

UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, HUMANIDADES Y EDUCACIÓN
CARRERA DE DERECHO
SEDE QUITO

PROYECTO DE TITULACIÓN EN LA MODALIDAD DE ENSAYO PREVIO A LA
OBTENCIÓN DE TÍTULO DE ABOGADO

“FIDEICOMISO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LAS PENSIONES DE ALIMENTOS
DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”

AUTORA:

JAZMÍN ALEXANDRA BENALCÁZAR TUFÍÑO

TUTORA:

DRA. AURA VIOLETA DÍAZ DE PERALES (PHD)

QUITO - 2023

CERTIFICADO DEL ASESOR

Dra. Aura Díaz de Perales, Profesora de la Escuela de Derecho de la Universidad Metropolitana.

CERTIFICO

Haber revisado el trabajo de investigación de ensayo para optar por el título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA**, realizado por la estudiante **Jazmín Alexandra Benalcázar Tufiño**, con cédula de ciudadanía Nro. **1718603614**, ha culminado el trabajo de investigación, con el Tema: **“FIDEICOMISO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LAS PENSIONES DE ALIMENTOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”** el mismo cumple con todas las exigencias académicas y reglamentarias para este tipo de trabajo por lo que autorizo su presentación.

He puesto especial atención para verificar que el trabajo no contenga textos sin la respectiva referencia bibliográfica, sin embargo, si se llegase a determinar la existencia de plagio académico, la responsabilidad será únicamente de sus autores.

Atentamente,



Dr. Aura Díaz de Perales

CI: 1757825920

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN

Yo, **Jazmín Alexandra Benalcázar Tufiño**, con cédula de ciudadanía Nro. **1718603614**, estudiante de la Universidad Metropolitana “UMET”, carrera de Derecho, declaro en forma libre y voluntaria que el presente trabajo de investigación que versa sobre el tema **“FIDEICOMISO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LAS PENSIONES DE ALIMENTOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”** y las expresiones vertidas en la misma, son autoría del compareciente, las cuales se han realizado con base a recopilación bibliográfica, revistas, artículos, consultas de internet y otras consultas de legislación nacional e internacional. En consecuencia, asumo la responsabilidad de la originalidad de esta y el cuidado al referirme a las fuentes bibliográficas respectivas para fundamentar el contenido expuesto.

Atentamente:

Jazmín Alexandra Benalcázar Tufiño,
C.C.:**1718603614**

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, **Jazmín Alexandra Benalcázar Tufiño**, con cédula de ciudadanía Nro. **1718603614**, estudiante de la Universidad Metropolitana “UMET”, carrera de Derecho, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación **“FIDEICOMISO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LAS PENSIONES DE ALIMENTOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”**, trabajo de investigación modalidad ensayo, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, cedo a favor de la Universidad Metropolitana una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos. Conservo a mi favor todos los derechos de autor sobre la obra, establecidos en la normativa citada. Así mismo, autorizo a la Universidad Metropolitana para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de titulación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

El autor declara que la obra objeto de la presente autorización es original en su forma de expresión y no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo la responsabilidad por cualquier reclamación que pudiera presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de toda responsabilidad.

Jazmín Alexandra Benalcázar Tufiño,
C.C: Nro. 1718603614

INDICE

CERTIFICADO DEL ASESOR	II
CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN	III
CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR	IV
INDICE	V
RESUMEN	VI
ABSTRACT	VII
INTRODUCCIÓN	1
DESARROLLO	4
El origen de la pensión de alimentos para niños, niñas y adolescentes: la filiación y la patria potestad.	4
El derecho de alimentos de niños, niñas y adolescentes	7
Naturaleza del Derecho a la alimentación de niño, niñas y adolescentes	9
Obligaciones del deudor alimentario	10
Definición del fideicomiso	12
Reseña Histórica del fideicomiso	13
Características del fideicomiso	17
Fines de fideicomiso	18
Tipos de Fideicomiso	18
El fideicomiso público	19
El fideicomiso civil	20
El fideicomiso mercantil	21
El fideicomiso para la administración de las pensiones alimentarias en la Doctrina, legislación y jurisprudencia ecuatoriana	23
CONCLUSIONES	26
RECOMENDACIONES	27
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	28

RESUMEN

Este ensayo titulado “Fideicomiso para la administración de las pensiones de alimentos de niños y adolescentes en la legislación ecuatoriana” tuvo como propósito analizar la posibilidad de incluir en el Código de la Niñez y la Adolescencia la figura del fideicomiso para la administración de las pensiones de alimentos de niños, niñas y adolescentes. Para lograr este objetivo, se estudiaron dos variables: la pensión de alimentos y el fideicomiso. En la primera variable se partió del origen de la pensión de alimentos para los niños, niñas y adolescentes, determinándose que las obligaciones de los padres nacen de la filiación y como consecuencia la patria potestad. Luego se analizó el derecho de alimentos de los niños concluyendo que es un derecho humano, relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna, además, según la ley es un derecho intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado. El problema está en que el padre o la madre que por diversas razones posee la tenencia de los hijos, recibe del otro progenitor una pensión alimentaria, que se administra sin un control de la ley, porque hay fuertes vacíos en la legislación, pero existen reiteradas quejas de los alimentantes sobre la manera de administrar los recursos de la pensión, por lo que existen muchas propuestas de investigadores anteriores a la elaboración de este ensayo, así que este ensayo consiguió legalmente pertinente proponer la figura del fideicomiso mercantil para contribuir a la solución del problema.

Palabras clave: Pensión de alimentos, fideicomiso, fideicomiso mercantil, administración de la pensión de alimentos.

ABSTRACT

The purpose of this essay entitled "Trust for the administration of child and adolescent alimony pensions in Ecuadorian legislation" was to analyze the possibility of including in the Code for Children and Adolescents the figure of the trust for the administration of child pensions. food for children and adolescents. To achieve this objective, two variables were studied: alimony and trust. In the first variable, we started from the origin of the alimony for children and adolescents, determining that the obligations of the parents arise from filiation and as a consequence of it, parental authority. Then the child's right to food was analyzed, concluding that it is a human right, related to the right to life, survival and a dignified life, in addition, according to the law it is a non-transferable, non-transferable, non-waivable, imprescriptible, non-seizable right. does not allow compensation or reimbursement of what has been paid. The problem is that the father or mother who, for various reasons, has custody of the children, receives alimony from the other parent, which is administered without legal control, because there are strong gaps in the legislation, but there are repeated complaints from the obligors about the way to manage the pension resources, so there are many proposals from researchers prior to the preparation of this essay, so this essay was legally pertinent to propose the figure of the commercial trust to contribute to the solution of the problem.

Keywords: Alimony, trust, mercantile trust, alimony administration.

INTRODUCCIÓN

La Administración se define como un proceso orientado a prever, planear, organizar, ejecutar y controlar, recursos propios o ajenos, con el objeto de lograr unos objetivos y unas metas precisas. Es de tal importancia la administración, que la misma se encuentra incluso, en las instituciones de familia, como es el caso del matrimonio, la tutela, la curatela, entre otros, y es que, sin una buena administración, los recursos se gastan de manera desordenada y hasta irresponsable, por lo que no se cumplen los objetivos y metas que deberían cumplirse.

En el caso específico de la administración del hogar, existen normas taxativas, por ejemplo, el artículo 140 del Código Civil ecuatoriano vigente (2005), establece que “Cualquiera de los cónyuges previo acuerdo, tendrá la administración ordinaria de la sociedad conyugal” (pág. 12). Otra situación digna de mencionar a manera de ejemplo⁹, en estos casos del derecho de familia, se expone en el artículo 292 del Código Civil (2005), que expresa “El padre o la madre es responsable en la administración de los bienes del hijo hasta la culpa leve” (pág. 23).

