familiar deja de estar en lista blanca y no califica para participar en licitaciones públicas, o porque fue clausurada⁴².

3.3) *Contratación pública.*-

El abanico de alternativas de jurisdicciones alrededor del mundo para el establecimiento de las estructuras de protección de la empresa familiar se reduce para aquellas empresas familiares que dentro del giro de su negocio participan en licitaciones públicas como proveedoras del estado ecuatoriano.

A partir de la vigencia del decreto ejecutivo 1793⁴³ y su respectiva reglamentación⁴⁴, quedó prohibida para el estado ecuatoriano la contratación a

³⁹ Artículo innumerado agregado a continuación del art. 221 de la Ley de Compañías.

⁴⁰ Resolución NAC-DGERCGC12-00777.

⁴¹ Art. 7 del Reglamento de Comprobantes de Venta, Retención y Documentos Complementarios.

⁴² Art. Innumerado 1 agregado a continuación del 329 del Código Tributario.

⁴³ R.O. 621 (suplemento) del 26 de junio de 2009 y su reforma mediante decreto 144 publicado en el R.O. 79 del 2 de diciembre de 2009.

⁴⁴ Resolución Nro. 037-09 del Instituto Nacional de Contratación Pública, R.O. 93 del 22 de diciembre de 2009.

empresas en las que en alguna parte de su estructura de propiedad exista un paraíso fiscal, reservándose el gobierno, la capacidad de descalificar en cualquier momento al oferente. Por ello, hoy en día no es extraño encontrar en las bases de licitaciones, una declaración juramentada en la que el oferente, bajo pena de perjurio, asegura que no existe paraíso fiscal dentro de sus estructuras de propiedad.

3.4) Defraudación.-

El concepto de defraudación tributaria en el Ecuador es muy amplio. Su definición parte de tipificar como defraudatorio, todo acto doloso de simulación, ocultación, omisión, falsedad o engaño que induzca a error a la autoridad en la determinación de la obligación tributaria y toda conducta dolosa que contraviene o dificulta las labores de control, determinación y sanción que ejerce la administración tributaria⁴⁵ e incluye la utilización en las declaraciones tributarias o en los informes que se suministren a la administración tributaria, de datos falsos, incompletos o desfigurados.⁴⁶

En esa línea, planificar respecto de activos en el Ecuador en áreas que definitivamente no están claras en nuestra legislación como lo es, el tratamiento de este concepto de “beneficios” en trusts anglosajones o en fundaciones de interés privado, resulta altamente riesgoso, no tanto por el posible impacto económico (tributos) hoy subjetivo e incierto, sino más bien desde un punto de vista de sus efectos en el campo penal, dependiendo de las posiciones que por un lado, los contribuyentes adopten respecto de ellos en sus declaraciones patrimoniales, y que, por otro, los administradores adopten desde el nivel de la empresa ecuatoriana respecto a ellos en las declaraciones de accionistas, partícipes o beneficiarios.

En aspectos tributarios y de empresa familiar, no hay peor estrategia que la que depende, para su éxito, de muchas personas. El error que cometa cualquiera de los miembros de la familia en la preparación de su declaración patrimonial, o el riesgo que adopte, respecto de ella, una posición estratégica distinta que los demás, puede poner en riesgo la estructura de empresa familiar diseñada para preservar el negocio dentro de la familia en el tiempo y exponer a los miembros de la familia a riesgos de naturaleza hasta penal, haciendo que el remedio sea más costoso que la enfermedad misma, y hasta letal.

3.5) Enriquecimiento privado no justificado.-

La introducción del concepto de enriquecimiento privado no justificado como tipo penal en una futura reforma del código penal en discusión no se puede dejar de mencionar pues con seguridad generará implicaciones adicionales que se en su momento deberán ser tomadas en cuenta.

Poca certeza existe respecto a la extensión que se le pretenderá dar a este tipo penal. Lo cierto es que hoy hay un mandato constitucional que aprobó que se penalice dicha conducta. Algunos borradores han circulado sobre el posible texto

⁴⁵ Art. 342 del Código Tributario.

⁴⁶ Art. 344 del Código Tributario.

de la reforma. El proyecto presentado por el Presidente Constitucional de la República a la Asamblea Nacional y que se encuentra en la actualidad en su segundo debate, propone que haya enriquecimiento privado no justificado cuando una persona, en forma directa o por interpuesta persona, obtuviere un incremento patrimonial no originado en una actividad lícita, y su sanción va desde prisión hasta el decomiso de los instrumentos, productos o réditos utilizados u obtenidos del cometimiento del delito⁴⁷.

Lo anterior vuelve a darle actualidad a la problemática derivada de trust anglosajón o fundación de interés privado, y su figura de “beneficiario”. Para visualizar la problemática, hay que pensar en la siguiente generación de una empresa familiar que se convierte en beneficiaria del trust propietario del negocio familiar por fallecimiento del único miembro sobreviviente de la generación anterior. ¿Como ellos justificarían la propiedad del negocio familiar para efectos de no encuadrarse en el supuesto tipo penal del enriquecimiento injustificado? Si toman la posición de que son propietarios a pesar de exponer el trust a una nulidad, deberán declarar el acrecimiento patrimonial en su declaración de impuesto a la renta y dependiendo de si la causa del traspaso es el contrato de trust propiamente tal o la transmisión por causa de muerte del causante, variará la tarifa de impuesto a la renta aplicable, entre la que corresponde a ingreso ordinario o en su defecto, a ingreso por herencia, legado o donaciones. En el caso contrario, es decir, que se tome la posición que el beneficio no es propiedad y que por tal motivo no hay acrecimiento patrimonial, la vinculación de los miembros de la familia al negocio familiar no estaría justificada en sus declaraciones de impuestos porque ella no se originó en un evento tributable, con los consecuentes posibles riesgos que pueda traer consigo este nuevo tipo penal.

3.6) Impacto Tributario.-

Para concluir con el análisis de la legislación que restringe o limita la planificación en materia de empresa familiar, no se puede dejar de mencionar aquella que expone a mayor tributación. Las familias que deseen crear estructuras de protección de la empresa familiar utilizando vehículos previstos en jurisdicciones extranjeras deberán estar conscientes que ello traerá consigo mayores costos tributarios.

En efecto, dependiendo de la ubicación de la estructura holding para la tenencia de la propiedad de las empresas, la distribución de dividendos desde el Ecuador tendrá un tratamiento tributario distinto. Si la distribución es efectuada a favor de accionistas ubicados en paraísos fiscales⁴⁸, el dividendo estará expuesto a una retención de impuesto a la renta del 13% en la fuente⁴⁹ a contrario de lo que ocurriría en caso de que la distribución de dividendos sea efectuada a favor de una persona domiciliada en jurisdicciones extranjeras no consideradas como paraísos fiscales, que no será objeto de retención alguna.

⁴⁷<http://www.fielweb.com/Buscador/Norma.aspx?Id=1063433&Nombre=PROYECTO%20C3%93DIGO%20ORG%20C3%81NICO%20INTEGRAL%20PENAL>

⁴⁸Resolución NAC-DGER2008-0182.

⁴⁹ Art. 15 de la RLORTI.

La distribución de dividendos estará sujeta al impuesto a la salida de divisas del 5%⁵⁰ si es que el mismo es pagado a un accionista domiciliado en un paraíso fiscal. En caso contrario está exento.

La repatriación de estos ingresos, dependiendo de la caracterización de la estructura y del ingreso, podrá en ciertos casos, generar una tributación adicional.

4) LIMITANTES DE LA PLANIFICACIÓN: EL ENTORNO Y TENDENCIAS.-

El mundo de los negocios ha cambiado en la última década. Por un lado el internet y las comunicaciones han abierto el horizonte de la información, eliminado las barreras de distancia, facilitado el intercambio comercial y creados nuevos mercados para productos y servicios. Por otro lado, los grandes casos de corrupción empresarial a nivel mundial de la última década han empañado la historia y de ello, la expedición de leyes y regulaciones tremendamente sofisticadas que buscan combatir este tipo de conductas ilegales por parte de los actores del mercado, y de cierto modo ha restringido la capacidad de hacer y mantener empresas. Finalmente la crisis económica mundial ha volcado la atención de los gobiernos hacia la generación de recursos por vía del incremento de su recaudación fiscal y por ello, la introducción de mecanismos antievasivos como lo constituyen hoy los acuerdos de intercambio de información, y la identificación de la persona natural beneficiaria final de las estructuras empresariales.

El Ecuador no es una excepción a esta tendencia. En el transcurrir de los últimos años hemos sido testigos de la expedición de una nueva constitución, nuevas leyes y regulaciones que le han dado al sistema legal al cual se encuentran sometidas las empresas en el Ecuador, un alto grado de complejidad.

El gobierno de turno se ha caracterizado, entre otras cuestiones, por el empoderamiento a la clase laboral y el combate a la evasión tributaria. La exigibilidad de los derechos de los trabajadores y las sanciones para los empleadores destacan en estos tiempos en un entorno en donde la tercerización laboral ha sido derogada, la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas es controlada y la no afiliación al Seguro Social ha sido penalizada.

En el campo fiscal, la administración tributaria ha adoptado un rol preponderante promoviendo el cumplimiento de la normativa tributaria. La introducción de mecanismos antievasivos de impuestos ha desincentivado el uso de paraísos fiscales y combatido la evasión. Hoy en día, se han creado nuevos impuestos, se requiere la revelación de la identidad de la persona natural accionista, socio, o partícipe de los contribuyentes que ejercen una actividad económica bajo la figura de sociedad y la presentación de una declaración patrimonial. Como consecuencia de todo lo anterior, la recaudación tributaria se ha incrementado sustancialmente y hoy existe conciencia tributaria.

Finalmente, la posición categórica del Gobierno de cobrar lo que se le debe, en sus distintas instancias, ha resultado en la promulgación de leyes que por un lado dificultan la accesibilidad de los contribuyentes a litigar contra la administración

⁵⁰ Art. 159 de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador.

tributaria en la corte vía la exigencia del afianzamiento⁵¹ o consignación⁵², dependiendo del caso, del interés fiscal como requisito previo; y por otro, extendiendo la responsabilidad de las sociedades a los accionistas cuando aquellas no puedan atender sus obligaciones con sus patrimonios.⁵³

5) NUESTRA PROPUESTA.-

Frente al entorno complejo del sistema ecuatoriano, influenciado principalmente por la actitud agresiva de las administraciones tributarias a nivel mundial por combatir la evasión e incrementar la recaudación fiscal, la empresa familiar ecuatoriana, al igual que todo contribuyente que planifica con antelación, los efectos derivados del cambiante entorno y actúa para adecuarse al mismo, y evitar perder competitividad y proteger su supervivencia en el tiempo, deberá replantearse su estructura de propiedad.

Las alternativas no son muchas. Una es cumplir con la normativa actual desde las estructuras extranjeras con las que cuenta la empresa al momento. En esa línea, muchas empresas han optado por revelar la identidad de los miembros de la familia a través de los vehículos familiares creados para proteger el negocio familiar y por ende se han declarado como accionistas, socios o partícipes del trust familiar o de la fundación de interés privado panameña pasando por alto que los miembros de la familia no son ni accionistas, ni partícipes ni socios, es decir, no son propietarios de sus estructuras sino simplemente beneficiarios de las mismas, sin darse cuenta que al hacerlo, están destruyendo el interés que motivó su creación, esto es, la protección de la empresa familiar.

Otra es deshacer la estructura de propiedad y so pretexto de que la normativa actual desincentiva el uso de estructuras extranjeras, simplemente se adjudican devuelta la propiedad de la empresa familiar dejando el protocolo familiar como un simple compendio de obligaciones naturales, no ejecutables, y arriesgando la permanencia de la empresa familiar en el tiempo, la misma que queda sujeta a la buena intención de los miembros de la familia por cumplir estos acuerdos mientras les provoque hacerlo. En algunos casos, esta posición podría poner en riesgo la estabilidad económica de los miembros de la familia exponiéndolos a posibles contingencias tributarias y hasta penales en la medida en que el proceso de desmonte de la estructura de propiedad no haya sido planificado adecuadamente, como por ejemplo lo sería el caso de que este procedimiento genere discrepancias en las declaraciones patrimoniales y de impuesto a la renta de los miembros de la familia que sean malinterpretadas como conductas dolosas.

Alternativamente, se puede explorar mecanismos para adecuarse al entorno actual mediante el uso de estructuras reconocidas en la legislación ecuatoriana que permitan lograr un mejor resultado que las alternativas anteriormente descritas, y que posiblemente, en el pasado fueron descartadas por múltiples razones que hoy en día no vale la pena mencionar.

⁵¹ Artículo innumerado agregado a continuación del 233 del Código Tributario.

⁵² Disposición décima para el cobro eficiente de las acreencias del Estado de la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado.

⁵³ Art. 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales.

Sin embargo, a la luz de la realidad global a la que están expuestos los ciudadanos del mundo, la opción de estructurar la propiedad de las empresas familiares ecuatorianas a través de los mecanismos contemplados en nuestra legislación podría generar múltiples ventajas para la empresa y la familia que podrían sopesar tanto o más, que aquellas ventajas que motivaron la estructuración de propiedad en el extranjero.

Por ejemplo en un Ecuador como el de hoy en el que el Gobierno tiene enfocada su estrategia económica en reactivar el aparato productivo a través de la inversión social en obra pública, las estructuras de propiedad deben permitir que la empresa familiar cumpla con los requisitos necesarios para poder calificar como proveedor del estado y beneficiarse de las ingentes cantidades de recursos que se están canalizando hacia la empresa privada para estos efectos. Una empresa familiar con una estructura de propiedad que utiliza vehículos incorporados en jurisdicciones consideradas como paraísos fiscales sería automáticamente descalificada en este caso.

Conceptos similares enfocados a la simplicidad de las estructuras para llegar a los propietarios finales se requieren también para acceder a las múltiples opciones de crédito que hoy en día ofrece el sistema financiero público y privado.

Y lo anterior sin incluir la ventaja de eliminar la incertidumbre que hoy se vive en relación al concepto del enriquecimiento privado no justificado como delito penal, en donde el tipo de estructuras extranjeras y su caracterización para efectos ecuatorianos es hoy en día incierta.

En esa línea, el presente trabajo propone la figura del fideicomiso mercantil de la Ley de Mercado de Valores ecuatoriana como instrumento de planificación en materia de empresas familiares que ya contaban con una estructura de propiedad que no funciona bajo el entorno actual o para aquellas empresas familiares que todavía no cuentan con una planificación, entre otras razones, por costos o por razones de idioma, sofisticación o sencillamente por inseguridad frente a lo desconocido.

Su utilidad se traduce en el hecho de, a través de esta, poder mantener los acuerdos del protocolo familiar con fuerza de ley en el Ecuador y a la vez eliminar todos los factores que limitan o encarecen la operación del negocio, generan riesgos y contingencias no solo a nivel del negocio sino de los miembros de la familia, y crean incertidumbres.

