

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

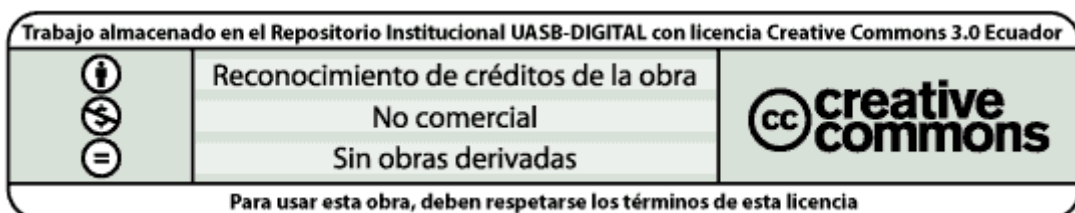
Mención en Derecho Financiero, Bursátil y Seguros

**La función del fiduciario, su responsabilidad y alcance en la
figura del fideicomiso mercantil de garantía**

Autora: María Fernanda Fabara Guerra

Tutor: Juan Isaac Lovato

Quito, 2016



CLAÚSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, María Fernanda Fabara Guerra, autora de la tesis intitulada “**La función del fiduciario, su responsabilidad y alcance en la figura del fideicomiso mercantil de garantía**” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda la responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 2 de febrero de 2016

María Fernanda Fabara Guerra

RESUMEN

Este trabajo investigativo denominado la función del fiduciario, su responsabilidad y alcance en la figura del fideicomiso mercantil de garantía presenta una visión real respecto al verdadero papel que debe cumplir el fiduciario durante todo el proceso de constitución y ejecución de un fideicomiso mercantil de garantía; dicha función incluye el análisis de la responsabilidad del fiduciario y su alcance dentro de esta modalidad de fideicomiso.

El objetivo principal de esta tesis es brindar a sus lectores ciertos parámetros generales y específicos respecto a las consecuencias del actuar del fiduciario en el fideicomiso mercantil de garantía. El alcance de esta investigación consiste en un estudio del fideicomiso mercantil de garantía que va desde una orientación teórica (antecedentes del fideicomiso, conceptos básicos y análisis legal del fideicomiso) hasta el estudio de un caso práctico (análisis de la estructuración legal de un contrato de fideicomiso mercantil de garantía) para llegar a plantear criterios que permitan establecer cuál es la responsabilidad del fiduciario y el alcance de la misma en este tipo de fideicomisos.

Sin duda, dentro de esta investigación se utilizan métodos deductivos e inductivos, así como herramientas normativas, ya que; dentro de esta investigación fue necesario analizar las nuevas reformas legales establecidas en el año 2014 para el fideicomiso mercantil de garantía, las cuales delimitaron en cierta forma la aplicación de esta figura en el Ecuador. Con el análisis de las reformas legales, se concluye como se puede utilizar esta figura legal en Ecuador y cuáles son las desventajas que se generaron en esta modalidad de fideicomiso a partir de dichas reformas.

Finalmente, la tesis brinda un aporte para los sujetos intervinientes del contrato de fideicomiso mercantil de garantía en lo que respecta a: las obligaciones; su responsabilidad; alcance y; función que como sujeto activo tiene el fiduciario en este tipo de contratos y que en ciertos casos constituye una responsabilidad de medio pero en otros casos es una responsabilidad de resultados.

DEDICATORIA

A mi familia quienes son la motivación de mi vida:

A Dios, por ser esa luz interior que me fortalece todos los días.

A mis hijas Emilia e Isabella, quienes son esa chispa que prende mi alma y me empujan a realizar hasta lo que creo imposible.

A mi esposo Daniel, por su amor y comprensión en todos los caminos y proyectos que emprendo.

A mis padres Fabiola y Fernando, por su apoyo y entrega incondicional que tienen conmigo desde mi existencia.

AGRADECIMIENTO

A mi familia, gracias por creer en mí y apoyarme con su amor, fueron mi motivación en el inicio y final de esta tesis.

A mi tutor, Dr. Juan Isaac Lovato, gracias por su guía y apoyo académico en el desarrollo de esta tesis.

Al personal académico y administrativo de la Universidad Andina Simón Bolívar, gracias porque estuvieron presentes durante mi vida estudiantil compartiendo su tiempo y conocimientos.

Tabla de contenido

Capítulo primero.....	8
Antecedentes del fideicomiso mercantil.....	8
1.1. Antecedentes históricos.....	8
1.1.1. El Fideicomiso en el Derecho Romano	9
1.1.2. El Fideicomiso en el Derecho Inglés	14
1.1.3. El Fideicomiso Mercantil en Latinoamérica.....	23
1.2. El fideicomiso mercantil en Ecuador	28
1.2.1. Definición, características y elementos constitutivos.....	28
1.2.2. Partes intervinientes en el fideicomiso	33
1.2.3. Modalidades del Fideicomiso	38
Capítulo segundo	41
El fideicomiso mercantil como medio de garantía	41
2.1. Fideicomiso de garantía.....	41
2.1.2 Estructuración del Fideicomiso Mercantil de Garantía.	52
2.1.3 Ventajas y desventajas del fideicomiso mercantil de garantía.	75
2.1.3.2. Desventajas del Fideicomiso Mercantil de Garantía	82
Capítulo tercero	86
El fiduciario y su responsabilidad en el fideicomiso mercantil de garantía según la legislación ecuatoriana.....	86
3.1. La legislación ecuatoriana y el fideicomiso mercantil de garantía.....	86
3.1.1. Análisis de la reforma legal del artículo innumerado agregado al artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores, referente al fideicomiso mercantil de garantía.....	88
3.2. El papel del fiduciario y su responsabilidad en el fideicomiso mercantil de garantía.....	113
3.2.1 La función del fiduciario en el fideicomiso mercantil de garantía.	119
3.2.2. Obligaciones legales del fiduciario y análisis del alcance de su responsabilidad en el fideicomiso mercantil de garantía.	125
3.2.3 Obligaciones contractuales del fiduciario y análisis del alcance de su responsabilidad en el fideicomiso mercantil de garantía.	138
Capítulo Cuarto	144
Conclusiones y Recomendaciones	144

4.1. Conclusiones.....	144
Bibliografía.....	154

Capítulo primero

Antecedentes del fideicomiso mercantil

1.1. Antecedentes históricos

Si bien el Fideicomiso en la actualidad es utilizado como un instrumento jurídico novedoso, no obstante dicha figura jurídica como tal o por lo menos sus elementos esenciales fueron ya constituidos incluso por varias culturas desde la antigüedad.

Para el estudio específico de cualquier figura jurídica es importante conocer sus antecedentes históricos, pues para pretender profundizar en una investigación es necesario desentrañar el origen del objeto de estudio con el fin de aplicarlo correctamente.

Mi investigación pretende determinar cuál es la verdadera función del fiduciario, su responsabilidad y alcance en el fideicomiso de garantía razón por la cual considero necesario realizar un análisis histórico del fideicomiso para entender su origen, causa y finalidad desde la óptica ancestral.

A pesar de que históricamente, podría analizar en forma extensa la figura del fideicomiso, para un mejor entendimiento didáctico, he considerado necesario estudiar de forma sucinta en este capítulo el origen del Fideicomiso tanto en el Derecho Romano como en el Derecho Inglés, siendo éstas las dos culturas principales de las cuales se derivan los sistemas jurídicos romano y anglosajón que tienen influencia actual en el Derecho como tal.

Finalmente considero importante realizar un sumario breve del tratamiento jurídico que se ha dado al fideicomiso de garantía en algunos países latinoamericanos, con ello pretendo entender las similitudes y diferencias que existen respecto a la misma figura jurídica en los diversos países de Latinoamérica y de ser posible proponer la adaptación de ciertos preceptos en nuestra legislación, con la finalidad de fortalecer la normativa del fideicomiso de garantía con respecto al alcance de la responsabilidad del fiduciario.

1.1.1. El Fideicomiso en el Derecho Romano

El Derecho Romano inicio la fiducia en el período arcaico (año 753 a.C. – año 450 a.C.), época durante la cual la principal fuente del Derecho fue la costumbre, consecuentemente en este período la figura de la fiducia fue utilizada en forma ocasional.¹

Para la mayoría de tratadistas, la figura del fideicomiso romano, se fundamenta en la buena fe que era la forma de transmitir el bien o bienes en la herencia o como veremos más adelante como garantía.

“Originariamente la “fiducia” romana clásica no implicaba una venta o una transmisión de la propiedad en el sentido que hoy le damos. Fue un negocio jurídico basado en la fides bona” negocial. El “dominus” confiaba al cesionario un “usus” de la cosa, bien con fines de garantía, bien con propósito de salvaguardia, pero con intención de obtener su restitución una vez cumplidos estos objetivos”.²

En Roma, la fiducia en su primer origen, tiene como principal característica la transferencia indirecta de la propiedad, en forma ficticia. (Lo subrayado es mío.) Así aparecieron las figuras como “*la mancipatio o la in jure cesio*”³, en las cuales se transfería la propiedad de un determinado bien o bienes, para que con estos se cumpla un determinado fin, una vez cumplida su finalidad la persona que recibía el bien tenía la obligación de devolver la cosa.

Posterior, a *la mancipatio o in jure cesio*, los tratadistas indican que aparecieron dos figuras importantes que a su vez son las referentes del fideicomiso: *el fideicommissum* y *el pactum fiduciae*. “Mientras el primero de ellos tenía como dato

¹ Sergio Rodríguez Azuero, “Negocios Fiduciarios, su significación en América Latina”, (Bogotá: Ed. Legis, 2005), 3-4.

² Joaquín de Arespachaga, “El Trust, La Fiducia y Figuras Afines” (España: Ed. Jurídicas y Sociales S.A., 2000), 17.

³ Eduardo G. Clusellas y Carolina Ormaechea, “Contratos con garantía fiduciaria” (Buenos Aires, Ed. Abaco, 2003), 31.

característico la transmisión de la propiedad por causa de muerte, el segundo se verificaba por acto entre vivos”⁴

El fideicomiso testamentario o *fideicommissum*, a criterio de los doctrinarios es más un antecedente en el ámbito sucesorio y su función primordial consistía en cumplir la última voluntad del causante. De esta manera el testador transfería su bien o bienes a una determinada persona mediante testamento, para que quien recibía los bienes, los utilizará en beneficio de otra u otras personas que el causante determinó en el mismo acto y que incluso de ser posible esos bienes posteriormente sean transferidos a esa otra u otras personas.

A criterio de Acosta y Almazán: “[...] en el fideicomiso romano, el fideicomitente era el autor de la herencia, el fiduciario el heredero o legatario y el fideicomisario un tercero. Este fideicomiso se realizaba en forma verbal, con absoluta libertad y la base del mismo era la buena fe del fiduciario, la ausencia del cual no tenía sanciones jurídicas. [...]”.⁵

En el Derecho Romano, se explica el uso común de esta figura cuando el testador quería favorecer a una persona que era incapaz de suceder.

“En Roma, la capacidad de suceder dependía del estado, de la familia, la condición política o el sexo; entonces; cuando aquel a quien quería beneficiar el testador no era apto para recibir por esta vía la propiedad de los bienes del acervo, es decir, si el llamado a suceder carecía de *testamenti factio*, el propietario no podía manifestar abiertamente su voluntad. Estas prohibiciones y proscripciones reconocían su causa en la Ley, y para soslayarlas se utilizaba indirectamente la figura de un fiduciario, instruyéndole con el encargo que beneficiara al incapaz o le transmitiera la propiedad de los bienes.”⁶

En esta figura jurídica la característica esencial era la buena fe, ya que el fiduciante se basaba en la confianza que tenía del fiduciario para que cumpla con las

⁴ Roberto González Torre, “El Fideicomiso” (Ecuador: Ed. Edino, 2000), 27.

⁵ Guillermo F. Margadant, “Derecho Romano” (México, 1981), 501, citado por Miguel Acosta Romero y Roberto Almazán Alaniz, “Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso” (México: Ed. Porrúa, 2002), 1.

⁶ Clusellas y Ormaechea, “Contratos con garantía fiduciaria”, 32.

instrucciones de su encargo. Y es precisamente, su característica esencial, lo que a posteriori hace que esta figura sufra ciertas limitaciones y restricciones a través del tiempo. De esta manera, se explica que: “[...] Augusto encargó a sus cónsules que vigilarán el cumplimiento de los fideicomisos y desde Claudio dos pretores especiales se ocuparon de las cuestiones fideicomisarias”.⁷ , y; “más adelante aparece el denominado “fideicomiso familiar o gradual” en virtud del cual el testador hacía varios llamamientos para la restitución sucesiva de los bienes o prohibía su enajenación a efectos de mantener el gran patrimonio de la familia por años. [...] Justiniano, sería quien ante muchos abusos que se dieron, dispusiera que el fideicomiso familiar se extinga en el cuarto grado”.⁸

Por otro lado, la otra figura jurídica romana, *el pactum fiduciae* (mecanismo contractual romano utilizado para transferencia entre vivos), a criterio de varios juristas como; Roberto González, Sergio Rodríguez, Eduardo Clusellas, Joaquín de Arespachaga, entre otros; los mecanismos contractuales más utilizados en la fiducia en el Derecho Romano eran: *pactum fiduciae cum creditore* y *el pactum fiduciae cum amico*, mecanismos de los cuales hablaré brevemente.

De acuerdo a Eduardo G. Clusellas y Carolina Ormaechea el *pactum fiduciae* era el instrumento a través del cual, “[...] quien recibía la cosa se obligaba a su vez frente al transmitente, a restituirla o a transmitirla en propiedad de una tercera persona, al verse realizados determinados fines.”⁹

El *pactum fiduciae cum creditore* tenía como característica principal el título oneroso, era utilizado como un mecanismo de garantía, el cual funcionaba de la siguiente manera: el deudor transfería la propiedad de un bien o determinados bienes a su acreedor, mediante una venta ficticia, para garantizar el cumplimiento de una obligación, con lo cual una vez cumplida la obligación, el bien o bienes serían reintegrados al deudor. En cambio, sí el deudor no cumplía con su obligación el

⁷ Guillermo F. Margadant, “Derecho Romano” (México, 1981), 501, citado por Miguel Acosta Romero y Roberto Almazán Alaniz, “Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso” (México: Ed. Porrúa, 2002), 1.

⁸ González Torre, “El Fideicomiso”, 28.

⁹ Clusellas y Ormaechea, “Contratos con garantía fiduciaria”, 31.

acreedor implícitamente tenía el derecho de quedarse con el bien o bienes o podía venderlos.

Según lo explica Roberto González: “[...] forma de garantía que consistía en que el deudor de una obligación, para darle la debida seguridad a sus acreedor transfería por “mancipatio” o “injure cesio”, la propiedad de un bien con cargo de que le fuera retransferida una vez que se haya satisfecho total y oportunamente la obligación debida”.¹⁰

A criterio de Joaquín Arespachaga: “[...] figura más sofisticada que tenía por objeto ofrecer una garantía a un acreedor. Se le confiaba la ‘potestas’ dominical de un bien hasta que el deudor fiduciante pagase la deuda, en cuyo caso se le restituía. Si no la pagaba, el creditor podía utilizar la facultad que se le otorgaba en el “pactum fiduciae” de resarcirse de la deuda vendiendo el bien entregado en garantía”.¹¹

A criterio de Sergio Rodríguez de Azuero, si bien este era un mecanismo de aseguramiento de obligaciones, las desventajas de la figura limitaban su utilización.¹²

La otra figura del derecho romano del *pactum fiduciae* es el *pactum fiduciae cum amico*, figura que tenía como principal característica el título gratuito, se estructuraba de tal manera que quien recibía el bien o los bienes, podía usarlos y administrarlos con las mismas facultades que el de su propio dueño. Esta facultad de uso y disposición gratuita duraba mientras el dueño estaba ausente, pues cuando regresará los bienes debían ser reintegrados al mismo.

A criterio de Sergio Rodríguez Azuero, el *pactum fiduciae cum amico*, el fiduciario que administraba este tipo de fiducia debía ser una persona que goce de total confianza por parte del fiduciante. El riesgo que asumía el fiduciante al transferir de este modo la propiedad de sus bienes, derivaba en el abuso del fiduciario por el hecho de sus amplísimas facultades.¹³

De acuerdo a Roberto González Torres: “Por su parte el *pactum fiduciae cum amico*, se celebraba en estricto interés del fideicomitente para proporcionarle la debida

¹⁰ González Torre, “El Fideicomiso”, 28.

¹¹ Arespachaga, “El Trust, La Fiducia y Figuras Afines”, 17.

¹² Rodríguez Azuero, “Negocios Fiduciarios su significación en América Latina”, 9.

¹³ Ibid., “Negocios Fiduciarios su significación en América Latina”, 10.

seguridad y tranquilidad a éste, otorgándole al fiduciario la posibilidad de ejercitar todas aquellas acciones y facultades inherentes a la calidad de dueño.”¹⁴

En cambio; el autor Joaquín Arespacochaga, indica que esta figura se utilizaba en Roma para evitar actos de confiscación, indicando que “la fiducia cum amico [...] se utilizaba como fórmula para poner a salvo el patrimonio de los actos de confiscación. El “*dominus*” cedía el bien a través de un “*mancipatio fiduciae causa*” con la finalidad exclusiva de “*usus*” o de custodia, con un pacto de restitución”.¹⁵

Es importante destacar, luego del breve análisis efectuado del desarrollo de la figura del fideicomiso en Roma, que en esta época ya se vio la necesidad de normar la responsabilidad del fiduciario ya que con la institución de la fiducia originalmente el fin que se le encargaba al fiduciario se fundamentaba en su buena fe, como explicamos anteriormente. Sin embargo, los doctrinarios explican que con el desarrollo de la figura, se vio la necesidad imperiosa de limitar las acciones del fiduciario como tal, creando para ello ciertas acciones como por ejemplo la entrega directa de rendición de cuentas *el actio fiduciae* y/o incluso tenía la responsabilidad de indemnización de perjuicios causados al adquirente, lo que se denominaba *la fiduciae contraria*. De esta manera el Derecho Romano de la fiducia “pura” que se fundamenta en la buena fe pasa a la fiducia” legal”.¹⁶

Las acciones desarrolladas en Roma, respecto al actuar del fiduciario en base a la buena fe, lo explica en su libro Miguel Acosta y Roberto Almazan quienes indican:

“Fuera de los peligros que podrían nacer para terceros de la combinación de la fiducia con el precarium, la fiducia con *creditor* ofrecía plena garantía al acreedor, aunque resultaba peligrosa para el deudor. Como el primero obtenía la propiedad del bien, podía venderlo –de mala fe o por descuido–, en cuyo caso el deudor no tendría más que un derecho personal contra el acreedor, y no un derecho real sobre el bien en cuestión.”¹⁷

¹⁴ González Torre, “El Fideicomiso”, 28.

¹⁵ Arespacochaga, “El Trust, La Fiducia y Figuras Afines”, 17.

¹⁶ Clusellas y Ormaechea, “Contratos con garantía fiduciaria” (Buenos Aires, Ed. Abaco, 2003), 31.

¹⁷ Acosta Romero y Almazán Alaniz, “Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso”, 3.

Joaquín de Arescopachaga explica el porqué “la buena fe” genera el desuso en Roma de la fiducia al señalar:

“La *fiducia cum amico*”, al estar basada exclusivamente en la buena fe del fiduciario que asumía una mera obligación de tipo personal, carecía de las garantías necesarias para salvaguardar los derechos del fiduciante. [...]

Por su parte, la “*fiducia cum creditore*” fue sustituida en su función de garantía por nuevas figuras de mayor utilidad y consistencia. Fundamentalmente con la aparición del “*pignus*” en sus diversas manifestaciones, como negocio ya de garantía en el que la cosa pignorada quedaba sujeta al poder del acreedor [...]. La fiducia dejó de tener aplicación y ya en la Compilación de Justiniano fue suprimida.”¹⁸

De lo expuesto anteriormente, se puede colegir que existe ya un antecedente por el cual la fiducia como figura jurídica tiene la necesidad de desarrollar regulación que proteja al constituyente que entrega su bien con respecto al fiduciario, que es quien recibe la propiedad del bien para un determinado propósito. Consecuentemente el fiduciario deja de tener una obligación simplemente natural para tener una obligación jurídica, más coercitiva que moral.

Si bien esta figura se fundamenta en la confianza de la persona que entregaba el bien y la persona que lo recibía, con la única y sola vinculación de una obligación natural que consistía en que el fiduciario respete y cumpla las instrucciones impartidas; en cambio, no existía acción judicial alguna que impida el abuso del dominio del bien por parte del fiduciario.

Una vez que hemos conocidos los antecedentes del Derecho Romano, cuyo sistema jurídico es importante para los países que tienen en común el *civil law*, entre ellos Ecuador, es importante resumir también los antecedentes de la fiducia en el Derecho Inglés.