Finalmente, en el artículo 293 del Código Civil (2005) se expresa “Habrá derecho para quitar al padre o a la madre la administración de los bienes el hijo cuando se haya hecho culpable de dolo o de grave negligencia habitual” (pág. 86). De lo expuesto se deduce, que el legislador ha tenido bastante cuidado al prever dentro del derecho de familia, que los recursos que lleguen hasta el grupo familiar sean bien administrados en beneficio de los miembros de la familia. Es decir, que se manejen con diligencia, lo que significa planificar de manera detallada los gastos e inversiones que se hagan para lograr los objetivos y metas de la familia.

Sin embargo, a pesar de estas previsiones legales, se dan innumerables casos de deficiente administración en los hogares, lo que hace temer, que las pensiones alimentarias que uno de los padres aporta a sus hijos, cuando él no vive en el hogar común, también sea deficientemente administrada, cuestión que es grave, por cuanto atenta contra el interés superior del niño, con el agravante, de que todos los sistemas de pensiones tienen un objeto central que es llevar el estado de bienestar al individuo.

Las pensiones alimentarias constituyen contratos sociales cuyo objeto primordial es proporcionar un consumo digno a los niños y adolescentes, quienes están en una edad, donde aún no son capaces de generar ingresos para auto mantenerse, especialmente, cuando están estudiando.

A pesar de la importancia de estas pensiones de alimentos para niños y adolescentes, no ha habido diligencia suficiente de la función legislativa para sancionar leyes que garanticen una administración realmente transparente de la misma, aun a sabiendas que ello evidentemente vulnera los derechos y garantías básicas de niños y adolescentes.

Frente a esta situación, este ensayo partió de la siguiente interrogante científico-jurídica: ¿Se justifica la inclusión en el Código de la Niñez y la Adolescencia la figura del fideicomiso para la administración de las pensiones de alimentos de niños y adolescentes? De esta interrogante emergen los siguientes objetivos:

Objetivo General:

Analizar la posibilidad de incluir en el Código de la Niñez y la Adolescencia la figura del fideicomiso para la administración de las pensiones de alimentos de niños y adolescentes.

Objetivos específicos

1. Desarrollar un contexto teórico relacionado con la pensión de alimentos y el fideicomiso.
2. Justificar desde el punto de vista jurídico y social una sugerencia de la figura del fideicomiso para la administración de las pensiones de alimentos de niños y adolescentes en el Ecuador.

Este trabajo investigativo se justifica ampliamente, por cuanto la falta de legislación sobre la sana administración de las pensiones de alimentos en el Ecuador, evidentemente, vulnera los derechos y garantías básicos de los menores por lo que se propone una reforma del Código de la Niñez y la Adolescencia para garantizar, a través del uso de la figura del fideicomiso, que estas pensiones puedan ser cobradas tras

previos justificativos, y que en caso de existir sobrantes, estos valores se acumulen mes por mes en beneficio del titular del derecho.

Es decir, que estas pensiones sean bien administradas por el padre o la madre que las recibe para sus hijos y haga los gastos de acuerdo con un plan bien estructurado, todo ello, en favor del cuidado integral del niño, niña o adolescente a quien se le debe respetar su interés superior.

El trabajo está enmarcado en el tipo ensayo, el cual como forma comunicativa expresa ideas concretas sobre un tema, en este caso, el fideicomiso como estrategia para administrar la pensión de alimentos de niños, niñas y adolescentes y así asegurarles un mejor desenvolvimiento de la manera en que se hacen los gastos en favor de su mejor cuidado integral. Como ensayo que es, resalta la opinión de la autora, su criterio y su cosmovisión sobre el tema.

El ensayo se inició con la revisión de literatura concerniente al tema y su acopio teórico, lo que se hizo posible por la revisión bibliográfica referida especialmente a la doctrina y la ley, con énfasis en la Constitución de la República del Ecuador, Código Civil y Código de la Niñez y Adolescencia.

DESARROLLO

Para el logro de los objetivos expuestos, el ensayo se desarrolla tomando en cuenta los aspectos que a continuación se señalan, y será lo que originará las conclusiones y la propuesta.

El origen de la pensión de alimentos para niños, niñas y adolescentes: la filiación y la patria potestad.

Para poder estudiar la patria potestad y las obligaciones de los padres para con los hijos, necesariamente se debe partir de la filiación, como relación jurídica que existe entre padres e hijos. Significativo es que la palabra filiación se compone de dos términos “Filia” y “ción”. El primero en griego significa amor y el segundo significa “acción o efecto”. De manera, que los términos que componen la palabra filiación significan acción de amar. De allí que etimológicamente, la palabra filiación provenga de la voz latina filius, que se origina en la raíz latina filium y que significa “hijo”, por lo que en definitiva este término está referido al vínculo que une al hijo respecto a sus padres.

La filiación ha sido definida por distintos autores, entre los que se cita a Julio López del Carril (1984), quien ha dicho que “La categoría filiación presenta una gran complejidad, tanto conceptual como teórica, no solo en el campo jurídico, sino también en otros campos relacionados a la misma: biológico, psicológico, antropológico” (López del Carril, 1984). Para Antonio Ciccu (1930), por su parte, la filiación es “Un hecho natural y existe siempre en todos los individuos: se es siempre hijo de un padre y de una madre” (pág. 56).

El Código Civil ecuatoriano (2005), no aporta una definición de filiación, pero si indica el origen de la filiación, al estipular en el artículo 24:

Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad: a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente; b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y, c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre (pág. 12).

Es decir que, en definitiva, aunque el Código Civil ecuatoriano no da una definición expresa de filiación, si es claro al relacionar estrechamente y por diversas circunstancias, a los hijos con sus padres.

Esta posición adoptada por el Código Civil ecuatoriano se relaciona con la expuesta por el jurista doctrinario Rafael De Pina (1960), quien indica que la filiación “Equivale a la procedencia de los hijos respecto de sus padres. Significa pues, una relación de origen, que permite señalar una ascendencia precisa a la persona física” (De Pina, 1960).

El que sí es absolutamente claro en la definición de filiación es el Código Civil del Distrito Federal de México, quien ha expresado que es “La relación entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros” (Mexico, Congreso de la Unión, 2020, pág. 47).

De lo antes expuesto se concluye, que la filiación es una institución que es propia del derecho de familia y que indica la descendencia de unas personas de otros, ya sea por naturaleza, por mandato de la ley, por intervención de la tecnología, o por orden judicial y de lo que se derivan un conjunto de derechos, deberes y obligaciones, entre los que cuentan los apellidos, la nacionalidad y especialmente la patria potestad y los derechos hereditarios. En síntesis, no puede tratarse el tema de los alimentos de niños y adolescentes, sin antes dilucidar de donde proviene el derecho de ellos, quedando claro que el origen de todo está en la filiación, quien es la que origina la patria potestad.

Por eso, el artículo 25 del Código Civil (2005), expresa:

En los casos señalados en los literales a) y b) del artículo anterior, los derechos de los padres y de los hijos son correlativos, pero en el caso del literal c), el hijo tendrá todos los derechos, como los demás hijos, y los padres tendrán todas las obligaciones de tales, pero no podrán exigir ningún derecho, ni siquiera el de herencia, frente a los hijos a quienes no reconocieron voluntariamente. Se entiende que hay reconocimiento voluntario, no sólo en el caso del Art. 249, sino también cuando el padre o madre confiesan serlo, o se allanan a la demanda del hijo en juicio de investigación de la paternidad y maternidad (págs. 12-13)

Y el Código Civil es más específico cuando señala taxativamente, en el artículo 268 que “Corresponde de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos” (Ecuador, Congreso Nacional, 2005, pág. 21).