El fideicomiso mercantil ecuatoriano, si bien es cierto, es una institución joven en nuestra legislación, se ha convertido a lo largo de los casi 20 años de existencia, en un vehículo facilitador de negocios por su flexibilidad en adecuarse a las necesidades de las partes y por la confianza que ofrece la incorporación de la figura de un tercero institucional para que realice la gestión encomendada de manera objetiva e imparcial.

Tradicionalmente, encontramos que su uso se ha concentrado en la tenencia y administración de activos, en facilitar un vehículo de garantía, en viabilizar el desarrollo de proyectos inmobiliarios, inversiones y procesos de titularizaciones. Sin embargo hasta la presente fecha el fideicomiso mercantil no ha captado la atención de estructuradores que vean en él una alternativa para instrumentar la

estructura de propiedad de empresas familiares, lo cual constituye la misión de este trabajo.

6) EL FIDEICOMISO.-

6.1) *Antecedentes.-*

El fideicomiso mercantil existe en el Ecuador desde el año 1993 en que fue incorporado en el Código de Comercio con oportunidad de la expedición de la ley de Mercado de Valores⁵⁴ que lo introdujo en cuatro artículos innumerados. En sus orígenes, el fideicomiso mercantil no tuvo personalidad jurídica y la capacidad de actuar como fiduciario mercantil fue reservada exclusivamente a las sociedades controladas por la Superintendencia de Bancos.

Con la reforma a la ley de Mercado de Valores del año 1998⁵⁵ se derogan las disposiciones antes referidas y se introduce la figura del fideicomiso tal como hoy día se la conoce y utiliza. En lo principal, la reforma le otorga al fideicomiso mercantil personalidad jurídica y su administración le es confiada únicamente a las Administradoras de Fondos y Fideicomisos y a la Corporación Financiera Nacional. A más de la ley, hoy en día esta figura se encuentra regulada adicionalmente por el Reglamento General a la Ley de Mercado de Valores⁵⁶ y por el título V denominado “Negocios Fiduciarios” de la codificación de las resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores⁵⁷.

6.2) *Aplicación práctica.-*

Según Rodríguez (2005), la causa que lleva a los contratantes a utilizar el modelo de negocio fiduciario debe buscarse fuera de los elementos integrantes de la relación, es decir, en el motivo concreto que lleva al fideicomitente a depositar su confianza en el fiduciario y entender que no abusará de su posición, pese a encontrarse en posibilidad de hacerlo y que será, en cada caso, la certeza de una mejor administración o inversión, la conveniencia de una forma determinada de garantía, la liberación de la responsabilidad inherente a una gestión enojosa o poco atractiva, la obtención de una finalidad difícilmente conseguible por otros medios, la posibilidad de favorecer a una persona o entidad a título gratuito, entre otros.

En esa misma línea, Rodríguez (2005) concluye que la razón de ser del fideicomiso mercantil se encuentra en la insuficiencia legislativa para solucionar todos los problemas o finalidades buscadas por las partes dentro de los arquetipos legislativamente reconocidos.

En el Ecuador no existe una legislación que reconozca la empresa familiar como tal y que establezca un marco jurídico que facilite su supervivencia en el tiempo reconociendo sus características particulares y su trascendencia para la economía

⁵⁴ R.O. 199, suplemento, del 28 de mayo de 1993.

⁵⁵ R.O. 367 del 23 de julio de 1998. Codificación nro. 2006-001 publicada en el R.O. 215, suplemento, del 22 de febrero de 2006.

⁵⁶ R.O. 87 del 14 de diciembre de 1998.

⁵⁷ Resolución nro. CNV-2008-2006, R.O. Edición Especial 1, del 8 de marzo de 2007 y sus posteriores modificaciones.

del país. Por ello se considera que el fideicomiso mercantil puede suplir esta falencia.

6.3) Definición.-

La palabra fideicomiso proviene de los vocablos latinos “fidei” y “commisiun”; el primero significa “fé o confianza” y el segundo, “comisión o encargo”, y su denominación en la ley como fideicomiso mercantil deviene de la necesidad de distinguirlo de la fiduciaria civil o propiedad fiduciaria regulada por el Código Civil y cuyas características son sustancialmente distintas.

Según Rodríguez (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 con una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero” (pág. 182).

Según artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, el fideicomiso mercantil es el contrato por el cual “una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles e 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 mismo artículo continua diciendo que por fideicomiso mercantil también se entenderá “el patrimonio autónomo, esto es, el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato”.

El mismo artículo aclara que el patrimonio autónomo “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”.

6.4) Partes.-

El contrato de fideicomiso tiene al menos dos partes, el constituyente o fideicomitente y el fiduciario.

6.4.1) El Constituyente.- El constituyente es aquella persona capaz, propietaria de los bienes o derechos que se transferirán al fideicomiso, a través de su manifestación de voluntad. La ley establece que podrán actuar en tal calidad, personas naturales o jurídicas, privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras o cualquier otra entidad dotada de personalidad jurídica. Pueden ser uno o varios constituyentes y en la medida en que los otros se incorporen en forma

posterior al acto de constitución, de permitirlo éste, se los denominará constituyentes adherentes.⁵⁸ Sus derechos son intransferibles⁵⁹.

6.4.2) El Fiduciario.- El fiduciario es la persona a quien la ley le impone la responsabilidad de administrar el patrimonio autónomo fideicomitado, responsabilidad que solo podrá recaer en las empresas administradoras de fondos y fideicomisos⁶⁰. Al decir de González (1996), el fiduciario es el comisionado de la confianza del constituyente que ejercerá los encargos constituidos y sustentados en un patrimonio separado en favor de los fideicomisarios” (pág. 108).

El fiduciario es el representante legal del patrimonio autónomo y en la administración del mismo, su responsabilidad se extiende hasta la culpa leve, esto es, la que deviene de la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean en sus negocios propios⁶¹ y su gestión es de medio y no de resultado, esto es, su responsabilidad es de actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que la finalidades pretendidas se cumplan”.⁶² Ni el fiduciario ni sus administradores, representantes legales, o sus empresas vinculadas podrán ser beneficiarios del fideicomiso que administra por expresa prohibición de ley.⁶³

Al decir de Rodríguez (2005), el fiduciario se encuentra subordinado a los derechos que le confiere y las obligaciones que asume en, el contrato de fideicomiso mercantil, sin perjuicio del riesgo del abuso por parte del fiduciario, pues las relaciones derivadas del contrato son de carácter personal y no real.

6.4.3) El Beneficiario. El beneficiario es la persona designada por el constituyente para beneficiarse del resultado de la gestión fiduciaria y eventualmente los bienes fideicomitados a la terminación del contrato si es que éste así lo prevé. En definitiva, es la persona cuyo interés, el fiduciario deberá tener en cuenta al tomar las decisiones y ejecutar las acciones tendentes a lograr la finalidad encargada. Al decir de Gómez (1998) Reyes, es “la persona en cuyo beneficio se realiza el negocio” (pág. 57).

Según lo establecido en la Ley de Mercado de Valores, serán beneficiarios de los fideicomisos mercantiles o de los encargos fiduciarios las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, de derecho privado con finalidad social o pública, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica designadas como tales por el constituyente, o posteriormente, si es que en el contrato se ha previsto tal atribución”.⁶⁴

El mismo artículo continúa indicando que “podrá designarse como beneficiario del fideicomiso mercantil a una persona que al momento de la constitución del mismo no exista pero se espera que exista. Podrán existir varios beneficiarios de

⁵⁸ Art. 115 Ley de Mercado de Valores.

⁵⁹ Art. 9 del título V de las resoluciones del Consejo Nacional de Valores.

⁶⁰ Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores (“LMV”).

⁶¹ Art. 29 del Código Civil (“CC”).

⁶² Art. 125 de la LMV

⁶³ Art. 11 de la LMV.

⁶⁴ Art. 116 LMV

un contrato de fideicomiso, pudiendo el constituyente establecer grados de preeminencia entre ellos e inclusive beneficiarios sustitutos.”⁶⁵

En caso de que por cualquier razón no hayan beneficiarios del fideicomiso sea porque no se los haya designado, hayan renunciado y no existan beneficiarios sustitutos o sucesores de sus derechos, el antedicho artículo de la ley establece que el beneficiario será el propio constituyente o sus sucesores de ser el caso. De ello se infiere que el beneficiario del fideicomiso no necesariamente debe de comparecer al contrato de fideicomiso, es más, ni siquiera necesita existir al momento de la constitución del mismo.

En lo que respecta a prohibiciones, tal como se indicó anteriormente, ni el fiduciario, ni sus administradores, representantes legales o sus empresas vinculadas podrán ser designados como beneficiarios principales o sustitutos de un fideicomiso. La razón de lo anterior se justificaría por el evidente conflicto de intereses que tendría el fiduciario como administrador del patrimonio autónomo.

6.5) Objeto.-

Pueden ser objeto de transferencia a un fideicomiso mercantil todo tipo de bienes ya sean muebles o inmuebles, corporales o incorporales, que existan o se espera que existan⁶⁶. Así solo las cosas contrarias al orden público, a las buenas costumbres o a la ley no podrán ser objeto de un fideicomiso mercantil (Coronel & Del Brutto) pues, caso contrario, el contrato adquiriría un vicio de nulidad.

La transferencia de estos bienes a favor del fideicomiso no es ni gratuita ni onerosa. La ley justifica esta particularidad en el hecho de que la misma no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario.⁶⁷

Con los bienes, derechos, créditos, obligaciones y contingentes que se aporten al fideicomiso se constituirá un patrimonio de naturaleza autónoma, es decir, que es completamente diferente al del constituyente, fiduciario, beneficiario y demás fideicomisos que administre el fiduciario.

Los activos transferidos al fideicomiso mercantil solo responden por las obligaciones propias del patrimonio autónomo y nunca por las del fiduciario, de la misma forma que el patrimonio autónomo solo responde hasta por el valor de los activos que lo conforman.⁶⁸

Como el fideicomiso mercantil en Ecuador tiene personalidad jurídica, los activos que se le transfieran estarán a nombre del fideicomiso mercantil y respecto de ellos el fiduciario ejercerá todos los derechos y obligaciones que la calidad de propietario le confiere sujeto a las instrucciones y finalidades del fideicomiso mientras éste tenga vigencia,⁶⁹ pues cuando el fideicomiso termine, el fiduciario

⁶⁵ Art. 116 LMV

⁶⁶ Art. 109 de la LMV.

⁶⁷ Art. 113 de la LMV.

⁶⁸ Art. 118 de la LMV.

⁶⁹ Art. 119 de la LMV.

estará obligado a restituir el patrimonio autónomo o su remanente a favor del beneficiario y en su ausencia, del fideicomitente.⁷⁰

No obstante lo dicho en el párrafo anterior, al igual que opina Rodríguez (2005), se considera que el dominio que adquiere el fiduciario sobre los inmuebles fideicomitados es un derecho real que no admite limitación alguna frente a terceros y que las restricciones contractuales y legales que adquiere el fiduciario sobre el destino y temporalidad propios de la propiedad fiduciaria, son solo oponibles entre las partes, lo cual implica que su incumplimiento solo genera acciones personales (daños y perjuicios) contra el fiduciario. Tanto es así que la ley permite que los acreedores del fideicomiso persigan el cumplimiento de las obligaciones a su favor, persiguiendo los bienes del fideicomiso⁷¹.

Los bienes que integran el patrimonio autónomo tampoco podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciario, del constituyente, ni del beneficiario salvo que el fideicomiso expresamente se haya constituido una garantía a favor de estos dos últimos.

No obstante lo anterior, los derechos que le correspondan al beneficiario del fideicomiso sí podrán ser objeto de embargo y medidas precautelatorias por las obligaciones propias de éste.⁷²

6.6) Duración.-

Por disposición legal, el fideicomiso mercantil existirá por todo el plazo que sea necesario para cumplir su finalidad, sin embargo, éste no podrá exceder de 80 años salvo por los siguientes casos⁷³:

- a) Cuando el contrato está sujeto a la condición resolutoria consistente en la disolución de una persona jurídica o,
- b) En tratándose de fideicomisos constituidos con fines culturales o de investigación, altruistas o filantrópicos, éstos podrán subsistir hasta que se cumpla el objeto para el cual fueron constituidos.

Vencido su plazo de duración, el fideicomiso terminará y el patrimonio fideicomitado o su remanente deberá ser distribuido a favor del beneficiario o en su falta a favor del constituyente.

6.7) Irrevocabilidad.-

Por definición legal, el fideicomiso mercantil ecuatoriano es irrevocable⁷⁴. En este sentido, una vez constituido, el fideicomitente unilateralmente, no podrá dejarlo sin efecto alguno en forma posterior. Si bien esta restricción podría justificarse en la necesidad de proteger los derechos de terceros (Rodríguez, 2005), se considera que su espíritu, está más orientado hacia el hecho que las transferencias al fideicomiso son definitivas, y que el constituyente, en tal calidad, no adquiere ni

⁷⁰ Art. 4 numeral 7 del Reglamento de Negocios Fiduciarios.

⁷¹ Art. 118 de la LMV.

⁷² Art. 121 de la LMV.

⁷³ Art. 110 de la LMV.

⁷⁴ Art. 109 de la LMV.

se reserva derecho alguno sobre el fideicomiso ni sobre los activos que transfiere al mismo.

No obstante lo anterior, el fideicomiso sí podrá terminar por decisión del constituyente si es que así quedó previsto en el contrato o en su defecto, actuando en consenso con el fiduciario y en la medida en que la terminación no afecte los derechos de los fideicomitentes adherentes, del beneficiario, de los acreedores del fideicomiso o de terceros⁷⁵.

El fideicomiso mercantil también podrá terminar en cualquier momento por las demás causales previstas en el contrato de fideicomiso mercantil o por aquellas establecidas en la ley.

Ante todo evento de terminación, y en ausencia de la posibilidad de revocación, el fideicomiso deberá prever el procedimiento que el fiduciario deberá seguir para liquidar los activos y pasivos del fideicomiso.

En caso de que como consecuencia de la liquidación, no haya sido posible la entrega de los activos al beneficiario, estos serán consignados judicialmente conjuntamente con la rendición de cuentas que para estos efectos realizará la fiduciaria⁷⁶.

6.8) Tipos.-

La legislación vigente establece como elemento fundamental de los contratos de fideicomiso mercantil, la necesidad de establecer la finalidad que persigue el contrato que se celebra y en esa línea señalar si es que éste se trata de un fideicomiso de administración, de garantía, de inmobiliario, de inversión, u otros,⁷⁷ es decir, que las modalidades contempladas en nuestro ordenamiento jurídico no son taxativas y dejan abierta la posibilidad de que las partes creen otras modalidades de fideicomiso que se ajusten a las finalidades perseguidas por las partes, claro está, mientras la finalidad no se encuentre prohibida por la ley, lo cual viciaría de nulidad el contrato de fideicomiso.