1.1.2. El Fideicomiso en el Derecho Inglés

En los países que tienen en común el uso del *Common Law*, tienen como antecedente del fideicomiso el denominado *trust*, cuya figura se originó del *uses*, que

¹⁸ Arespacochaga, “El Trust, La Fiducia y Figuras Afines”, 18.

consistía en “la transmisión de un bien a un tercero con obligación de conciencia a favor del transmisor u otro beneficiario”¹⁹. “El trust es una institución legal secular configurada a través de los tiempos, perfilada poco a poco por la doctrina y, sobre todo, por el precedente judicial inglés, de considerable valoren el sistema jurídico anglosajón del ‘Comon Law`, como se sabe”.²⁰

Los doctrinarios explican que históricamente el uso de esta figura, *el trust*, se deriva de otra institución inglesa denominada *use*. “Como institución jurídica, *el trust* ha tenido una historia varias veces secular que quizá se remonte al siglo XII, cuando se cree que aparecieron en ese país los primero usos (uses), transmisiones de tierras a favor de prestanombres (*feoffees to uses*).”²¹

Didácticamente, Roberto Gonzales Torre, explica al *use* de la siguiente manera: “En el derecho inglés el ‘use’ devenía de una relación jurídica mediante la cual una persona llamada ‘feoffee to use’ o ‘settlor’ era revestida en base al ‘common law’ de un poder jurídico- la propiedad legal de la cosa- de cuyo ejercicio resultaba el beneficio económico en favor de otra persona que se llamaba ‘cestui qui use’.”²²

“Desde tiempos inmemorables y por diversos motivos en Inglaterra comenzó la práctica de que el propietario de una tierra traspasara el dominio de ella otra persona denominada ‘*Feoffee to use*’ (sujeto del derecho de uso), con el entendimiento entre las partes de que aún cuando el cesionario sería el dueño legítimo de la cosa, una tercer persona llamada ‘*Cestui que use*’ (el que tiene el uso de la cosa), a quien el autor del uso quería favorecer, tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas de verdadero propietario con respecto al mismo bien. Mediante esta operación, el usuario recibía el dominio pleno de la cosa o título de propietario en derecho; pero no para que él la aprovechar ha en su propio beneficio, sino con el encargo confiado a su buena fe, de que lo poseyera para uso exclusivo del ‘*Cestui que use*’.”²³

¹⁹ Rodríguez Azuero, “Negocios Fiduciarios” (Bogotá, Ed. Legis, 2005) ,16 y 17.

²⁰ Arespacochaga, “El Trust, La Fiducia y Figuras Afines”,29

²¹ Rodolfo Batiza, “El Fideicomiso Teoría y Práctica” (México: Ed. Porrúa, 1980), 28.

²² González Torre, -“El Fideicomiso”, 30.

²³ Acosta Romero y Almazán Alaniz, “Tratado Teórico y Práctico de Fideicomiso”, 4.

Históricamente en forma posterior al “use” aparece *el trust*, así los tratadistas explican que el origen de esta figura jurídica en el sistema inglés se da principalmente por las siguientes causas:

1. Por la serie de tributos puestos sobre las tierra, así lo explica Miguel Acosta Romero y P. Roberto Almazán Alaniz: “[...] fue un instrumento ideado por el pueblo, primero para defenderse de las pesadas e injustas cargas que imponían el sistema feudales y los señores feudales sobre sus vasallos, y en segundo lugar, para burlar el régimen imperante en esa época.”²⁴

De esto se explica el aparecimiento de la denominada *época de las cruzadas*;

“Históricamente, los autores señalan la época de las Cruzadas como aquella en la que se utiliza por primera vez la institución del trust. Dado que los cruzados emprendían una larga marcha, pesando sobre ellos una evidente incertidumbre sobre su regreso, algunos pretendiendo proteger su patrimonio se lo confiaban a un amigo o pariente digno de confianza, con el fin de que éste lo transmitiera en su momento a los herederos.”²⁵

2. Por la imposibilidad de algunos miembros de la sociedad para ser poseedores de bienes, como por ejemplo el de las comunidades religiosas, quienes transferían bienes o los adquirirían por medio de un tercero para utilizarlo en beneficio de la comunidad; lo que empieza históricamente con la denominada “*Ley de Manos Muertas*”.²⁶

²⁴ Ibid, “Tratado Teórico y Práctico de Fideicomiso”.

²⁵ Arespacochaga, “El Trust, La Fiducia y Figuras Afines”, 30-31.

²⁶ “El auge del “use se dio a partir de la Ley de Manos Muertas de 1217 y como consecuencia de las guerras dinásticas, conocidas como las Guerras de las Dos Rosas. Por la Ley de Manos Muertas se prohibió que la Iglesia reciba más latifundios. Las personas que quisieron seguir beneficiando a la Iglesia para que ésta, a su vez, pueda seguir cumpliendo sus obras pías, se valieron del “use” y de esa forma no caían en la prohibición legal ya que la Iglesia era “beneficiaria” de los bienes en los términos instituidos por el “settlor”. Durante la Guerra de las Dos Rosas, los bienes de los vencidos-como en toda guerra-corrían el riesgo de ser confiscados por el vencedor. Por ello, quienes participaban en la contienda, transferían sus bienes a otra persona, teniendo el uso el cedente y sus herederos. Cuando quien transfirió era capturado y juzgado por traición, ya no había bienes en su patrimonio jurídico, pues éstos eran de otra persona. Por las situaciones narradas se dictó la Ley de Usos en 1534 durante el reinado de Enrique

El *trust anglosajón*, sin duda; es importante analizar por la influencia que ha tenido en las figuras jurídicas occidentales y su aplicación para fines diversos fundamentalmente como patrimoniales, de familia y sucesorio. Así lo explica Sergio Rodríguez Azuero: “El *trust* ha sido considerado por muchos como uno de los aportes más formidables del derecho inglés a la cultura jurídica universal [...]. Los numerosos campos de aplicación en la planeación patrimonial, en el derecho de familia, en el régimen sucesoral, en su manejo para fines de beneficencia o de estímulo a las ciencias y las artes, su utilización para apoyar las decisiones de las cortes, en fin, su vinculación más moderna al mundo de los negocios [...].”²⁷

Los tratadistas afirman que “*el trust*” parte de las instituciones fiduciarias del Derecho Romano explicando esta premisa de la siguiente manera:

“Los ingleses tomaron la figura de la confianza del fideicomiso romano y crearon una nueva figura: el *trust* anglosajón que podemos definir como el título de propiedad que tiene una persona sobre una cosa, con el propósito de administrarla en beneficio de otra. Al igual que en el derecho romano, esta transmisión podía efectuarse por actos entre vivos ó de última voluntad.”²⁸

“Su origen debe situarse en las instituciones fiduciarias del Derecho romano que en Inglaterra evolucionaron sobre la base de la “equity” para crear una figura legal que permitiera a un propietario asegurar la transferencia de un bien a una persona con la finalidad de que esta última administrara aquél en beneficio de un tercero.”²⁹

“Para terminar hay que tomar en cuenta que el “use” anglosajón, para muchos, encuentra su origen en el fideicomiso romano; esto evidencia que el fideicomiso civil (como limitación al derecho real del dominio), el fideicomiso mercantil y el *trust* anglosajón, no obstante sus diferencias, se encuentran íntimamente vinculados.”³⁰

VIII. A decir de ciertos autores, la reglamentación del “use” mediante la promulgación de dicha ley, fue determinante en la aparición del “trust” que se amparaba en el derecho de la equidad.” Roberto Gonzalez Torre, “El Fideicomiso” (Ecuador: Ed. Edino, 2000), 30-31.

²⁷Rodríguez Azuero, “Negocios Fiduciarios su significación en América Latina”, 25.

²⁸ Adriana Rosana Minntti, “El Contrato de Fideicomiso”, en Fernando D’Alessandro y otros, “Tratado de Derecho Comercial”, 1a. ed. (Buenos Aires: La Ley, 2010), 902.

²⁹ Arespacochaga, “El Trust, La Fiducia y Figuras Afines”, 29.

³⁰González Torre, “El Fideicomiso”, 31.

Por otro lado, de las definiciones del *trust* establecidas por algunos juristas, se entiende que *el trust* posee una dualidad jurídica que separa la propiedad legal de la propiedad de buena fe, derivando esta dualidad en el *Common Law* y el *Equity Law*. “En el Reino Unido existió un doble sistema de administración de justicia. Sus dos partes integrantes fueron en un principio llamado ‘*Equity*’ (Equidad) y ‘*Common Law*’ (*Derecho Común*). La primera era aplicada por la ‘*Court of Chancery*’, cuyas normas son actualmente esgrimidas por los Tribunales de Equidad; y la segunda, por los más antiguos Tribunales ‘*Common Law*’.”³¹

“Jurídicamente, la institución del *trust* descansó desde sus orígenes en un desdoblamiento de la titularidad del bien, separando la propiedad legal o formal de la propiedad material o bonitaria, como hemos visto. Esta segregación se fundamentó en la originaria dualidad del ordenamiento inglés que distingue entre el Derecho del *Common Law* y el Derecho de equidad (*equity law*), de tal manera que la propiedad legal o formal estuvo sometida al *Common Law*, mientras que la material o de goce se amparaba en la *equity*. Esto, en términos prácticos, implicaba que la titularidad del fiduciario se protegía por los tribunales del *Common Law*, mientras que el derecho de propiedad del beneficiario (“*Cestui que trust*”) se sometía a los tribunales de equidad, conviviendo estas dos jurisdicciones paralelas y, a su vez, complementarias.”³²

Una vez explicados en forma breve los antecedentes del *trust*, es necesario brindar una definición para conceptualizar esta figura, tal es así que podría resumir que los doctrinarios coinciden en su mayoría en que el *trust* nace de una relación fiduciaria (negocio de confianza) en la cual intervienen tres sujetos: *el settlor (constituyente)*, *el trustee (fiduciario)* y *el cestui que trust (beneficiario)* generándose las funciones de cada uno en base a un patrimonio (bienes determinados), que se explica debido a que el constituyente separa de su propiedad determinado bien o determinados bienes para darlos en propiedad al fiduciario quien administrará dicho patrimonio a favor del beneficiario.³³

³¹ Almazán Alaniz, “Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso”, 6.

³² Arespacochaga, “El Trust, La Fiducia y Figuras Afines”, 29-30

³³ “El *trust* es en esencia, la resultante de la relación jurídica (basada en la confianza) que surge del acta fundacional, una relación fiduciaria en suma, de ahí su incardinación genérica en el molde de los

Sergio Rodríguez Azuero indica: “La idea fundamental que sustenta el concepto del trust descansa sobre una base esencialmente simple, que consiste en la escisión de un derecho de propiedad por lo que hace a su administración y a su provecho económico; de acuerdo con ella, una o varias personas tienen la propiedad de ciertos bienes, los mismo que administran en beneficio de otras o para un fin determinado”.³⁴

Miguel Acosta romero y Roberto Almazán indican: “En los Estados Unidos de Norteamérica, un trust es ‘una relación fiduciaria’ que surge generalmente por la voluntad expresa de quien teniendo la disposición de determinados bienes (settlor, creator o trustor), otorga su posesión al trustee (fiduciario), quien se obliga en derecho equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (Cestui que trust)”.³⁵

Ahora bien, para entender mejor la conceptualización del *trust*, considero importante analizar los elementos del trust en forma sucinta; dichos elementos se dividen en elementos personales y elementos patrimoniales. Cabe indicar que respecto a los elementos personales, el *trust anglosajón* se configura con tres partes (como veremos posteriormente), las cuales no necesariamente son distintas ya que por las condiciones de constitución del trust, un solo sujeto puede cumplir varias funciones. A continuación describiré brevemente los elementos personales:

a) El *settlor*, que es el que constituye *el trust* y el que determinará su contenido y finalidad, así mismo dicho sujeto separa de su patrimonio el bien que transferirá en propiedad. La separación patrimonial permite que la calidad de fiduciante y fiduciario recaiga en un solo sujeto, esto sucede cuando el *settlor* se nombra así mismo *trustee*.

negocios fiduciarios con las matizaciones que hemos analizado. Si bien implica un “desmembramiento” de la propiedad del patrimonio situado en el trust, éste no determina la existencia de personalidad jurídica distinta de los intervinientes, la trilogía del constituyente (settlor), el trustee y el beneficiario. Los trustees deben tener suficiente autonomía e independencia como para administrar el citado patrimonio en interés de los beneficiarios, aunque su discrecionalidad encuentre su límite en las instrucciones y deseos del settlor (el constituyente), expresados normalmente por escrito en un documento de intenciones (letter of wishes) [...]” Joaquín de Arespacochaga, “El Trust, La Fiducia y Figuras Afines” (España: Ed. Jurídicas y Sociales S.A., 2000), 33-34.

³⁴ Rodríguez Azuero, “Negocios Fiduciarios su significación en América Latina”, 25.

³⁵ Almazán Alaniz, “Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso”, 12.

“Es posible que coincidan las funciones de settlor y trustee cuando aquel se declara así mismo *trustee*, en cuyo caso no existe en verdad una transmisión de bienes sino más bien una separación de los mismos del patrimonio”.³⁶

Los autores explican, en cambio; quienes pueden constituirse como settlor en el sistema anglosajón: “Ha de tratarse de una persona física con plena capacidad jurídica y de obrar. Los menores y los incapacitados pueden, no obstante, constituir trust bajo determinadas condiciones [...]. Una persona jurídica puede también constituir un trust siempre que en sus normas constituyentes o en sus estatutos así se prevea.”³⁷

Didácticamente Sergio Rodríguez Azuero, explica: “El *settlor* es el creador del *trust expreso* y su función es generalmente transitoria, pues una vez que se separa de un derecho que forma parte de su patrimonio y lo destina a una determinada finalidad, su razón de ser desaparece, lo que significa que, por regla general, la transferencia de sus derechos es definitiva e irrevocable.”³⁸

Es importante destacar que la responsabilidad del *settlor* no desaparece si el *trust* se crea con fines fraudulentos y en perjuicio de terceros, así lo indica Joaquín de Arespachoga.

b) El *trustee*, que es quien recibe la propiedad de los bienes y recibe instrucciones para el cumplimiento del fin determinado sobre el bien transferido. “En general, por tanto, el trustee debe ser una persona capaz de adquirir y retener el título legal sobre bienes, estar dotado de capacidad natural y jurídica para desempeñar el *trust* [...]”.³⁹

Joaquín de Arespachoga explica que: “El Trustee es la persona a cuya disposición se ponen los bienes, y en calidad de ‘propietario legal’, se le atribuye la ‘legal ownership’ en el sentido del Common Law. Se trata, sin embargo, de una propiedad limitada, pues, de una parte, el trustee no puede sustraerse a las instrucciones dadas por el settlor y contenidas en los

³⁶ Ibid, “Negocios Fiduciarios su significación en América Latina”, 27.

³⁷ Arespachoga, “El Trust, La Fiducia y Figuras Afines”, 61.

³⁸ Rodríguez Azuero, “Negocios Fiduciarios, su significación en América Latina”, 27

³⁹ González Torre, “El Fideicomiso”, 58.

documentos fundacionales y, de otra parte, debe administrar los bienes en favor de los beneficiarios ('beneficial ownership') y en cumplimiento del contenido de aquellas."⁴⁰

Finalmente, de varias de las explicaciones de los autores investigados se puede deducir que el trustee en el derecho anglosajón tienen algunos subelementos importantes como: que pueden ser personas naturales o jurídicas; que los bienes entregados al trustee son separados de los de su patrimonio y por ende de su responsabilidad personal patrimonial y que existen diferentes clases de trustees.

c) El *cestui que trust*, el beneficiario, es aquella persona física o jurídica que recibirá el beneficio para el que fue constituido el trust, en otras palabras, "es la persona designada para percibir los rendimientos obtenidos por el trust (el '*cestui que trust*') o a la que se transmiten los bienes del trust a la terminación del mismo ('el beneficiario en capital')".⁴¹

Cabe destacar ciertos aspectos del *cestui que trust*, que los doctrinarios concuerdas son los más comunes en el sistema anglosajón, tales como: a) los beneficiarios pueden ser incapaces, menores, dementes, los no nacidos, personas jurídicas; b) pueden existir designaciones nominales o no de los beneficiarios; c) los beneficiarios se encuentran protegidos por el *equitable state (derecho en equidad)*.⁴² Y finalmente *el settlor* puede ser también beneficiario.

Ahora bien, analizados los elementos personales continuaremos con los elementos patrimoniales. Los elementos patrimoniales se colige que es el conjunto de

⁴⁰ Ibid, "El Trust, la Fiducia y Figuras Afines".

⁴¹ Arespachoga, "*El Trust, la Fiducia y Figuras Afines*", 63.

⁴² "Los derechos que se asignaban al beneficiario del *Use*, denominado '*Cestui que Use*', no eran protegidos ni regulados por la ley común británica, reconocida como '*Common Law*', toda vez que había ocasiones en que nadie reconocía el derecho de los beneficiarios al uso de los bienes afectados por esta figura: así, los jueces sólo reconocían al titular del dominio, ignorando al titular del *Use*, por lo que apareció una nueva jurisdicción, encomendándose su aplicación al Canciller del Rey, quien era una persona que se encargaba de administrar justicia, independientemente del rigorismo del "*Common Law*", que al final de cuentas acabo para la regular a la institución del *Use* y posteriormente al *Trust*. Fue así que se crearon los tribunales de equidad (Court of Chancery), los cuales se encargaban de aplicar la rama jurídica separada del "*Common Law*", llamada equity". Miguel Acosta Romero y Roberto Almazán Alaniz, "Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso" (México: Ed. Porrúa, 2002), 5.

bienes o el bien determinado independiente al patrimonio de los intervinientes en el *trust* y que cumple un fin determinado. A criterio de Jorge Domínguez: “el trust tiene dos elementos importantes con respecto al patrimonio que son la transferencia de los bienes y la afectación impuesta sobre ellos, de la cual nace el trust y las funciones del trustee.”⁴³

Rodolfo Batiza señala: “La doctrina anglosajona sostiene que, por definición, no puede haber *trust* sin ‘*bienes específicos*’ que constituyan su objeto. También admite que toda clase de bienes, ya sean muebles o inmuebles, *legales o de equidad*, son susceptibles, salvo prohibición legal expresa, de ser objeto de *trust*”.⁴⁴

Es importante señalar que los doctrinarios explican que para entender al elemento esencial del *trust*, se toma en cuenta las siguientes características: primero la transferencia del patrimonio, segundo que el patrimonio transferido constituya una unidad separada, y; tercero que el patrimonio transferido tenga un fin específico. Así explican los doctrinarios que contempladas las tres características entonces se puede determinar en el sistema anglosajón la existencia del trust. “Por último, y para destacar el valor de la afectación del patrimonio como elemento cardinal de la figura, “puede afirmarse que la afectación domina el desarrollo del trust; que su existencia es condición ‘*sin equa non*’ de la vida del mismo [...]”.⁴⁵

Finalmente, cabe indicar que; la mayoría de doctrinarios señala que el trust termina conforme el periodo de duración establecido para el *trust*. Sin embargo Sergio Rodríguez Azuero señala: “El *trust* no puede constituirse, en principio, a término indefinido. Bajo las reglas del derecho inglés, el plazo no puede exceder del de la vida del beneficiario que exista al tiempo de la formación del *trust* más veintiún años contados a partir de su muerte.”⁴⁶, el mismo autor explica en su libro que la excepción a esta regla son los *trust caritativos o de beneficencia*.

⁴³ Jorge Alfredo Domínguez Martínez, “El Fideicomiso” (México: Ed. Porrúa, 1997), 144

⁴⁴ González Torre, “El Fideicomiso”, 59.

⁴⁵ Rodríguez Azuero, “Negocios Fiduciarios su significación en América Latina”, 36.

⁴⁶ Ibid, “Negocios Fiduciarios su significación en América Latina”, 39.

1.1.3. El Fideicomiso Mercantil en Latinoamérica

A continuación realizaré un análisis brevísimo del fideicomiso mercantil de acuerdo a la legislación de algunos países de Latinoamérica con la finalidad de conocer algunas de las particularidades de la regulación normativa de esta figura en Latinoamérica. Este análisis es solo introductorio y de conocimiento general y no pretende elaborar un análisis de legislación comparada.

Argentina

Una particularidad interesante de la legislación argentina es que la primera incorporación para la realización de negocios fiduciarios, aunque de forma imperfecta; se estableció en el Código Civil.

“Basto la existencia de una sola norma para que un destacado jurista argentino hubiese demostrado que era posible realizar negocios fiduciarios, sin una regulación completa en el Código Civil.

Esto fue posible con base en las previsiones del artículo 2662, que hace parte del Título VII, ‘Del dominio imperfecto’ y éste, a su turno, del Libro Tercero, ‘De los derechos reales’, según los cuales, ‘dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero’.”⁴⁷

En lo que se refiere al ámbito mercantil, se puede destacar lo siguiente:

- En el ámbito corporativo el fideicomiso se manifiesta cuando una sociedad suscribe un contrato de fideicomiso con un banco para emitir debentures. En este punto Rodríguez Azuero explica que la legislación argentina utiliza erróneamente la palabra fideicomisario para referirse al fiduciario.⁴⁸
- En el ámbito financiero se lo denomina como *encargos fiduciarios*.
- En el ámbito mercantil se incorpora la fiducia utilizada como medio de financiación para la vivienda y la construcción. Adicionalmente se incorpora

⁴⁷ Rodríguez Azuero, “Negocios Fiduciarios su significación en América Latina”, 75.

⁴⁸ Ibid, “Negocios Fiduciarios su significación en América Latina”.

que quienes pueden ser fiduciarias públicamente son las entidades financieras y las personas jurídicas autorizadas por la Comisión Nacional de Valores.

- En Argentina la autoridad competente para dictar normas para la regulación del fideicomiso financiero es la Comisión Nacional de Valores cuando esta figura se desarrolla mediante oferta pública.
- La legislación Argentina contempla expresamente que la responsabilidad del fiduciario se extiende a que su actuación se limita como al de “*un* buen hombre de negocios que actúa en base de la confianza depositada en él”.⁴⁹
- Es posible la titularización a través de fideicomisos mercantiles.

Bolivia

En Bolivia la introducción en su legislación del fideicomiso mercantil se hizo en base a secciones que enumeran negocios fiduciarios en general, así lo explica Rodríguez Azuero: “Como influencia y resultado de las tareas llevadas a cabo por la conocida ‘Misión Kemmerer’ se reservó a las secciones de fideicomiso, debidamente autorizadas, la posibilidad de desarrollar una serie de negocios enumerados no taxativamente, sin definirse de manera exacta el concepto del negocio implícito”.⁵⁰

- La legislación boliviana contempla en el Código de Comercio que los bancos actúen en calidad de fiduciarios. “Por el fideicomiso, una persona llamada fideicomitente, transmite uno o más bienes a un banco, llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada en provecho de aquel o de un tercero llamado beneficiario. (C. de Co. Art. 1409)”.⁵¹
- En la Ley sobre el mercado de valores se encuentran regulados los procesos de titularización a través de fideicomisos, denominadas como *sociedades de titularización*.