De lo expuesto en estas citas se deduce, que la filiación genera derechos y deberes correlativos entre padres e hijos, lo que para uno es un derecho, para el otro es un deber.

En este contexto se desenvuelve la patria potestad, la cual es definida por el Código Civil ecuatoriano (2005), en el artículo 283 como “El conjunto de derechos que tienen los padres sobre los hijos no emancipados” (Ecuador, Congreso Nacional, 2005, pág. 22). Como se observa, a este artículo del Código se le critica, que sólo trata de los derechos que tienen los padres sobre sus hijos y no trata de sus deberes para con ellos. Por eso, el Código de la Niñez y la Adolescencia (2003), al tratar el tema de la Patria Potestad, hace una velada crítica al texto del Código Civil (2005), cuando expresa en su artículo 105:

La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley (Ecuador, Congreso Nacional, 2003)

Dentro de los deberes de los padres con sus hijos están la obligación de criar y educar a sus hijos, así lo estipula el artículo 268 del Código Civil (2005), el cual expresa que “Corresponde de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos” (Ecuador, Congreso Nacional, 2003). En este caso, se entiende por crianza proveerles de alimentación, cuidado de su salud, educación integral, recreación, corrección de su comportamiento, socialización, ayuda, cuidados ante riesgos, entre otros.

El Código de la Niñez y la adolescencia (2003), en su artículo 9 dispone sobre esta materia taxativamente lo siguiente:

La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente. Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos (pág. 2).

Es decir, que el reconocimiento y protección del Estado a la familia, tiene un fin y es que ésta pueda en un ambiente apropiado, criar a sus hijos tal como el Estado lo requiere, bien cuidados, atendidos y en fin criados de la mejor manera, para que no representen ya adultos una carga para la sociedad, sino más bien, que sean contribuyentes al desarrollo nacional.

El derecho de alimentos de niños, niñas y adolescentes

El Código de la Niñez y la Adolescencia (2003) al referirse al derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes indica en su artículo 2 Título V del Derecho de Alimentos, que:

El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios que incluye: 1. Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente; 2. Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas; 3. Educación; 4. Cuidado; 5. Vestuario adecuado; Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos; 7. Transporte; 8. Cultura, recreación y deportes; y, 9. Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva (pág. 33).

De la cita del artículo se desprende, que el derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes, es un derecho humano, que proviene de la filiación y el parentesco y que incluye no sólo la comida suficiente y nutritiva, sino todo lo que representa el bienestar del menor de edad, toda vez que éste tiene otro derecho, que está por encima de todos los demás derechos, que es el del interés superior del niño.

Antes se ha asegurado, que el derecho a la alimentación es un derecho humano, y a esto se refiere el Relator Especial de la Oficina del Alto Comisionado de la Organización de Naciones Unidas (ONU), quien señala que:

El derecho a la alimentación es el derecho a tener acceso regular, permanente y sin restricciones a la alimentación, ya sea directamente o a través de la compra, a un nivel suficiente y adecuado, tanto en términos cualitativos como cuantitativos, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a la que el consumidor pertenece, y que garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, satisfactoria, digna y libre de temor (Naciones Unidas, 2020, pág. 1).

Obsérvese que, para la ONU, el derecho a la alimentación es un derecho humano y por tanto, da las pautas para su cumplimiento al indicar, que esta alimentación debe recibirse de manera regular, permanente, suficiente y adecuada y sin ninguna restricción, es decir, que debe asegurarse de manera total. Asimismo, la Observación General número 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha definido el derecho a la alimentación adecuada indicado que es cuando toda persona accede de manera física y económica a la misma o a los medios necesarios para obtenerla. En este sentido dice:

El derecho a la alimentación adecuada no debe interpretarse, por consiguiente, en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos...los Estados tienen la obligación básica de adoptar las medidas necesarias para mitigar y aliviar el hambre, incluso en caso de desastre natural o de otra índole (Naciones Unidas, 2020, pág. 1).

De lo antes expuesto se deriva, que los Estados, entre ellos el Estado ecuatoriano, está en la obligación de buscar los mejores mecanismos para garantizar a la población, especialmente a los niños el alcance en óptimas condiciones del derecho humano a la alimentación y mucho más, si se trata de los niños, niñas y adolescentes a quienes hay que garantizarles su interés superior y en el mismo se enmarca su derecho humano a la alimentación en los términos que lo ha concebido el Código de la Niñez y la Adolescencia (2003) y la Convención de los Derechos del Niño (2006), la cual en su artículo 27 numeral 4 expresa:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por

el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados (pág. 8).

Esta Convención de los Derechos del Niño de 1989 entró en vigor el 2 de septiembre de 1990 y el Ecuador lo ratificó mediante Decreto Ejecutivo N° 1330, publicado en Registro Oficial 400 de 21 de marzo de 1990; constituyéndose así, en el primer país latinoamericano y el tercero en el mundo en ratificar esta Convención y es producto de ello, que, en el año 2003, se promulga el actual Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia con una posición clara de reconocimiento y respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En este sentido, el Estado ecuatoriano está obligado a cumplir el artículo 4 de dicha Convención, que estipula “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención” (Naciones Unidas, 1989, pág. 1).

Naturaleza del Derecho a la alimentación de niño, niñas y adolescentes

No cabe duda y así se ha escrito en líneas anteriores, que los alimentos constituyen un derecho humano de los niños, niñas y adolescentes, el cual “está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna” (Ecuador, Congreso Nacional, 2003), pero, además, según el Código de la Niñez y la Adolescencia (2003), es un derecho “intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado” (Ecuador, Congreso Nacional, 2003, pág. 33).

En este caso del derecho humano de la alimentación debe dejarse claramente establecido, que el mismo implica que la obligación comienza desde la concepción del ser humano, desde que se demanda la prestación y se la notifica y/o desde que se presentan incapacidades de orden físico o mental que impiden a una persona sustentarse por sí misma y termina, con la muerte del titular, con la muerte de todos los obligados, por haber cumplido la mayoría de edad, con la excepción de su extensión hasta los 21 años, si el alimentado se encuentra cursando estudios superiores, por

haberse comprobado la falta de obligación del alimentante y por haber desaparecido las causas que la originaron.

Obligaciones del deudor alimentario

Para culminar con el tratamiento de la primera variable, se explica a continuación el tema de las obligaciones del deudor alimentario, o sea, el alimentante. En este sentido, el Código Civil (2005), en su artículo 276 expresa:

La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes pasa, por la falta o insuficiencia de los padres a los abuelos, por una y otra línea, conjuntamente. El juez reglará la contribución, considerando las facultades de los contribuyentes, y podrá, de tiempo en tiempo, modificarla, según las circunstancias que sobrevengan (Ecuador, Congreso Nacional, 2005, pág. 22).

Es decir que, frente al deber del Estado de proteger el derecho humano de la alimentación de niños, niñas y adolescentes, se ha visto en la necesidad de transferir la responsabilidad de los padres a los abuelos, cuando éstos, por alguna circunstancia no puedan cumplir con dicha obligación. Pero, estas obligaciones para los alimentantes se extienden mucho más en el Código de la Niñez y la Adolescencia (2003), cuando en el artículo 5 se expresa:

Los padres son los titulares principales de la obligación alimentaria, aún en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad. En caso de: ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales, debidamente comprobado por quien lo alega, la autoridad competente ordenará que la prestación de alimentos sea pagada o completada por uno o más de los siguientes obligados subsidiarios, en atención a su capacidad económica y siempre y cuando no se encuentren discapacitados, en su orden: 1. Los abuelos/as; 2. Los hermanos/as que hayan cumplido 21 años y no estén comprendidos en los casos de los numerales dos y tres del artículo anterior; y, 3. Los tíos/as (Ecuador, Congreso Nacional, 2003, pág. 2).