Sobre la flexibilidad que en este aspecto ofrece el fideicomiso y los límites a la autonomía de la voluntad se profundizará más adelante. Por ahora, resulta importante explicar las modalidades que específicamente nuestra legislación describe pues se estima necesario distinguir el modelo de fideicomiso que propone en la presente tesis, de las modalidades comúnmente utilizadas.

⁷⁵ Art. 134, letra g) de la LMV.

⁷⁶ Art. 4 num. 7 del Reglamento de Negocios Fiduciarios.

⁷⁷ Art. 4 numeral 1 del Reglamento de Negocios Fiduciarios.

6.8.1) Fideicomiso de Administración.- El fideicomiso de administración es definido como el contrato en virtud del cual se transfieren bienes muebles o inmuebles al patrimonio autónomo, para que la fiduciaria los administre y cumpla con las instrucciones instituidas en el mismo.⁷⁸

Usualmente, esta figura es utilizada como vehículo de tenencia de propiedad de bienes inmuebles, y alternativa al uso de la clásica empresa inmobiliaria. A continuación, algunas de las ventajas que ofrece este producto:

- a) No hay gastos de impuestos de transferencia en el aporte de bienes inmuebles al fideicomiso porque las transferencias a título de fideicomiso mercantil son exentas de impuestos de alcabala y plusvalía⁷⁹ a contrario de lo que ocurre con la transferencia de bienes inmuebles a sociedades.
- b) No hay necesidad de contratar contador y representante legal, pues en el honorario de la fiduciaria se incluye la administración y el servicio de contabilidad.
- c) El domicilio tributario del patrimonio autónomo se encuentra ubicado en las oficinas de la fiduciaria.
- d) El patrimonio autónomo no tributaría a su nivel y por ende no estará sujeto a anticipo de impuesto a la renta mientras el fideicomiso no opere un negocio en marcha⁸⁰.

Otra de las variantes del fideicomiso de administración es aquella que facilita la consecución de negocios por la confianza que da la administración objetiva de un tercero, a las partes involucradas en los mismos. Un ejemplo de ello lo constituye la negociación de la promesa de venta de un inmueble y el acuerdo de aportar el bien objeto de la negociación a un fideicomiso que lo mantenga separado del patrimonio del vendedor, mientras pende la condición para ejecutar la compraventa definitiva, esto es, la obligación de pagar el precio acordado por parte del comprador, y de esta manera, proteger el activo de los riesgos a los que esté expuesto el vendedor a partir de la promesa.

Lo usual es que en este tipo de fideicomiso, la calidad del beneficiario la ostente el propio constituyente para recuperar la propiedad directa del activo cuando ya no desee ejercerlo a través del fideicomiso mercantil, o para el vendedor que se reserva el derecho de recibir el precio pactado directamente o a través del fideicomiso, y que ante un caso de incumplimiento, le corresponde la restitución del inmueble propiamente tal.

⁷⁸ Art. 17 numeral 2 del Reglamento de Negocios Fiduciarios.

⁷⁹ Art. 113 de la Ley de Mercado de Valores.

⁸⁰

6.8.2) Fideicomiso Inmobiliario.- Es el contrato en virtud del cual se transfieren bienes, que generalmente son inmuebles, al patrimonio autónomo para que el fiduciario los administre y desarrolle con ellos un proyecto inmobiliario, en función de las instrucciones establecidas en el contrato, para lo cual realizará las gestiones administrativas y legales ligadas o conexas con el desarrollo del proyecto inmobiliario, en provecho de los beneficiarios instituidos en el contrato.⁸¹

El uso de esta figura consiste en permitir a promotores inmobiliarios desarrollar proyectos sobre tierras de propiedad de terceros que son aportadas al fideicomiso para estos efectos, con el compromiso de que en la medida en que el proyecto inmobiliario se va comercializando, se destine parte del flujo a pagar el precio del inmueble al vendedor. La ventaja de la figura es que la tierra aportada al fideicomiso puede ser usada por el patrimonio autónomo como garantía de créditos cuyo producto servirá para construir el proyecto, cuando de otra manera, la tierra hubiera quedado hipotecada a favor del vendedor en garantía del pago del precio, limitando la capacidad del promotor de gestionar los recursos necesarios para el desarrollo.

De ahí el auge de la figura. Gran parte del desarrollo inmobiliario del cual ha sido objeto la ciudad de Guayaquil se debe, en alta medida, a la existencia de este negocio fiduciario y al alto grado de credibilidad que el mismo ha adquirido en el mercado de compradores y vendedores de tierra.

En estos casos, el vendedor actúa como constituyente del fideicomiso compartiendo la calidad de beneficiario del mismo con el promotor o comprador de la tierra, uno participando en la proporción equivalente al precio de la tierra aportada y el otro sobre la diferencia que quede disponible luego de cumplir el fideicomiso con todas sus obligaciones con proveedores, acreedores y clientes.

6.8.3) Fideicomiso de Inversión.- Es el contrato en virtud del cual los constituyentes o fideicomitentes adherentes entregan al patrimonio autónomo valores o dinero para que la fiduciaria los administre o los invierta según las instrucciones establecidas en el contrato, para beneficio propio o de terceros. Este tipo de fideicomiso requiere tener claramente definida la política de inversión. A falta de esta política o si esta estipulación implica la discrecionalidad del fiduciario en la decisión de la inversión de los recursos, las inversiones se sujetarán a los límites y parámetros de diversificación establecidos en el reglamento respectivo.⁸²

Este modelo de fideicomiso es usualmente utilizado para levantar recursos del mercado, es decir, de inversionistas en busca de un rendimiento interesante para sus capitales, sin violentar las normas bancarias y financieras que limitan este tipo de actividad a las instituciones que forman parte del sistema financiero.

Sus promotores usualmente son estructuradores o asesores de inversiones con un portafolio de activos compuestos por instrumentos de renta fija o variable, tales como facturas comerciales, cartera de crédito inmobiliario, acciones cotizadas en bolsa, entre otros.

⁸¹ Art. 17 numeral 3 del Reglamento de Negocios Fiduciarios.

⁸² Art. 17 numeral 4 del Reglamento de Negocios Fiduciarios.

Lo más probable es que sus beneficiarios no existan al momento de la creación del fideicomiso pues su vinculación será posterior a través de la suscripción de un contrato de adhesión mediante el cual adquirirán un derecho o participación en el patrimonio autónomo a cambio de su capital invertido. El riesgo de la pérdida de valor de la inversión será de cargo del inversionista.

6.8.4) Fideicomiso de Procesos de Titularización.->Son aquellos en los cuales se aporta activos que existen o se espera que existan, con la finalidad de titularizarlos.⁸³ Su fuente de pago será exclusivamente los bienes del fideicomiso y los mecanismos de cobertura correspondientes.⁸⁴

El concepto atrás de esta figura es hacer líquido hoy, activos con capacidad de generación de flujos en el futuro, mediante la comercialización de los títulos que emite el patrimonio autónomo propietario de los activos liquidables. La comercialización de estos títulos valores solo puede ser efectuada por bolsa, y los activos objeto de la titularización son muy diversos, desde cartera de crédito hasta intangibles como el “know how” de un negocio.

El beneficio de esta figura es que el constituyente no afectará su balance pues los recursos que se obtienen de este tipo de procesos no constituyen pasivo para el emisor pues se trata de la venta de un activo a su valor presente, es decir, al valor que el flujo futuro representa el día de hoy. Por ello, no sería raro que los emisores de titularizaciones sean entidades, que de otra manera, no tendrían acceso al sistema financiero porque los índices financieros que arrojan sus balances no se lo permiten. En el caso del fideicomiso de titularización, justamente el riesgo de la operación está medida exclusivamente por los índices que arroje la proyección de ingresos de los activos fideicomitados independientemente de la situación financiera de quien los aportó.

6.8.5) Fideicomiso de Garantía.-Es el contrato en donde el constituyente, que generalmente es el deudor, transfiere la propiedad de uno o varios de sus bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de una o varias obligaciones claramente determinada en el contrato.⁸⁵

La mayor diferencia entre este modelo y los otros ya descritos es que estos fideicomisos incluyen en sus términos una cláusula de ejecución de la garantía en donde el constituyente o deudor y el beneficiario o acreedor se ponen de acuerdo en el procedimiento a seguir para rematar el activo fideicomitado y con el producto del mismo abonar y/o extinguir de ser posible la obligación en mora, correspondiendo cualquier remanente al deudor vía restitución.

La fiduciaria no asume responsabilidad en cuanto al pago de las obligaciones garantizadas. Por el contrario, simplemente se compromete a cumplir con el procedimiento establecido en caso de que el deudor caiga en mora.

Lo interesante de esta figura es que a pesar de las opiniones contrarias de detractores de la figura que se sustentan en la supuesta violación de principios,

⁸³ Art. 17 numeral 5 del Reglamento de Negocios Fiduciarios.

⁸⁴ Art. 111 de la LMV.

⁸⁵ Art. 17 numeral 1 del Reglamento de Negocios Fiduciarios.

tales como el derecho a una legítima defensa, la imposibilidad que el acreedor se apropie de la cosa objeto de la garantía, y la jurisdicción de los órganos de administración de justicia (González, 1996), el fideicomiso mercantil de garantía ha trascendido en el tiempo como una caución de fácil realización que emana de un contrato bilateral cuya validez se funda en el principio de la autonomía de la voluntad privada, a contrario de lo que ocurre con los procedimientos para ejecutar las cauciones tradicionales como lo son la prenda y la hipoteca.

Hoy en día, la validez del fideicomiso de garantía se encuentra reconocida por la Superintendencia de Bancos que la reconoce como un vehículo adecuado para caucionar operaciones de crédito, siempre y cuando la fiduciaria que administra el fideicomiso no sea parte del mismo grupo empresarial del que forma parte el acreedor.⁸⁶

6.9) Contenido del contrato.-

El fideicomiso mercantil se constituye mediante instrumento público abierto, sin embargo, cuando a éste se le transfieran bienes inmuebles u otros bienes para los que la ley requiere la solemnidad de escritura pública, el contrato se constituirá cumpliendo con este requisito⁸⁷, y deberá contener como mínimo la información que establece la Ley de Mercado de Valores.

Será optativo por parte del fideicomitente el establecer la posibilidad de que el fiduciario emita certificados de participación por los derechos derivados del fideicomiso y la existencia o no de organismos colegiados necesarios para la consecución de la finalidad establecida en el contrato.

6.10) Órganos del negocio fiduciario.-

El fideicomiso mercantil, en su contrato constitutivo, podrá incorporar la figura de uno o varios organismos colegiados, tales como juntas de beneficiario o de constituyentes, o cualquier otra que inclusive pueda incorporar la participación de terceros, que se estimen necesarios para lograr la finalidad pretendida por el constituyente⁸⁸. Sus atribuciones usualmente comprenden: a) supervigilar las actuaciones de la fiduciaria tendentes a asegurar que se cumpla con los fines e instrucciones establecidas en el contrato, b) interpretar las cláusulas del contrato que resulten confusas o contradictorias, c) dictar normas para mejorar su comprensión, d) brindar la asesoría que de tiempo en tiempo requiera la fiduciaria; y, e) en general resolver sobre cualquier gestión que le sea encomendada por la fiduciaria que no sea una delegación de sus funciones. Salvo por efectos de especialidad, a la fiduciaria le está expresamente prohibido por ley, delegar sus funciones. Las resoluciones que adopten estos organismos, no podrán alterar en todo o en parte el objeto o finalidad del contrato.⁸⁹

⁸⁶ Art. 1 .3.9 de la sección primera del capítulo IV de la codificación de resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria (resolución JB-2007-963).

⁸⁷ Art. 110 de la LMV.

⁸⁸ Art. 120 num. 2 letra b) de la LMV.

⁸⁹ Art. 4 numeral 8 del Reglamento de Negocios Fiduciarios.

Una cuestión difícil de dilucidar es sobre la responsabilidad que estos órganos adquieren como resultado de sus recomendaciones, ya sea respecto del fiduciario o de los beneficiarios. Como indica González (2009) “la casuística será la que de verdadera respuesta a cada una de las situaciones que se vayan dando, porque va a depender mucho del rol y competencias que en cada contrato tengan los susodichos comités, juntas o cuerpos colegiados para determinar si responden frente al fideicomitente o fideicomisario de forma exclusiva, solidaria, o personal, en atención a las decisiones que tomen. También dependerá de la naturaleza que le den los juzgadores a la calidad con la que obran los miembros de los comités de fideicomisos, ya que para cierta línea doctrinaria ellos representan al fideicomitente (lo que implicaría una actuación como una especie de mandatarios del fideicomitente) y para otros son “asesores” o “consultores” del fiduciario” (pág. 140).

El contrato en estos casos deberá prever sus atribuciones, forma de integración, quórum de instalación y de decisión.

6.11) Derechos fiduciarios.-

6.11.1) Su Naturaleza.-Son los derechos personales o contractuales derivados del contrato de fideicomiso⁹⁰ que usualmente son reconocidos a un beneficiario que puede ser el mismo fideicomitente o un tercero. Visto de otra manera, son los efectos jurídicos del contrato de fideicomiso mercantil que se radican en el patrimonio del beneficiario (Rodríguez, 2005).

Para Rodríguez (2005), “los derechos propios del beneficiario son aquellos que derivan de su condición de acreedor y que comprenderán la demanda de los frutos en los términos y condiciones señalados por el encargo y la ulterior entrega de los bienes, si es también destinatario de los mismos” (pág. 323).

Su derecho es asimilado al de un acreedor porque el beneficiario no tiene ningún derecho real de dominio sobre los activos que conforman el patrimonio del fideicomiso.

Los derechos fiduciarios dependiendo de cada caso, podrán nacer para el beneficiario al momento de la constitución del fideicomiso o posteriormente, por virtud de la extinción del derecho de su antecesor, o si es que su derecho está sujeto a una condición suspensiva. En este aspecto, González (1996) manifiesta que “mientras pende la condición, el fideicomisario sólo tiene meras expectativas, sin perjuicio de ciertos derechos previstos en la ley (...) Por lo tanto, si éste fallece, no transmite derecho alguno sobre el fideicomiso, ni siquiera la simple expectativa que pasa, ipso jure, a los sustitutos designados por el constituyente si los hubiere (...)” (pág. 37).

El primer caso sería el del fideicomitente que se designa como beneficiario del fideicomiso mercantil que ha constituido, en cuyo caso, el derecho fiduciario que se reconoce a su favor pasa a sustituir, en su patrimonio personal, el derecho de dominio que poseía sobre los bienes aportados al fideicomiso. Este mismo caso sería el del constituyente que sin reservarse derecho alguno para sí, designa como beneficiario del fideicomiso a un tercero, el que pasa por virtud del contrato, a

⁹⁰ Art. 120 num. 2 letra a) de la LMV.

ejercer los derechos y prerrogativas reconocidos en su favor a partir de su constitución y que por tanto ve afectado su patrimonio por los efectos del contrato.