⁴⁹ González Torre, “El Fideicomiso”, 218.

⁵⁰ Rodríguez Azuero, “Negocios Fiduciarios su significado en América Latina”, 78.

⁵¹ Ibid, “Negocios Fiduciarios su significado en América Latina”.

Brasil

La legislación brasileña tiene una particularidad comparada con las legislaciones de los otros países latinoamericanos y es precisamente que la regulación del fideicomiso se da mediante casos específicos con regulaciones a operaciones fiduciarias individualizadas.

Entre las principales regulaciones de operaciones fiduciarias se señala:

- Transferencia fiduciaria en garantía de bienes inmuebles.
- Transferencia fiduciaria en garantía de bienes muebles.
- Transferencia fiduciaria de acciones.
- Régimen de securitización.
- Propiedad fiduciaria de inmuebles con el fin de crear fondos comunes de inversión inmobiliaria.

Cabe mencionar que existen disposiciones establecidas en el Código Civil brasileño en donde también se regula en forma individualizada algunos de los casos señalados anteriormente, por ejemplo; “ Las normas del Código Civil que reglamentan la enajenación fiduciaria en garantía de bienes muebles se encuentran en el Capítulo IX que trata de la *Propiedade Fiduciaria*. El Código Civil brasilero define esta propiedad en la siguiente forma: “Se considera fiduciaria la propiedad resoluble de cosa mueble fungible que el deudor, como garantía, transfiere al acreedor. [...]”.⁵²

Colombia

A continuación estableceré las características y elementos más sobresalientes respecto al fideicomiso con respecto a la legislación colombiana:

La figura del fideicomiso en Colombia se la conoce como *fiducia* y se la regula por medio del Código de Comercio. Roberto González Torres explica: “Fiducia: Persona o entidad que actúa a nombre propio y por cuenta de otra ocultando, en su relación con terceros, el nombre del principal. Fideicomiso: Relación de confianza entre dos partes por la que se cede a otra una determinada cosa para que la administre en beneficio de un tercero.”⁵³

⁵²Rodríguez Azuero, “Negocios Fiduciarios su significación en América Latina”, 79.

⁵³ González Torre, “El Fideicomiso”, 218.

- La legislación colombiana contempla la diferencia entre fiducia mercantil (si existen transferencia de la propiedad) y encargo fiduciario (mera entrega de los bienes).
- La actividad fiduciaria en Colombia puede ser estructurada por Bancos, Corporaciones o Sociedades que se encuentran controladas por el Estado.
- La transferencia de bienes en la figura fiduciaria deberá ser de veinte años como máximo.
- Están prohibidos los fideicomisos secretos.
- La legislación colombiana establece causas expresas para la extinción del fideicomiso, las cuales Miguel Acosta Romero las ha resumido brillantemente de la siguiente manera:

“ [...] Por haberse realizado sus fines; por la imposibilidad absoluta de realizarlos; por expiración del de plazo; por haber transcurrido el término máximo; por el incumplimiento de la condición resolutoria o por hacerse imposible o no cumplirse la condición suspensiva; por muerte del fiduciante o beneficiario, cuando tal suceso se haya señalado como causa de extinción; por disolución de la entidad fiduciaria; por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario; por declararse nulo el acto constitutivo; por mutuo acuerdo del fiduciante o del beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario; y por revocación del fiduciante, si se reservó este derecho.”⁵⁴

La legislación colombiana permite que los fideicomisos intervengan como parte procesal en los procesos de arbitraje.

Chile

Referente a la legislación chilena, Sergio Rodríguez Azuero⁵⁵ y Roberto Gonzalez Torre⁵⁶, explican en forma breve cuales son los puntos más destacados en el tratamiento del fideicomiso, los cuales para un mejor entendimiento se resumen en lo siguiente:

⁵⁴ Almazán Alanis, “Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso”, 40.

⁵⁵ Rodríguez Azuero, “Negocios Fiduciarios, su significación en América Latina”, 82.

⁵⁶ González Torre, “El Fideicomiso”, 214-215.

- La legislación chilena recoge el concepto de propiedad fiduciaria como limitación del dominio en su Código Civil.
- La normativa reguladora de la legislación chilena permite que los bancos sean administradores de bienes de fideicomiso, sin necesidad de que estos sean dueños fiduciarios.
- Las operaciones de securitización y emisión de títulos de deuda a corto o largo plazo conforme a la normativa chilena requiere la formación de patrimonios separados del patrimonio común de la emisora (fideicomisos).

Perú

Con respecto a la legislación peruana, Sergio Rodríguez Azuero⁵⁷ y Roberto González Torre⁵⁸, explican ciertas particularidades, mismas que se pueden resumir en los siguientes puntos:

- Entre las legislaciones latinoamericanas es una de las más amplias en cuanto a la calidad que se otorga de fiduciario, con la particularidad de que todas son vigiladas por el órgano de control entre ellas; bancos, sociedades, empresas de seguros y reaseguros, corporación financiera de desarrollo.
- Se prevé que si en un fideicomiso existen más de cinco fideicomisarios se deben crear Juntas para precautelar el interés común de los fideicomisarios.
- La legislación peruana dispone contabilidad separada para cada fideicomiso.
- Solo para efectos de titularización de activos, la legislación peruana permite que la designación de fiduciario recaiga sobre el constituyente, en los demás casos cuando ocurre este particular el fideicomiso es nulo.
- Se permite constituir fideicomisos con beneficiarios indeterminados.

⁵⁷ Rodríguez Azuero, “Negocios Fiduciarios, su significación en América Latina”, 91-93.

⁵⁸ González Torre, “El Fideicomiso”, 220-223.

1.2. El fideicomiso mercantil en Ecuador

1.2.1. Definición, características y elementos constitutivos.

En la legislación ecuatoriana el fideicomiso mercantil se encuentra definido en la Ley de Mercado de Valores, de la siguiente manera:

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

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

El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato.”⁵⁹

⁵⁹ Ecuador, Ley de Mercado de Mercado de Valores [2014], art. 109, en Código Orgánico Monetario y Financiero, en Registro Oficial, Suplemento No. 215 (12 de septiembre de 2014), art. 109. En adelante se cita esta Ley como LMV.

De esta definición legal, me es posible desentrañar entonces que los elementos constitutivos del fideicomiso mercantil son: sus actores (constituyente, fiduciario y beneficiario), su objeto (patrimonio autónomo) y su finalidad (el contrato de constitución del fideicomiso), cada uno de estos elementos tendrá sus propias características.

Cabe indicar, que en el desarrollo que estoy realizando a continuación a medida que analizo las disposiciones legales establecidas en la Ley de Mercado de Valores y su Reglamento, desarrollaré también las características y la explicación de sus elementos constitutivos. Por lo explicado anteriormente, respecto al fideicomiso mercantil ecuatoriano, señalo lo siguiente:

1. El número de constituyentes puede ser indefinido.
2. La forma de otorgamiento es a través de escritura pública.⁶⁰
3. El plazo de duración, la Ley es clara al determinar que es hasta que se cumpla la finalidad para la que el fideicomiso fue constituida o hasta que se cumpla la condición establecida en el contrato de fideicomiso, sin embargo; no puede ser mayor de ochenta años. La Ley establece dos casos excepcionales sobre el plazo, que se pueden resumir en: a) la disolución de una persona jurídica y b) la finalidad altruista y/o de fin cultural o investigativo.⁶¹
4. La transferencia de bienes posee las siguientes características: a) es irrevocable y temporal, b) la clase de bienes a transferir serán muebles o inmuebles, corporales o incorporeales, que existan o que se espera que existan y finalmente cada uno de ellos se transferirá atendiendo a su naturaleza jurídica y de la forma que se disponga la legislación ecuatoriana, por ejemplo; los bienes inmuebles mediante escritura pública y con la respectiva inscripción en el Registro de la Propiedad. Considero importante señalar la apreciación doctrinaria de Roberto Gonzalez Torres respecto a la temporalidad e irrevocabilidad, la cual es: “[...] La temporalidad deviene de que cumplida la finalidad, plazo o condición los bienes transferidos pasarán al beneficiario o al propio

⁶⁰ LMV, art. 110

⁶¹ LMV, art. 110

constituyente, según corresponda y atendiendo a los efectos contemplados en el contrato.”⁶²

5. La representación legal del fideicomiso se efectúa a través del fiduciario (sus características las mencionaremos más adelante cuando analice las partes intervinientes, en este mismo capítulo). En el Ecuador el fiduciario se constituye por las denominadas sociedades administradoras de fondos y fideicomisos que son sociedades anónimas calificadas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, las cuales entre sus funciones tienen a cargo la administración de negocios fiduciarios.⁶³
6. El objeto del fideicomiso mercantil es uno de sus elementos constitutivos denominado *patrimonio autónomo*, el cual está conformado de acuerdo a la legislación ecuatoriana por: “los bienes, derechos, créditos, obligaciones y contingentes que se han transferido al fideicomiso mercantil o que sean consecuencia del cumplimiento de la finalidad establecida por el constituyente.”⁶⁴

A continuación señalaré las características principales del patrimonio autónomo, las mismas que se encuentran establecidas en la Ley de Mercado de Valores que son:

- 6.1. Legalmente es considerado como una ficción jurídica (ejercer derechos y contraer obligaciones) a través de su representante legal.
- 6.2. Tiene personalidad jurídica, esto determina que los bienes que son transferidos al fideicomiso mercantil garantizan sus propios créditos o actos que tengan con terceros.⁶⁵
- 6.3. La transferencia en esta figura jurídica no es onerosa ni gratuita, porque no representa provecho económico y se constituye solamente para cumplir la finalidad del contrato de fideicomiso.⁶⁶

⁶²González Torre, “El Fideicomiso”, 66.

⁶³ Ibid, art. 97

⁶⁴ Ibid, art. 118

⁶⁵ LMV, art. 118

⁶⁶ Ibid, art. 113

6.4. Existe exención de impuestos para la transferencia realizada por medio de fideicomiso mercantil incluso si la condición establecida en el contrato es fallida o por causa de fuerza mayor y caso fortuito, tomando en cuenta siempre que las condiciones de restitución de los bienes se realicen conforme a las mismas condiciones a las que fueron transferidas en un inicio que la personalidad jurídica en la legislación ecuatoriana se establece para fines tributarios únicamente y además en el Ecuador la Ley exige la individualización de cada fideicomiso.⁶⁷

Así mismo, la Ley ecuatoriana expresamente determina que el patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil es diferente al patrimonio del constituyente, fiduciario, beneficiario e incluso de otros fideicomisos mercantiles que estén constituidos por el fiduciario.

7. Los beneficiarios en el fideicomiso mercantil ecuatoriano son: el propio constituyente o cualquier persona designada en el contrato.
8. La Ley ecuatoriana expresamente establece una diferenciación entre el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario siendo esta que en el fideicomiso mercantil existe transferencia de propiedad y en el encargo fiduciario sólo existe la mera tenencia de los bienes. Sin embargo, el mismo cuerpo normativo señala que las dos figuras son consideradas *negocios fiduciarios*. Así también señala que existe prohibición para la constitución de fideicomisos mercantiles y encargos fiduciarios secretos.⁶⁸
9. El financiamiento de un fideicomiso mercantil ecuatoriano puede efectuarse a través de instituciones del sistema financiero si el cumplimiento de la finalidad del patrimonio autónomo así lo requiere.⁶⁹
10. Los fiduciarios, sus administradores, representantes legales o empresas vinculadas no pueden ser designados beneficiarios pues la Ley ecuatoriana establece prohibición expresa.⁷⁰

⁶⁷ Ibid, art.113

⁶⁸ Ibid, art. 114

⁶⁹ LMV, art. 115

⁷⁰ Ibid, art. 116

11. El elemento constitutivo esencial del fideicomiso mercantil que es la finalidad del mismo se instrumenta a través del “contrato del fideicomiso mercantil”, la Ley ecuatoriana establece los requisitos que debe contener este contrato, indicando los requisitos mínimos, los elementos adicionales y aquellas cláusulas prohibidas para este tipo de contratos.⁷¹

Adicionalmente, la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, en el Título V Negocios Fiduciarios, se establece también parámetros generales y específicos respecto a la redacción del contrato, estipulaciones prohibidas y sus elementos.⁷²

Es importante destacar en este punto, como he explicado anteriormente, el contrato de constitución contiene las instrucciones del constituyente para que el fiduciario pueda cumplir la finalidad para la que se creó el fideicomiso mercantil.

12. La inembargabilidad y cualquier otra medida precautelar no puede ser impuesta por los acreedores del constituyente, beneficiario y fiduciario contra los bienes del fideicomiso. Esto se explica, puesto que; los bienes fideicomitados son de exclusiva propiedad del fideicomiso mercantil más no de sus sujetos intervinientes y menos aún de su representante legal (fiduciario). Es importante recordar que además en el contrato de fideicomiso de garantía los bienes fideicomitados tienen un objeto específico que es garantizar el cumplimiento de la obligación del constituyente (deudor) y por lo tanto esos bienes servirán únicamente para cumplir la obligación contractual del fideicomiso mercantil y no otras obligaciones adquiridas que no se vinculen con el contrato. Así, el efecto de constituir un patrimonio autónomo (fideicomiso) implica la exclusión de estos bienes del patrimonio del constituyente, sin que estos bienes pasen al patrimonio del beneficiario, mucho menos al del fiduciario, ya que dichos bienes están destinados al cumplimiento de un fin específico y predeterminado en el propio contrato de constitución del fideicomiso y

⁷¹ Ibid, art. 120

⁷² Ecuador, Consejo Nacional de Valores, CNV, “Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores”. **Registro Oficial, Suplemento** (en adelante citado ROS) No. 1 (8 de marzo de 2007).

por ello esta característica es una de las más valoradas al momento de optar por la modalidad de fideicomiso mercantil para la constitución de garantías.⁷³

13. Existen medidas judiciales que la Ley permite seguir en caso de la existencia de actos fraudulentos al constituir contratos de fideicomisos mercantiles.⁷⁴
14. En los fideicomisos mercantiles ecuatorianos se permiten el seguimiento de acciones judiciales y extrajudiciales como alternativa de solución de conflictos.
15. Las interpretaciones del fideicomiso constantes en el Código Civil, por disposición expresa de la Ley, se excluyen para efectos del fideicomiso mercantil.⁷⁵
16. Las causales de terminación del fideicomiso mercantil se encuentran establecidas expresamente en la Ley⁷⁶ y en el contrato de constitución del fideicomiso.

1.2.2. Partes intervinientes en el fideicomiso

Como he explicado anteriormente, los sujetos en el fideicomiso mercantil ecuatoriano se conforman por el constituyente, el fiduciario y el beneficiario. A continuación analizaremos a cada uno de ellos:

El Constituyente.- La Ley ecuatoriana⁷⁷ es categórica al determinar quienes pueden ser considerados como constituyentes del fideicomiso mercantil, indicando que pueden ser:

- a) personas naturales o jurídicas,
- b) privadas, públicas o mixtas,
- c) nacionales o extranjeras e incluso;
- d) entidades dotadas de personalidad jurídica.

Adicionalmente, la legislación ecuatoriana establece ciertas precisiones para ciertos casos particulares, indicando lo siguiente:

- Para los constituyentes que sean creados por instituciones del sector público señala: que el Consejo Nacional de Valores expedirá normativa especial para los fideicomisos mercantiles constituidos por ellos y; los

⁷³ LMV, arts. 121 y 122

⁷⁴ Ibid, art. 123

⁷⁵ Ibid, art. 137.

⁷⁶ Ibid, art. 134

⁷⁷ Ibid, art. 115

adherentes a contratos de fideicomisos mercantiles deberán pertenecer también al sector público.

- Para los constituyentes que sean personas jurídicas ordena que deberán sujetarse a lo establecido por las disposiciones de sus estatutos sociales y de la Ley de Compañías.
- Los constituyentes adherentes son terceros que se adhieren a un fideicomiso mercantil existente para lo cual aceptan todas las condiciones y términos establecidos en el contrato de constitución del fideicomiso, siempre y cuando en el contrato se haya establecido la aceptación de constituyentes adherentes.

El Reglamento a la Ley de Mercado de Valores establece que la aceptación y adhesión de los constituyentes adherentes debe aceptarse por escrito y registrarse respectivamente.⁷⁸

- El constituyente puede actuar como beneficiario cuando: no existe estipulación señalando beneficiario, si el beneficiario renuncia o cuando falta el beneficiario por no existir beneficiarios sustitutos o sucesores.⁷⁹
- Los derechos de los constituyentes se encuentran establecidos en la Ley⁸⁰ y el contrato de constitución del fideicomiso.

Como se puede analizar en las explicaciones indicadas anteriormente, la Ley es categórica en señalar características y directrices referentes a los constituyentes pero si bien la propia Ley no establece un concepto para el constituyente, por lo que a continuación señalo una definición doctrinaria que a mi criterio es bastante práctica.

“El fiduciante es uno de las personas que concurren a celebrar el contrato, prometiendo la transmisión de los bienes que conformarán el patrimonio del fiduciario. En todos los casos, el fiduciante se desprende de la titularidad de los bienes que da o

⁷⁸ Ecuador: Presidencia de la República, “Reglamento General de la Ley de Mercado de Valores”, art. 25, Registro Oficial, No. 87 (14 de diciembre de 1998).

⁷⁹ LMV, art. 116.

⁸⁰ Ibid, art. 126

promete dar en fideicomiso, por lo que debe tener capacidad para disponer de los mismos.”⁸¹

Finalmente, en mi criterio personal, el constituyente es el sujeto que actúa en el fideicomiso mercantil como aquel que transfiere bienes determinados de su patrimonio al fideicomiso para el cumplimiento de una finalidad que se encuentra establecida en el contrato de constitución del fideicomiso.

El Beneficiario.- La Ley ecuatoriana señala las características con respecto a quien o quienes pueden ser considerados beneficiarios, indicando lo siguiente:⁸²

- La calidad de beneficiario se establece por la designación que le realiza el constituyente, pudiendo este señalar uno o más beneficiarios dentro de un mismo fideicomiso.
- El constituyente puede señalar el orden de prevalencia cuando existen varios beneficiarios incluyendo aquellos que actúan en calidad de beneficiarios sustitutos. Adicionalmente, la Ley prevé que en ciertos casos la calidad de beneficiario puede recaer sobre el mismo constituyente o sus sucesores.
- La calidad de beneficiario puede recaer en:
 - a) Personas naturales o jurídicas
 - b) Privadas, públicas o mixtas
 - c) De derecho privado con finalidad social o pública
 - d) Nacionales o extranjeras
 - e) Entidades dotadas de personalidad jurídica

El momento en que el constituyente realiza la designación de los beneficiarios, estos pueden existir o esperar que existan en un futuro. Si la existencia del beneficiario es futura la Ley establece que al momento en que se cumpla su existencia, dichos bienes inmediatamente incrementarán el patrimonio del fideicomiso.⁸³

⁸¹ Pedro F. Gutierrez, “Los Fideicomisos y Las Obligaciones Negociables” (Argentina, Ed. Jurídicas Cuyo, 1998), 97.

⁸² LMV, art. 116.

⁸³ LMV, art. 117.

- Los derechos del beneficiario se encuentran establecidos en la Ley⁸⁴ y en el contrato de constitución.

Finalmente, como se puede observar, la Ley no establece una definición de beneficiario, doctrinariamente la definición más explicativa es la del Dr. Diego Gomez de la Torre Reyes, que indica: “Es la persona en cuyo beneficio se realiza el negocio, y en caso de haberse establecido así en acto constitutivo, éste puede ser el propio constituyente, quien recibirá los bienes al término del fideicomiso.”⁸⁵

El Fiduciario.- Conforme a la Ley ecuatoriana es considerado como un inversionista institucional⁸⁶, que se denomina sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que tiene entre algunas de sus funciones la de administrar negocios fiduciarios.⁸⁷ A continuación señalare las características principales, a mi criterio, respecto a las fiduciarias dentro del negocio de los fideicomisos mercantiles, las cuales constan dentro de todo el Título XV de la Ley de Mercado de Valores:

- La Ley ecuatoriana le otorga al fiduciario la calidad de representante legal del fideicomiso mercantil, quien tiene la obligación de cumplir la finalidad establecida dentro de contrato de constitución.

Cabe considerar principalmente lo establecido en el artículo 119 de la Ley de Mercado de Valores: “[...] El fiduciario ejercerá la personería jurídica y la representación legal del fideicomiso mercantil, por lo que podrá intervenir con todos los derechos y atribuciones que le correspondan al fideicomiso mercantil como sujeto procesal, bien sea de manera activa o pasiva, ante las autoridades competentes en toda clase de procesos, trámites y actuaciones administrativas o judiciales que deban realizarse para la protección de los bienes que lo integran, así como para exigir el pago de los créditos a favor del fideicomiso y para el logro de las finalidades pretendidas por el constituyente.”

⁸⁴ Ibid, art. 127.

⁸⁵ Diego Gómez De La Torre Reyes, “**El Fideicomiso Mercantil**” (Ecuador, Ed. Albazul Offset, 1998), 57.

⁸⁶ Ibid, art. 74.