Y el Código Orgánico General de Procesos (2015), expresa en el artículo 137:

En caso de que el padre o la madre incumplan el pago de dos o más pensiones alimenticias, la o el juzgador a petición de parte y previa constatación mediante la certificación de la respectiva entidad financiera o del no pago dispondrá el apremio

personal hasta por treinta días y la prohibición de salida del país. En caso de reincidencia el apremio se extenderá por sesenta días más y hasta por un máximo de ciento ochenta días (pág. 22).

Es decir, que el Estado ha sido diligente al asignar las responsabilidades para el cumplimiento del derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes, el problema está en que muchos deudores obligados están en tal estado de pobreza, igual que sus familiares, que se ven imposibilitados de cumplir con esta obligación alimentaria del menor, y mucho menos, con la tabla de pensiones que año tras año fija el Consejo de la Judicatura, lo que les trae grave consecuencias a estos obligados, incluso, la pérdida de la libertad y ante esto, el Estado no tiene una política clara de solución, sólo se tiene el contenido del artículo 5 del Código de la Niñez y la Adolescencia (2003) que expresa:

La autoridad competente, en base al orden previsto en los numerales precedentes, en los grados de parentesco señalados, de modo simultáneo y con base en sus recursos, regulará la proporción en la que dichos parientes proveerán la pensión alimenticia, hasta completar el monto total de la pensión fijada o asumirla en su totalidad, según el caso. Los parientes que hubieren realizado el pago podrán ejercer la acción de repetición de lo pagado contra el padre y/o la madre. Los jueces aplicarán de oficio los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador a fin de garantizar el derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes, hijas e hijos de padres o madres que hubieren migrado al exterior, y dispondrán todas las medidas necesarias para asegurar el cobro efectivo de la pensión. La autoridad central actuará con diligencia para asegurar el respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y, responderá en caso de negligencia (Ecuador, Congreso Nacional, 2003, pág. 34).

El otro problema que se presenta, es que, quien recibe la pensión de alimentos, es el progenitor que no vive con el niño o adolescente, y a quien no se le está controlando la manera en que administra dicha pensión, por lo que muchas veces, en la práctica, gastan el dinero en otras cosas distintas al objeto que se persigue. Pero una situación si debe quedar clara en este contexto y, es que, el Código de la Niñez y la Adolescencia prevé en su artículo 7 que “La pensión de alimentos procede aún en los casos en que el alimentado y el obligado convivan bajo el mismo techo” (Ecuador, Congreso Nacional,

2003, pág. 34). Lo que significa, que el alimentante no tiene escapatoria ninguna a la hora de ser constreñido a cumplir su obligación alimentaria con el menor.

Definición del fideicomiso

En los textos consultados se han identificado varias definiciones acerca del significado del fideicomiso, al respecto Rosso & Uriarte (2003), definen el contrato de fideicomiso como:

El negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante transfiere a título de confianza, a otra persona denominada, fiduciario, uno o más bienes que pasan a formar el patrimonio fideicomitado, para que al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición, este transmita la finalidad o el resultado establecido por el primero, a su favor o a favor de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario (pág. 10).

De acuerdo con la cita expuesta, el fideicomiso es una figura contractual de naturaleza civil y mercantil, por medio del cual una persona propietaria legítima de ciertos bienes, denominada fideicomitente, los transfiere a otro (s) a título de confianza para que los administre, para cumplir un determinado fin o uso de un beneficiario o fideicomisario. Por eso, a través de los años esta figura fue conocida como “encargo de confianza”. En este mismo sentido, Miguel Ángel Díaz Camacho (2020), define el fideicomiso como:

Una figura contractual de naturaleza mercantil, por medio de la cual, una persona propietaria legítima de ciertos bienes, denominada fideicomitente, entrega la propiedad de los mismos a una institución autorizada para operar como fiduciaria, con la finalidad de que disponga de ellos o los administre a través de actos y fines lícitos, en beneficio de una tercera persona con capacidad para recibirlos, a la cual se le denomina fideicomisario (Díaz Camacho, 2020, pág. 206).

Pero de acuerdo con el criterio de la investigadora, la definición más completa la aporta Conceptosjurídicos.com, quien indica que el fideicomiso es:

Un acto jurídico por medio del cual una persona entrega a otra la titularidad de unos activos para que los administre y, al vencimiento de un plazo, transmita los resultados a un tercero. Es una herramienta jurídica muy utilizada en los negocios y para preservar los patrimonios familiares (Conceptos Jurídicos, s.f.).

De la cita se extraen varios aspectos importantes, en primer lugar, que es un acto jurídico, esto significa, que se impone la voluntad de quien entrega la titularidad de los activos a una persona natural o jurídica para que ella los administre en favor de un tercero. En el caso que compete a este ensayo vendría a ser el alimentante, quien entrega a un banco o a otra entidad financiera con autorización para ello, el monto del dinero que corresponde a la pensión alimentaria, para que la administre en favor del alimentario.

Reseña Histórica del fideicomiso

El término Fideicomiso proviene de dos voces latinas que son “Fide” que significa fe o confianza; y, “Commissum” que significa comisión, por lo que al unir estas dos voces se formó la palabra Fideicommissum, que traducida significa una comisión basada en la fe, en la confianza en otro. Por eso no es extraño, que esta palabra haya nacido irrigada de valores como la amistad, la lealtad y la probidad. Así pues, que esta es una figura nacida en el derecho romano clásico, extendido posteriormente al Derecho Germánico y al anglosajón.

El origen del fideicomiso no ha estado exento de debates y de posturas teóricas de diferentes estudiosos; pero como dice Juan David Terrazas Ponce (1998) “Solo desde que Augusto da vida a la *persecutio fideicommissaria*, es posible considerar al fideicomiso como una liberalidad encuadrada en el ámbito del derecho” (Terrazas Ponce, 1998, pág. 940).

Por lo expuesto puede concluirse, que la institución del fideicomiso no es nueva, ya existía en el derecho clásico romano y su base está en la voluntad libre para contratar y en la libertad de testar, así como en la confianza, o sea, la fe que se tiene en otra persona. Por ello, cuando se estudia el origen romano del fideicomiso hay que hacer alusión a dos figuras importantes: el *Fideicommissum* y el *PactumFiduciae*. La primera, tiene que ver con la transmisión de la propiedad por testamento, porque al parecer era el único mecanismo del testador para favorecer a quien carecía de “*testamentifacio*” o capacidad para testar y como antes se dijo, fue el emperador Augusto, quien constituye al *Fideicommissum* en una Institución Jurídica, siendo este una manifestación de la fiducia romana.

La fiducia romana en este caso, era favorecer mediante testamento, a personas vulnerables tales como los esclavos, los solteros, los casados sin hijos, las mujeres, entre otros. Pero a la par surge la institución del Pactum Fiduciae, que representa un acto entre vivos. Figura ésta que se utilizaba en la Mancipatio de los hijos. El Pactum Fiduciae, a su vez se divide en dos partes: el fiduciae cum creditore, para proteger el interés del acreedor (fiduciario) o propietario de la cosa. Y la fiduciae cum amico, que era la persona que cumplía las actividades que se le encomendaban, con lealtad y probidad.

Nace así el Fideicommissum romano cuya característica fundamental era la transmisión de los bienes por causa de muerte del de cuius. De esta manera, la fiducia romana constituía según Terrazas Ponce (1998) “un medio de protección de la propiedad dotado de gran flexibilidad. Sin embargo, el ciudadano tenía que actuar dentro del régimen legal establecido y debía ceñirse a las formalidades determinadas por la Ley para la celebración de todo tipo de contratos” (Terrazas Ponce, 1998).