El segundo caso sería el de la persona que adquiere derecho solamente cuando se haya extinguido el derecho de su predecesor, por ejemplo por muerte o por cualquier causa establecida en el contrato de fideicomiso. A este último, la ley lo llama beneficiario sustituto que es el que tiene la calidad de beneficiario suspendida o condicionada a la ocurrencia de una condición. Tal sería el caso de la persona que adquiere la calidad de beneficiario una vez que cumpla una determinada edad.

La distinción entre uno y otro caso es importantísima para caracterizar que es lo que tiene el beneficiario por virtud del fideicomiso mercantil, y establecer los efectos que tal calidad genera a la persona en quien recae. El hecho de que se reconozca al constituyente y/o al beneficiario derechos y obligaciones en el contrato no es un factor determinante de la distinción que deseamos destacar. Según González (2009) “es importante tomar en cuenta que aun en el caso de que el fideicomiso tenga derechos, cuya existencia penda del cumplimiento de una condición, pues podrá exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades contractuales, considerando que la ley busca proteger la intención del constituyente así como los intereses del fideicomisario” (pág. 208). Coincidiendo con esta opinión, se concluye que unos son los derechos previstos en el contrato y otro los derivados del contrato como el caso de los derechos fiduciarios.

Como se ha visto, en unos casos, el derecho fiduciario constituirá un activo para el beneficiario, y en otros una mera expectativa, por lo que su tratamiento para efectos tributarios y sucesorios podrá ser distinto en uno y en otro caso.

Se podrán emitir certificados de participación y constancias documentales de los derechos derivados del fideicomiso mercantil. Los certificados de participación constituyen títulos valores y solo podrán ser emitidos como consecuencia de procesos de titularización de activos. Por el contrario, las constancias documentales no constituyen títulos valores y podrán ser otorgadas por las fiduciarias respecto de la calidad de constituyentes, constituyentes adherentes o de beneficiarios. Estas constancias documentales no son negociables y por tanto no podrán ser objeto de oferta pública, ni de promoción, ni de publicidad, ni utilizar medio alguno de invitación al público en general.⁹¹

6.11.2) Contabilización.-En materia contable, la Ley de Mercado de Valores dispone que los derechos contractuales derivados de un fideicomiso mercantil, ya sea como constituyente, constituyente adherente o beneficiario, deberán ser contabilizados en los libros de tales en atención a que las transferencias de bienes efectuadas a título de fideicomiso mercantil se hacen en beneficio del propio constituyente o del beneficiario, según el caso.⁹²

Si el constituyente pierde el derecho totalmente porque designó a un tercero y sus sucesores en derecho, como beneficiario sin que medie condición alguna, el derecho fiduciario se sitúa en el patrimonio del beneficiario y por tanto será éste

⁹¹ Art. 12 del Reglamento de Negocios Fiduciarios.

⁹² Art. 136 de la LMV.

quien deba registrarlo en su contabilidad. La disminución del patrimonio del constituyente dependiendo de si es gratuita u onerosa generará efectos tributarios para el fideicomitente o para el beneficiario.

Si por el contrario, el fideicomitente se nombra como beneficiario del fideicomiso, será el mismo fideicomitente quien registrará los derechos fiduciarios en su contabilidad.

Si la calidad de beneficiario recae en la persona de un tercero, y está sujeta a una condición que por su naturaleza puede fallar, mientras ésta no se confirme, el derecho fiduciario le corresponderá al fideicomitente y será éste quien deberá registrarlo en su contabilidad. Cumplida la condición, el derecho del constituyente se extinguirá en forma automática y pasará al beneficiario con los consecuentes efectos patrimoniales y tributarios en cada caso dependiendo de si la designación fue onerosa o gratuita.

6.11.3) Cesión.-El derecho fiduciario es transferible entre vivos. Solo el beneficiario podrá ceder sus derechos siempre que no le esté prohibido por ley o por el contrato.⁹³ El derecho fiduciario también podrá ser transmisible por causa de muerte siempre y cuando la calidad de beneficiario no esté sujeta a una condición resolutoria que lo extinga cuando ésta ocurra.

6.12) Régimen tributario.-

Los ingresos que obtengan los fideicomisos mercantiles, siempre que no desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha tendrán la calidad de ingresos exentos en la medida en que al momento de la distribución de los beneficios, rendimientos, ganancias o utilidades, la fiduciaria efectúe la correspondiente retención en la fuente del impuesto a la renta que corresponda al beneficiario, y, además, la fiduciaria presente una declaración informativa al Servicio de Rentas Internas, la misma que deberá ser presentada con la información y en la periodicidad que señale el Director General del SRI mediante Resolución de carácter general.⁹⁴

Por el contrario, los fideicomisos mercantiles que desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, deberán declarar y pagar el correspondiente impuesto a la renta por las utilidades obtenidas, de la misma manera que lo realiza cualquier sociedad.

Para efectos tributarios se entenderá que un fideicomiso mercantil realiza actividades empresariales u opera un negocio en marcha, cuando su objeto y/o la actividad que realiza es de tipo industrial, comercial, agrícola, de prestación de servicios, así como cualquier otra que tenga ánimo de lucro, y que regularmente sea realizada a través de otro tipo de sociedades.⁹⁵

Los beneficios de cualquier naturaleza que reciban los beneficiarios del fideicomiso tendrán el mismo trato que la ley tributaria establece para el caso de los dividendos y por ello, constituirán ingresos gravables para las personas

⁹³ Art 9 del Reglamento de Negocios Fiduciarios.

⁹⁴ Art. 9 numeral 15 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

⁹⁵ Art. 42.1 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

naturales residentes en el Ecuador. Constituirán renta exenta en la medida en que la persona que los reciba sea una sociedad para efectos tributarios.

6.13) *Negocios prohibidos.*-

6.13.1) Fideicomisos Secretos.- La legislación ecuatoriana prohíbe la constitución de fideicomisos secretos, esto es aquellos que no tengan prueba escrita y expresa respecto de la finalidad pretendida por el constituyente en el contrato, lo cual no obstruye la obligación de reserva del fiduciario en atención a características puntuales de determinadas finalidades así como a los negocios finales de estos contratos.⁹⁶ Estos fideicomisos serán nulos por su objeto, por ser contrarios a la ley.

6.13.2) Fideicomisos en beneficio del fiduciario.- Está expresamente prohibida la constitución de fideicomisos mercantiles en los que se designe como beneficiario principal o sustituto al propio fiduciario, sus administradores, representantes legales o sus empresas vinculadas. Estos fideicomisos serán nulos por su objeto, por ser contrarios a la ley.

6.13.3) Fideicomisos que se constituyen en fraude a la ley.- Estos fideicomisos son los que sirven de instrumento para lograr un resultado prohibido por la ley. En otras palabras, son aquellos que buscan a través de un mecanismo oblicuo, la obtención de una finalidad que le estaría prohibida al constituyente, si actuara en forma directa y no a través de un fideicomiso (Rodríguez, 2005).

A diferencia de los dos casos anteriores en que la nulidad se pone de manifiesto porque el fideicomiso mercantil viola directamente un precepto jurídico, el fideicomiso en fraude de ley, aparenta legalidad porque no hay una norma infringida directamente por éste. Tomé (2005) al respecto nos dice: “El autor del fraude de ley no ataca específica y terminantemente la norma defraudada, sino que a través de su conducta realiza negocios jurídicos o procedimientos negociables tendientes a sustituir dicha norma, para que en su lugar se le aplique otra que favorezca los resultados a que aspira” (pág. 329).

Entonces el resultado que se obtiene a través del fideicomiso, es precisamente el contrario que dispone el régimen jurídico. “El que defrauda no contradice las palabras de la ley; al contrario se atiene respetuosamente a su letra, pero, en realidad, va contra el sentido de la disposición, viene a frustrar el fin que tendría el principio jurídico” (Tomé, 2005, pág. 329).

Los fideicomisos en fraude de ley son nulos en razón de su objeto ilícito o causa ilícita, o ambos.

7) FIDEICOMISO MERCANTIL DE EMPRESA FAMILIAR.-

Dada la amplia flexibilidad que ofrece la figura del fideicomiso mercantil en sentido de poder adecuarse fácilmente a las necesidades del constituyente como un vehículo para la consecución de finalidades u objetivos en interés de los beneficiarios, se propone utilizar el fideicomiso mercantil como instrumento para proteger las empresas familiares y preservarlas dentro de la familia, de tal forma

⁹⁶ Art. 114, último inciso de la LMV.

que estas trasciendan en el tiempo independientemente de las personas, manteniendo a la vez, la unidad familiar y conciliando los intereses de la empresa familiar como negocio y los de los miembros de la familia como personas.

En efecto, esta tesis sugiere que a través del fideicomiso mercantil se puede dar vida jurídica a los acuerdos suscritos entre los miembros de la familia en relación con el negocio familiar, de tal forma que éstos tengan no solo fuerza legal, sino aplicación práctica.

En esa línea se propone dos modalidades de fideicomiso de empresa familiar, el primero cuyo objetivo es que el control de la administración de la empresa familiar se mantenga en la familia mientras que los réditos del negocio podrán beneficiar a personas ajenas a la familia. El segundo procura preservar no solo el control de la administración sino también los réditos que de tiempo en tiempo produzca la empresa familiar, en los miembros de la familia.

7.1) Consideraciones generales.-

La primera decisión que la familia deberá adoptar es la de transferir los activos familiares que normalmente están compuestos por las acciones de la empresa familiar, al fideicomiso mercantil, a cambio de lo cual, adquirirán la calidad de beneficiarios del fideicomiso.

A partir del aporte al fideicomiso, las relaciones y efectos derivados de la calidad de beneficiario del fideicomiso en contraste con las que se derivaban de la calidad de propietario de las acciones, serán distintos. Para empezar, las relaciones estarán gobernadas por la Ley de Mercado de Valores y no por la Ley de Compañías y su valoración podrá cambiar pues no sería extraño pensar que el valor de mercado de los derechos fiduciarios pueda ser inferior que el del activo subyacente, las acciones de la empresa familiar, si es que el mercado castiga su precio por considerar que el fideicomiso les resta valor comercial por la poca utilidad que éste representa para terceros. Otro ejemplo podrá ser el del banquero o financista que vea en los derechos fiduciarios una garantía de inferior calidad que las acciones de la empresa familiar y por tal motivo se vea reacio a conceder préstamos a los beneficiarios que solo tengan que ofrecer como garantía su participación en el fideicomiso familiar.

El fideicomiso de empresa familiar, como estructura, podría ser aprovechado no solo para el ejercicio del dominio del negocio propiamente tal, sino como vehículo para ejercer el dominio de inversiones y otros activos que por estar vinculados con el negocio familiar deban de seguir la misma suerte que aquel. Tal sería el caso de las inversiones inmobiliarias o recursos líquidos que de tiempo en tiempo deba de hacer la empresa familiar, ya sea previendo el escenario de una crisis de iliquidez en el futuro, o una eventual recompra a los miembros de la familia que desean separarse de la empresa familiar.

Por el contrario, esta figura no debería servir para el mantenimiento de la propiedad de activos de naturaleza personalísima como lo sería el caso de los miembros de la familia que quieran acumular patrimonio originado en el ahorro proveniente de dividendos distribuidos, a través del fideicomiso de empresa familiar. Los bienes y recursos que de tiempo en tiempo libere el fideicomiso a

favor de sus beneficiarios deberán ser retirados de la estructura familiar para ser acumulados o dispuestos directamente por el beneficiario, por la simple razón de que estos recursos son de interés particular del beneficiario, y ajeno completamente al interés común de la familia respecto del negocio familiar.

7.1.1) Quienes deben de aportar.-El fideicomiso de empresa familiar debería ser incorporado por el fundador o fundadores de la empresa familiar mientras ejerzan la propiedad de la empresa familiar pues son ellos quienes tienen la visión del negocio familiar a futuro, y la autoridad legal para disponer del negocio conforme les plazca.

En la medida en que se vayan incorporando las siguientes generaciones como accionistas del negocio familiar será cada vez más difícil lograr consensos en relación con la propiedad de las acciones del mismo, sobre todo, si es que el fideicomiso de empresa familiar es percibido como un vehículo que restringe el ejercicio de derechos o se constituye en una camisa de fuerza.

7.1.2) Objeto y finalidad del fideicomiso.- El fideicomiso mercantil para empresas familiares deberá constituirse con el objeto de que el fideicomiso detente la propiedad de las acciones de la empresa familiar y las administre en los términos y condiciones constantes en el contrato de fideicomiso mercantil, y sujeto a las instrucciones constantes en el mismo, por lo que desde el punto de vista del objeto, el fideicomiso de empresa familiar se adecúa perfectamente a la modalidad del fideicomiso de administración o de tenencia de activos como comúnmente es conocido.

Desde el punto de vista de la finalidad, el fideicomiso de empresa familiar deberá en su momento tener su propio espacio en la legislación de valores ecuatoriana como lo tienen otros modelos comentados anteriormente y por ello demandará de un conjunto de normas particulares que faciliten su administración, le confieran certeza jurídica y atiendan la especialidad que requiere esta materia, de la misma manera que lo hace la normativa cuando, en tratándose del fideicomiso de garantía, requiere la conformidad del acreedor so pena de su liquidación, o en el caso del fideicomiso de inversión, supliendo la omisión de las partes respecto a los límites que deberá contemplar la política de inversión.

En esa línea, los puntos trascendentales que requieran una normativa específica es el tratamiento de los derechos fiduciarios, es decir, cuando nacen para unos, cuando se extinguen para otros, cuando son tratados como meras expectativas, cuando toman la calidad de derecho adquirido, entre otros.

La finalidad del fideicomiso, en general, deberá ser la supervivencia y continuidad de la empresa familiar como negocio en el tiempo y al mismo tiempo, el mantenimiento de los lazos familiares entre los beneficiarios del fideicomiso. Particularmente, el fideicomiso debería perseguir: 1) que la propiedad del negocio familiar se conserve dentro de lo posible, en la familia; 2) construir el compromiso de la familia respecto del futuro de la empresa familiar conciliando los intereses personales con los del negocio; 3) dar sostenibilidad a la empresa familiar con independencia de los miembros de la familia; 4) dar forma y certeza a las expectativas de la familia respecto de la empresa familiar en el tiempo; y 5) preservar la unidad familiar (Montemerlo & Ward, 2011).

7.1.3) Organismos de gobierno.- Conciliar los intereses de empresas familiares y los de los miembros de la familia para lograr la finalidad del fideicomiso no es cosa fácil. Ello demanda de una especialidad en la materia y de un arte para manejar las relaciones entre los miembros de la familia de acuerdo a las distintas circunstancias y situaciones que podrán generarse a lo largo de la vida del fideicomiso.