- El fiduciario tiene todas las atribuciones para transferir bienes del patrimonio del fideicomiso mercantil en caso de requerir cumplir la finalidad del contrato de constitución.
- El patrimonio del fiduciario es un patrimonio separado de cada uno de los fideicomisos mercantiles que constituye y por lo tanto los acreedores de los fideicomisos mercantiles no pueden perseguir los bienes del patrimonio del fiduciario.
- El fiduciario conforme a la legislación ecuatoriana tiene una obligación de medio y no de resultado. Se establecen ciertas especificaciones importantes respecto a este tipo de responsabilidad en la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores.⁸⁸
- El fiduciario tiene obligación de rendir cuentas respecto a cada contrato de fideicomiso mercantil constituido que se encuentre bajo su responsabilidad tanto al constituyente como al órgano de control y vigilancia (Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros).
- El fiduciario tiene derecho a la remuneración por sus servicios.
- Las causales de renuncia⁸⁹ y sustitución⁹⁰ del fiduciario están establecidas en forma expresa en la Ley.

Finalmente, para efectos explicativos, recogeremos la definición doctrinaria de Roberto González Torre, quien indica: “El fiduciario es el profesional, el comisionado de la confianza del constituyente que ejecutará las instrucciones contempladas en el contrato, sustentado en un patrimonio autónomo, siempre actuando a favor de los fideicomisario designados contractualmente.”⁹¹

⁸⁸ Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, Título V Negocios Fiduciarios, art. 5.

⁸⁹ LMV, art. 131

⁹⁰ Ibid, art. 133

⁹¹ González Torre, “El Fideicomiso”, 108.

1.2.3. Modalidades del Fideicomiso

Si bien la Ley de Mercado de Valores no especifica la existencia de modalidades de fideicomisos, en cambio; la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, Título V: Negocios Fiduciarios, si establece las modalidades de fideicomiso mercantil en el Ecuador.⁹²

Respecto a este tema, cabe señalar que los doctrinarios, profesionales del derecho especializados en el área de fideicomisos e incluso la propia legislación destacan que las modalidades establecidas dentro de la norma no constituyen limitación o restricción respecto a los tipos de fideicomiso mercantil ecuatoriano y más bien resaltan la versatilidad de esta figura jurídica al poder establecerse varios tipos de modalidades conforme cuantas figuras jurídicas se requiera para cada caso particular.

“No obstante la versatilidad y variadas aplicaciones del fideicomiso mercantil y sin perjuicio de que muchos negocios fiduciarios requieran de un ‘traje a la medida’ que se aparte de las formas predefinidas, los fiduciarios mercantiles, los abogados y los profesionales ligados a los servicios fiduciarios han ido creando verdaderos ‘productos financieros’.”⁹³

Una vez explicada la particularidad de las modalidades del fideicomiso mercantil, a continuación enumeraré y señalaré las principales características de cada una de estas modalidades, conforme a lo establecido en la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores:

1. La legislación ecuatoriana indica que las modalidades de fideicomiso dependerán de su finalidad y objeto, indicando que para efectos de clasificación los divide en: a. Garantía, b. administración, c. inmobiliario, d. inversión y e. procesos de titularización; a continuación consta un breve detalle de cada una de ellas:

⁹² Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, Título V Negocios Fiduciarios, art. 17.

⁹³ González Torre, “El Fideicomiso”, 131.

- a) Modalidad de Fideicomiso de Garantía: La norma⁹⁴ ecuatoriana indica que la modalidad del fideicomiso de garantía tiene por finalidad que los bienes transferidos a título del fideicomiso mercantil sirvan para garantizar el cumplimiento de obligaciones determinadas en el contrato respectivo. Entre sus principales características, conforme a lo señalado en la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, constan:
- El fiduciario que maneja esta modalidad, no puede ser considerado como deudor principal, solidario o aval de las obligaciones garantizadas.
 - Es obligatorio que el fiduciario reciba por escrito la manifestación de conformidad respecto a los bienes aportados al fideicomiso y su valoración, igual condición debe ejecutarse cuando se designen nuevos acreedores o exista un incremento de la obligación garantizada.
 - La norma⁹⁵ faculta a realizar actualizaciones de valor comercial de los bienes si esta condición se encuentra establecida en el contrato.
- b) Modalidad de Fideicomiso de Administración: La norma⁹⁶ ecuatoriana indica que la modalidad del fideicomiso de administración tiene por finalidad que la transferencia de bienes propiedad del fideicomiso mercantil se instrumentan para que estos sean administrados conforme a las instrucciones establecidas en el contrato constitutivo.
- c) Modalidad de Fideicomiso Inmobiliario: La norma⁹⁷ ecuatoriana indica que la modalidad del fideicomiso inmobiliario tiene por finalidad que la transferencia de bienes inmuebles y/o dinero propiedad del fideicomiso mercantil se instrumenten para actividades de adquisición de terreno y/o desarrollo de proyectos inmobiliarios, para que se cumplan las finalidades

⁹⁴ Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, Título V Negocios Fiduciarios, art. 17.

⁹⁵ Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, Título V Negocios Fiduciarios, art. 17.

⁹⁶ LMV, art. 17

⁹⁷ Ibid, art. 17

señaladas por el constituyente conforme a las instrucciones establecidas en el contrato constitutivo.

- La finalidad de esta modalidad puede ejecutarse en lo referente a la propia administración o gestiones de administración pero únicamente cuando se refieran a actividades de desarrollo y ejecución de proyectos inmobiliarios.
 - La propia Codificación determina ciertas condiciones y parámetros regulatorios específicos referentes a esta figura.
- d) Modalidad de Fideicomiso De Inversión: La norma⁹⁸ ecuatoriana indica que la modalidad del fideicomiso de inversión tiene por finalidad la transferencia de valores o dinero propiedad del fideicomiso con la finalidad de que dichos bienes se administren o inviertan conforme a las instrucciones establecidas en el contrato constitutivo.
- Si no existe una definición clara de la política de inversión, la Ley faculta a que el fiduciario maneje la misma conforme a su discrecionalidad considerando ciertas limitaciones de porcentajes de inversión establecidos en la propia Ley.
 - La Ley determina que el riesgo de la pérdida de la inversión es de exclusiva responsabilidad del inversionista.
- e) Modalidad de Procesos de Titularización: La norma⁹⁹ ecuatoriana indica que la modalidad del fideicomiso de titularización tiene por finalidad la transferencia de activos que existen o se espera que existan con la finalidad de titularizar dichos activos.

Se aclara que en el capítulo de esta tesis se ha estudiado y analizado en forma resumida las principales características del fideicomiso mercantil, puesto que; el tema principal que atañe a esta investigación se refiere al fideicomiso de garantía, tema que se profundizará en los siguientes capítulos.

⁹⁸ Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, Título V Negocios Fiduciarios, art. 17.

⁹⁹ LMV, art. 17

Capítulo segundo

El fideicomiso mercantil como medio de garantía

2.1. Fideicomiso de garantía

Como analizamos en el capítulo anterior de esta tesis, existen antecedentes históricos a través de los cuales sirvieron para crear lo que hoy se conoce como fideicomiso mercantil de garantía. Así, brevemente a manera de introducción mencionaré que la figura del fideicomiso mercantil de garantía nace históricamente a criterio de los doctrinarios en el Derecho Romano con la figura de la *fiducia cum creditore*: *Roberto González Torres manifiesta*: “[...] no obstante que en ella era el acreedor quien detentaba la cosa transferida por su deudor.”¹⁰⁰.

Pedro F. Gutierrez indica: “El segundo, el negocio fiduciario de garantía (*fiducia cum creditore*), supone la transmisión de derechos al fiduciario con el objeto de que este cumpla con alguna obligación, o para asegurar el cumplimiento de la misma. Dentro de estos negocios se encuentra el fideicomiso financiero, de gran desarrollo en la actualidad.”¹⁰¹

Cabe señalar, que así también en el trust anglosajón o en el derecho germano¹⁰² también se reconoce pre existencia del fideicomiso mercantil de garantía.

¹⁰⁰ González Torre, “El Fideicomiso”, 140.

¹⁰¹ Pedro F. Gutierrez, “Los Fideicomisos y las Obligaciones Negociables” (Argentina, Ed. Jurídicas Cuyo, 1998), 54.

¹⁰² En el derecho germano se conoció la denominada prenda inmobiliaria. El deudor transmitía a su acreedor, con fines de garantía, un bien inmueble mediante la entrega de una carta venditionem y al mismo tiempo obligaba al acreedor con una “contra carta a la restitución del primer documento y del inmueble transferido, en caso de que el deudor cumpliera puntualmente con su obligación.” Hugo Hernández Pérez, “El fideicomiso de garantía y la llamada ejecución fiduciaria”. Tesis de grado. Ciudad de México. Escuela Libre de Derecho, 1982, 117, citado por Sergio Rodríguez Azuero, “Negocios Fiduciarios, su significación en América Latina” (Colombia, Ed. Legis S.A., 2005), 461.

Ahora bien, en lo que respecta a la legislación ecuatoriana, para efectos introductorios e informativos señalaré que existen ciertas disposiciones con marcos regulatorios muy generales respecto al fideicomiso mercantil de garantía; así se encuentran las disposiciones establecidas en el Título V Negocios Fiduciarios, artículo 5, de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, norma que fue explicada en el capítulo 1, numeral 1.2.3 de esta tesis. Por otro lado, el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero en la Ley de Mercado de Valores señala la forma de utilización de esta figura para las instituciones financieras¹⁰³ (disposición que se estableció con la reforma legal de la Ley Orgánica de Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil) y posteriormente menciona a esta figura como uno de los mecanismos de garantía dentro de los procesos de titularización.¹⁰⁴ El análisis legal comparado de estas reformas legales y su incidencia en la legislación ecuatoriana, será explicada y analizada en el capítulo tres de esta tesis, por lo que en este momento, únicamente a manera de guía introductoria he mencionado los puntos sustanciales respecto a dichas normas.

Tomando en cuenta lo anteriormente señalado respecto a la legislación ecuatoriana, sí cabe destacar que antes de la reforma legal que se ejecutó con la Ley Orgánica de Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil¹⁰⁵, la Ley de Mercado de Valores no establecía ninguna restricción referente a la forma de utilización del fideicomiso mercantil de garantía, en cambio; como estudiaremos más adelante con la reforma legal del veinte de mayo de dos mil catorce, esta modalidad de garantía se restringió a ciertas actividades que analizaremos en su momento.

Algunos doctrinarios concuerdan que el fideicomiso de garantía, es una figura legal que suple en forma eficiente a las figuras más antiguas y conocidas del Código Civil como la prenda, la hipoteca y la fianza; sobre todo destacan la importancia de la eficacia en lo que se refiere no sólo a la constitución de la figura sino también a la ejecución del bien en caso de incumplimiento de la obligación, es por ello; que en este capítulo decidí abordar la definición, elementos y características del fideicomiso de

¹⁰³ LMV, artículo innumerado a continuación del art. 120.

¹⁰⁴ Ibid, art. 150.

¹⁰⁵ Ecuador, Ley Orgánica de Fortalecimiento, Optimización del Sector Societario y Bursátil [2014], Registro Oficial, Suplemento No. 249 (20 de mayo de 2014).

garantía, luego como un aporte al ámbito práctico analizo la forma de estructuración del contrato de fideicomiso mercantil de garantía y finalmente señalo las ventajas y desventajas de esta figura.

Finalmente, dentro de esta breve introducción, es válido recalcar que la figura del fideicomiso mercantil de garantía ha tenido algunas contraposiciones respecto a su utilidad y su forma de constituirse indicando que al plantearse esta figura se viola el derecho de la defensa y el de jurisdicción de los órganos de administración de justicia; teorías que a la vez han sido rebatidas por los doctrinarios a través del principio de la autonomía de la voluntad privada que prima en el contrato de fideicomiso mercantil de garantía aceptado por las partes intervinientes con todos los términos y condiciones que rigen la utilización de esta figura jurídica para cada caso particular.

2.1.1. Definición, elementos constitutivos y características del Fideicomiso Mercantil de Garantía

En este subtema, es importante señalar que para una mejor comprensión del tema, he resuelto analizar la definición del fideicomiso mercantil de garantía y sus características en forma conjunta.

Como mencioné anteriormente, el fideicomiso mercantil de garantía legalmente está definido en el Ecuador en el Título V Negocios Fiduciarios, artículo 17 de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, en dicha norma se establece que esta figura jurídica es una modalidad del fideicomiso mercantil ecuatoriano. La definición legal es la siguiente: “[...] 1. De garantía: entiéndase por fideicomiso de garantía, al contrato en virtud del cual el constituyente, que generalmente es el deudor, transfiere la propiedad de uno o varios bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de una o varias obligaciones claramente determinadas en el contrato. [...]”

De esta definición legal puedo analizar lo siguiente:

1. El fideicomiso mercantil de garantía instrumenta su constitución a través de un contrato.

La redacción del contrato es importante en la constitución de esta modalidad de fideicomiso, puesto que; en este constan todos los términos y condiciones que acuerdan las partes intervinientes en el fideicomiso y del contenido del mismo dependerá primero la forma en la que se crea la garantía para el cumplimiento de la obligación y segundo la forma de ejecución de la garantía para respaldar la obligación que tiene el deudor con el acreedor.

Es lógico deducir que el contrato de constitución de este tipo de fideicomisos se deberá regir a las estipulaciones generales establecidas en la Ley de Mercado de Valores, sin embargo; cabe destacar que este tipo de contratos se estructuraran con cláusulas específicas que serán desarrolladas de conformidad a la aplicación de cada caso y del tipo de garantía determinado.

A continuación enumeraré los requisitos mínimos que debe contener el contrato de fideicomiso mercantil de garantía, conforme Ley de Mercado de Valores:¹⁰⁶

- 1.1. La Identificación de las partes intervinientes en el contrato.
- 1.2. Una declaración juramentada del constituyente, la cual deberá contener: la procedencia legítima de los bienes que se transfieren al fideicomiso, el objeto lícito del contrato y la no existencia de perjuicios a los acreedores.
- 1.3. El objeto del contrato (transferencia de la propiedad de los bienes al fideicomiso mercantil).
- 1.4. Delimitar los derechos y obligaciones de las partes intervinientes en el contrato.
- 1.5. La remuneración del fiduciario.
- 1.6. La denominación del fideicomiso, considero que esto es con el objeto de identificar e individualizar el patrimonio autónomo que se deriva de cada fideicomiso mercantil constituido.
- 1.7. Causa y forma de terminación del fideicomiso mercantil
- 1.8. Causas de sustitución del fiduciario y su procedimiento.
- 1.9. Las condiciones referentes al manejo y entrega de los bienes y liquidación del fideicomiso mercantil.

¹⁰⁶ LMV, art. 120

Los requisitos señalados anteriormente, son los requisitos generales, por lo que es importante recordar que la Ley prevé la existencia de requisitos adicionales, los cuales podrán ser agregados al contrato dependiendo si el caso lo amerita.

Es importante señalar que en este mismo capítulo se analizará con detenimiento la estructuración del contrato, por lo que en este momento solo señalaremos únicamente las formalidades generales.

Los sujetos intervinientes en este tipo de fideicomiso son el deudor (generalmente el constituyente) y el acreedor (beneficiario). Es importante señalar que del fiduciario en la primera definición que realiza la Ley no menciona nada, pero es sobreentendido que es un sujeto interviniente esencial en esta figura y que única y exclusivamente las compañías Administradoras de Fondos y Fideicomisos pueden ejercer la calidad de fiduciarios respecto a los fideicomisos mercantiles.

Cabe puntualizar que el contrato de garantía fiduciaria, es un contrato accesorio, que nace producto de la ejecución de un contrato o negocio principal, por lo que el contrato fiduciario, seguirá la suerte de este contrato principal, y muchos de sus elementos esenciales serán similares y en estricto sentido dirigidos a generar la cobertura necesaria que requiere ese contrato o negocio principal, que es del cual surge la obligación a garantizar. Por lo tanto, a mi criterio; la modalidad del fideicomiso mercantil de garantía es una herramienta jurídica, que como hemos mencionado anteriormente, ha sido utilizada como una figura accesorio que se deriva de un contrato principal, esto se explica porque la relación entre acreedor y deudor primero nacerá de un contrato principal que establecerá obligaciones entre las partes intervinientes, las mismas que deciden acudir al fideicomiso mercantil de garantía, el cual constituiría el contrato accesorio con el cual se pretende asegurar al acreedor con respecto a las obligaciones que mantiene en su favor el deudor frente a un eventual incumplimiento.

Así, es importante precisar algunos conceptos doctrinarios respecto al contrato principal y el accesorio, como soporte de las razones de porque se considera al fideicomiso mercantil de garantía como accesorio: “Contratos principales y accesorios: Este vínculo se configura cuando un contrato es la razón de la existencia del otro (...). El contrato principal influye sobre el accesorio, en el sentido de que si se extingue el

crédito, produce, por efecto derivado, la de la garantía. Tampoco hay influencia sobre la tipicidad, puesto que cada uno la conserva con toda nitidez.”¹⁰⁷

“Principales y accesorios: Esta clasificación toca más con las obligaciones derivadas de los contratos que los contratos mismos, por cuanto, llenados los requisitos previstos por la ley, todo contrato tiene existencia por sí mismo y no depende, en un momento dado, de un contrato diferente. Lo que ocurre es que las obligaciones surgidas de un contrato pueden ser accesorias en relación con las surgidas de otro distinto y, en este sentido, siguen la suerte de las correspondientes al denominado contrato principal. (...)”¹⁰⁸

Al tenor de lo expuesto, el contrato de garantía fiduciaria, constituido es válido y existe por sí mismo, sin embargo sus efectos, fines, derechos y obligaciones que de estos surgen y sobre todo la ejecución y aplicación de este contrato deriva en accesorio, supeditado al incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato principal, pudiendo incluso nunca ejecutarse, si es que el contrato principal se extingue de manera natural, es decir ; por el cumplimiento de su objeto y finalidad.

Cabe destacar que la calidad de los sujetos intervinientes son elementos constitutivos que ayudan a reconocer en forma esencial como tal la figura del fideicomiso de garantía, pues como se explica en la definición el deudor en su calidad de constituyente crea el fideicomiso para que sus bienes conformen el patrimonio autónomo que es a su vez el medio de garantía para el cumplimiento de la obligación, caso contrario; si la obligación no es cumplida por el deudor, dichos bienes son ejecutados para garantizar el cumplimiento de la obligación hacia el acreedor.

Si bien la definición legal no establece nada directamente respecto al beneficiario, en los casos prácticos de fideicomisos mercantiles de garantía, el beneficiario es el acreedor o un tercero que está vinculado en sí a la obligación con respecto a la cual se constituyó el fideicomiso.

En este punto considero importante resaltar la explicación de los doctrinarios respecto a la importancia de porque se considera importante la instrumentación del

¹⁰⁷ Juan Carlos Pratesi (H), “Clasificación de los Contratos”, en Ernesto E. Martorell, Dir., Tratado de Derecho Comercial, tomo II (Buenos Aires: La Ley, 2010), 56. ”

¹⁰⁸Sergio Rodríguez Azuero, “Contratos Bancarios, Su Significación en América Latina” (Colombia, Ed. A B C Cia. Ltda., 1990), 83.

fideicomiso mercantil de garantía. Precisamente los doctrinarios resaltan que en la figura del fideicomiso mercantil de garantía; el constituyente (deudor) es el que activa que se cumpla el efecto del contrato de constitución, pues es él que al no cumplir su obligación enciende la luz verde para que el fiduciario realice la ejecución de la garantía y con ello satisfaga la obligación del beneficiario (acreedor). Así también, cabe explicar; la mayor ventaja de esta figura sobre otras es pues que el proceso de ejecución y liquidación de los bienes se encuentra predeterminado en el contrato de constitución (contrato en el que constan las instrucciones al fiduciario con respecto a los bienes transferidos al fideicomiso) con lo que el solo incumplimiento de la obligación determina dicha ejecución y liquidación evitando de esta manera la iniciación de un nuevo proceso legal para liquidar bienes y satisfacer la obligación incumplida, procedimiento que hay que ejecutar con las otras figuras jurídicas de garantía establecidas en el Código Civil.

“Hemos expresado a menudo nuestra posición respecto al beneficiario, para sostener que, en nuestro sentir, no es parte en el contrato sino destinatario de una estipulación a su favor que, una vez aceptada, le otorga los derechos que en el contrato fundamental se consagran y las eventuales obligaciones a su cargo que se hayan previsto pues, simultáneamente, puede haber también una estipulación por otro. Pero es obvio que a partir de dicha aceptación pasa a jugar papel protagónico en el contrato pues no solo el subsiste en su evidente interés, sino que dependerá de su solicitud, normalmente, que se eche a andar el procedimiento de venta. Es decir, dependerá de su aviso sobre el no cumplimiento de la obligación garantizada el que se active el proceso enderezado a vender el bien.

Pero lo que aquí queremos destacar, en forma adicional, es que hemos calificado el contrato como de colaboración, porque ninguno de los interesados puede descansar exclusivamente en las obligaciones que los demás asumen, ni suponer, de ordinario, que pueden guardar posición pasiva, sino que el concurso entre ellos suele ser requisito para el éxito del contrato.”¹⁰⁹

2. Los bienes transferidos a título de fideicomiso mercantil aseguran el cumplimiento de la obligación.

¹⁰⁹ Rodríguez Azuero, “Negocios Fiduciarios su significación en América Latina”, 467.

En este punto, cabe señalar que; el deudor (constituyente) al otorgar el fideicomiso mercantil de garantía transfiere jurídicamente bienes de su propiedad al patrimonio autónomo del fideicomiso con la única finalidad de que ellos constituyan un medio de garantía del cumplimiento de su obligación u obligaciones.

Por otro lado, respecto a los constituyentes que actúan en el fideicomiso mercantil de garantía, es importante indicar que dentro del marco regulatorio de la última reforma a la Ley de Mercado de Valores del año dos mil catorce, se estableció la prohibición legal expresa para aquellas personas naturales, jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras y para las instituciones del sistema financiero para actuar en calidad de constituyentes de fideicomisos mercantiles de garantía sobre vehículos y adicionalmente se restringió únicamente a que la modalidad de este tipo de fideicomisos se constituya sobre los siete tipos de operaciones crediticias que establece el artículo innumerado incorporado a continuación del artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores, mismo que analizaremos más adelante en este trabajo investigativo.