En el caso del Derecho Germánico son tres elementos lo que evidencian el apareamiento, del Fideicomiso, que son: la Prenda Inmobiliaria como acto según el cual, el deudor transfería un bien inmueble al acreedor para que fuera utilizado como un medio de garantía. Esta figura se relacionaba con la sucesión, pues servía para beneficiar a aquellas personas que no eran sucesoras directas, pero que merecían serlo. La prueba que emergía de la prenda inmobiliaria era la carta venditionis.

En segundo lugar, estaba el Manusfidelis íntimamente ligada a otra figura importante del derecho civil, que es la donación. El Manusfidelis era en la realidad un fiduciario que recibía del donatario. De esta manera, mediante donación entre vivos o teniendo como causa la transmisión sucesoria, se transmita el bien, y la prueba que emergía era la carta venditionis, tal como ocurría en el derecho romano. En algunas situaciones, en el caso de las donaciones, como era entre personas vivas, se podía reservar el derecho de goce sobre la cosa donada para disfrutarla en vida. Importante es señalar, que el Manusfidelis era escogido entre el clero. Esta figura se utilizó como un recurso para contravenir limitaciones o prohibiciones de la ley para determinar la calidad de los herederos legítimos.

La tercera figura que apareció, fue El Salman o treuhand que era una persona que desempeñaba cargos fiduciarios. Era un intermediario encargado de realizar la transmisión de un bien inmueble del propietario original al beneficiario, ya sea por donación o por sucesión, por eso, algunos lo denominaron albacea.

En cuanto a la figura del fideicomiso o trust en Inglaterra, su origen se encuentra en una figura llamada “use”, remontándose su origen al medioevo, aproximadamente en el siglo XIII y su origen estuvo ligado a evitar las confiscaciones de tierras que constituían botín de guerra; también servía para eludir tributos o para burlar la prohibición a las congregaciones religiosas de ser titulares de bienes inmuebles. De esta manera, surgió la Ley de las Manos Muertas. En el use existía una relación jurídica según la cual había una persona con poder jurídico, de cuyo ejercicio resultaba un beneficio económico a favor de otra persona.

Pero ocurre que, los religiosos buscaron el modo para evadir las prohibiciones legales relacionadas con la adquisición de bienes por ellos, y fue por eso que crearon el uses, donde existía un amigo laico revestido de confianza y buena fe, que hacía las compra en su nombre, pero el dinero provenía de los religiosos. Así, el uses se comprometía a destinar el bien comprado, para uso de la Iglesia, quien en la realidad disfrutaba de todos los privilegios como propietaria. Esta situación se regularizó en 1535 (siglo XVI), cuando se promulgó el Statute of Uses, que determinaba que el usuario seguiría siendo el propietario legal.

Posteriormente, las uses adquirieron el nombre trust con significado de confianza. A quienes integraban esta figura se les denominó trustee que significa fiduciario o propietario legal y el actual fideicomisario tomó el nombre de cestui que era a quien se le confiaba la propiedad de equidad.

En Latinoamérica, esta figura del fideicomiso llega de manera tardía, y el primer país que utilizó una manera de trust o negocios fiduciarios en su legislación fue México, considerándolo “como un mandato irrevocable en virtud del cual se entregaban bienes con un fin determinado” (Irigoyen, 2023). Pero ya para 1924 se crean los llamados “bancos de fideicomiso” cuyo objeto era encargarse de un bien para entregarlo a otro y en 1926 se promulga la Ley de Bancos de Fideicomiso y Ley General de Instituciones de

Crédito y Establecimientos Bancarios. Pero esta figura no pudo tener aplicación práctica debido a los vacíos y problemas de interpretación de las normas.

Es a partir del año 1932 con la promulgación de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que se regula el fideicomiso concibiéndose como un patrimonio de afectación. Nicolás Malumián (2006) opina que esto “es un gran paso en el derecho latinoamericano por cuanto se rompe con la concepción del fideicomiso como “un mandato irrevocable”, sin la verdadera protección de la transferencia real” (Malumián, 2006).

Siguiendo este ejemplo, otros países latinoamericanos se sumaron a los negocios fiduciarios entre ellos, Argentina, Perú, Colombia, Panamá, Paraguay, Guatemala, El Salvador, Honduras, Costa Rica, Venezuela y Ecuador, entre otros, siendo el último país en adoptarlo Uruguay.

En el caso específico de Ecuador, este siguió la línea romanista, tomándose en cuenta los lineamientos del Fideicommissum y el Pactum Fiduciae. y su antecedente de aparición, tanto de los encargos fiduciarios como de los negocios fiduciarios en general, se remonta a la antigua “Ley de Operaciones de Crédito” promulgada en diciembre de 1963, por cierto, de vida muy efímera, pero constituyó un aporte trascendente. Posteriormente, según Roberto Gonzales (2000):

La figura del fideicomiso queda incorporada al Código de Comercio ecuatoriano por efecto de la Ley de Mercado de Valores del 28 de mayo de 1993, al agregarse un título entero para tratar sobre este tema. En virtud de la cual se atribuían facultades especiales a los bancos para actuar como mandatarios o ejecutores de encargos de confianza. De tal forma que los bancos podían desempeñar funciones de mandatarios, secuestres, depositarios, administradores de bienes, procuradores, entre otras (Gonzales Torre, 2000)

En la actualidad, el Fideicomiso como Institución Jurídica aparece en el Código Civil (2005) en su Libro II denominado “De los bienes y de su dominio, posesión, uso, goce y limitaciones. Específicamente, se encuentra en el título VIII De las limitaciones del dominio y primeramente de la propiedad fiduciaria desde el artículo 747 al 777. Pero

también existe la figura del fideicomiso mercantil que está regido por la Ley de Mercado de Valores en su Título XV del Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario.

En Ecuador, se tratan tres grandes fuentes de los contratos de fideicomiso civil, mercantil y público. El último se ha entendido como un tipo de gravamen en cuanto al manejo administrativo de cuentas estatales que se mantienen en el Banco Central del Ecuador. El contrato de fideicomiso civil tiene como fuente el Código Civil (2005) y el fideicomiso mercantil tiene su fuente en la Ley de Mercado de Valores (2014).

Finalmente, el fideicomiso público tiene su fuente en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (Ecuador, Asamblea Nacional, 2009), pero de conformidad con la Disposición General Décima Octava de dicho Código, y en las disposiciones correspondientes al Sistema Monetario y Financiero contenidos en los Títulos I, II y III del Libro I de la Ley de Mercado de Valores (2006) (Ecuador, Congreso Nacional, 2006). Cada uno de estos tipos de fideicomisos son analizados de manera explícita en las siguientes páginas.

Características del fideicomiso

Para la eficacia de la figura del fideicomiso, su habilitación y funcionamiento, contará con ciertas características propias que serán el elemento *sine qua non* que permita su viabilidad y existencia, dentro de las principales están:

- **Bilateral.** Debido a que deben existir por lo menos dos partes, el fiduciante y el fiduciario. En el caso de este ensayo, serían tres los integrantes: fiduciante, fiduciario y beneficiario. Este último sería el niño, niña o adolescente.
- **Consensual.** Como todo contrato, el fideicomiso queda perfeccionado en el momento en que las partes o sean, el fiduciante y el fiduciario hubieran dado su consentimiento.
- **Oneroso.** En el fideicomiso, hay una entrega de activos para beneficio en este caso, del niño, niña o adolescente y la entidad o sujeto que es el fiduciante, tendrá en todo caso una ganancia por la negociación. Salvo estipulación en contrario, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución.

Confianza. Es un aspecto fundamental en este contrato. El fiduciante deposita una total confianza en el fiduciario, este aspecto se detalló en el apartado introductorio y desarrollo del presente trabajo investigativo.