Por ello, y como instrumento para facilitar la labor del fiduciario, el fideicomiso de empresa familiar deberá contemplar los siguientes organismos colegiados:

- La Junta de Familia.
- El Consejo de Familia.
- El Directorio Familiar/Comité Protector.

El contrato de fideicomiso mercantil de empresa familiar deberá prever en su texto las cláusulas necesarias para dejar perfectamente claro aspectos relacionados con la operación de estos organismos como lo son, las convocatorias, quórum de instalación y de votación, entre otros. Las decisiones, por lo general deberían ser adoptadas por mayoría, salvo por ciertas decisiones del Directorio Familiar que por su trascendencia para la empresa familiar o para el fideicomiso requieran de una mayoría especial o incluso unanimidad.

Tal podría ser el caso de la venta del negocio familiar o su fusión, escisión, transformación, disolución y liquidación, cuyas instrucciones podrían estar sometidas a un quórum de decisión especial (ej: 75%). Otro caso sería el de la terminación del fideicomiso o la modificación de sus términos y condiciones, que debieran requerir unanimidad.

7.1.3.1) La Junta de Familia.- Esta junta usualmente tiene un capítulo dedicado en los protocolos familiares y podrá incorporarse como parte de los organismos de gobierno del fideicomiso. Está integrada por todos los beneficiarios del fideicomiso de empresa familiar. El propósito de este organismo deberá ser el constituirse en una instancia que permita a las distintas estirpes que conforman la familia informarse respecto del negocio familiar y de la familia propiamente tal. Al decir de Vázquez (2009) “el objeto fundamental de la asamblea consiste en reunir a los miembros de la familia para que aborden las cuestiones que sean de interés común -para la familia como tal y como propietaria de la empresa-” (pág. 56).

La oportunidad que brinda este organismo es la de socializar las políticas y reglas familiares empresariales de tal forma de ir despertando el interés de las futuras generaciones en la empresa familiar.

7.1.3.2) El Consejo de Familia.- Usualmente forma parte de los organismos reconocidos en los protocolos familiares y podrá también incorporarse en el fideicomiso. El Consejo de Familia es un organismo que está conformado por un número reducido de miembros de la familia. Tradicionalmente se prefiere a miembros de la familia que trabajan en la empresa pero en todo caso, deberán ser beneficiarios del Fideicomiso. Este organismo juega un rol más ejecutivo y su responsabilidad es participar en la formulación de planes y normas de funcionamiento de la empresa familiar que tengan una afectación en la familia,

asegurando que el directorio de la empresa esté informado de las expectativas y criterios de la familia respecto al negocio (Vázquez, 2009).

7.1.3.3) El Directorio Familiar.- El fideicomiso de empresa familiar deberá contemplar la creación de un organismo adicional que supla las funciones usualmente atribuibles a la Junta General de Accionistas conformada por los miembros de la familia.

Este organismo se conformaría por un representante de cada estirpe familiar que ostente la calidad de beneficiario del Fideicomiso y su función se concentrará en dar instrucciones al fiduciario respecto a los aspectos de transcendental importancia para la familia respecto del negocio familiar, como lo sería la venta del negocio familiar, una fusión, escisión, transformación, disolución y liquidación de la empresa familiar, el cambio de la política de dividendos, aprobación del balance y estado de pérdidas y ganancias de la compañía, nombramiento de representante legal, elección de los miembros del directorio de la empresa familiar, endeudamiento, plan estratégico y presupuesto, entre otros. Este organismo deberá sesionar por lo menos dos veces al año.

Este organismo también se reservará ciertas atribuciones respecto al negocio fiduciario en sí, tales como la de terminar el fideicomiso, sustituir a la fiduciaria, modificar los términos y condiciones del contrato de fideicomiso, distribución de beneficios, entre otros.

Dependiendo de la modalidad del fideicomiso de empresa familiar, este organismo podrá denominarse Comité Protector y en este caso, el organismo deberá conformarse por personas ajenas a la familia que pasen a adoptar un rol de gobierno independiente, de filtro y mediación entre los intereses de la familia y los de la empresa.

7.1.4) Instrucciones.- El reglamento de negocios fiduciarios establece como elemento fundamental de los contratos de negocios fiduciarios, una cláusula sobre instrucciones que comprenda las gestiones o actividades específicas que debe de realizar la fiduciaria, conducentes a cumplir con la finalidad del negocio fiduciario, haciendo una enumeración clara y completa de las mismas, y la forma cómo se llevarán a cabo dichas instrucciones, según el tipo de negocio a celebrarse.⁹⁷

Tales instrucciones podrán incluir la obligatoriedad de la fiduciaria de tomar en consideración las recomendaciones que de tiempo en tiempo le transmita el Consejo de Familia y el Directorio Familiar en la administración del patrimonio fideicomitado.

En las instrucciones se podrá incorporar también aquellas disposiciones del protocolo familiar que regulan, por ejemplo, el acceso de los miembros de la familia a puestos de trabajo, la política remuneracional, la política de préstamos de la empresa familiar, la política de retiro o jubilación, el tratamiento de las transacciones entre la empresa y los miembros de la familia, la política de salida de la empresa por desempeño insatisfactorio, la política de dividendos, y en fin,

⁹⁷ Art. 4 numeral 2 del Reglamento de Negocios Fiduciarios.

todas aquellas instrucciones convenidas en el protocolo familiar que le tocarán ejecutar al fiduciario en su calidad de representante legal del fideicomiso que a su vez es accionista de la empresa familiar.

7.1.4.1) La política de dividendos.- Este es un tema de gran sensibilidad, no solo en materia de empresas familiares sino desde el punto de vista societario, pues en el Ecuador es materia regulada por la Ley. La posibilidad de violar disposiciones legales sobre la materia, puede poner en riesgo la validez del fideicomiso mercantil.

Desde un punto de vista de la empresa familiar, la cuestión de los dividendos es uno de los factores que se enmarcan dentro de lo que Vázquez (2009) denomina las Trampas en la Empresa Familiar. Según este experto en empresas familiares, “las trampas son formas más o menos encubiertas de manejar una Empresa Familiar que la van debilitando y pueden conducir a la desaparición de la misma. Es importante tenerlas en cuenta porque aparecen de forma natural y espontánea en el desarrollo diario de la empresa, pero en la medida en que se las deja crecer se fortalecen en sus raíces y es muy difícil desarraigarlas” (pág. 21).

Según Vázquez (2009), una de estas trampas es la confusión de flujos económicos, es decir, cuando los flujos del negocio se confunden con los flujos de la familia y cita como ejemplo, el reparto de dividendos.

Las causas de esta confusión generalmente se atribuyen a razones de supervivencia de los miembros de la familia, o para mantener un estatus social, o por expectativas de rendimiento, o como una forma de compensar por los beneficios que reciben unos (los que trabajan en la empresa) y no todos; y cuando la confusión ocurre, las necesidades de la familia se vuelven demandantes del flujo del negocio por encima del interés de la empresa, debilitando su capacidad de crecimiento y financiación.

Por ello, es común que los protocolos familiares incluyan una política de dividendos acorde con la capacidad de la empresa, conciliando el interés del negocio familiar con la expectativa de los miembros de la Familia por recibir un rédito por sus inversiones.

El Ecuador reconoce en su legislación societaria, la percepción de dividendos como un derecho insoslayable del accionista, por lo que bastará que uno (no importa el porcentaje de acciones que posea en relación al capital total) ejerza su derecho, para forzar la distribución de no menos del 30% de las utilidades de un ejercicio económico de una compañía cuyas acciones estén listadas en bolsa, y del 50% para el caso de sociedades que no lo estén.

La preocupación que deriva del riesgo antes anotado radica en determinar si es posible o no, que los miembros de una familia propietaria de una empresa familiar acuerden, a través del fideicomiso, una política de dividendos que se distancie de lo establecido en la ley societaria.

Es claro que una cláusula de este tipo no podría incluirse en el estatuto social de la empresa familiar, pues la sociedad estaría privando al accionista de un derecho que le confiere la ley y por tal motivo, tal cláusula no tendría validez pues adolecería de objeto ilícito.

Sin embargo, una vez conferido el derecho por la ley, el accionista es libre de aprovecharlo o no, en libre ejercicio de la autonomía de su voluntad, pudiendo incluso comprometerse, en forma contractual, a no utilizarlo.

Es así que el accionista que no ejerce su derecho de forzar la distribución del 50% de las utilidades de la empresa como dividendo no está violando ley alguna. Simplemente está actuando acorde con su voluntad de no ejercerlo, sin afectar los derechos de terceros.

Alessandri, Somarriva y Vodanovic (1990) distinguen entre la renuncia y el no ejercicio de un derecho e indican que “no debe confundirse la renuncia de un derecho con su no ejercicio: aquella significa el desprendimiento de una facultad; éste solo entraña un estado pasivo. Y así existen derechos concedidos por las leyes que el individuo puede o no poner en ejercicio, pero que en materia alguna podría renunciar...” (pág. 209).

Nuestro Código Civil establece que se puede renunciar a los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia.⁹⁸

Entonces si un miembro de la familia directamente puede decidir no ejercer su derecho de forzar una distribución de dividendos en la empresa familiar, también lo puede hacer en forma indirecta instruyendo al fiduciario que en representación del fideicomiso no ejerza este derecho, o lo ejerza de la manera en que haya convenido con los demás miembros de la familia en el protocolo familiar.

En esta misma línea se manifiesta la Superintendencia de Compañías mediante doctrina 65 que en su parte pertinente establece “Análogo es el caso del derecho a percibir los dividendos en una compañía por acciones. Su renuncia constante en el estatuto de una sociedad, equivaldría a haberlo suprimido. Lo que no quiere decir que el accionista se haya forzado a percibir los dividendos, puesto que una vez producidos éstos, libre es el beneficiario de cederlos a título gratuito.”

El fideicomiso mercantil para empresas familiares recogería la instrucción al fiduciario que ejerza el derecho de voto que le confieren las acciones fideicomitidas en los términos contemplados en la política de dividendos que se adjunte al contrato de fideicomiso mercantil como documento habilitante.

7.1.5) Terminación y liquidación.-

Ante una terminación y liquidación, el fideicomiso deberá prever que las acciones de la empresa familiar solo podrán ser transferidas a los beneficiarios que son miembros de la Familia y en la medida en que no hayan otros activos con qué compensar a los beneficiarios que no son miembros de la Familia, las acciones de la empresa familiar deberán de ofrecerse en venta a los miembros de la familia de tal forma que ellos tengan la primera opción para adquirir la parte del paquete accionarial fideicomitado que le correspondería a los no miembros de la familia. El producto de esta venta servirá para compensar en efectivo a estos últimos.

⁹⁸ Art.11 del Código Civil.

7.2) Consideraciones particulares. El fideicomiso mercantil para empresas familiares con participaciones transferibles.-

7.2.1) Derechos Fiduciarios.- Los derechos fiduciarios del fideicomiso mercantil para empresas familiares corresponderán a los beneficiarios del fideicomiso. El beneficiario del fideicomiso, en un primer momento, será el mismo constituyente que aportó las acciones de la empresa familiar, que recibirá derechos fiduciarios a cambio de la transferencia de la empresa familiar.

Los derechos fiduciarios serán transmisibles por causa de muerte a los descendientes de los beneficiarios que, en un inicio serán los mismos constituyentes, y por tanto, estarán sujetos a las reglas de sucesión en el Ecuador y a los efectos tributarios respectivos en lo que tiene que ver con el impuesto a la renta por herencia.

En la medida en que la familia esté compuesta por más de una estirpe en relación con el fundador, los derechos fiduciarios que corresponda a cada estirpe tendrán una serie en particular. Así, los beneficiarios de la estirpe A tendrán los derechos fiduciarios de la serie A, los beneficiarios de la estirpe B tendrán los derechos fiduciarios de la serie B y así sucesivamente. Los derechos fiduciarios que le correspondan a los descendientes de una estirpe que se vayan incorporando al fideicomiso por causa de muerte de su antecesor, conservarán la misma serie que tenía aquel. A manera de ejemplo, si el fundador fallece dejando 3 hijos, cada una de las tres estirpes que conforman la sucesión del fundador conformarán una serie, a saber, serie A para una estirpe, serie B para otra, y Serie C para la última. Los descendientes que se vayan incorporando a futuro por causa de muerte de su antecesor tendrán derechos fiduciarios clase A, B o C dependiendo de la estirpe de la familia a la que pertenecen.

Los derechos fiduciarios serán transferibles entre vivos. El contrato de fideicomiso mercantil permitirá la enajenación de derechos fiduciarios pero requerirá que previamente el cedente ofrezca los mismos a los restantes beneficiarios respetando las siguientes reglas (de aquí en adelante, “el derecho de tanteo”).

Primero, el beneficiario cedente deberá ofrecer sus derechos fiduciarios a los beneficiarios de su misma estirpe con quienes comparte una misma serie de derechos fiduciarios, y en caso de que ninguno de ellos esté interesado en adquirir, se recomienda que los derechos fiduciarios sean ofrecidos a la empresa familiar para que los adquiera con cargo a sus propios recursos, y en caso de que no haya interés, los derechos fiduciarios podrán ser ofrecidos a los beneficiarios de las otras estirpes o series del Fideicomiso. Solo cuando todos ellos hayan manifestado su deseo de no adquirirlos, podrá el beneficiario cedente transferir los derechos a terceros, es decir, a personas ajenas a la familia.

Resulta importante recordar que la Ley de Compañías establece que no se podrá limitar la libre transferibilidad de acciones, por lo que al igual que en el caso de los dividendos, es necesario determinar si los accionistas podrían comprometerse a cumplir con un procedimiento de oferta, previo a la venta de sus acciones a terceros, para luego determinar sus implicaciones en el caso del fideicomiso de empresa familiar.

Consideramos que es un derecho incuestionable del accionista decidir a quién vender las acciones de su propiedad basados en la teoría de la autonomía de la voluntad. Entonces, el titular de acciones tiene libertad para decidir si las vende a un tercero, o si por el contrario prefiere venderlas a un miembro de su familia, en forma previa.

En este mismo sentido se pronuncia la doctrina 65 de la Superintendencia de Compañías cuando establece, en referencia a los derechos esenciales de los accionistas, que “no se puede privar de tales derechos a quienes en el presente o en el futuro revistan la calidad de accionistas. Pero una vez creados esos derechos, por la propia ley e incorporados expresa o tácitamente en el respectivo contrato social sin limitaciones de ninguna clase, ellos miran al interés de los particulares y su renuncia individual no se halla prohibida por la Ley..... Por consiguiente este derecho no puede ser objeto de renuncia preestablecida en el contrato social, ni puede permitirse que en el mismo resulte de cualquier manera limitado su ejercicio;”

En esa línea, continua la doctrina diciendo: “pero cualquier accionista está en libertad de renunciar al mismo mediante pacto separado. Ahora bien, si para efectos de la ejecución o cumplimiento de dicho pacto se crearon en él requisitos o formalidades distintas de las que señala la Ley de Compañías para la transferencia de las acciones, con el fin de que las mismas sean cumplidas por los interesados en ese pacto, tales requisitos no tendrían valor alguno para la compañía (...)”