El acto de transferencia de los bienes da a su vez lugar al patrimonio autónomo del fideicomiso, elemento constitutivo fundamental en esta figura porque es precisamente el objeto del contrato que asegura el cumplimiento de la obligación.

Adicionalmente, considero importante señalar las siguientes deducciones con respecto al patrimonio autónomo:

- La naturaleza del patrimonio autónomo siempre será separada e individualizada del patrimonio del constituyente, característica importante porque dicha individualización servirá al fiduciario para realizar su función de garantía de cumplimiento de obligación de la deuda del constituyente mediante la liquidación de bienes que servirá para satisfacer la obligación incumplida.
- La transferencia de la propiedad de los bienes del constituyente al fideicomiso, característica importante de la que se deriva que el dominio de la propiedad de los bienes transferidos pasan al fideicomiso y que hace que el fiduciario tenga esa potestad de manejo y administración de los bienes para el cumplimiento de la garantía.
- Respecto al tipo de bienes que pueden transferirse en esta modalidad de fideicomisos, como ya hemos analizado anteriormente, la Ley permite el

aporte de bienes muebles, inmuebles, corporales e incorporales, existentes o futuros. No obstante, es importante indicar que en el caso particular del fideicomiso mercantil de garantía ecuatoriano respecto a los bienes que se pueden aportar a fideicomisos mercantiles de garantía , como he mencionado anteriormente, existe una disposición expresa para las instituciones financieras que manejan este tipo de fideicomisos, la cual consiste en que la propia Ley¹¹⁰ delimita cuales son las operaciones crediticias que pueden estar respaldadas por garantías constituidas mediante fideicomiso y adicionalmente establece como prohibición expresa la constitución de fideicomisos mercantiles de garantía sobre vehículos, excluyendo por lo tanto a este tipo de bienes muebles corporales de esta modalidad. En el capítulo tres analizaré más detenidamente el artículo innumerado (que sigue al art. 120 de la LMV) que contiene la disposición legal a la cual me refiero en este párrafo.

Cabe señalar que, si bien no es una regla general, en su mayoría, los bienes aportados al fideicomiso y que funcionan como garantía real y adecuada son aquellos que fueron adquiridos mediante el financiamiento respectivamente otorgado a través de la obligación principal que mantiene el deudor con el acreedor, casos en los cuales el patrimonio autónomo se configura con los bienes adquiridos, producto de la concesión del financiamiento.

El patrimonio autónomo en esta modalidad debe contemplar todas las formalidades que la Ley exige para que sean válidos sus efectos frente a las partes intervinientes y a terceros que puedan tener la intención de reclamar los bienes que conforman dicho patrimonio autónomo. Por ello, el papel del fiduciario para este tipo de fideicomisos de garantía debe contemplar que todas las formalidades de transferencia de dominio hayan sido cumplidas conforme a la Ley para que cuando tenga que realizar su función de liquidación de bienes pueda ejecutar dicha función sin ningún tipo de impedimento y por ende concluya la finalidad del fideicomiso que es la de garantizar la obligación.

¹¹⁰ LMV, artículo innumerado (art. ...) que sigue al art. 120.

El patrimonio autónomo que está constituido por los bienes fideicomitidos, con las nuevas reformas realizadas a la Ley de Mercado de Valores del año dos mil catorce, delimitan y restringen el objeto del fideicomiso mercantil de garantía. Así, actualmente la Ley permite solamente el uso de esta modalidad de fideicomiso en ciertas operaciones crediticias (las cuales analizaremos posteriormente), causando consecuentemente que el fideicomiso mercantil de garantía ya no sea abierto como lo era antes del año dos mil catorce y más bien sea un fideicomiso con objeto restringido y totalmente limitado, debido a que su uso principalmente es atribuido a las instituciones del sistema financiero y respecto a cierto tipo de bienes. Aunque esta modalidad de fideicomiso, como he mencionado tiene limitaciones respecto al tipo de obligaciones que puede garantizar, si es necesario mencionar que; este fideicomiso puede ser considerado como una garantía abierta y exclusiva, por la posibilidad de seguir incorporando obligaciones y acreedores dentro del mismo fideicomiso.

Por último, el aseguramiento de la obligación, que es el otro elemento constitutivo, es pues; la esencia del fideicomiso de garantía. Esto se explica porque los bienes que constituyen el patrimonio autónomo del fideicomiso serán utilizados por el fiduciario en base a las instrucciones establecidas en el contrato de fideicomiso para que cuando el constituyente no cumpla con la obligación a la que se comprometió con su acreedor (beneficiario), sea el fiduciario quien intervenga para el aseguramiento del cumplimiento de dicha obligación con la liquidación de los bienes de ese patrimonio autónomo. De allí, la importancia en que la Ley ecuatoriana determina expresamente que la fiduciaria no se convierte en deudor principal o solidario ni avalista de la obligación garantizada sino que simplemente es una herramienta que se asegura de cumplir todas las instrucciones establecidas en el contrato del fideicomiso con respecto a la garantía de la obligación.

De lo expuesto, se concluye entonces que los elementos constitutivos del fideicomiso mercantil de garantía son: sus sujetos intervinientes (constituyente, fiduciario y beneficiario), el objeto del contrato (patrimonio autónomo) y la finalidad del contrato (el aseguramiento del cumplimiento de la garantía); elementos que los hemos analizado en los puntos anteriores.

Adicionalmente, considero importante señalar algunas definiciones doctrinarias respecto a esta modalidad de fideicomiso:

“Básica y simplificada, mediante fideicomiso de garantía un deudor actual o potencial transfiere fiduciariamente uno o más bienes a un fiduciario con la instrucción de mantener su propiedad, administrarla –por sí, por un tercero o por el propio deudor- designando como beneficiario al acreedor o bien instruyendo al fiduciario para que se obligue, como garante con los acreedores que indique el fideicomitente, a destinar los bienes o su producido a atender las obligaciones garantizadas que no sean cumplidas, sean ellas anteriores, concomitantes o futuras, respecto del fideicomiso de garantía.”¹¹¹

“Bajo una noción sencilla puede decirse que mediante la fiducia en garantía una persona, normalmente el deudor, transfiere uno o más bienes al fiduciario con el propósito de que los administre y que proceda a venderlos para el pago de las obligaciones que con ellos se garanticen, de no ser estas satisfechas en su oportunidad.”¹¹²

Para concluir y tomando en cuenta tanto la definición legal como la doctrinaria puedo señalar que el fideicomiso mercantil de garantía, a mi criterio, es una figura jurídica mediante la cual el constituyente (deudor) transfiere un bien o bienes determinados al fideicomiso mercantil (bienes fideicomitados) para otorgarlos como garantías al beneficiario o beneficiarios (acreedores) con la finalidad de que en caso de que el constituyente no cumpla con la obligación que tiene con el beneficiario o beneficiarios, el fiduciario cumpla con las instrucciones que constan en el contrato de fideicomiso y satisfaga la obligación incumplida del constituyente conforme a los términos preestablecidos en el contrato.

Finalmente, en mi opinión personal, respecto a las características más destacadas del fideicomiso mercantil de garantía, puedo indicar las siguientes:

- La calidad de los sujetos intervinientes, constituyente (deudor) y beneficiario (acreedor) es uno de los elementos esenciales que va a demarcar el otorgamiento de fideicomisos de garantía.
- El elemento esencial en un fideicomiso mercantil de garantía y que define principalmente su modalidad es sin duda; la finalidad en base a la cual se

¹¹¹ Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski, “Teoría y Práctica del Fideicomiso” (Buenos Aires, Ed. Depalma, 2002), 3-4.

¹¹² Rodríguez Azuero, “Negocios Fiduciarios su significación en América Latina”, 464.

constituye el contrato de fideicomiso, la cual es a mi criterio, que el resultado final sea que el fiduciario satisfaga la obligación incumplida del constituyente hacia el beneficiario.

- La garantía otorgada en el fideicomiso mercantil siempre deberá contemplar dos características importantes:
 1. Que el tipo de bienes que son transferidos al fideicomiso constituyan un verdadero respaldo del cumplimiento de la obligación y;
 2. Que el procedimiento de ejecución referente a las garantías se estructure de una forma adecuada, de manera tal que contenga todas las características (formalidades, duración, plazos, modos de ejecución y liquidación, etc.) que sean necesarias para que al momento de ejecutarse las garantías otorgadas en el fideicomiso el producto de estas o ellas mismas satisfagan la obligación incumplida.
- El contrato del fideicomiso definirá las condiciones y términos entre los sujetos intervinientes y respecto a la garantía y su finalidad, en base a la propia voluntad de dichos sujetos.
- El fiduciario debe tener claro que su función dentro de este tipo de fideicomisos deberá contemplar no solamente la forma de la ejecución de garantías sino también la administración, manejo y custodia de los bienes que conforman el patrimonio autónomo del fideicomiso, pues de ello dependerá el éxito de la finalidad del otorgamiento de esta figura jurídica.

2.1.2 Estructuración del Fideicomiso Mercantil de Garantía.

Con respecto a este tema cabe mencionar, que para efectos didácticos para esta investigación, utilizaré un contrato tipo de una administradora de fondos y fideicomisos ecuatoriana, con la finalidad de analizar de qué manera en la práctica se estructuran los fideicomisos mercantiles en el Ecuador y sobre todo para estudiar los elementos que se deben tomar en cuenta al momento de establecer las condiciones y términos del contrato de fideicomiso de garantía que finalmente servirán para que el resultado de la liquidación y ejecución de garantías sea exitosa para el acreedor y de esta manera sustentar la importancia de función del fiduciario en este tipo de fideicomisos.

En forma previa a analizar el contrato, el mismo que se adjunta como anexo uno¹¹³ a este trabajo investigativo, considero importante señalar que a criterio de los doctrinarios la forma más conocida y común para el otorgamiento y estructuración de contratos de fideicomiso mercantil es en la que el deudor actúa en calidad de constituyente del fideicomiso y el beneficiario o beneficiarios no son más que los acreedores. En esta figura existe una relación directa entre deudor y acreedor.

Los doctrinarios Silvio V. Lisoprawski y Claudio M. Kiper explican: “El acreedor es el beneficiario o fideicomisario del fideicomiso. Se vincula a él por vía de aceptación del beneficio y, con ello, integra, como estipulación a favor de tercero, la relación convencional –con sus ventajas y desventajas--. Es decir, se ‘complica’ y se ata de alguna manera a la suerte del contrato y a la relación fiduciante-deudor-fiduciario.”¹¹⁴

Así también, Eduardo G. Clusellas y Carolina Ormaechea explican: “El fiduciante será quien transfiera bienes o cosas de su propiedad para garantizar el cumplimiento de las obligaciones (...). El o los acreedores, como tales, asumirán el rol de beneficiarios. Revisten el carácter de terceros en cuyo favor se ha constituido la garantía, y no son parte del contrato. Como consecuencia, para gozar de sus efectos, deberán operar un acto expreso de aceptación de su designación como beneficiario.”¹¹⁵

En el Ecuador, la estructuración de la modalidad de fideicomiso mercantil de garantía se efectúa constituyendo esta relación deudor y acreedor en forma directa, en la que el primero es el constituyente y el segundo es el beneficiario conforme a las regulaciones establecidas por la propia Ley y el propio contrato de fideicomiso mercantil de garantía, como se ha explicado en esta tesis.

Por otro lado, considero importante para mi investigación analizar en la práctica como se estructura este tipo de fideicomisos y de esta manera a mi criterio establecer que cláusulas son primordiales y que deben constar dentro de la estructuración de este

¹¹³ Anexo Uno, Notaría Tercera, Quito, 8 de marzo de 2012, Archivo, FIDEVAL S.A, Escritura de Contrato de Constitución de Fideicomiso Mercantil.

¹¹⁴ Lisoprawski y Kiper, “Teoría y Práctica del Fideicomiso”, 8.

¹¹⁵ Clusellas y Ormaechea, “Contratos con garantía fiduciaria”, 131.

tipo de fideicomisos para una mejor ejecución de garantías y el consecuente cumplimiento de la finalidad de esta modalidad de fideicomisos.

Previo al análisis es importante resaltar que el estudio investigativo de la estructuración del contrato se realizará en base al mismo orden y contenido que conste en el contrato de fideicomiso que se anexa a este trabajo investigativo y además que por el objeto de mi investigación, se analizará más detalladamente aquellas cláusulas que contengan el procedimiento convencional de ejecución, instrucciones del fiduciario y los derechos y obligaciones del fiduciario, por ser el contenido de estas cláusulas, el tema más relevante y de utilidad para los fines de esta tesis.

Como se puede observar, en el anexo uno de esta tesis, la estructura de los contratos de fideicomiso mercantil divide los puntos esenciales en cláusulas contractuales que contienen los términos y condiciones a las que las partes han llegado por medio de un acuerdo voluntario y autónomo respecto al negocio fiduciario al que han decidido obligarse, así; en todo contrato de fideicomiso mercantil de garantía se encontrará las siguientes partes estructurales:

- a) Identificación de las partes.- Como indicamos anteriormente, en todo contrato de fideicomiso, va a constar la identificación de los sujetos que intervienen en el contrato. Sin embargo lo relevante en la modalidad de los fideicomisos de garantía es que dentro de la identificación de las partes se señala quien es el deudor, quien el acreedor y por supuesto quien es el fiduciario que a la final es el responsable de la ejecución de este contrato.

En el caso en análisis en particular el acreedor es un banco y la deudora es una compañía, la fiduciaria una administradora de fondos y fideicomisos debidamente constituida en el Ecuador, por lo que; en este caso todos los sujetos intervinientes actúan a través de su representante legal.

- b) Antecedentes.- Esta cláusula contendrá todos los hechos ocurridos previamente a la constitución del Fideicomiso, dichos hechos variaran de acuerdo a cada caso en particular.

Dentro de los hechos relevantes en este caso, se explica que hubo una cesión de derechos fiduciarios previo a otorgarse el fideicomiso que estudiaremos y que conjuntamente se produjo una sustitución de fiduciarias cambiando a su vez la denominación del fideicomiso.

Adicionalmente dentro de los antecedentes del contrato se detallan los siguientes puntos relevantes a ser tomados en cuenta:

- Que el deudor tiene obligaciones de crédito con el acreedor, las cuales se garantizarán con el patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil conformado por el aporte de los bienes que realiza el constituyente. (Cláusula segunda, numeral ocho constante en el anexo 1.)
- La modalidad del fideicomiso que en este caso es un fideicomiso mercantil de garantía. (Cláusula segunda, numeral nueve constante en el anexo 1.)
- La validez del fideicomiso como medio de garantía de aceptación expresa por las partes. En este punto cabe mencionar que se reconoce expresamente que a la existencia del fideicomiso de garantía existe también un documento de crédito que respalda la obligación. (Cláusula segunda, numeral diez constante en el anexo 1.)

De los antecedentes, puedo concluir que su importancia dentro del contrato es dar un soporte cronológico de hechos que ayudan a entender la manera y por qué se otorga el fideicomiso como tal.

- c) Glosario de términos.- Esta cláusula establece el significado que deben dar las partes a las palabras que constan en el contrato. La finalidad de esta cláusula a mi criterio es otorgar una definición clara respecto a las interpretaciones de las partes respecto al contenido del contrato.

En los fideicomisos de garantía considero que es más aún importante otorgar estas definiciones sobre todo con respecto a particularidades que se puedan derivar de las garantías. Así por ejemplo, en el contrato en análisis, se aclara que los bienes fideicomitados son los derechos fiduciarios de beneficiario que derivan en las siguientes facultades: solicitar la restitución de los bienes aportados al patrimonio del fideicomiso, aclarando por sobre todo que esta facultad incluye el derecho a recibir del Fideicomiso ciertos valores correspondiente a utilidades de la Compañía, en la cual el fideicomiso es propietaria del mayor porcentaje accionario. (Cláusula tercera, numeral siete constante en el anexo 1.)

Cabe destacar, que la utilización e incorporación de la cláusula – glosario de términos- proviene del sistema anglosajón, cláusula que es muy utilizada en los contratos americanos, para definir y delimitar la interpretación contractual de las partes

intervinientes. Ahora bien, sí el uso de esta costumbre anglosajona se ha incorporado en los contratos de constitución de fideicomisos incluyendo en el de fideicomiso mercantil de garantía, en cambio; en mi opinión personal se debe tener sumo cuidado en lo que respecta a qué términos se definen y cuáles no son necesarios incluir una definición, debido a que en el ámbito práctico dentro de la redacción contractual de esta cláusula, las fiduciarias pueden caer en la incorporación de definiciones innecesarias y más bien crear un documento contractual torpe y con un contenido pobre. Es por esta razón que; si considero necesario aclarar que en el ámbito práctico, la cláusula contractual – glosario de términos- debe contener solamente aquellas definiciones que sean necesarias para la interpretación contractual y que puedan realmente generar una utilidad en el momento de entender la voluntad de las partes.

En conclusión, el glosario de términos puede ser tan amplio como las partes crean pertinente y necesario detallar en el contrato, sin embargo; personalmente sí recomendaría que esta cláusula contenga definiciones de todos aquellos términos que puedan generar dudas dentro de la figura de fideicomiso que se va a estructurar, esto con el afán de no tener contingencias de conflictos legales sobre temas de interpretación contractual.

- d) Naturaleza del contrato.- En esta cláusula se determina la modalidad del fideicomiso, que conforme al objeto de estudio es de garantía y se establece la condición de irrevocabilidad del contrato de fideicomiso, lo que permite expresamente que las partes aceptan y declaran que no podrá modificarse el contrato salvo consentimiento unánime.
- e) Declaración juramentada.- En esta cláusula es importante destacar que las además de las declaraciones generales que la Ley establece, las partes pueden incluir otras declaraciones que sustenten la figura contractual.

En el caso del fideicomiso de garantía, considero importante destacar que en el contrato analizado, me llamo la atención el ítem que establece: “ii) que ha concebido al FIDEICOMISO que se instrumenta por el presente contrato, como instrumento idóneo para la consecución de los acuerdos previos alcanzados con el Acreedor”, ítem que cito textualmente porque considero importante ya que las partes al declarar lo señalado anteriormente, a mi criterio, primero aseveran su voluntad de que lo establecido en el contrato se realizó previa aprobación y acuerdo tanto del acreedor como el deudor y le

da la fortaleza de medio adecuado e idóneo a la garantía para el cumplimiento de la obligación que tiene el deudor con respecto a su acreedor.

- f) Transferencia de dominio y aporte a título de fideicomiso mercantil.- Esta cláusula es importante porque contiene la voluntad de la transferencia de los bienes al patrimonio autónomo del fideicomiso y porque determina que la transferencia que se realiza es temporal y únicamente para los fines de garantía para los cuales las partes constituyen el contrato de fideicomiso.

Cabe destacar que en esa cláusula además de las características obligatorias que establece la Ley con respecto al aporte de los bienes, si es importante que en los fideicomisos de garantía se resalté sobre todo la forma de valoración de los bienes y su efecto, hecho importante, pues es el valor que se dé a los bienes lo que finalmente constituye la determinación de la valoración económica de la garantía otorgada por el deudor.

Con respecto al fiduciario, dicha valoración, en cambio; es importantísima puesto que delimita que dentro de su responsabilidad esta la forma de la ejecución de la garantía más no el valor comercial, económico o financiero que se otorga a los bienes sino que traslada esa responsabilidad al perito técnico designado por las partes indicando expresamente en el contrato que la valoración y registro es el que instruya el constituyente en base a los respaldos pertinentes (avalúo, informe de avalador, aprobación y aceptación del avalúo por parte del constituyente, etc.). En mi opinión personal, en lo que respecta al avalúo de las garantías y el papel del fiduciario, considero que la responsabilidad del fiduciario como profesional especializado se limita a la revisión y validación en lo que se refiere a que el avalúo respete las condiciones normales y generales que deben tener este tipo de documentos, más el fiduciario no debería hacer apreciaciones o valoraciones respecto al valor determinado en el avalúo pericial, toda vez que una intervención de este tipo puede resultar perjudicial para una de las partes, afectando de esta manera la imparcialidad que debe mantener el fiduciario en la ejecución de la garantía y por esta razón personalmente considero que el único que debe realizar una opinión fundamentada sobre el valor a otorgarse a las garantías es el perito técnico especializado y no el fiduciario. Así, la intervención del fiduciario debe ser dirigida a informa a las partes, respecto del avalúo realizado por un perito calificado y ponerlo a su consideración a fin de que el perito

pueda acoger o negar de manera fundamentada las objeciones u observaciones que presente el deudor y acreedor, con el único fin de obtener un avalúo equitativamente justo para las partes.

Finalmente es importante la constancia expresa referente a que dentro de la responsabilidad del fiduciario no están contemplados los casos de descuido, pérdida, menoscabo, desvalorización o perjuicios de los bienes transferidos, sea por consecuencia de falta de recursos aportados al fideicomiso o casos de fuerza mayor o caso fortuito. Este punto es importante, para el tema de estudio, pues tiene efecto principal en delimitar claramente cuál es la responsabilidad del fiduciario con respecto a la custodia, mantenimiento y manejo de los bienes.

- g) Objeto.- Esta cláusula señala el objeto del fideicomiso constituido que en el caso en estudio es: constituir el patrimonio autónomo de bienes que garanticen las obligaciones del deudor y ejecución de garantía en caso de requerirlo conforme al proceso establecido en el contrato.

En el contrato que se adjunta, se establece que el contrato de fideicomiso de garantía constituye una segunda fuente de pago de obligaciones, sin embargo; como ya he explicado son las partes las que otorgan las condiciones respecto al contrato, pudiendo ser el fideicomiso la principal fuente de pago en otros casos.