- **Formal.** El contrato debe cumplir con ciertas exigencias establecidas en la Ley

Dichos aspectos característicos, constituyen elementos circunstanciales para la ejecución de administración propia de esta figura, tal es el caso de la bilateralidad que suele confundirse en ocasiones con una característica de participación tripartita, donde el beneficiario y el fideicomisario son considerados parte de esta bilateralidad, cuando lo correcto es que se los tome como terceros o interesados.

Fines de fideicomiso

Los fines del fideicomiso están determinados por los resultados que se persiguen en la constitución de éste. El fin que se busque con la constitución del fideicomiso, debe ser lícito, determinado y posible. Es decir que, por su naturaleza, el fideicomiso busca la legalidad, las transacciones efectuadas deberán demostrar su licitud y no estarán exentas a las auditorías de las entidades a cargo del control de las mismas. Sobre la finalidad, la doctora Roxana Escoto (2001) opina que:

La finalidad del fideicomiso es la conservación, administración e inversión de un patrimonio, protegiéndolo de la inexperiencia, incapacidad, influencias perniciosas o interesadas, o cualesquiera otras causas que pudieran motivar a una persona a llevar una mala administración de sus bienes, o que desee resguardarse de ciertas eventualidades o que busquen mayores beneficios y seguridad para estos recursos. El fin que se persigue debe ser lícito, lo que quiere decir que esté sujeto al ordenamiento jurídico y no sea contrario a las leyes ni a las buenas costumbres. Debe ser posible, ya que no se puede constituir un fideicomiso cuyo fin sea incompatible con las normas jurídicas o una ley de la naturaleza que lo haga irrealizable (Escoto, 2001).

Tipos de Fideicomiso

Existen innumerables tipos de negocios fiduciarios, ellos se dividen en: Fideicomisos Mercantiles y Encargos Fiduciarios. El Fideicomiso Mercantil puede ser: de Administración, de Garantía, Inmobiliario, de Inversión y de Titularización. Los Encargos

Fiduciarios pueden ser: de gestión, inversión, tenencia o guarda y enajenación. Por eso, Conceptos jurídicos.com indica que:

El fideicomiso admite distintas clasificaciones: 1. Según su finalidad: de gestión o administración y de garantía. Dentro de la primera categoría se encuentran los de inversión o fideicomisos financieros. 2. Según su forma de otorgamiento: unilateral, contractual o testamentario. 3. Según el fiduciante: público o privado (Conceptos Jurídicos, s.f.).

En este trabajo se hace mención a los tres tipos de fideicomiso que aparecen en la legislación ecuatoriana: el público, el civil, el mercantil. A continuación, se explicará cada uno, para insertar la pensión alimenticia en uno de estos fideicomisos.

El fideicomiso público

Como indica Dalila Mera Muñoz (2003), el fideicomiso público es:

Un “convenio” por medio del cual se instrumenta el servicio que realiza el Banco Central del Ecuador para atender el pago de determinadas obligaciones contractuales, adquiridas por el Gobierno Nacional y Seccional, así como por las demás entidades y organismos públicos. En esta operación interviene el Banco Central del Ecuador como agente oficial o fiduciario, el deudor como constituyente o fideicomitente y el acreedor como beneficiario. Esta variada y versátil figura jurídica se instrumenta en el Banco Central del Ecuador, debido a que por Ley el ex - Instituto Emisor es agente fiscal y financiero del gobierno y depositario de los fondos públicos (Mera Muñoz, 2003).

De la cita se desprende que la naturaleza jurídica de este fideicomiso es el convenio, que se basa en el acuerdo de voluntades, donde el banco central de Ecuador viene a ser el fiduciario, el gobierno nacional, es el fideicomisario y los beneficiarios vendrían a ser los acreedores. Esta cita se complementa con lo expuesto por Susy Inés Bello Knoll (2011), cuando expresa que:

El fideicomiso, con su insólita estructura, resulta ser una herramienta de gestión adecuada y dinámica en el marco de la organización de la Administración Pública, para algunas situaciones especiales donde ninguna figura como ella puede otorgar una solución adecuada. Debe valorarse su entidad en un sentido dinámico y como el medio flexible

para la instrumentación de una amplia gama de posibilidades de organización y gestión (Bello Knoll, 2013).

La cita hace visible los beneficios del fideicomiso y en especial del fideicomiso público, que contribuye en la solución de los grandes problemas de la administración pública, por su flexibilidad y dinamismo.

Necesario es señalar, que para constituir fideicomiso público se requiere la obtención de una autorización del Ministerio de Economía y Finanzas y el cual comprende “Entidades del presupuesto general del Estado; Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD) provinciales, municipales, parroquiales; empresas públicas de la función ejecutiva; empresas públicas de los gobiernos autónomos y entidades financieras públicas” (Ecuador, Ministerio de Economía y Finanzas, 2023). Lógicamente, este trámite es para dar la autorización de conformación de fideicomisos para la administración de recursos públicos.

El fideicomiso civil

En cuanto al fideicomiso civil, el Código Civil ecuatoriano (2005) lo define cuando indica:

Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición. La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso. Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria. La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

Es decir, que debe deben existir aspectos concretos a cumplirse, tales como que pase a otra persona distinta al fideicomisario y existir una condición que debe verificarse. Las partes en el fideicomiso civil son el fideicomisario, al cual se refiere el Código Civil (2005), indicando que “puede ser persona que al tiempo de deferirse la propiedad fiduciaria no existe, pero cuya existencia se espera” (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

Trata también el Código lo que se relaciona con el Fiduciario y el tenedor fiduciario. En este sentido, el Código Civil (2005) expresa en el artículo 761 que “Cuando en la constitución del fideicomiso no se designe expresamente el fiduciario, o cuando falte por

cualquiera causa el fiduciario designado, estando todavía pendiente la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos” (Ecuador, Congreso Nacional, 2005). Y en el artículo 762 del citado Código se nombra un tenedor fiduciario, quien es el administrador de los frutos de los bienes confiados en fiducia, para el beneficiario y el cual sólo tiene las facultades que normalmente se dan a los curadores de bienes.

El fideicomiso mercantil

El Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley Mercado de Valores (2006), establece en su artículo 109 que:

Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario. El patrimonio autónomo, esto es el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, también se denomina fideicomiso mercantil; así, cada fideicomiso mercantil tendrá una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato a efectos de distinguirlo de otros que mantenga el fiduciario con ocasión de su actividad (págs. 50-51).

Lo primero que se destaca en la cita, es que el fideicomiso mercantil es un contrato, que puede ser unilateral o bilateral, cuyas partes se denominan constituyentes o fideicomitentes cuyo objeto es transferir a un patrimonio autónomo con personalidad jurídica, para que sean administrados por la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria, ya sea, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes, que pueden ser corporales, incorporales, bienes muebles e inmuebles, para que estos bienes cumplan con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

El artículo 103 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II de la Ley de Mercado de Valores (2006), trata de las obligaciones de la sociedad administradora de fideicomisos como fiduciario, señalando como obligaciones:

Administrar de manera prudente y diligente, los bienes transferidos en fideicomiso mercantil, y los administrados que tienen del encargo fiduciario, pueden celebrar todos los actos y contratos que fueren necesarios para el logro de la finalidad del constituyente;

b. Mantener el fideicomiso mercantil separado de su propio patrimonio y de otros fideicomisos mercantiles que mantenga, llevando para estos efectos una contabilidad independiente para cada uno. Esta contabilidad del fideicomiso mercantil debe reflejar la finalidad del constituyente;

c. Rendir cuentas de su gestión, al constituyente o al beneficiario, o a ambos, conforme a lo que esté previsto en el contrato y con la periodicidad convenida. Si no hay estipulación, la rendición de cuentas se hará de manera trimestral;

d. Hacer la transferencia de los bienes a la persona a quien corresponda conforme al contrato;

e. Terminar el contrato de fideicomiso mercantil, por el cumplimiento de las causales y efectos previstos en el contrato;

f. Levantar los informes para la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en la forma y periodicidad que mediante norma de carácter general determine la Comisión Nacional de Valores (pág. 48).