La doctrina concluye en el sentido siguiente: “Así, por ejemplo, bien puede pactarse un “derecho de tanteo” (“right of first refusal”) respecto de determinadas acciones estableciendo en el pacto respectivo la mecánica que habría de cumplirse para ejercer la preferencia frente a otros posibles compradores; pero, el incumplimiento de esa mecánica debido a la violación de aquel pacto no impedirá que se inscriba válidamente la transferencia de las acciones que se hubiere hecho a favor de un tercero”.

En este mismo sentido se manifiesta la doctrina 141 de la misma institución que en su parte pertinente indica: “Finalmente se aclara que el caso analizado [el acuerdo privado por el cual se estipula que el accionista de una compañía anónima necesita del consentimiento de otro accionista para enajenar sus acciones] no debe identificarse con el llamado “derecho de tanteo”, que es un derecho de preferencia para la adquisición de acciones por parte de otro accionista de la misma compañía, porque en ese caso el accionista interesado en enajenar sus acciones siempre terminará enajenándolas, si así lo decide, o a favor del otro accionista que hace uso del derecho de tanteo o a favor de un tercero”.

Consideramos entonces que si el accionista puede autolimitarse directamente, también lo podría hacer indirectamente a través de la respectiva instrucción al fiduciario del fideicomiso que ostenta el dominio de las acciones, de que antes de vender las acciones a un tercero, las ofrezca a los miembros de su familia.

Ahora bien, la propuesta va más allá de la transferencia de acciones de la empresa familiar. La transferencia de las acciones de la empresa familiar no ha sido limitada por el estatuto de la empresa, ni por convenio separado de los accionistas, solo está sujeta a que el fideicomiso a través de su fiduciario, reciba la instrucción

respectiva de transferirlas por parte del Directorio Familiar. Se estaría entonces limitando la transferencia de los derechos fiduciarios en el fideicomiso para empresas familiares lo cual es perfectamente posible bajo la Ley de Mercado de Valores y las reglamentaciones sobre fideicomisos.

El aspecto sensible se circunscribe a determinar si es que en tratándose de un fideicomiso de tenencia de acciones, la limitación a la transferencia de derechos fiduciarios podría constituirse en un fraude de ley que convierta al fideicomiso en un instrumento nulo por objeto ilícito, pues alguien podría argumentar que poner un fideicomiso encima de una sociedad anónima, en la práctica, estaría limitando la libre transferencia de acciones.

¿Querría decir entonces que toda superposición de una sociedad anónima encima de una sociedad limitada haría que el contrato de sociedad anónima se constituya en un fraude de ley y sea nulo por objeto ilícito ya que a través de la sociedad anónima se estaría oblicuamente violando la disposición de la Ley de Compañías que sujeta la transferencia de las participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada a la aprobación unánime de los socios? ¿Ocurriría lo mismo si se superpone una sociedad limitada encima de una sociedad anónima en el sentido de que a través de la compañía de responsabilidad limitada se podría argumentar que habría una violación al derecho del accionista a la libre negociabilidad de sus acciones?

Este tipo de estructuras se ven todos los días en estructuras empresariales que cuentan con la figura de un holding, ya sea en el formato de sociedad anónima o de sociedad limitada, como vehículo para la tenencia de sus inversiones en sociedades subsidiarias y cuya razón de existir va más allá de restringir o facilitar la transferencia de acciones o participaciones en su caso, pues responde a la necesidad de reciclar recursos dentro del mismo grupo empresarial y consolidar en el holding la dirección y control del grupo.

Esta tesis coincide con la teoría de que el fraude a la ley no permite extender o ampliar el campo de aplicación de la prohibición contenida en la norma supuestamente violada.

Así, no cabría que se afirme que hay fraude de ley en el fideicomiso de tenencia de participaciones en una sociedad de responsabilidad limitada por el hecho de que el fideicomiso no limita la transferibilidad de sus derechos de beneficiario a la aprobación de todos los beneficiarios⁹⁹. Sin embargo, ¿Si la sociedad anónima que no restringe la negociabilidad de las acciones, puede ser socia de una sociedad de responsabilidad limitada, por qué no lo podría ser un fideicomiso mercantil? La Ley de Compañías pudo haber limitado la capacidad de una sociedad anónima de ser socio de una de responsabilidad limitada y no lo hizo. Solo prohibió que lo fueran las sociedades anónimas extranjeras.

Por otro lado, ¿vale la pena discutir la existencia o no de un fraude de ley en el fideicomiso de acciones que restringen la libre transferibilidad de derechos fiduciarios cuando es tan fácil evitar el supuesto fraude transformando la sociedad

⁹⁹ La transferibilidad de las participaciones de una compañía de responsabilidad limitada está restringida a la autorización de todo el capital social por lo que se podría decir que el fideicomiso sería un medio a través del cual se viola esta disposición.

anónima que se desea aportar, en compañía de responsabilidad limitada en forma previa a su aporte al fideicomiso?

Este autor opina que la disposición de la Ley de Compañías que garantiza la libre transferibilidad de las acciones de sociedades anónimas es una disposición con aplicación exclusiva para este tipo de formas jurídicas y por tal motivo no cabría extender su aplicación al fideicomiso mercantil, como en efecto, no lo hace cuando, en tratándose de la compañía de responsabilidad limitada, permite abiertamente que una sociedad anónima sea su socia.

Respecto a los derechos que se derivan de la calidad de beneficiarios del fideicomiso para empresas familiares con participaciones transferibles, esta tesis propone que los derechos fiduciarios contengan dos tipos de derechos, unos económicos y otros políticos.

Los derechos económicos consisten en la participación que los beneficiarios tendrán en las utilidades que genere el fideicomiso en un determinado ejercicio económico proveniente a su vez de los dividendos que reciba de la empresa familiar. Las utilidades que le corresponden a cada beneficiario del resultado, que de tiempo en tiempo, produzca el fideicomiso serán determinadas en función del porcentaje que representan los derechos fiduciarios de un determinado beneficiario en relación al total de los derechos fiduciarios emitidos por el fideicomiso mercantil. Una vez repartidos los beneficios por parte del Directorio Familiar del Fideicomiso Mercantil, cada beneficiario tendrá derecho a retirar y cobrar su cheque independiente de su calidad de miembro de la familia o tercero.

Los derechos políticos consisten en el derecho de votar en el Directorio Familiar así como el derecho a elegir y ser elegido para las distintas funciones y roles establecidos en el contrato de fideicomiso mercantil como lo son el ostentar la calidad de miembro del Consejo de Familia y del Directorio Familiar. El ejercicio de los derechos políticos será reconocido exclusivamente para los miembros de la familia que ostenten la calidad de beneficiarios.

Si por cualquier razón, los derechos fiduciarios recayeren en personas que no son miembros de la Familia, éstos perderán los derechos políticos mientras los derechos fiduciarios se mantengan bajo propiedad de terceros, hasta que por cualquier motivo vuelvan al dominio de miembros de la familia, en cuyo caso, los derechos fiduciarios volverán a conferir a su titular los derechos de voto y de elegir y ser elegido.

Esta distinción entre los derechos fiduciarios que corresponden a los miembros de la familia y los que corresponden a terceros se propone porque se reconoce que bajo esta modalidad de fideicomiso mercantil de empresa familiar con participaciones transferibles, los derechos fiduciarios podrán ser objeto de transferencias entre vivos y transmisiones por causa de muerte y que por virtud de ellas los derechos fiduciarios podrán terminar en manos de terceros ya sea por virtud de una transferencia entre vivos o por una transmisión por causa de muerte. En este sentido, el fideicomiso mercantil vía la distinción antes anotada, logrará mantener a los terceros alejados de los procesos de toma de decisiones de la familia y del negocio familiar en procura del cumplimiento de sus fines, es decir, que la empresa familiar sea controlada por la familia.

Los derechos fiduciarios del fideicomiso mercantil de empresa familiar con participaciones transferibles deberán ser tratados como activos por parte de sus titulares y por tal motivo deberán ser contabilizados como tales en su contabilidad y declaraciones tributarias, incluyendo la declaración patrimonial.

7.2.2) Beneficiarios.- Solo podrán ser beneficiarios del fideicomiso de empresas familiares personas naturales no domiciliadas en paraísos fiscales. Como excepción, se permitirá que los derechos fiduciarios puedan ser transferidos a sociedades constituidas en jurisdicciones no consideradas como paraísos fiscales, siempre y cuando los titulares de los derechos fiduciarios o sus herederos, que deberán ser personas naturales no residentes en paraísos fiscales, en forma anual certifiquen bajo juramento que ellos mantienen el control de tales estructuras. Cualquier cambio en la composición de la propiedad de la sociedad se interpretará como una cesión de derechos fiduciarios y por ende se someterá a las reglas establecidas para la cesión de derechos. El incumplimiento de esta regla, permitirá que el fideicomiso no reconozca al cesionario como beneficiario.

De esta manera se busca evitar que la empresa familiar que es proveedora del estado ecuatoriano pierda competitividad al ser descalificada como tal por circunstancias ajenas a su control derivadas de una mala planificación de sus beneficiarios en la forma de ostentar la propiedad de los derechos fiduciarios del fideicomiso para empresas familiares.

7.3) *El Fideicomiso Familiar Generacional.-*

7.3.1) La problemática de la sucesión y de las normas sobre sociedad conyugal.- La empresa familiar tiene que mantenerse en la familia. Solo así se podrá conservar vivo el compromiso de los miembros de la familia que forman parte de ella, por protegerla en el tiempo, compromiso que nace de la convicción de la familia de que juntos pueden hacer más que separados, y de la credibilidad que surge de un manejo objetivo y equitativo de los intereses familiares y empresariales. Esto es lo que constituye la mística de trabajo familiar que, en la medida en que se pueda conservar en el tiempo, y que ésta se transmita de generación en generación, facilitará la gestión y permanencia de la empresa en el tiempo.

Es por estas razones que la temática de la sucesión y de la sociedad conyugal se convierte en un tema sensible, en tratándose de la materia de empresa familiar. Estos regímenes forzosos contemplados en nuestra legislación ponen en riesgo el concepto que la empresa familiar debe de conservarse en la familia.

Si ya es complicado administrar los intereses de los miembros de una misma familia, mucho más lo será administrar los intereses de personas ajenas a la familia. Esta tesis no se opone a la incorporación de la familia política a la empresa familiar ni quiere sugerir que tenga implicaciones necesariamente negativas. En algunas ocasiones han sido los familiares políticos los que han tomado el liderazgo que deja vacante el fundador, a falta de un descendiente calificado. Sin embargo, una cosa es el trabajo en la empresa y otro es la propiedad.

Respecto al trabajo, en la empresa familiar deben de trabajar las personas más calificadas para el puesto. Si el más calificado es un miembro político de la

familia y está dispuesto a incorporarse bajo las reglas de la empresa familiar, pues bienvenido. Otro es el tema de la propiedad.

La incorporación de personas ajenas a la familia, a la empresa familiar, trae consigo distintos intereses y éstos pueden contraponerse con los intereses familiares al extremo de cuestionar sus bases, es decir, lo que es la empresa familiar, hacia donde debe de ir y qué esperar de ella. Por eso, es común que los protocolos familiares procuren que la propiedad de la empresa familiar se conserve en la familia.

Por el lado del derecho de familia, la problemática se evidencia con las reglas de la sociedad conyugal que establecen que todo lo adquirido en matrimonio es de los cónyuges por partes iguales, inclusive aquellos bienes muebles que se hayan adquirido por donación, herencia o legado. En esa línea, las acciones de la empresa familiar heredada o, adquirida durante matrimonio, ingresarán al haber de la sociedad conyugal¹⁰⁰.

Uno de los mecanismos para resolver el problema es mediante la suscripción de capitulaciones matrimoniales, esto es, mediante un acuerdo que suscriben los cónyuges para excluir las acciones de la empresa familiar de las reglas de sociedad conyugal, sin embargo, ¿cómo garantizar que todos los miembros de la familia suscriban capitulaciones matrimoniales? Y si esto no es garantizado: ¿Cómo administrar las diferencias que se generarían al existir dentro del foro familiar, miembros de la familia con capitulaciones matrimoniales y otros sin ellas?

Muchas veces las capitulaciones matrimoniales no son una opción, ya sea porque el efecto económico de las mismas lo hacen imposible (impuestos¹⁰¹), por razones de justicia ya que la empresa familiar es una consecuencia del trabajo conjunto de ambos cónyuges, o sencillamente porque desde un punto de vista familiar, el matrimonio no ha logrado la madurez suficiente para distinguir entre el patrimonio conyugal y el legado familiar.

Otro mecanismo, es evitar que la propiedad de las acciones de la empresa familiar recaiga en los miembros de la familia en forma directa, para evitar que las acciones de la empresa familiar ingresen al patrimonio de los miembros de la familia, con un doble propósito: impedir que las acciones estén gobernadas por las reglas de la sociedad conyugal y por las de la sucesión forzosa.

La forma de hacerlo no es de invención reciente, el concepto existe desde la época del Derecho Romano y se inspira en los efectos de la figura del fideicomiso civil o propiedad fiduciaria para los fideicomisarios, esto es, en la generación de una expectativa que no genera derechos para ellos mientras no se cumple una condición.

¿Por qué entonces la falta de uso práctico de la fiducia civil en materia de empresa familiar en el mundo actual? La respuesta se encuentra en el mismo Código Civil y radica en el hecho de que nuestra legislación impide la constitución de

¹⁰⁰ Art. 157 del Código Civil.

¹⁰¹ Las concesiones que se hagan los esposos uno a otro en las capitulaciones matrimoniales se entiende donación según lo dispone el art. 1422 del Código Civil.

fideicomisos sucesivos, es decir, que no es posible que una vez que haya operado la restitución a favor de una persona, lo adquiera ésta con el gravamen de restituirlo eventualmente a otra.¹⁰² Cumplida la condición, se extingue la propiedad fiduciaria.

En este tema, Larrea (2002) explica que “Se trata de evitar el gravamen permanente o largamente perdurable que trabaría la libre circulación de la propiedad. Lo que se prohíbe es establecer sucesivas condiciones que darían origen a sucesivas restituciones, de modo que la propiedad quedaría encadenada a la voluntad del constituyente, aún por siglos o por mucho tiempo” (pág. 554).