- h) Régimen de beneficiarios.- Esta cláusula contempla el orden de los beneficiarios con respecto a la entrega de los bienes o los frutos de estos aportados en el fideicomiso, sea en caso de incumplimiento de la obligación por parte del deudor o porque este cumplió en sus obligaciones.

En el contrato que se analiza, existen no solo bienes existentes aportados al fideicomiso sino bienes de existencia futura que son las utilidades de la Compañía de la que es propietario el fideicomiso, por lo que en el contrato se establece también los términos a seguir con respecto a la repartición de dichas utilidades futuras.

Uno de los puntos importantes a destacar dentro de la estructuración de este contrato, es el hecho de respaldar el cumplimiento de pago de las obligaciones adeudadas y/o su extinción mediante una notificación por escrito que debe realizar el acreedor. La relevancia de la notificación escrita en la estructura contractual es que otorga un respaldo a las partes con respecto a la causa que motiva al fiduciario a extinguir el fideicomiso y con él las garantías.

- i) Instrucciones fiduciarias.- Esta cláusula constituye una de las partes medulares del contrato de fideicomiso de garantía, puesto que como su denominación lo indica contiene todas las indicaciones otorgadas por el constituyente al fiduciario con respecto al cumplimiento del objeto y finalidad del fideicomiso.

Para el caso del fideicomiso de garantía, en la estructuración de estos contratos, con respecto a las instrucciones fiduciarias se debe especialmente considerar:

- La iniciación y el desarrollo de procedimiento convencional de ejecución sea realizada previo solicitud escrita del beneficiario de acuerdo a los términos que se deben establecer en el mismo contrato de fideicomiso
- Determinar la forma, plazo y lugar de entrega del valor del producto de la venta de los bienes fideicomitados en caso de ejecutarse los bienes dados en garantía y determinar a quien se entrega el remanente de esta venta en caso de existir.
- Prever entrega de bienes como forma de dación en pago y determinar las condiciones para esta figura.
- Establecer a forma respecto a la restitución de bienes.
- Determinar el otorgamiento de procuraciones judiciales para efectos de defensa judicial y/o extrajudicial en lo que se refiere a los bienes fideicomitados y la forma de pago a los profesionales de dicha defensa y costos del proceso en sí.
- Prever reuniones y formas de acuerdo en lo que se refiere a circunstancias que no estén contempladas dentro del contrato de fideicomiso y establecer que decisión debe acatar el fiduciario en caso de no existir acuerdo entre las partes.
- En lo que respecta al fiduciario es importante señalar que en el ámbito práctico en aquellas garantías constituidas por contrato de fideicomiso mercantil se ha generado un cuestionamiento respecto a la forma de recuperación física de la posesión del bien; sobre todo cuando los bienes fideicomitados son bienes inmuebles, puesto que; la tenencia y custodia de estos bienes generalmente se encuentra a cargo del deudor, situación que se viabiliza y estructura a través de la figura del comodato precario (préstamo de uso). El cuestionamiento en particular consiste en que esta recuperación física del bien o esta toma de

posesión del bien, en la modalidad del fideicomiso mercantil de garantía, queda estructurada y establecida por las partes en el contrato de constitución del fideicomiso, proceso generalmente denominado como “procedimiento convencional de ejecución de la garantía”, el cual en el evento de no ser estructurado con el debido cuidado y con el conocimiento de lo que este proceso implica, pueda devenir en un proceso catalogado de ilegal y atentatorio contra el debido proceso y que puede por una mala aplicación atentar contra derechos fundamentales, tales como; el derecho a la inviolabilidad de domicilio, derecho al trabajo, a condiciones especiales de las personas que se encuentran en los inmuebles. Por tales razones el cuidado en la estructuración del proceso es fundamental para mitigar estos riesgos y establecer las condiciones, obligaciones y derechos de cada parte interviniente en el contrato de fideicomiso con el fin de que ante una eventual ejecución de la garantía no sea necesario para el fiduciario ejecutar todo aquello que le fue instruido, sin que su conducta afecte ni al deudor, ni al acreedor.

Así, es importante indicar que esta problemática es respondida y solventada, por los especialistas en el ámbito fiduciario a través de la figura del acuerdo voluntario previamente establecido entre el deudor y el acreedor que está contenido en forma expresa dentro del contrato de fideicomiso, precisamente en la denominada cláusula del procedimiento convencional de ejecución.

Para entender mejor esta problemática, recordemos entonces que el bien que es dado en garantía en el contrato de fideicomiso mercantil, no es liquidado y ejecutado sino hasta el incumplimiento de la obligación que tiene el deudor con el acreedor y toda vez que este incumplimiento ha sido puesto en el conocimiento del fiduciario. Es por esta razón que el momento de ejecutar la garantía, la recuperación de los bienes, debe estar sustentada en la entrega voluntaria del bien por parte del propio deudor, por lo que el cuestionamiento de cualquier proceso contrario respecto a la forma de recuperación del bien se rompe precisamente por la entrega voluntaria del bien que realiza el propio deudor al acreedor, mediante la utilización del procedimiento convencional de ejecución, procedimiento que se fundamenta y fortalece jurídicamente en la autonomía de la voluntad de las partes, que vuelvo a reiterar es ese acuerdo previo voluntario plasmado y establecido en forma expresa en el contrato de fideicomiso respecto a

todos los pasos que se seguirán para la ejecución y liquidación del bien o bienes fideicomitidos, procedimiento que a su vez es encomendado al Fiduciario para que sea él quien aplique y ejecute dicho procedimiento.

En consecuencia la actuación del Fiduciario respecto a todos los pasos que realiza para la ejecución y liquidación de los bienes fideicomitidos está respaldada por las propias instrucciones de los intervinientes, por lo que la entrega de los bienes, que surge a raíz o frente a un eventual incumplimiento del deudor y que principalmente corresponden a obligaciones dinerarias que mantiene con el Acreedor, es el motivo que viabiliza al fiduciario a exigir la entrega de los bienes sin violar ningún derecho del deudor.

Así mismo y aun cuando la figura del fideicomiso mercantil de garantía lo que pretende es una entrega voluntaria del bien, sí se han observado en el ámbito práctico muchos casos en que el deudor se niega a esta entrega, razón por la cual dentro del contrato de fideicomiso es que también se ha previsto la necesidad de contemplar cláusulas contractuales que establecen formas de exigir al deudor la entrega del bien mediante procesos judiciales o procesos alternativos de solución de conflictos.

- j) Procedimiento convencional de ejecución de garantía.- Como mencioné anteriormente, uno de los puntos más importantes en la estructuración de los fideicomisos mercantiles de garantía es el procedimiento que está contenido en el contrato de fideicomiso para la ejecución de las garantías, que es el fin medular de esta modalidad de fideicomiso.

Dentro de esta cláusula con respecto a la estructuración de su contenido es importante considerar lo siguiente:

- Indicar que el proceso para la ejecución de garantías es extrajudicial y convencional. Estas características son importantísimas porque las partes indican su voluntad de establecer sus propias condiciones y términos dentro del procedimiento de ejecución y manifiestan que dicho procedimiento se realizado de mutuo acuerdo, es decir; se respalda la libre autonomía de la voluntad.
- Determinar los pasos o actos que deben realizar cada uno de los sujetos intervinientes en el contrato de fideicomiso para dar inicio al proceso de ejecución. A continuación he analizado cada uno de los pasos establecidos

dentro del anexo 1 de esta tesis, que contiene el caso en estudio, los cuales son:

1. Notificación: Es el primer acto que debe realizar el beneficiario para comunicar al fiduciario respecto al incumplimiento de la obligación, la notificación es escrita y establece la forma y plazo respecto al incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor. Así mismo, se debe establecer el contenido de la notificación, el cual debería contener:

1.1. El plazo que indica el incumplimiento de la obligación (en el contrato analizado, el plazo máximo para el cumplimiento de la obligación es hasta treinta días o la declaración de plazo vencido por cualquier causa o instrumento legal.)

1.2. La constancia del incumplimiento de la obligación (en el caso en análisis por ejemplo se indica que debe constar el detalle y liquidación de las obligaciones impagas a la fecha de la solicitud).

1.3. La petición al fiduciario de dar inicio al procedimiento convencional de ejecución.

2. Comunicación del fiduciario al deudor: El segundo acto consiste en informar al deudor sobre el incumplimiento de su obligación y sobre todo que está solicitado ya el inicio del proceso de ejecución de garantías.

A mi criterio, esta comunicación procedimentalmente es importante porque es el acto mediante el cual se otorga al deudor el derecho a la defensa respecto al hecho del incumplimiento. Así mismo, se debe determinar el contenido de la comunicación:

2.1. El hecho de que el beneficiario ha solicitado el inicio del procedimiento de ejecución de garantías.

A mi criterio, dentro del contrato se debería establecer un plazo para que la fiduciaria comunique este hecho al deudor, por ejemplo veinticuatro horas desde que recibe la notificación de iniciación del procedimiento convencional de ejecución.

2.2. El plazo para que el deudor demuestre y justifique que ha cumplido la obligación que tiene con el acreedor y pueda suspender el proceso de ejecución de garantías.

A mi criterio, este plazo es fundamental, ya que es el momento oportuno dentro del proceso convencional de ejecución para que el deudor demuestre y justifique de manera sustentada que ha cumplido con la obligación que mantiene con el acreedor y como consecuencia se suspenda cualquier proceso encaminado a la ejecución y liquidación de bienes. Es así que precisamente al establecer esta etapa dentro del procedimiento convencional de ejecución se está otorgando al deudor el derecho a defenderse y demostrar que él ha cumplido con su obligación y que por lo tanto no debe nada al acreedor.

Esta parte procedimental establecida contractualmente es absolutamente relevante dentro del proceso porque es en este momento donde se determina la factibilidad de defenderse, de plantear excepciones, de solicitar un tiempo de espera o de realizar un acercamiento con el acreedor, de tal manera que si no existe el cumplimiento de la obligación, a las partes intervinientes no les quede duda alguna de que la ejecución de la garantía se aplicó por el cumplimiento de la condición que como ya he explicado es el incumplimiento de la obligación por parte del deudor.

2.3. La información al deudor que de no demostrarse el cumplimiento de la obligación se dará inicio inmediato al proceso acordado respecto a los bienes fideicomitidos (el proceso más usado por sus resultados es dar en venta los bienes).

A mi criterio, esta información que realiza el fiduciario al deudor respecto a que la iniciación del procedimiento de ejecución y liquidación de los bienes fideicomitidos se va a ejecutar porque el deudor no ha demostrado que cumplió con la obligación que tenía con el acreedor dentro de las condiciones y términos establecidos en el contrato de fideicomiso, también es de vital importancia, pues este es el motivo fundamentado que genera el propósito del contrato de fideicomiso, el cual es la ejecución de la garantía para que una vez liquidada satisfaga la obligación incumplida del deudor y procedimentalmente demuestre que la garantía se ejecutó por ese incumplimiento y para cubrir el perjuicio que ese incumplimiento causó al acreedor. Esta información también es importante porque justifica y soporta documentalmente que el fiduciario es un sujeto interviniente que cumplió con su función conforme a las instrucciones de las partes intervinientes dentro del contrato de fideicomiso mercantil y que por lo tanto actuó con responsabilidad frente a las acciones encomendadas dentro del contrato de fideicomiso.

3. Avalúo.- El tercer acto es el inicio del proceso de venta, para ello; como ya se ha explicado anteriormente los doctrinarios y especializados en el tema de fideicomisos recomienda la realización de un avalúo de los bienes. En el proceso de avalúo principalmente se tomará en cuenta:
 - 3.1. Determinar que bienes serán dados en venta para el cumplimiento de la obligación, esta opción deberá ser escogida por el beneficiario (acreedor).
 - 3.2. El objetivo de realizar el avalúo el cual será la actualización del valor de los bienes fideicomitidos para la venta.
 - 3.3. Determinar quién será el evaluador que deberá ser elegido por el beneficiario. En este punto debería considerarse la forma de designación del evaluador, su calificación, etc.
 - 3.4. Determinar el valor que se tomará en cuenta para la venta de los bienes. En el caso en análisis por ejemplo se determina que la valoración comercial de los bienes fideicomitidos se hará al que conste en la fecha del fideicomiso.
4. Venta.- El cuarto punto consiste en la ejecución de las garantías en sí a través del proceso de venta, en el cual se deberá considerar lo siguiente:
 - 4.1. El tiempo en el cual se ofertará los bienes fideicomitidos a terceros.
 - 4.2. La forma en que se dará a conocer a terceros la oferta de los bienes fideicomitidos (publicaciones por la prensa, contratación de servicios especializados, avisos, etc.)
 - 4.3. Los términos específicos para la oferta de bienes y la aceptación de los valores ofertados.
 - 4.4. El objeto de transferencia de los bienes (sea por derechos fiduciarios o directamente los bienes fideicomitidos.)
 - 4.5. La opción de que el beneficiario pueda solicitar la dación en pago y el tiempo en que pueda realizar esa solicitud.
 - 4.6. Determinar el orden de prelación para la entrega del producto de la venta de los bienes fideicomitidos. En el contrato en análisis el orden que consta es: uno) Los gastos que tenga el fideicomiso y honorarios de la fiduciaria, en caso de no haber sido cancelados por el deudor hasta la fecha de la venta; dos) el

beneficiario y tres) si existiese remanente pagadas todas las obligaciones, se entrega al constituyente.

- 4.7. Determinar opciones para el beneficiario (acreedor) en caso que no se logre la venta o no se reciba el valor esperado que cubra el valor de las obligaciones pendientes. En el caso analizado las opciones constan: la ampliación del plazo del proceso de venta, la dación en pago de los bienes y se indica la suspensión del proceso de ejecución y venta, en caso de no existir pronunciamiento escrito del beneficiario respecto a las opciones planteadas.

En este punto es importante destacar que la fiduciaria prevé que puede ser responsable de no darse la venta de los bienes y por ello limita su responsabilidad a que el beneficiario escoja la opción en caso de no producirse la venta y que de su instrucción por escrito respecto a su voluntad.

5. Dación en Pago.- El quinto acto es la dación en pago, pues al ser una última alternativa que se le otorga al acreedor para cubrir las obligaciones del deudor, se determina también las condiciones de esta alternativa. Esta figura deberá al menos contemplar lo siguiente:
 - 5.1. El porcentaje del valor del avalúo por el que se aceptará la dación en pago.
 - 5.2. La determinación de la fecha hasta la que se salda las obligaciones del deudor.
 - 5.3. La determinación de quien entrega y a quien se entrega el remanente de bienes o recursos de existir (generalmente se acuerda entregar el deudor al acreedor).
6. Suspensión del proceso de ejecución.- Este último acto, determina la forma de suspensión del proceso de ejecución que lógicamente deberá realizarse por el beneficiario. Para ello deberá considerarse lo siguiente:
 - 6.1. La petición de suspensión deberá realizarse por escrito, en este punto es importante determinar que dicha petición debe ser dirigida y entregada a la fiduciaria directamente.
 - 6.2. La determinación de la cancelación de los gastos generados por el inicio del desarrollo de proceso de ejecución.

Finalmente, es importante señalar que la estructura contractual respecto a los deberes y responsabilidades de las partes intervinientes que constan en el contrato de

fideicomiso mercantil y que además también están determinadas en la cláusula del proceso convencional de ejecución de garantía deberá estar enmarcada y respetar sobre todos los principios fundamentales del debido proceso, precisamente para evitar cuestionamientos jurídicos respecto al proceso de ejecución y liquidación de garantías.

Dentro del análisis de la estructura del proceso convencional de ejecución con respecto a las garantías del debido proceso debo indicar que el fiduciario debería tomar en cuenta, a mi criterio, aspectos como:

- a) el derecho a la legítima la defensa, que en la praxis jurídica dentro del contrato de fideicomiso mercantil, a mí criterio, es entender que el fiduciario tiene la obligación de que en la estructura contractual del fideicomiso mercantil de garantía, dentro del proceso convencional de ejecución, determine jurídicamente la oportunidad procesal para que el deudor se defienda y demuestre el cumplimiento de su obligación previó a que se inicie el proceso de ejecución y liquidación de bienes, oportunidad procesal que analizamos en este mismo capítulo en párrafos anteriores. Así como también, la oportunidad procesal que se deberá otorgar al acreedor para que defienda su derecho de ejecutar y liquidar las garantías otorgadas por el deudor ante el incumplimiento de las obligaciones del deudor y que procesalmente le da el derecho de iniciar el proceso de ejecución de la garantía y su liquidación. Ahora bien, todo este concepto se explica e interpreta dentro de lo que doctrinariamente se conoce como la finalidad del “derecho a la defensa” que por citar las palabras textuales del Dr. Jaime Santos Basantes: “el derecho a la defensa, consiste en el derecho de toda persona a ser asistido por abogado, tiene como finalidad la de garantizar que toda persona pueda contar con las mejores formas de defender sus derechos (...)”¹¹⁶.
- b) el cumplimiento de cada una de las etapas contractuales establecidas, es decir, que dentro de la cláusula contractual del proceso convencional de ejecución se establezca muy claramente cuáles son las etapas procesales dentro del proceso de ejecución y liquidación de bienes, cómo y cuándo intervienen

¹¹⁶ Jaime Santos Basantes, “El Debido Proceso Penal” (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 10.

cada una de las partes dentro de cada etapa procesal respecto a la ejecución y liquidación de bienes.

- c) el mantenimiento de plazos perentorios adecuados para la ejecución de cada uno de las etapas del proceso convencional de ejecución de la garantía, esto se explica porque cada etapa o paso a seguir dentro del proceso convencional de ejecución tiene un momento de duración que las partes intervinientes han determinado expresamente para el cumplimiento de un adecuado procedimiento dentro de la ejecución y liquidación de los bienes, plazo que deberá ser respetado cuando llegue la ejecución de dichas etapas procedimentales.
- d) la vigilancia por parte del fiduciario para que en el proceso convencional de ejecución no se atente contra los derechos y garantías constitucionales que tienen cada una de las partes intervinientes en el contrato de fideicomiso, es decir, que la voluntad de las partes plasmada por acuerdo voluntario no esté en contradicción con los derechos al debido proceso

Ahora bien, respecto al debido proceso, es necesario señalar que el mismo se encuentra amparado en la Constitución de la República del Ecuador, artículo 76, norma que contiene todos los derechos y obligaciones que le son inherentes a cualquier persona para asegurar este derecho. Sin embargo; es lógico indicar que en lo que respecta a la figura del fideicomiso mercantil de garantía, dentro de estos derechos y obligaciones constitucionales, a mi criterio, algunos literales del derecho a la defensa serán los aplicables para estructurar la cláusula del proceso convencional de ejecución, los cuales son:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías:

(...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. (...)

Esto no obsta, que dentro de un proceso judicial o extrajudicial, sean aplicables también todos los derechos y obligaciones que nos corresponden a cada ciudadano y que están establecidos en el art. 76 de la Constitución de la República.

- k) Derechos y obligaciones del constituyente y beneficiario.- En lo que se refiere a los derechos y obligaciones de las partes contractuales es importante indicar que con lo que respecta al constituyente, dentro de sus facultades se establece sobre todo su derecho de exigir a la fiduciaria, lo siguiente: el cumplimiento de las instrucciones contenidas en el contrato, la rendición de cuentas, el llevar en forma separada la contabilidad del patrimonio respecto a la de otros negocios fiduciarios y del fiduciario en sí, el cumplimiento de la restitución de bienes conforme las condiciones establecidas en el contrato de fideicomiso, y; el cumplimiento de la terminación del fideicomiso conforme lo establece el propio contrato y cancelados todos costos que inciden para este acto (honorarios de fiduciaria, costos del fideicomiso, etc.)

En cambio respecto a las obligaciones del constituyente se detalla la regulación clara y precisa respecto a todo aquello que deba informar el constituyente en relación a los bienes fideicomitidos y que puedan afectar la garantía (como por ejemplo la notificación de hechos relevantes que puedan modificar el objeto del contrato del fideicomiso y la notificación de información que afecte al desarrollo del fideicomiso en sí.)

El beneficiario al igual que el constituyente, tendrá el derecho de exigir se cumplan las instrucciones del contrato y la entrega de la rendición de cuentas, adicionalmente, es importante que se incluya el derecho de solicitar la iniciación del procedimiento de ejecución de garantía, lógicamente conforme los términos y condiciones establecidos en el contrato. Como obligaciones del beneficiario primordialmente están: la provisión de recursos para el cumplimiento de las instrucciones contenidas en el contrato; la entrega de la información que la fiduciaria solicite para el cumplimiento de las instrucciones contenidas en el contrato así como toda información que tenga incidencia con las obligaciones garantizadas.

- 1) Derechos y obligaciones de la fiduciaria.- En esta cláusula es importante indicar que el contenido de la misma puede ayudar a delimitar en forma más específica el alcance de la responsabilidad de la fiduciaria, en cualquier contrato de fideicomiso mercantil, por ello; es tan importante la estructura de la misma.

Del análisis de la cláusula décimo tercera del contrato de fideicomiso de garantía que consta como anexo 1 de esta tesis, se desprende que los derechos primordiales de la fiduciaria son:

- La facultad de renunciar a su calidad de fiduciaria conforme las estipulaciones de la Ley¹¹⁷ y el contrato.
- La realización de todas las gestiones que consten en el contrato y conforme a las disposiciones legales. En este punto, cabe destacar que la fiduciaria con este texto, está limitando sus gestiones a lo que únicamente se establece en el contrato y a lo dispuesto por la Ley (en el tercer capítulo de esta tesis analizaré la limitación legal.)
- La facultad de abstenerse a ejecutar cualquier acto o gestión que genere un conflicto de intereses respecto al contrato encomendado.
- Suscribir contratos y realizar actos en representación del Fideicomiso de acuerdo a las instrucciones del constituyente o beneficiario. En este punto es necesario considerar que el fiduciario está limitando sus actuaciones de representación a las instrucciones impartidas en el contrato, de esta manera lo que no se encuentra en el contrato o la Ley no es responsabilidad con respecto a la gestión del fiduciario.