En la cita anterior llama la atención el cuidado extremo que pone el legislador al redactar la ley, indicando por ejemplo, “Administrar de manera prudente y diligente, los bienes transferidos en fideicomiso mercantil” (Ecuador, Congreso Nacional, 2006, pág. 48), “Mantener el fideicomiso mercantil separado de su propio patrimonio y de otros fideicomisos mercantiles que mantenga” (Ecuador, Congreso Nacional, 2006, pág. 48), “Rendir cuentas de su gestión” (Padrón Lafebre, 2011), lo que demuestra el celo que se tiene para el manejo de los fideicomisos mercantiles, lo que es de suma importancia para esta investigación y la justifica.

El artículo 102 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II de la Ley de Mercado de Valores (2006), trata de las responsabilidades de la administradora de fideicomisos, al proporcionar los servicios administrativos que se requieran, tales como:

a. La cobranza de los ingresos y rentabilidad, presentar informes periódicos de su estado y comportamiento actual y, en general, la provisión de un servicio técnico para la buena

administración del fondo; b. La administradora gestionará los fondos bajo la mejor conveniencia de éste. Así, cada una de las operaciones que efectúe por cuenta del fondo, se hará en el mejor interés del fondo; c. Tiene responsabilidades penales, por las infracciones administrativas en las operaciones realizadas con los activos del fondo por obtener beneficios indebidos, ya sean directos o indirectos para la administradora, sus directores o sus administradores y las personas relacionadas o empresas vinculadas; d. Debe invertir por lo menos el cincuenta por ciento de su capital pagado en unidades o cuotas de los fondos administrados, pero bajo ningún respecto, dichas inversiones podrán exceder del treinta por ciento del patrimonio neto de cada fondo y esto estará bajo la suprema vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (Ecuador, Congreso Nacional, 2006).

En cuanto a las prohibiciones a las administradoras de fondos y fideicomisos, como fiduciarios, éstas se reflejan en el artículo 105 del Código Orgánico Monetario y Financiero Libro II de la Ley de Mercado de Valores (2006), indicando que estas prohibiciones son las siguientes:

a. Avalar, afianzar o garantizar el pago de beneficios o rendimientos fijos de los bienes administrados; pero sí podrán estimarse rendimientos o beneficios variables o fijos no garantizados, siempre y cuando se deje constancia de que las obligaciones del fiduciario son de medio y no de resultado; b. La fiduciaria durante la vigencia del contrato de fideicomiso mercantil no permitirá que el beneficiario se apropie de los bienes que él mismo tiene, rigiéndose sólo por el contrato; c. Invertir los recursos de los fideicomisos, en los fondos de inversión que administra; d. Suscribir negocios fiduciarios que permitan o pueden devenir en contratos simulados (pág. 49).

Finalmente, en cuanto a la vigencia del fideicomiso mercantil, éste puede durar hasta el cumplimiento de la finalidad prevista o de una condición, según el contrato. Si los fideicomisos son constituidos con fines culturales o de investigación, altruistas o filantrópicos, podrán durar hasta que se pueda cumplir su propósito.

El fideicomiso para la administración de las pensiones alimentarias en la Doctrina, legislación y jurisprudencia ecuatoriana

No existe ni en la doctrina, ni en la ley, ni en la jurisprudencia ecuatoriana, tratado el tema del fideicomiso para la administración de las pensiones alimentarias en la

Doctrina, legislación y jurisprudencia ecuatoriana, sin embargo, si existe la preocupación manifestada en diferentes investigaciones, sobre el manejo que se ha hecho y se hace de las pensiones de alimentos de los niños, niñas y adolescentes, por parte del progenitor que recibe dicha pensión, no existiendo un control de esos dineros que se entregan, ni existe ninguna norma por ejemplo, en el Código de la Niñez y la Adolescencia vigente o en el Código Civil. Así lo indica César Andrés Hernández Piedmag (2016), en una investigación realizada en Universidad Regional Autónoma de los Andes, en la que expresa:

En el Código de Niñez y Adolescencia se establece que los niños, niñas y adolescentes son los titulares del derecho de alimentos; y que tal derecho es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado teniendo presente esto, se debe determinar la manera en que todos los derechos que una pensión alimenticia asegura sean cumplidos... Partiendo de esto surge un problema en cómo garantizar que toda la pensión alimenticia sea gastada en el alimentario, y que se cumpla con lo establecido en la ley, pues la persona encargada de la administración del dinero tiene libre disponibilidad de administrar el dinero, pudiendo o no cumplir con los gastos del menor y vulnerando todos los derechos establecidos para el mismo. Ante esta problemática es menester argumentar jurídicamente para que, se realice una reforma al Código de Niñez y Adolescencia y sea implementado un procedimiento de rendición de cuentas en pensiones que sean igual o superiores a un salario básico, este procedimiento permitirá garantizar los derechos del alimentario y que la pensión alimenticia sea usada totalmente en su beneficio sin fin de lucro para la persona que la administre (Hernández Piedmag, 2016)

Martha Lorena Cárdenas Guevara (2013) en su trabajo de Grado titulado “La liquidación de las pensiones alimenticias y su destino en la legislación civil ecuatoriana”, también sobre el mismo particular concluye que:

La mayoría de la sociedad encuestada manifiesta conocer sobre las pensiones alimenticias y al tratarse de las liquidaciones son desviadas de su destino real que es considerado para la manutención del menor y no de uso personal de terceras personas. Así mismo, de las encuestas aplicadas a Jueces de la Niñez y Adolescencia y Abogados en libre ejercicio, se ha concluido que es evidente la falta de normativa que determine el destino real del dinero de las liquidaciones alimenticias, es decir exclusivamente para la

manutención del menor, y no de uso y gozo de terceras personas. También se concluye y se justifica que, con una rendición de cuentas por parte de la madre del alimentado, se protegerá el derecho universal de protección del menor, otorgando el destino justo del dinero dirigido hacia una manutención digna y una seguridad jurídica al menor (Cárdenas Guevara, 2013).

Estas son una muestra solamente de las múltiples investigaciones que han reflejado la preocupación latente, de los vacíos que tienen las leyes en torno a la administración de las pensiones de alimentos y el logro de la finalidad jurídica que ellas tienen. Ante ello se han hecho también innumerables propuestas, que hasta el momento no se han tomado en cuenta. Por estas razones, se hace absolutamente necesario, proponer mecanismos que ayuden a controlar el monto correspondiente a estas pensiones, para que cumplan la finalidad para la que se proveen, entre esas propuestas, está la de este ensayo.

CONCLUSIONES

El análisis pormenorizado de las dos variables del estudio: la pensión de alimentos y el fideicomiso dio como conclusiones las siguientes:

1. La bibliografía, las investigaciones aportan suficiente evidencia de la preocupación de la colectividad por la necesidad de que crear mecanismos que ayuden en la correcta administración de las pensiones alimenticias que se les aportan a los menores, para que la misma cumpla el fin para las que se dan y así cumplir a plenitud el interés superior del niño, tal como está previsto en las normas internacionales y nacionales. La razón de esta preocupación es que existen vacíos legales en este campo, y que permanecen sin explicación a pesar de las múltiples investigaciones y propuestas que se han realizado al respecto.