Por ello, como alternativa el trust anglosajón y la fundación de interés privado han venido adquiriendo relevancia en esta materia. La razón de ello está en lo atractivo del concepto de la “expectativa”. El efecto que se busca en la generalidad de los casos, es muy parecido al de la fiducia civil y es que durante la vida de la estructura, el patrimonio esté sujeto a la discrecionalidad de un fiduciario de tal forma que el fideicomisario solo tenga meras expectativas que no constituyen derecho y por lo tanto, la empresa familiar no esté expuesta a las normas sobre sociedad conyugal y sucesión forzosa.

A diferencia del fideicomiso civil, en el trust o fundación, el fiduciario o el consejo de administración de la Fundación no tiene la expectativa de adquirir el dominio pleno del patrimonio que administra, si es que llegare a fallar la condición, o terminar su vigencia. Por otro lado, el cumplimiento de la condición no necesariamente pone fin al trust o fundación; el beneficiario, mientras mantenga vigencia el trust/fundación, adquiere un derecho en la medida en que el fiduciario/consejo de administración así lo permita; y, la calidad de beneficiario está sujeta a una condición resolutoria que en la mayoría de los casos, está constituida por su fallecimiento, ocurrido el cual, el beneficiario sustituto designado se convierte en beneficiario en reemplazo del fallecido y así sucesivamente, mientras haya beneficiarios sustitutos.

El resultado práctico que se obtiene a través de la utilización de estas figuras, es el empozamiento del negocio familiar en un patrimonio autónomo administrado por un tercero en beneficio de los descendientes de la familia mientras vivan, quienes no adquieren más que una expectativa sujeta a la discrecionalidad del tercero administrador.

En definitiva, la propiedad del negocio a través de estas figuras del derecho extranjero, queda reservada exclusivamente para los miembros de la familia que comparten parentesco por consanguinidad, con la finalidad de que estos vehículos ejerzan el derecho propiedad discrecionalmente en el mejor interés de los beneficiarios primarios y sustitutos.

Los beneficiarios primarios tendrán un derecho limitado en los términos del contrato constitutivo, sujeto a una condición resolutoria y por tanto no transmisible por causa de muerte y en el caso de los sustitutos, solo una mera expectativa que por no generar derechos tampoco es transmisible por causa de muerte.

¹⁰² Código Civil, Art. 759.

7.3.2. El patrimonio del fideicomiso y su fondeo.- Esta propuesta de fideicomiso introduce una variación adicional al fideicomiso para empresa familiar con participaciones transferibles y está destinado a aquellas familias que, a más de asegurar el control de la gestión de la empresa familiar solo en los miembros de la familia, buscan también que el goce de los derechos económicos quede reservado exclusivamente a los miembros de la familia, de generación en generación y así sucesivamente. Bajo este modelo de fideicomiso, a diferencia del anterior, la intención es asegurar que tanto el control de la gestión como los réditos económicos de la empresa familiar, se conserve en los miembros de la familia a través del tiempo, impidiendo que personas ajenas a la familia se conviertan en beneficiarios del fideicomiso.

Para lograr este resultado, este fideicomiso plantea separar totalmente la empresa familiar del patrimonio del fideicomitente y para ello, la transferencia de la empresa familiar deberá ser a título gratuito y no a título de fideicomiso mercantil. Así, lo que se busca evitar expresamente, es el efecto neutro que confiere nuestra legislación al acto de aporte a fideicomiso mercantil.

Se propone entonces, que la persona del fideicomitente sea alguien distinto al donante de la empresa familiar, pero que mantenga un legítimo interés en la finalidad perseguida a través del fideicomiso. Tal podría ser el caso de uno de los altos ejecutivos/directivos de la empresa familiar, uno de los descendientes de la familia, o uno de los asesores de confianza de la familia en la materia de empresas familiares, interesados en la preservación del negocio como empresa familiar.

El fideicomiso se constituirá con el aporte de dinero en efectivo a título de fideicomiso mercantil. El fideicomitente no será beneficiario del fideicomiso ni se reservará derechos políticos o económicos en el fideicomiso. Solo conservará aquellos que le permitan ejercer una labor de fiscalización de la gestión de la fiduciaria, tales como recibir cuentas, supervigilar el cumplimiento de las instrucciones y realizar auditorías. El fideicomiso tampoco permitirá la incorporación de fideicomitentes adherentes ni incrementos patrimoniales derivados de nuevos aportes.

Quienes ostenten la calidad de propietarios de la empresa familiar, transferirán sus acciones en ella al fideicomiso a título de donación, con la consecuente disminución en el patrimonio del donante e incremento patrimonial para el donatario, en este caso, el fideicomiso. El acto de la donación deberá cumplir con las solemnidades y elementos que la ley ecuatoriana establece para que la donación sea válida, esto es, deberá ser por escrito, previa insinuación judicial o notarial, otorgada por el donante y aceptada por el donatario, el que deberá cumplir con presentar la declaración de impuesto a la renta por donaciones que corresponde por ley. Si el donante mantiene sociedad conyugal y las acciones son parte de ella, su cónyuge también deberá suscribir la donación.

El capital del fideicomiso estará compuesto entonces, exclusivamente, por las acciones de la empresa familiar y las acumulaciones que, de tiempo en tiempo, se decidan efectuar con el producto de los dividendos que reciba de la empresa familiar, y el fiduciario tendrá instrucciones de no transferir durante la vida del fideicomiso, la parte del patrimonio compuesto por la empresa familiar, a los beneficiarios.

7.3.3. Derechos fiduciarios y beneficiarios.- Los derechos fiduciarios solo darán derecho a los frutos que, de tiempo en tiempo, genere el patrimonio fideicomitado. El derecho a recibir los frutos, le corresponderá a los beneficiarios del fideicomiso que sean calificados como tales, por el protocolo familiar, y designados por consiguiente, para tal calidad, al momento de la constitución del fideicomiso, por el constituyente. De la misma forma, se nombrarán los beneficiarios sustitutos.

Así, el beneficiario del fideicomiso, podría ser, en una primera instancia, el donante y en su falta por causa de muerte, su derecho se extinguirá y nacerá el derecho de los beneficiarios sustitutos que comprenderán los miembros de la familia que se encuentren calificados por el protocolo familiar para participar y beneficiarse de lo que produzca la empresa familiar.

Los frutos del fideicomiso provendrán de los resultados líquidos que produzca el patrimonio fideicomitado una vez al año, y que el fideicomiso resuelva distribuir, atendiendo las reglas e instrucciones establecidas en el fideicomiso.

El derecho fiduciario sobre los rendimientos no será transferible entre vivos y se extinguirá por causa de muerte de su titular, por lo que tampoco estarían sujetos a una transmisión por esta causa.

7.3.4. Terminación.- Anteriormente se mencionó que todo fideicomiso no puede durar más de 80 años salvo el caso que la terminación del fideicomiso esté sujeta a la condición resolutoria consistente en la disolución de una persona jurídica.

Por ello, para dar cumplimiento a la finalidad de esta modalidad, que busca que el patrimonio se conserve intacto de generación en generación, el fideicomiso contemplará que su vigencia quede sujeta a un hecho incierto, esto es, que esté condicionada a la disolución de una persona jurídica, como lo podría ser la Junta de Beneficencia de Guayaquil, la Cruz Roja del Ecuador, entre otras instituciones, beneficiándose el fideicomiso de la permanencia en el tiempo que tienen estas instituciones, dada su trascendencia social.

Ante un evento de terminación, los derechos fiduciarios sobre los rendimientos del fideicomiso se extinguirán. El derecho a recibir el remanente patrimonial a la terminación del fideicomiso corresponderá a los descendientes del donante, por ley, que se espera que existan al momento de la terminación del fideicomiso, por estirpes; en caso de que no existan, será el donante mismo, en calidad de sustituto, y en su falta, la institución sin fines de lucro designada en el acto de constitución del fideicomiso.

7.3.5. Acrecimiento patrimonial. Aspectos tributarios.- Bajo la legislación tributaria ecuatoriana, el acrecimiento patrimonial gratuito está sujeto a impuesto a la renta¹⁰³, y el sujeto pasivo del mismo es el beneficiario de la donación¹⁰⁴. En este sentido, en el caso objeto de análisis, el acrecimiento patrimonial lo sufriría el fideicomiso propiamente tal, el que quedaría obligado a presentar la declaración de impuesto a la renta respectiva.

¹⁰³ Art. 54 Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno.

¹⁰⁴ Art. 56 Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno.

El beneficiario del fideicomiso, por el contrario, solo adquirirá un derecho limitado, es decir, el de recibir un beneficio del fideicomiso cuando éste se genere y la fiduciaria decida distribuirlo. Por consiguiente, el acrecimiento patrimonial del beneficiario del rendimiento estará constituido exclusivamente por la cuantía misma de éste a que tenga derecho, y cuando lo reciba. Mientras tanto, solo podrá ejercer los derechos que le confiere la ley al beneficiario para proteger su interés de que el fideicomiso esté bien gestionado, para no poner en riesgo ingresos esperados.

Mientras el fideicomiso mantenga vida jurídica, el patrimonio fideicomitado quedará congelado para asegurar que su producto sea destinado a los beneficiarios. Solo en caso de terminación del fideicomiso, éste pasará a quienes les corresponda el remanente patrimonial según los términos del contrato. En este escenario, serán los descendientes del donante quienes recibirán el acrecimiento patrimonial que estará sujeto a impuesto a la renta y solo ante la terminación, pues mientras tanto se da este hecho, estas personas solo tienen una expectativa que no constituye derecho, esto es, la esperanza, no solo de recibir el patrimonio fideicomiso cuando el fideicomiso termine, lo cual de por sí, ya es incierto, sino también la de que en ese evento, ya haya fallecido el donante.

En este sentido nos manifiestan Alessandri, Somarriva y Vodanovic (1990) que “expectativas de hecho, meras expectativas o simples esperanzas son la posibilidades de nacimiento o de adquisición de un derecho que no cuentan con la protección legal por no haberse realizado ningún supuesto de aquellos que la ley valora para otorgar tutela a dichas posibilidades” (pág. 290), aun cuando el titular de la expectativa cuente con acciones reconocidas en la ley para brindarle protección anticipada, como lo sería el caso de las medidas destinadas para evitar que se obstaculice ilícitamente la producción del elemento faltante para que la expectativa se convierta en derecho (Alessandri, Somarriva, & Vodanovic, 1990).

7.3.6) Cuestiones del derecho sucesorio.- Como se ha dicho antes, contar con la estructura adecuada en la mayoría de los casos no es suficiente. Tan importante como la estructura, es su fondeo, esto es, la transferencia misma de los activos y la necesidad de que ésta reúna todos los requisitos necesarios para que su validez jurídica sea incuestionable. ¿De qué sirve una estructura perfecta si la titularidad de su patrimonio adolece de vicios de nulidad y los activos están expuestos al riesgo de su restitución al mismo estado en que se hallaban si no hubiese existido el acto o contrato nulo?

En la mayoría de los casos, y a diferencia del caso del fideicomiso mercantil de empresas familiares con participaciones transferibles, estas figuras requieren que la transferencia sea efectuada sin que el fideicomitente reciba una contraprestación a cambio, en otras palabras, que la enajenación sea efectuada a título de donación sin reserva de ninguna clase por parte del fideicomitente, lo cual resulta en una disminución en el patrimonio del fideicomitente, en beneficio del patrimonio autónomo, que se convierte en consecuencia, en verdadero propietario de los activos transferidos.

Larrea (2003) al respecto nos dice que “Este contrato [el de donación] es por su naturaleza unilateral, ya que el donatario no se obliga a nada. El carácter de liberalidad, precisamente consiste en el que donante no persigue un fin de lucro y

no adquiere ningún derecho. Por eso se afirma que la causa de la donación es la mera liberalidad” (pág. 211).

Sin embargo, esta liberalidad tiene sus limitaciones y en materia de donaciones, ésta se encuentra en la obligación de las personas de favorecer con tales bienes a la familia, y evitar perjudicar a sus acreedores, o caer en indigencia y constituirse en una carga para el estado (Larrea, 2003). En este sentido encontramos que nuestro Código Civil prohíbe la donación de todos los bienes del donante¹⁰⁵ y requiere la insinuación como un mecanismo preventivo para que un tercero, en este caso un juez o un notario, evite que se obre ilegal o injustamente (Larrea, 2003) verificando que el donante tiene bienes suficientes para subsistir y cumplir con sus obligaciones.

Esta liberalidad también ve limitado su alcance a través de las asignaciones forzosas en materia de sucesiones. Son asignatarios forzosos el cónyuge, en lo que tiene que ver con el derecho a la porción conyugal, y los hijos del causante o sus padres en caso de que no tenga descendencia. Sobre su razón de ser, Larrea (2003) nos dice “Que la intención del legislador es evidente: proteger a la familia, evitando que un espíritu de disipación o resentimientos del causante, puedan dejar en la miseria a las personas que en vida han dependido de él y tal vez han contribuido a formar su fortuna” (pág. 256).

La protección que ofrece la ley a los asignatarios forzosos frente a un desheredamiento ilegal consiste en: a) la posibilidad de completar la porción del que haya recibido menos, para equiparar su derecho al de los demás, cuando hay suficientes bienes para estos efectos, b) la de devolver lo transferido en exceso, cuando no hay suficientes bienes para realizar las compensaciones antes referidas; y c) la acción tendente a lograr la restitución de lo excesivamente transferido (Larrea, 2003).

Los efectos del desheredamiento ilegal no solo se extienden a las asignaciones por causa de muerte, sino a todas las donaciones que haya hecho el testador. Las acciones que podrán seguir los asignatarios forzosos para lograr los fines mencionados en el párrafo anterior serán la acción de petición de herencia, o la de anulación, o la de reforma de testamento, según sea el caso.

Entonces frente a la problemática desarrollada alrededor de las disposiciones sobre sucesión forzosa contempladas en nuestra legislación, el enfoque consiste en distinguir dos momentos en el proceso de estructurar la propiedad de la empresa familiar cuyas acciones se desean pasar de generación en generación en beneficio de los miembros de la familia.

Lo primero es concientizar que la única forma de lograr este objetivo es evitando que el negocio familiar esté sujeto a las disposiciones sobre sociedad conyugal y sucesión forzosa, y para ello es necesario disponer de estos activos fuera del patrimonio afecto a estas disposiciones. La mejor opción para lograrlo es transfiriendo los activos familiares a título de donación con la finalidad de situar el acrecimiento patrimonial gratuito en un patrimonio independiente que no esté sujeto a las disposiciones antes mencionadas.

¹⁰⁵ Art. 1402 del Código Civil.

Lo segundo es determinar el monto total del patrimonio de los miembros de la familia que ostentan el dominio de la empresa familiar de tal forma de determinar cuánto representa el negocio familiar en relación a su patrimonio total y así calcular si es que la donación viola o no las reglas que protegen las asignaciones forzosas. Para evitar aquello, será necesario que la valoración de la empresa familiar no exceda de la cuarta parte del patrimonio total y de ahí la importancia de que la valoración sea lo más real y aterrizada posible para minimizar cualquier riesgo de cuestionamiento como consecuencia de una inadvertida sobrevaloración o subvaloración del patrimonio.