En relación a los honorarios es importante destacar, que es recomendable, que se deje constancia en el contrato el derecho de la fiduciaria a recibir el pago puntual de sus honorarios y de acuerdo a mi opinión también debería sentarse por escrito que de no realizarse los pagos en forma puntual, los rubros por concepto de honorarios impagos incrementará el valor de la obligación garantizada por el deudor (constituyente, quien es el responsable del pago de los honorarios de la fiduciaria.)

¹¹⁷ LMV, art. 131

Con respecto a las obligaciones del fiduciario constantes en el contrato en análisis encontramos:

- Otorgar el destino establecido en el contrato a los bienes fideicomitidos y a los recursos del fideicomiso. Esta obligación se refiere a que la fiduciaria no puede hacer o dejar de hacer con los recursos entregados al fideicomiso y con los bienes transferidos a éste más que lo que se encuentra establecido en el contrato.
- Rendir cuentas al constituyente y beneficiario. Esta obligación que por sí misma se encuentra establecida en la Ley¹¹⁸, como se puede observar, se inserta también en los contratos, sin embargo; lo interesante de esta obligación es que en el contrato las partes determinan el plazo para la rendición de cuentas (mensual, trimestral, anual, etc.)
- Ejercer la representación legal del fideicomiso. Esta obligación es prioritaria pues como se deduce del análisis de los fideicomisos, la fiduciaria es la única que puede tener la representación legal de los fideicomisos.
- Cumplir con las instrucciones que constan en el contrato de fideicomiso.
- Separar la contabilidad de los bienes fideicomitidos de la contabilidad del fiduciario y de otros negocios fiduciarios.
- Restituir los bienes fideicomitidos conforme las instrucciones contenidas en el contrato.
- Cumplir con confidencialidad respecto a actos y contratos en virtud de las funciones que realiza por ser administrador y representante legal del fideicomiso.

Adicionalmente, a mi criterio, considero que se debería incluir las siguientes obligaciones:

- Cumplir con la adecuada custodia de los bienes fideicomitidos conforme constan en las instrucciones contenidas en el contrato.
- Cumplir en forma adecuada con sus funciones de administrador y representante legal del fideicomiso conforme lo establecido en las instrucciones contenidas en el contrato. En este punto cabe aclarar, la

¹¹⁸ LMV, art.128.

importancia del fiduciario con respecto al cumplimiento estricto del contrato de fideicomiso y por ende del proceso convencional de ejecución de la garantía, ya que esta responsabilidad de cumplir con las instrucciones contractuales implica el respeto e imparcialidad que debe tener el fiduciario en cuanto a la ejecución de la garantía. Por lo que, el fiduciario debe ser prudente en sus acciones y apegarse a las instrucciones contractuales para no caer en que su actuación vaya en beneficio al acreedor y genere un desmedro para el deudor.

Por ello que es mi criterio personal, insistir en que las instrucciones contenidas en el proceso convencional de ejecución se encuentren tan claras y definidas para que no queden dudas por parte del fiduciario de cómo proceder en el momento de la ejecución y liquidación de los bienes que fungen como garantía, ya que todo detalle o incongruencia en el proceso acarrearía un perjuicio para una o ambas partes. El hecho de tener claramente definido el marco de acción del fiduciario dentro del fideicomiso, asegura una total y absoluta imparcialidad del fiduciario frente a los intereses del constituyente y beneficiario.

- Supervisar, vigilar y cumplir con el procedimiento convencional de ejecución de garantía conforme a las estipulaciones establecidas en el contrato.

Las obligaciones que he establecido como adicionales considero primordiales porque de cierta forma regulan contractualmente la responsabilidad del fiduciario sobre todo con respecto a la custodia, manejo y administración de los bienes fideicomitados, objeto principal por el que se constituye el contrato de fideicomiso mercantil y que creo es la esencia en la estructura de este tipo de contratos porque su constitución se basa esencialmente en que tanto el deudor como el acreedor tengan una adecuada y suficiente garantía para cubrir las obligaciones pendientes en caso de existir.

En el contrato en análisis¹¹⁹, se establece como cláusulas adicionales e individuales con respecto a la fiduciaria, las siguientes:

¹¹⁹ Notaría Tercera, Quito, 8 de marzo de 2012, Archivo, Fideval S.A, Constitución de Fideicomiso Mercantil.

m) Alcance de responsabilidad de la fiduciaria.- En esta cláusula fundamentalmente se limita la responsabilidad del fiduciario a cumplir con las instrucciones establecidas en el contrato en concordancia con lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores:

“Art. 125.- De las obligaciones de medio y no de resultado.- No obstante las obligaciones señaladas precedentemente, así como las que se prevean en el contrato de fideicomiso mercantil y en el de encargo fiduciario, el fiduciario no garantiza con su actuación que los resultados y finalidades pretendidas por el constituyente efectivamente se cumplan.

El fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, que es de medio y no de resultado; esto es, que su responsabilidad es actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan.”¹²⁰

Es importante que más adelante se analizará el tema de la responsabilidad del fiduciario, razón por la cual; en este párrafo es importante desentrañar que la responsabilidad del fiduciario es de medio y no de resultados.

n) Honorarios de la fiduciaria.- Cabe señalar que en la estructuración de los contratos de fideicomiso, se debe incorporar expresamente en el contrato la contraprestación que recibirá el fiduciario por su actividad profesional, esto como constancia de que el servicio de la fiduciaria es oneroso no gratuito.

En el contrato en análisis, anexo uno de esta tesis, se desglosan los servicios que tiene a cargo el fiduciario, tales como:

- Asesoría, estructuración, suscripción e implementación del contrato de constitución del fideicomiso.
- Administración del fideicomiso
- Ejecución de garantías
- Terminación del fideicomiso

El desglose de los servicios que ofrece la fiduciaria, la forma de pago y el valor acordado dependerá del criterio del fiduciario, sin embargo; es importante destacar que en el contrato si se deben establecer claramente cuáles son los rubros a pagar y a que

¹²⁰ LMV, art. 125

función corresponde cada rubro, para que posteriormente no exista conflicto por el pago de honorarios entre el constituyente (deudor) y fiduciario.

- o) Procedimiento de liquidación del fideicomiso.- En esta cláusula se establece cual es el proceso y los pasos a seguir para la liquidación del fideicomiso, he colocado el contenido de esta cláusula como parte de funciones del fiduciario porque es precisamente quien se encarga del proceso de liquidación.

Para la estructuración de este procedimiento se debe tomar en cuenta:

- La cancelación previa al inicio del proceso de liquidación del fideicomiso de todos los gastos administrativos, legales, tributarios y costos que haya generado la constitución del fideicomiso y todo el proceso hasta la terminación del mismo.
 - La presentación de la rendición de cuentas final por parte de la fiduciaria al constituyente y beneficiario y establecer plazos respecto a la aprobación de dicha rendición de cuentas.
 - La elaboración y suscripción de un Acta de liquidación del fideicomiso.
 - La forma de liquidar pasivos en caso de existir en el fideicomiso (que como consta en el contrato en análisis la forma más idónea es cargar dichos pasivos al constituyente para que los asuma en forma solidaria o a su vez tener facultad para la venta o dación en pago de los bienes del patrimonio del fideicomiso para cubrir los pasivos que pudieren existir.)
- p) Procedimiento de renuncia y remoción de la fiduciaria.- En esta cláusula básicamente se deberá determinar las causas o circunstancias que afectan la situación de la fiduciaria como: la disolución, quiebra o liquidación de la fiduciaria, la renuncia de la fiduciaria, la remoción de la fiduciaria por orden arbitral o el acuerdo unánime de las partes.

Es importante considerar que dentro de este procedimiento también se debe incluir como parte de las obligaciones del fideicomiso la entrega de rendición de cuentas, así como inventario de los bienes, documentos o información referente al fideicomiso que estaba a cargo de la fiduciaria saliente.

- q) Rendición de cuentas.- Esta cláusula contiene los plazos y la forma de notificación de la rendición de cuentas, que como vimos anteriormente es

obligación de la fiduciaria. Como ya hemos mencionado el plazo para la rendición de cuentas dependerá de la fiduciaria pues puede acordar que sea en forma mensual, trimestral, etc.

Adicionalmente es importante estructurar para la redacción de esta cláusula tiempos para aceptación y recepción de la rendición por parte del constituyente y beneficiario, así como procedimiento de aceptación tácita si por alguna razón no hubiese forma de obtener aceptación de constituyente o beneficiario con respecto a la referida rendición.

Finalmente existen otras cláusulas que forman parte de la estructura del contrato de fideicomiso, tales como:

- **Notificaciones.-** Es la cláusula en la cual se señala el lugar de ubicación de cada una de las partes intervinientes en el contrato para cualquier comunicación entre las partes con respecto al contrato de fideicomiso suscrito.
- **Cuantía.-** La cuantía en este tipo de contratos es indeterminada, por la rotación de bienes que se puede dar en este tipo de figura jurídica.
- **Inscripción.-** Esta cláusula se establece como constancia de la formalidad que implica ejecutar jurídicamente según la naturaleza del bien aportado.
- **Vigencia.-** Esta cláusula establece el plazo de duración del contrato de fideicomiso. En este tipo de contratos generalmente se redacta que la duración es hasta que las obligaciones que tiene el constituyente sean canceladas en su totalidad o por acuerdo mutuo de las partes. Sin embargo, tal como consta en el contrato en análisis, el plazo máximo será el establecido en la Ley de Mercado de Valores.¹²¹
- **Costos y Gastos.-** En esta cláusula se establece quien correrá con los costos y gastos que se generen del contrato de fideicomiso. Por ser el constituyente el sujeto contractual que tiene la obligación de cumplimiento y quien genera la figura jurídica para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, es la persona que deberá correr con los costos y gastos del fideicomiso. Sin embargo, se entiende que contractualmente las partes indicarán en cada

¹²¹ LMV, art 110.

contrato que otorguen quien correrá con cada uno de los costos y gastos respectivos.

- **Solución de Conflictos.**- En esta cláusula se señala el proceso que seguirán las partes en caso de conflictos. En el contrato en análisis el proceso que señalan es el extrajudicial a través de mediación y posteriormente de no llegarse a una solución el proceso de arbitraje. En este tipo de contratos, los procesos extrajudiciales son los preferidos por las fiduciarias, debido a que este tipo de procesos es el que mejores resultados otorgan en cuanto a tiempos de respuesta para solucionar los conflictos, sin embargo; se podría optar por el proceso judicial si así lo convienen las partes.

Es importante considerar que para el análisis desarrollado en este trabajo investigativo, se ha tomado como muestra un contrato tipo de un caso real, sin embargo; cabe señalar que cada fiduciaria puede redactar el contenido de sus cláusulas según las directrices y políticas que la institución crea convenientes y fundamentadas en el marco legal ecuatoriano. De otra parte, el análisis establecido en esta tesis pretende ser una guía general con respecto a la estructuración de los contratos de fideicomiso de garantía y pretende dar a los lectores un acercamiento macro al contenido jurídico y práctico en esta modalidad de fideicomisos.

2.1.3 Ventajas y desventajas del fideicomiso mercantil de garantía.

A continuación, analizaré en base a mi criterio personal e investigación, cuáles son las ventajas y desventajas que conlleva la figura del fideicomiso mercantil de garantía con respecto a otras figuras jurídicas de garantía, contempladas en la legislación ecuatoriana. Para efectos del desarrollo del presente tema, primero analizaré las ventajas y posteriormente las desventajas.

2.1.3.1. Ventajas del Fideicomiso Mercantil de Garantía

- Existe la intervención directa de un tercero (el fiduciario) quien es un profesional experimentado y autorizado legalmente para cuidar y velar por el cumplimiento satisfactorio de la obligación que tiene el deudor (constituyente) con el acreedor (beneficiario), sea a través del hecho de que el deudor cumpla su obligación o sea porque si no cumplió con la

obligación o sea porque si no cumplió con la obligación se ejecuten las garantías establecidas en el contrato. Esta ventaja se materializa con el hecho de que en las otras figuras convencionales (prenda, hipoteca, fianza) no existe ese tercero profesional que intervenga para el cumplimiento de la obligación sino que las partes directamente velan porque se cumpla la obligación entre deudor y acreedor y si la obligación inicial no se cumple tienen que acudir directamente a un proceso judicial para que satisfaga o cancele la obligación inicial.

- Existe la intervención directa de un tercero (el fiduciario) quien es un profesional experimentado y autorizado legalmente para cuidar y velar por el cumplimiento satisfactorio de la obligación que tiene el deudor (constituyente) con el acreedor (beneficiario), sea a través del hecho de que el deudor cumpla su obligación o sea porque si no cumplió con la obligación se ejecuten las garantías establecidas en el contrato. Esta ventaja se materializa con el hecho de que en las otras figuras convencionales (prenda, hipoteca, fianza) no existe ese tercero profesional que intervenga para el cumplimiento de la obligación sino que las partes directamente velan porque se cumpla la obligación entre deudor y acreedor y si la obligación inicial no se cumple tienen que acudir directamente a un proceso judicial para que se satisfaga o cancele la obligación inicial.
- En el fideicomiso mercantil de garantía se puede otorgar varias clases de bienes de diversa naturaleza jurídica y constituirlos en garantía en comparación con las otras figuras convencionales que prevén un tipo de contrato determinado de acuerdo a la naturaleza jurídica del bien dado en garantía. Esta ventaja se da por el hecho de que en un mismo contrato de fideicomiso el deudor (constituyente) puede otorgar bienes muebles o inmuebles al mismo tiempo para garantizar el cumplimiento de su obligación, lo que no sucede en otras figuras convencionales en las que el tipo de bien se adapta a una figura específica de garantía y por lo tanto a diferentes procesos contractuales (bienes inmuebles- hipoteca y bienes muebles- prenda).

- Las formas de solución de conflictos que puedan presentarse entre las partes sea por las estipulaciones contenidas en el contrato de fideicomiso o sea por conflictos que se generan por la ejecución y liquidación de bienes otorgados en garantía son previamente determinadas y estipuladas por las partes, es decir, las partes prevén el proceso y el procedimiento a seguir para solucionar sus conflictos. Esta forma anticipada de señalar la resolución de conflictos en los contratos de fideicomiso mercantil de garantía otorga una ventaja de seguridad jurídica a las partes, puesto que; son ellas quienes pueden señalar con anticipación cuales van a ser los medios de solución de conflictos (extrajudicial a través de mediación y/o arbitraje), el tipo de procedimiento a seguir, como se resolverá el conflicto en el caso de arbitraje (derecho o equidad), etc. En cambio; en las otras figuras de garantía como la prenda e hipoteca, la resolución de conflictos se realiza a través de procesos judiciales, los cuales en tiempos y resultado generalmente no son tan efectivos y rápidos comparados con los procesos extrajudiciales, que comúnmente se determinan en el contrato de fideicomiso mercantil de garantía. Las características del proceso convencional de ejecución y liquidación de bienes en los fideicomisos mercantiles de garantía constituyen una de las grandes ventajas y beneficios para las partes sobre los otros mecanismos de garantías convencionales. Esta ventaja se brinda porque el proceso de ejecución y liquidación de bienes contenidos en los contratos de fideicomiso mercantil son: convencionales (es decir rige la voluntad de las partes que se manifiesta en el contrato del fideicomiso), irrevocables (por ningún motivo se revocará las condiciones y términos establecidos en el contrato)¹²² e incondicionales (denota que las condiciones establecidas en el contrato son fieles a la voluntad de las partes y no se somete a otras condiciones que no sean las establecidas en el contrato.) Dichas características diferencian al fideicomiso mercantil de garantía de

¹²² “Asegúrese que se pactó la irrevocabilidad del fideicomiso en términos de no devolución de bienes ni cambio de instrucciones sin consentimiento del fiduciario.” Carlos E. Manrique Nieto, “La Fiducia de Garantía” (Colombia: Ed. Jurídicas Gustavo Ibañez, 1998), 103,

otras figuras legales como la prenda¹²³ y la hipoteca¹²⁴ por ejemplo en las cuales el proceso de ejecución de bienes se encuentra predeterminado en las condiciones y términos regulados por la Ley.

- La forma detallada en la que las partes pueden estructurar el proceso de ejecución y liquidación de bienes, objeto de las garantías otorgadas por el constituyente para el cumplimiento de la obligación, lo que se explica porque la estructuración del contrato de fideicomiso establece las condiciones y términos referentes a la ejecución de la garantía en sí (la instrumentación de cómo ejecutar, las formalidades de la ejecución, el plazo de vencimiento para proceder a la ejecución, la instrucción individualizada de cómo ejecutar jurídicamente los bienes, etc.) siendo únicamente las partes las que deciden sobre como se va ha realizar el proceso como tal, en comparación con las otras figuras legales como prenda e hipoteca en las cuales el proceso legal para la ejecución y liquidación de bienes se demanda ante el juez, es decir, se sigue un proceso judicial, en el que no solamente intervienen las partes sino que terceros son necesarios para la propia ejecución del proceso judicial (juez, depositario, alguacil, etc.). Adicionalmente, este detalle estructurado y planificado que contiene el contrato de fideicomiso mercantil de garantía otorga la ventaja de que simplemente el fiduciario ejecute las instrucciones contenidas en el contrato de acuerdo a la forma y tiempos establecidos por las partes y que el proceso de ejecución y liquidación de bienes por ende sea más efectivo, eficaz y rápido., mientras que; en el proceso judicial los plazos de cada etapa procesal dependerán de la eficacia y agilidad de los terceros involucrados.
- La fluidez y eficacia en la ejecución de los plazos en las etapas contractuales establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil de

¹²³ Ecuador, Código de Comercio, Registro Oficial, Suplemento No. 332, 12 de septiembre de 2014, Título XV, art. 568- 600. En adelante se cita esta Ley como CCo.

¹²⁴ Ecuador, Código Civil, Registro Oficial, Suplemento No. 332, 12 de septiembre de 2014, Título XXXVI, art. 2309- 2336. En adelante se cita esta Ley como CC.

garantía en comparación a las otras figuras legales que como parte del tipo de proceso que es el judicial pueden verse obstaculizadas antes de llegar a la resolución final de ejecución y liquidación de bienes. En el fideicomiso mercantil de garantía el proceso convencional de ejecución no puede ser obstaculizado por las partes contractuales o terceros, pues los términos se encuentran determinados contractualmente y el fiduciario debe cumplirlos sin ningún tipo de retraso, en cambio; el proceso judicial que utilizan las otras figuras convencionales puede ser obstaculizado o trabado por el deudor o terceros con la presentación de excepciones o incidentes dentro del proceso.

- La exclusión del bien del patrimonio del fideicomiso del patrimonio del deudor (constituyente) y acreedor (beneficiario), característica que es propia del fideicomiso mercantil de garantía en comparación con las otras figuras legales (prenda, hipoteca) en las que no existe esta característica de exclusión, lo que permite que terceros puedan perseguir el bien dado en garantía. En el fideicomiso mercantil de garantía. Esto se explica, porque en el fideicomiso mercantil de garantía el patrimonio autónomo solamente cubre la obligación que está determinada contractualmente y consecuentemente los bienes que conforman este patrimonio no podrán ser requeridos o perseguidos por otro tipo de obligaciones que posea el deudor (procesos coactivos, obligaciones IESS, Superintendencia de Compañías, SRI, etc.) En cambio; en otras figuras legales de garantía, los bienes pueden ser perseguidos por terceros y podrían ser objeto de embargos, medidas cautelares, etc. El acreedor prendario/ hipotecario no es el único que puede reclamar el bien como garantía o pago de obligaciones, así por ejemplo los trabajadores o IESS tienen prelación de crédito.
- El manejo de la distribución referente al otorgamiento de garantías se puede determinar en el contrato de fideicomiso, lo que es ventajoso tanto para el deudor como el acreedor ya que puede determinar condiciones en forma individualizada o conjunta respecto a los bienes otorgados como

garantía.¹²⁵ En cambio; en las otras figuras de garantía no existe la posibilidad de predeterminedar una distribución con respecto a las garantías otorgadas.

- La figura del contrato de fideicomiso de garantía otorga la ventaja de que las partes en cualquier momento por mutuo acuerdo puedan modificar las condiciones y términos referente a los procesos extrajudiciales que se refieren a la ejecución de garantías, otorgándole al acreedor la ventaja de que puede llegar a un acuerdo con el deudor respecto a la forma de la ejecución de garantías para un eficaz cumplimiento de las obligaciones del deudor y así mismo para el deudor la ventaja es que puede llegar acuerdos con el acreedor para satisfacer las obligaciones de pago. Es lógico concluir que si no están de acuerdo con respecto a futuras modificaciones las condiciones y términos del contrato siguen su curso y tanto el acreedor como el deudor tienen la seguridad de que el fiduciario va a cumplir las instrucciones pactadas en forma previa, otorgándoles seguridad jurídica a todas las partes intervinientes. En cambio, las otras figuras de garantía, una vez seguido el proceso judicial, no pueden hacer una modificación contractual directa respecto a acuerdos que hayan logrado las partes, ya que de existir un acuerdo deberán desistir del proceso judicial para posteriormente continuar con el acuerdo privado entre las partes.
- La posibilidad de fijar un precio real de mercado de los bienes fideicomitidos que se presenta dentro de las instrucciones contractuales del fideicomiso mercantil de garantía, en comparación con las otras figuras de garantía en la que el precio del bien dado en garantía puede no responder a un precio real de mercado. En la figura del fideicomiso mercantil de garantía, el avalúo que se realiza al bien para efectos de venta y pago de obligaciones responde a un precio real de mercado, al

¹²⁵ El ejemplo práctico de esta ventaja, se puede constatar en la cláusula ocho, numeral ocho. tres del anexo 1, adjunto a esta tesis. El constituyente durante el tiempo de vigencia del fideicomiso puede recibir las utilidades de una Compañía en la que el fideicomiso es dueño del mayor porcentaje accionario, siempre y cuando cumpla con sus obligaciones de pago con el acreedor.

prever contractualmente que dicha diligencia la realice un perito que es el técnico especializado, esto hace que el valor sea real y que se viabilice la inmediata cancelación de la obligación. En cambio; en las otras figuras de garantía el avalúo que se realiza dentro del proceso judicial no siempre responde a precios reales de mercado y por ende se realiza el remate de los bienes a precios bajos, lo que ocasiona un incremento de obligaciones, el desgaste del bien y endeudamiento excesivo.