2. El fideicomiso es una figura jurídica de vieja data que presenta grandes beneficios y una estructura que podría ayudar a solventar los vacíos de la ley en cuanto a la administración de la pensión alimentaria, de aquí la necesidad de hacerle las adaptaciones necesarias, para que pueda aceptar la pensión alimenticia como fideicomiso mercantil unilateral, lo que podría hacerse con la protección de la Ley de Mercado de Valores (2021), la cual ya en su artículo 116 establece que los beneficiarios de los fideicomisos mercantiles pueden ser las personas naturales y de derecho privado con finalidad social o pública, nacionales o extranjeras, además prevé, con gran amplitud, que podrán existir varios beneficiarios de un contrato de fideicomiso.

3. El fideicomiso mercantil está blindado jurídicamente, por lo que existe confianza en la administración del mismo, incluso su constitución se hará mediante escritura pública. Todo ello le da una gran seguridad al cumplimiento real y efectivo de la finalidad de la pensión alimentaria. Además, ya en el artículo 110 de la citada Ley de Mercado de Valores (2021) se prevé que pueden existir “fideicomisos constituidos con fines culturales o de investigación, altruistas o filantrópicos, tales como los que tengan por objeto el establecimiento de museos, bibliotecas, institutos de investigación científica o difusión de cultura, o de aliviar la situación de los interdictos, los huérfanos, los ancianos, minusválidos y personas menesterosas, podrán subsistir hasta que sea factible cumplir el propósito para el que se hubieren constituido.

RECOMENDACIONES

En vista del estudio realizado y la necesidad de asegurar una correcta administración de la pensión de alimentos de los niños, niñas y adolescentes, se propone a la Asamblea Nacional hacer la reforma necesaria del Código de la Niñez y la Adolescencia y el Código Civil, para incluir el fideicomiso mercantil unilateral para la pensión de alimentos como medio de asegurar el control y la buena administración de las pensiones de alimentos de niños, niñas y adolescentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bello Knoll, S. I. (04 de noviembre de 2013). *Fideicomiso Público*. Recuperado el 10 de julio de 2022, de Universidad de Salamanca:
https://gedos.usal.es/bitstream/handle/10366/110644/DDAFP_Bello_Knoll_SI_Fideicomiso.pdf
- Cárdenas Guevara, M. L. (Diciembre de 2013). *La liquidación de las pensiones alimenticias y su destino en la legislación civil ecuatoriana*. Recuperado el 15 de mayo de 2022, de Universidad Regional Autónoma de los Andes:
<https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/4354/1/TUAAB053-2013.pdf>
- Cicu, A. (1930). *La Filiación*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Conceptos Jurídicos. (s.f.). *Fideicomiso*. Recuperado el 15 de junio de 2022, de Conceptos. Derecho Civil: <https://www.conceptosjuridicos.com/pe/fideicomiso/>
- De Pina, R. (1960). *Derecho Civil Mexicano. Introducción, personas y familia. Vol. I*. México: Porrúa.
- Díaz Camacho, M. Á. (2020). *Soluciones al régimen fiscal del fideicomiso mexicano*. México: Imcp.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (16 de Octubre de 2009). *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*. Recuperado el 20 de julio de 2022, de Registro Oficial Suplemento Nro. 48: https://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/09/CODIGO_PLANIFICACION_FINAZAS.pdf
- Ecuador, Asamblea Nacional. (26 de Junio de 2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Recuperado el 20 de julio de 2022, de Registro Oficial N° 506: <https://www.secretariadelamazonia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2016/09/C%3%93DIGO-ORG%3%81NICO-GENERAL-DE-PROCESOS-COGEP.pdf>
- Ecuador, Congreso Nacional. (03 de Enero de 2003). *Código de la Niñez y la Adolescencia*. Recuperado el 10 de junio de 2022, de Registro Oficial 737: https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/11/codigo_ninezyadolescencia.pdf
- Ecuador, Congreso Nacional. (24 de junio de 2005). *Código Civil*. Recuperado el 3 de mayo de 2022, de Registro Oficial Suplemento 46: https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2018-10/CIVIL-CODIGO_CIVIL_.pdf

- Ecuador, Congreso Nacional. (22 de febrero de 2006). *Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley Mercado de Valores*. Recuperado el 10 de julio de 2022, de Registro Oficial Suplemento 215:
<https://www.bce.ec/images/transparencia2022/juridico/codificaciondelaleydemercadodevalores1.pdf>
- Ecuador, Congreso Nacional. (2006). *Ley de mercado de Valores*. Quito: Registro Oficial Suplemento 215 de 22-feb-2006.
- Ecuador, Ministerio de Economía y Finanzas. (26 de Julio de 2023). *Autorización de fideicomisos públicos*. Recuperado el 15 de julio de 2022, de <https://www.gob.ec/mef/tramites/autorizacion-fideicomisos-publicos>
- Escoto, R. (2001). *Banca comercial*. México: Eumed.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Comité Español. (22 de Junio de 2006). *Convención de los Derechos del Niño*. Obtenido de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Gonzales Torre, R. (2000). *El Fideicomiso*. Quito: Edino.
- Hernández Piedmag, C. A. (Marzo de 2016). *La rendición de cuentas sobre las pensiones alimenticias, cuando la persona alimentaria perciba una pensión que supere un salario básico*. Recuperado el 20 de julio de 2022, de Universidad Regional Autónoma de los Andes: <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/3582/1/TUTAB003-2016.pdf>
- Irigoyen, D. (17 de Abril de 2023). *Naturaleza Jurídica del Encargo Fiduciario en la Legislación ecuatoriana*. Recuperado el 8 de mayo de 2022, de Universidad Andina Simón Bolívar: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2904/1/T1028-MDE-Irigoyen-Naturaleza.pdf>
- López del Carril, J. (1984). *Derecho de familia*. Argentina: Abeledo-Perrot.
- Malumián, N. (2006). *Fideicomiso y Securitización*. Buenos Aires: La Ley.
- Mera Muñoz, D. (2003). *El Fideicomiso Público como un instrumento financiero, administrado por el Banco Central del Ecuador, a favor del Gobierno Seccional*. Recuperado el 3 de diciembre de 2022, de Universidad Andina Simón Bolívar: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2685/1/T0245-MBA-Mera-EI%20fideicomiso.pdf>
- Mexico, Congreso de la Unión. (09 de Enero de 2020). *Código Civil para el Distrito Federal*. Recuperado el 8 de abril de 2022, de

<https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/9cd0cdef5d5adba1c8e25b34751cccfcca80e2c.pdf>

Naciones Unidas. (20 de Noviembre de 1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*.

Recuperado el 20 de junio de 2022, de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>

Naciones Unidas. (05 de junio de 2020). *Acerca del derecho a la alimentación y los derechos humanos*. Recuperado el 3 de diciembre de 2022, de Relator Especial sobre el derecho a la alimentación: <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-food/about-right-food-and-human-rights>

Padrón Lafebre, S. (2011). *Alcance de las facultades de control y sanción de la gestión fiduciaria de las sociedades administradoras de fideicomisos en el Ecuador*.

Recuperado el 18 de junio de 2022, de Universidad Andina Simón Bolívar:

<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2965/1/T1058-MDE-Padron-Alcance.pdf>

Rosso, A. P., & Uriarte, C. M. (Enero de 2003). *Financiamiento agropecuario; desafío para el Uruguay*. Recuperado el 20 de julio de 2022, de

<https://repositorio.iica.int/bitstream/handle/11324/13378/BVE20118746e.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Terrazas Ponce, J. D. (Octubre de 1998). Orígenes y cuadro histórico del fideicomiso. *Revista Chilena de Derecho*, 939-952. Recuperado el 28 de julio de 2022, de

<https://repositorio.uc.cl/dspace/bitstreams/7b91733c-3088-4a03-b6e5-b4eef52969c5/download>