A partir de aquello, el siguiente paso será confirmar que la transferencia sea económicamente factible desde el punto de vista del donatario pues será éste el que asuma la consecuencia tributaria de aceptar la donación, esto es, el impuesto a la renta debido sobre el monto del crecimiento patrimonial. Dependiendo de la capacidad económica de la estructura que se beneficia del crecimiento, el impacto tributario podrá ser minimizado en la medida en que la donación se divida por partes y en el tiempo, dentro un plan de donaciones que se inicia en un momento y concluye planificadamente en un tiempo determinado acorde con la capacidad económica del donatario; y, si la donación aun así no es económicamente viable, explorar otras alternativas como la venta de la empresa familiar a la estructura que se desea crear, sustituyendo el activo que se desea proteger por otro de igual valor pero de inferior trascendencia, como lo sería el dinero.

Por último, habrá que determinar la estructura más conveniente para recibir el patrimonio constituido por la empresa familiar para gobernar su relación con los beneficiarios bajo el mecanismo de la expectativa como instrumento para mantener la propiedad de la empresa dentro de la familia. Más allá de los vehículos comúnmente utilizados, la presente tesis propone el uso del fideicomiso mercantil generacional como una alternativa viable para lograr este resultado.

Resulta importante notar que la problemática del fondeo y sus implicaciones en materia de sucesión forzosa no solo está presente en la figura del fideicomiso mercantil generacional que propone la tesis, sino también en las otras alternativas usualmente utilizadas para estructurar la propiedad de las empresas familiares por lo que no vamos a profundizar en las alternativas para sortear las restricciones para lograr un traspaso legal del patrimonio. Se estima que cualquier solución que funcione para resolver la problemática en el caso del trust o de la fundación de interés privado, servirá también para resolver los efectos tributarios del fondeo del fideicomiso mercantil de empresa familiar generacional.

CONCLUSIONES.-

El fideicomiso mercantil es una figura del derecho ecuatoriano que facilita la estructuración de la propiedad de empresas familiares al permitir incorporar los acuerdos que regulan las relaciones entre los miembros de la familia y la empresa familiar en procura de proteger el negocio en el tiempo.

Particularmente, a través de los modelos analizados en el presente documento, el fideicomiso mercantil para empresas familiares permitiría, desde un punto de vista societario, el cumplimiento de la política de dividendos trazada por el protocolo

familiar, así como garantizar, en forma indirecta, que previo a ofrecer en venta el interés en el negocio familiar a cualquier tercero, deba ser éste ofrecido previamente a los restantes miembros de la familia e incluso a la empresa misma, de ser el caso.

Por otro lado, la figura del fideicomiso mercantil para empresas familiares, sirve como vehículo para procurar que el control de la empresa familiar se mantenga reservada a los miembros de la familia e incluso, en ciertos casos, logrando excluir del todo a personas ajenas a la familia.

Sin embargo, como todo en la vida, su uso representa riesgos. A continuación, un análisis de las ventajas y desventajas de la figura.

Ventajas del fideicomiso de empresas familiares por sobre las estructuras extranjeras tradicionales.-

- Se adecua al entorno. La administración tributaria está promoviendo la transparencia y desincentivando el uso de estructuras en el extranjero. El fideicomiso mercantil para empresas familiares permite que las familias propietarias de empresas familiares ejercen su propiedad a través de un vehículo reconocido por la legislación ecuatoriana.
- Facilita la revelación de la identidad del beneficiario final. La distancia entre la empresa familiar y los miembros de la familia que se benefician de ella, a través del fideicomiso mercantil para empresas familiares, es corta. Su estructura no necesita de varios niveles de propiedad.
- Ofrece certeza en cuanto se refiere al tratamiento tributario de la estructura. Los efectos tributarios del fideicomiso mercantil en el Ecuador se encuentran determinados en la legislación tributaria ecuatoriana y son asimilados a los efectos aplicables a la sociedad, tanto respecto a la estructura propiamente tal como a los rendimientos que de ella derivan.
- Estrategia controlada. Se elimina la libertad de los miembros de la familia de tomar posiciones distintas respecto de la ejecución de la estrategia. Las relaciones entre los miembros de la familia y la empresa familiar estarán gobernadas por la legislación ecuatoriana. Sus efectos serán los mismos para todos.
- Se mantiene la empresa familiar dentro de la familia. El fideicomiso para empresas familiares ofrece la posibilidad de excluir a miembros ajenos a la familia del control de la empresa e inclusive, dependiendo de los casos, de los réditos económicos provenientes de ella.
- Administración objetiva del patrimonio a cargo de un fiduciario institucional. La incorporación de una persona ajena a la familia que intermedie en las relaciones entre la familia y el negocio, ofrece objetividad, e institucionalización en el manejo de estos intereses.
- Se confiere fuerza legal al protocolo familiar. De esta manera, la familia se asegura que los acuerdos alcanzados para el gobierno de las relaciones entre familia y empresa no se conviertan en letra muerta sino que por el contrario, su incumplimiento traiga consecuencias.
- El fondeo está sujeto a las mismas limitaciones que un trust o fundación. La problemática para transferir los activos de la familia al fideicomiso mercantil para empresas familiares con la finalidad de constituir un patrimonio

autónomo no afecto a las disposiciones forzosas de nuestra legislación en materia de sucesiones y sociedad conyugal es la misma que la derivada del uso de estructuras tradicionales. El fideicomiso mercantil, en este aspecto, no agrega complicaciones adicionales, sino por el contrario, podría facilitar el proceso y minimizar contingencias sustancialmente.

- La empresa familiar puede participar en procesos de contratación pública. La estructura protege que la empresa familiar caiga en causal de descalificación de procesos de licitación pública al impedir que los miembros de la familia ostenten sus derechos fiduciarios a través de estructuras ubicadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición.
- No se incrementa la exposición a enriquecimiento privado. El mantenimiento de la empresa familiar en el Ecuador a través de una estructura regulada, esto es, el fideicomiso mercantil, y administrada por una entidad controlada, el fiduciario, reduce el riesgo de que la legitimidad del patrimonio sea cuestionada.
- El fideicomiso no paga anticipo de impuesto a la renta en la medida en que no desarrolle un negocio o actividad comercial y no genere renta gravable. Este sería el caso del fideicomiso mercantil para empresas familiares por lo que las acumulaciones que se realicen a través de esta figura, estarán protegidas del anticipo.

Desventajas de la figura.-

- Inseguridad jurídica en el Ecuador. La estructura de propiedad de la empresa familiar, al estar constituida por un vehículo legal gobernado por la legislación ecuatoriana, será expuesta a la incertidumbre que representa el Ecuador como jurisdicción, y los riesgos asociados a la imposibilidad de planificar a largo plazo como resultado del cambiante sistema legal.
- Controversias sometidas a jurisdicción ecuatoriana. Cualquier discrepancia que se derive del contrato de fideicomiso mercantil estará sometida a las cortes ecuatorianas, las cuales en algunos casos han probado ser parcializadas e influenciadas por el gobierno de turno.
- El fideicomiso de empresa familiar no está regulado. Las regulaciones del Consejo Nacional de Valores sobre negocios fiduciarios no reconocen expresamente, todavía, la modalidad de fideicomiso para empresas familiares, por lo que su uso podría estar expuesto a que se malinterprete su existencia a modalidades que recogen finalidades y objetivos distintos a los trazados para este vehículo.

RECOMENDACIONES.-

Lo tendencia en materia de estructuración de la propiedad de las empresas familiares ha venido siendo el utilizar figuras reconocidas en la legislación internacional que mientras más sofisticadas y distantes del Ecuador, resultan ser más atractivas. En este mismo sentido, mientras más complejas aparezcan las estructuras, mayor confianza parecerían generar en quienes necesitan de ellas.

En el pasado, estas percepciones seguramente le restaron utilidad al fideicomiso mercantil ecuatoriano o tal vez, hacían que sencillamente no sea tomado en cuenta como alternativa, pero hoy, las familias se enfrentan a un entorno distinto. Lo complejo ahora se convierte en un arma de doble filo. Dificulta la revelación y su tratamiento es interpretable.

Por ello, se considera que el entorno le ha devuelto actualidad al fideicomiso mercantil, en esta ocasión, como instrumento de planificación en materia de empresas familiares. Solo el interés que demuestren las familias empresarias ecuatorianas por esta solución promoverá su utilización práctica. Su aplicación derivará en el reconocimiento de la necesidad de que el sistema jurídico proteja a la empresa familiar incorporando el modelo de fideicomiso para empresa familiar dentro de los tipos de fideicomisos reconocidos expresamente por las regulaciones de negocios fiduciarios y motivará que las fiduciarias se especialicen como administradoras de las relaciones tan especiales que surgen entre las familias y sus empresas

BIBLIOGRAFIA.-

El Universo. (16 de Abril de 2012). Recuperado el 13 de Agosto de 2013, de <http://www.eluniverso.com/2012/04/16/1/1356/90-firmas-guayaquil-son-empresas-familiares.html>

Alcalde, E. (2005). II Curso de Actualización Jurídica "Teorías del Derecho Civil Moderno". Santiago: Universidad del Desarrollo.

Alessandri, A., Somarriva, M., & Vodanovic, A. (1990). Derecho Civil. Parte preliminar y parte general. (Quinta ed., Vol. I). Santiago: Ediar.

Betancourt, A., Arcos, S., Torres, A., & Olivares, L. (s.f.). Tlatemoani, Revista Académica de Investigación. Recuperado el 13 de Agosto de 2013, de eumed.net: <http://www.eumed.net/rev/tlatemoani/09/emvb.html>

Cabanellas, G. (1982). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires: Heliasta S.R.L.

Carlock, R., & Ward, J. (2010). La excelencia en la empresa familiar. El proceso de planificación para la empresa y la familia. Barcelona: Deusto.

Coronel, C., & Del Brutto, O. (s.f.). Nulidad e Inexistencia de los Actos Jurídicos en el Derecho Privado Ecuatoriano. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Dickinson, J., & Gleeson, J. (s.f.). Dickinson Gleeson Advocates. Recuperado el 13 de Agosto de 2013, de www.dgadvocates.com/downloads/Sham%20Article.pdf

Emiliani, R. (1980). Conferencias de Obligaciones. Bogotá: Temis.

Fleming, Q. (2000). Keep the Family Baggage out of the Family Business. Avoiding the seven deadly sins that destroy family businesses. New York: Fireside.

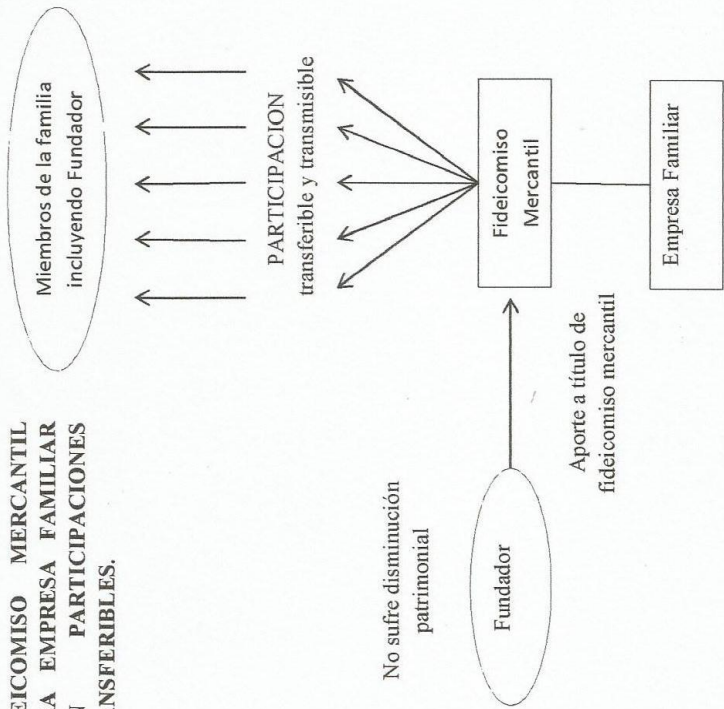
Gómez, D. (1998). El Fideicomiso Mercantil. Quito.

- González, R. (1996). *El Fideicomiso En el Derecho Civil y Comercial del Ecuador*. Guayaquil.
- González, R. (2009). *Manual de Fideicomiso en Ecuador y América Latina*. Guayaquil: Edino.
- Gordon, G., & Nicholson, N. (2008). *Familias en guerra. La gestión de los clásicos conflictos de los negocios familiares*. Barcelona: Deusto.
- Harrison, L. S., & Held, R. (Febrero de 2003). <http://www.harrisonheld.com/>. Recuperado el 13 de Agosto de 2013, de <http://www.harrisonheld.com/library/sham.transaction.pdf>
- Larrea, J. (1998). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Larrea, J. (2002). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador (Vol. II)*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Larrea, J. (2003). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador (Vol. IV)*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Larrea, J. (2003). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador (Vol. III)*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- León, A. (1979). *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Montemerlo, D., & Ward, J. (2011). *The Family Constitution. Agreements to Secure and Perpetuate Your Family and Your Business*. New York: Palgrave Macmillan.
- Rodríguez, S. (2005). *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*. Bogotá: Legis.
- The Family Business School. (s.f.). Recuperado el 13 de Agosto de 2013, de <http://thefamilybusinessschool.com/node/60>.

Tomé, M. A. (2005). *Negocios Jurídicos simulados y fraudulentos*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Vázquez, J. (2009). *Guía Práctica para la Familia Empresaria*. Quito: IDE Business School y Corporación de Estudios y Publicaciones.

**FIDEICOMISO MERCANTIL
PARA EMPRESA FAMILIAR
CON PARTICIPACIONES
TRANSFERIBLES.**



Beneficiarios: miembros de una familia, o terceros o sociedades anónimas controladas por estos. Entidades de hecho o de derecho constituidas en paraísos fiscales no están permitidas

Derechos Económicos: beneficios.

Derechos Políticos: Integración de organismos colegiados y derecho a voto en ellos limitado a los miembros de la familia.

Transferibles: sujeto a derecho de tanteo.

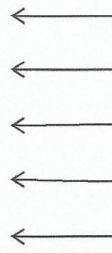
Transmisibles: por causa de muerte.

Fiduciario
Junta de Familia
Consejo de Familia
Directorio Familiar

Directorio Empresarial

FIDEICOMISO MERCANTIL FAMILIAR GENERACIONAL

Miembros de la familia incluyendo Fundador



BENEFICIOS-EXPECTATIVA intransferible e intransmisible

Sufre disminución patrimonial-Negocio familiar.

Fundador-Dominante

Fideicomitente

Aporte a titulo de fideicomiso mercantil-cash

Fideicomiso Mercantil

Empresa Familiar