- La característica de inembargabilidad que es propia del fideicomiso mercantil de garantía en comparación con las otras figuras de garantía en las que no existe esta barrera de inembargabilidad de los bienes. En el fideicomiso mercantil de garantía, los bienes aportados al fideicomiso por disposición legal y característica de esta figura no pueden ser perseguidos o embargados por terceros acreedores u otras obligaciones propias del acreedor (constituyente), deudor (beneficiario) o de la fiduciaria. En cambio; en las otras figuras de garantía, los bienes no se separan del patrimonio general del deudor y permanecen en propiedad del mismo solamente con una limitación de dominio (prohibición de enajenar) y por lo tanto dichos bienes podrían ser perseguidos por terceros acreedores y ser objeto de medidas cautelares, acciones legales, etc.
- La transferencia de la propiedad temporal del bien de la fiduciaria en la figura del fideicomiso mercantil de garantía en comparación con la sola limitación de dominio del bien que existe en las otras figuras de garantía (prenda/hipoteca). En el fideicomiso mercantil de garantía, la transferencia temporal de la propiedad del bien por parte del constituyente (deudor) a la fiduciaria permite que el acreedor tenga una certeza de que la garantía va a ser destinada para cubrir la obligación del deudor en caso de incumplimiento, mientras que; en las otras figuras de garantía al no existir una transferencia de propiedad no garantiza que el acreedor podría utilizar en algún momento el bien para otros fines que no sean los de garantía o peor aún que este bien sea perseguido por

terceros para responder por acreencias diferentes a la de la figura original.

2.1.3.2. Desventajas del Fideicomiso Mercantil de Garantía

- En el contrato de fideicomiso mercantil de garantía las modificaciones que; en ciertas ocasiones son necesarias de realizar en beneficio de las partes son más complicadas de ejecutar y más costosas en relación a las otras figuras legales de garantía en las cuales las modificaciones contractuales son más fáciles de ejecutar y menos costosas. En la figura del fideicomiso mercantil de garantía las modificaciones contractuales se realizan mediante escritura pública y se inscriben en el Registro respectivo dependiendo de la naturaleza de los bienes, en cambio; en las otras figuras de garantía, las modificaciones se realizan mediante instrumento privado en la que a pesar de que también implican acto notariales y de registro, estos son notablemente menos elevados que el del fideicomiso mercantil de garantía.
- El manejo, custodia y administración del bien otorgado en garantía en los contratos de fideicomiso mercantil son de responsabilidad directa del fiduciario y de forma indirecta del deudor, lo que constituye una desventaja en lo que se refiere al control directo del acreedor respecto a la responsabilidad de estas funciones con el deudor; esto se explica porque la figura jurídica del fideicomiso mercantil de garantía al ser instrumentada contractualmente establece que una de las funciones del fiduciario es que éste se encuentre a cargo del cuidado, la administración y manejo de los bienes fideicomitidos que son objeto del contrato de fideicomiso y por lo tanto es él quien responde tanto al acreedor como al deudor en forma directa por las condiciones y el estado de los bienes constituidos en garantía. Si bien el deudor es el que transfiere los bienes de su propiedad en garantía y muchas veces en este tipo de figuras es él mismo quien se encuentra en forma directa a cargo de la custodia y mantenimiento del bien, en cambio; contractualmente es el fiduciario quien tiene la obligación y responsabilidad de vigilar y velar porque el

tercero que está a cargo directo de la custodia y administración de los bienes mantenga los mismos en óptimas condiciones para que de llegar el momento el bien sea ejecutable y sirva de garantía para la cancelación de las obligaciones pendientes que tiene el deudor con respecto al acreedor. Ahora bien, cabe destacar que en los casos prácticos el fiduciario que es el responsable directo de la administración, custodia y mantenimiento de los bienes ejecuta esta función acorde a lo que se encuentra establecido en las instrucciones del contrato de fideicomiso y por lo tanto muchas veces esa responsabilidad de custodia, administración y manejo de bienes que es directa es justificada en base a las disposiciones establecidas dentro de la cláusula contractual que contiene las instrucciones del fiduciario. En comparación con las otras figuras de garantía, la responsabilidad de custodia, manejo y administración del bien es directa para el deudor pues es él quien responde al acreedor respecto al mantenimiento, condiciones y estado del bien dado en garantía sin que exista de por medio un tercero que vigile y que responda sobre estas funciones como sucede en la figura del fideicomiso mercantil de garantía.

- El pago de honorarios al fiduciario que deviene de la naturaleza del contrato de fideicomiso mercantil de garantía, en comparación a las otras figuras jurídicas en las que por ser una relación directa entre deudor y acreedor, no genera ningún tipo de honorarios hacia un tercero.
- El excesivo plazo que tiene que esperar el acreedor para la ejecución y liquidación de garantías que puede darse en la figura del fideicomiso mercantil, si la cláusula del proceso convencional de ejecución no está correctamente delimitado y elaborado, lo que a su vez; puede generar que el acreedor tenga que recurrir como último recurso a la vía judicial en comparación a las otras figuras de garantía en las que por las características de las figuras simplemente se da a la opción a las partes para que recurran al proceso judicial sin necesidad previa de someterse a otro tipo de procesos extrajudiciales. Cabe indicar, que esta desventaja

se generará siempre y cuando la estructura del contrato de fideicomiso mercantil sea inadecuada.

- El traslado de los costos en forma directa hacia el constituyente (deudor), genera una desventaja en este tipo de figura jurídica, puesto que; el constituyente por expreso acuerdo asume todos los costos y gastos que se deriven de la liquidación y ejecución de los bienes fideicomitados. En otras figuras convencionales, los costos y gastos del proceso de ejecución, ciertamente van a cargo del que plantea la acción, quien en la misma demanda al iniciar el proceso judicial puede solicitar que el demandado pague costas procesales, en caso de que sea condenado a dicho pago por el juez.
- La omisión de las partes a la cláusula contractual que consta en el contrato de fideicomiso mercantil respecto a seguir el proceso que determina el contrato para la solución de conflictos que generalmente es extrajudicial en comparación a las otras figuras jurídicas en las que las partes van directamente al proceso judicial. Aunque esta desventaja no debería darse, en cambio; en la práctica, sí se han visto casos en que las partes hacen caso omiso al procedimiento de solución de conflictos establecido en la cláusula contractual y siguen otra vía procesal para resolver el conflicto, esto causa, demora con respecto a la solución de conflictos entre las partes y costos extraordinarios innecesarios, mientras que; en las otras figuras de garantía las partes van directamente al proceso judicial establecido en la Ley.
- El desconocimiento jurídico y práctico que existe con respecto a la estructuración y beneficios de esta figura es otra gran desventaja que hace que en negocios jurídicos, los sujetos contractuales (acreedor/deudor) prefieran no aplicar estas figuras para garantizar obligaciones en comparación con las otras figuras de garantía que son legalmente tradicionales y que los sujetos contractuales (acreedor/deudor) prefieren aplicar en sus negocios jurídicos.

Para concluir, este capítulo es importante considerar que la estructuración del contrato de fideicomiso mercantil de garantía es el factor determinante para que

la aplicación de esta figura sea beneficiosa y ventajosa cuando se trata de otorgar alternativas de garantías eficaces y eficientes y ejecuciones claras y transparentes en el ámbito práctico del derecho, por lo que dependerá mucho de los abogados que la redacción de estos contratos constituyan un éxito o un fracaso el momento de implementarse esta modalidad de fideicomiso en el mercado ecuatoriano.

Capítulo tercero

El fiduciario y su responsabilidad en el fideicomiso mercantil de garantía según la legislación ecuatoriana.

3.1. La legislación ecuatoriana y el fideicomiso mercantil de garantía.

Para comenzar este capítulo, es necesario aclarar que mi trabajo investigativo, pretende dar un aporte de aproximaciones generales en lo que respecta a los cambios normativos que se efectuaron en el Ecuador con respecto a la figura del fideicomiso mercantil de garantía y deducir de qué manera estos cambios legislativos afectaron al papel del fiduciario y su responsabilidad en este tipo de fideicomisos.

Primero, es importante señalar que en el año dos mil catorce, la figura jurídica del fideicomiso mercantil de garantía, tuvo algunas reformas legales, que limitaron en el ámbito práctico la utilización de esta modalidad de fideicomiso en el Ecuador, tal es así que como ya hemos mencionado brevemente en el segundo capítulo de esta tesis, se establecieron sobre todo limitaciones en dos esferas prácticas:

La primera limitación establece expresamente aquellas operaciones crediticias que pueden constar y ser garantizadas dentro de un contrato de fideicomiso mercantil de garantía, que como analizaremos más adelante, únicamente son:

1. Créditos de vivienda;
2. Para el desarrollo de proyectos inmobiliarios;
3. Para el financiamiento de infraestructura, circunscritos a la formación bruta de capital fijo;
4. De inversión pública;
5. Créditos sindicados conjuntamente con banca pública o instituciones financieras multilaterales;
6. Con respaldo de los Fondos de Garantía Crediticia.
7. Créditos productivos específicos que se puedan garantizar con fideicomisos mercantiles sobre inventarios de materia prima, de productos en proceso u otros bienes que determine la Junta bancaria.

Cabe señalar que esta primera limitación de la reforma legal, también incluye que las instituciones del sistema financiero pueden actuar como beneficiarios de fideicomisos mercantiles de garantía únicamente en las siete operaciones crediticias que mencionamos anteriormente. Además, la Ley aclara expresamente que esta modalidad de fideicomisos se restringe a cualquier persona para que actúe en calidad de beneficiarios en operaciones de crédito de consumo.

La segunda limitación se refiere a la prohibición de constitución de fideicomisos mercantiles de garantía sobre vehículos. Esta limitación, sin duda, causó en el ámbito práctico un sisma al mercado automotriz, pues hasta antes del año dos mil catorce, éste utilizaba jurídicamente en forma regular la figura del fideicomiso mercantil de garantía para respaldar las obligaciones crediticias de personas naturales o jurídicas que adquirirían vehículos en el Ecuador.

Ahora bien, realizada una breve introducción al contenido específico de las reformas legales y a los temas que analizaremos más detenidamente en este capítulo, es necesario establecer una breve introducción con respecto a las reformas legales dentro del sistema legal ecuatoriano y que afectaron al fideicomiso mercantil de garantía:

En el año dos mil catorce en lo que respecta al ámbito financiero y de mercado de valores se produce la creación de nuevas reformas que generan varios cambios dentro de estos dos sistemas en el Ecuador:

La primera reforma se emite el veinte de mayo de dos mil catorce mediante publicación en el Registro Oficial Suplemento número doscientos cuarenta y nueve, instrumento legal en el que se expide la “Ley Orgánica para el fortalecimiento y optimización del Sector Societario y Bursátil”, la misma que elabora reformas bastante considerables no solamente dentro de la figura del fideicomiso mercantil de garantía como tal, sino también dentro de la regulación en el ámbito de mercado de valores ecuatoriano, el ámbito societario y el ámbito financiero. Como he señalado anteriormente, por el objeto de este trabajo investigativo, yo analizaré lo que se refiere a las reformas realizadas a la figura del fideicomiso mercantil de garantía.

La segunda reforma viene posteriormente el doce de septiembre de dos mil catorce con la expedición del “Código Orgánico Monetario y Financiero”, con el cual principalmente en el ámbito de mercado de valores ecuatoriano se agrega la Ley de Mercado de Valores como Libro II de ese cuerpo legal, quedando así la Ley ya no

como un cuerpo legal independiente sino como parte de este Código Orgánico. Dentro de esta reforma, para efectos de nuestro tema específico de estudio, lo que se modificó fueron principalmente las denominaciones de los organismos reguladores del mercado de valores y sus instituciones de registros, modificaciones que puedo resumir de la siguiente manera:

- Se modifica el “*Registro de Mercado de Valores*” por “*Catastro Público del Mercado de Valores*”; la “*Junta de Regulación del Mercado de Valores*” se modifica por “*Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera*”, se modifica la denominación de “*Superintendencia de Bancos y Seguros y Superintendente de Bancos*” por “*Superintendencia de Bancos y Superintendente de Bancos*” y la denominación de “*Superintendencia de Compañías y Valores y Superintendente de Compañías y Valores*” por “*Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros y Superintendente de Compañías, Valores y Seguros*”.

Así, esquematizada en forma general las reformas legales efectuadas por los legisladores ecuatorianos en el año dos mil catorce con respecto al fideicomiso mercantil de garantía, a continuación analizaré el artículo innumerado, que sigue al artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores, pues es este articulado el que contiene todas las reformas legales que se efectuaron con respecto al fideicomiso mercantil de garantía y mi objeto de estudio investigativo.

3.1.1. Análisis de la reforma legal del artículo innumerado agregado al artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores, referente al fideicomiso mercantil de garantía.

Las reformas legales del año dos mil catorce modificaron y delimitaron en forma expresa la aplicación y utilización del fideicomiso mercantil de garantía, como mencionamos anteriormente, primero a ciertas operaciones crediticias y segundo se estableció una prohibición directa al objeto de constitución de este fideicomiso, en lo que se refiere a garantías sobre vehículos. Es por esta razón, que a continuación; analizaré el artículo innumerado incorporado a continuación del artículo ciento veinte de la Ley de Mercado de Valores, el cual constituye justamente la disposición normativa que implanta las reformas mencionadas dentro de la legislación ecuatoriana.

Por otro lado para iniciar con el análisis propuesto, es importante considerar que la primera reforma legal en el año dos mil catorce se publicó en el Registro Oficial Suplemento número doscientos cuarenta y nueve del veinte de mayo de dos mil catorce, documento en el que se publica la “Ley Orgánica para el fortalecimiento y optimización del Sector Societario y Bursátil”, ley que en lo que respecta a la figura general del fideicomiso mercantil, modificó algunos artículos del Título XV Del Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario, en la Ley de Mercado de Valores y que incluye la reforma legal del artículo innumerado que mencioné en el párrafo anterior.

Ahora bien, para iniciar con el análisis propuesto, a continuación adjunto el texto legal del artículo que se incorporó a la Ley de Mercado de Valores referente al fideicomiso mercantil de garantía:

“Art. ...- Las instituciones del sistema financiero solamente podrán aceptar la calidad de beneficiarias en fideicomisos mercantiles de garantía que respalden las siguientes operaciones crediticias:’

1. Créditos de vivienda;
2. Para el desarrollo de proyectos inmobiliarios;
3. Para el financiamiento de infraestructura, circunscritos a la formación bruta de capital fijo;
4. De inversión pública;
5. Créditos sindicados conjuntamente con banca pública o instituciones financieras multilaterales;
6. Con respaldo de los Fondos de Garantía Crediticia; y,
7. Créditos productivos específicos que se puedan garantizar con fideicomisos mercantiles sobre inventarios de materia prima, de productos en proceso u otros bienes que determine la Junta Bancaria.

Las instituciones referidas no podrán aceptar la calidad de beneficiarios en fideicomisos mercantiles de garantía de operaciones de crédito de consumo, o de operaciones de crédito distintas a las detalladas en el inciso precedente.

Estos fideicomisos de garantía deberán inscribirse en el Catastro Público del Mercado de Valores y la Junta Bancaria establecerá los límites y restricciones para considerar a estos fideicomisos como garantías adecuadas.

En ningún caso personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, incluyendo naturalmente a las instituciones del sistema financiero, podrán constituir fideicomisos mercantiles en garantía sobre vehículos.

Cualquier estipulación contractual cuyo objeto o efecto sea eludir o burlar el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se entenderá no escrita.”¹²⁶

Como primer punto, es importante señalar que al leer el texto del artículo en análisis en forma general podemos deducir que existen ciertos aspectos importantes que se establecen dentro de la modalidad del fideicomiso mercantil de garantía, que antes del año dos mil catorce, no existían y que puedo indicar son:

1. Se establece una limitación a la aplicación jurídica del fideicomiso mercantil de garantía que podemos explicarla desde dos aspectos fundamentales:

El primero respecto a quienes pueden actuar en calidad de beneficiarios dentro de un fideicomiso mercantil de garantía, lo cual se explica de la siguiente manera:

Antes de la reforma legal del año dos mil catorce, no existía ningún tipo de disposición legal que regule quien o quienes pueden ser beneficiarios dentro de esta modalidad de fideicomiso, razón por la cual, cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada podía ser beneficiario en este tipo de fideicomisos.

La reforma legal incorporada en el año dos mil catorce establece especial limitación expresa para las instituciones del sistema financiero la cual consiste en que estas instituciones no pueden tener la calidad de beneficiarios de un fideicomiso mercantil de garantía si no se encuentran respaldando únicamente aquellas operaciones crediticias señaladas en el artículo innumerado, agregado al artículo ciento veinte de la Ley de Mercado de Valores, restricción que anteriormente no existía.

Adicionalmente, en esta misma reforma, se establece prohibición legal respecto a que las instituciones financieras acepten en calidad de beneficiarios a aquellos que mantengan operaciones de crédito de consumo u otras distintas a las estipuladas expresamente en el referido artículo.

¹²⁶ Ecuador, **Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil**, Registro Oficial, Suplemento No. 249, 20 de mayo de 2014, art.(...) agregado al art. 120 LMV.

El siguiente aspecto se refiere a la restricción legal impuesta para las personas naturales o jurídicas con respecto a la ejecución de fideicomisos de garantía desde los siguientes puntos específicos:

El primero se refiere a la ejecución del fideicomiso mercantil de garantía con instituciones del sistema financiero (como expliqué brevemente en el punto 1.2 del párrafo anterior, con la nueva reforma si una persona quiere ejecutar un fideicomiso de garantía en la que conste como beneficiario una institución del sistema financiero, actualmente tiene que regirse solamente a cualquiera de las siete operaciones crediticias que permite la Ley) y;

El segundo se refiere a la prohibición expresa de constituir fideicomisos de garantía sobre vehículos (prohibición que implica que ninguna persona puede en el Ecuador constituir este tipo de fideicomisos).

Con los antecedentes expuesto se deduce que antes de la reforma legal del año dos mil catorce, el fideicomiso mercantil de garantía podía utilizarse como herramienta jurídica para constituir garantías sobre cualquier negocio, incluyendo el automotriz, así como también podían actuar en calidad de beneficiarios las instituciones financieras en cualquier tipo de operación crediticia es decir, esta modalidad de fideicomiso podía ser aplicado a cualquier persona natural o jurídica en cualquier clase de negocio jurídico sin ningún tipo de restricción.

En conclusión, actualmente para la estructuración de cualquier fideicomiso mercantil de garantía se deberá considerar: uno) la limitación legal establecida para las instituciones del sistema financiero, y; dos) la prohibición legal expresa incluida con respecto a este tipo de modalidad sobre vehículos.

2. Se restringe la aplicación del fideicomiso mercantil de garantía directamente a siete operaciones crediticias que la Ley Ecuatoriana señala en forma expresa, las cuales son: créditos de vivienda, desarrollo de proyectos inmobiliarios, financiamiento de infraestructura circunscritos a la formación bruta de capital fijo, de inversión pública, créditos sindicados conjuntamente con banca pública o instituciones financieras multilaterales, con respaldo de fondos de garantía crediticia y créditos productivos específicos garantizados por este tipo de fideicomisos sobre inventarios de materia prima, productos en proceso u otros bienes que determine la Junta Bancaria.

Debido a que la reforma implica el señalamiento expreso de las operaciones crediticias en las que se puede utilizar el fideicomiso mercantil de garantía, he considerado necesario, realizar aproximaciones generales con respecto a estos tipos de negocios a los que se puede actualmente aplicar esta modalidad de fideicomiso, aclarando que los criterios establecidos en este trabajo investigativo, son lineamientos generales y no pretenden dar criterios especializados y técnicos sobre cada uno de estos tipos, ya que; el tema de estudio de esta tesis es el papel del fiduciario y su responsabilidad en el fideicomiso mercantil de garantía bajo las nuevas reformas establecidas en la legislación ecuatoriana.

Respecto a las aproximaciones generales, en mi opinión personal en lo que se refiere a las operaciones crediticias a las que se limitó el uso del fideicomiso mercantil de garantía, puedo indicar lo siguiente:

1. Créditos de vivienda;

Jurídicamente el crédito para la vivienda se encuentra definido dentro de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos¹²⁷, la misma que determina:

“1.3. Créditos para la vivienda.- Son los créditos otorgados a personas naturales para la adquisición, construcción, reparación, remodelación y mejoramiento de la vivienda propia, siempre que se encuentren amparados con garantía hipotecaria, que abarca a la hipoteca directa a favor de una institución del sistema financiero y a los fideicomisos mercantiles de garantía de vivienda propia; y que hayan sido otorgados al usuario final del inmueble, independientemente de la fuente de pago del deudor (...).

También se incluyen en este grupo los créditos otorgados para la adquisición de terrenos, siempre y cuando sea para la construcción de vivienda propia y para el usuario final del inmueble. (...)¹²⁸

¹²⁷ Ecuador: Superintendencia de Bancos, “Resolución de la Superintendencia de Bancos 306”: Libro I, Capítulo II, Sección II: Elementos de la Calificación de Activos de Riesgo y su Clasificación; 1.3. Créditos para la Vivienda, Registro Oficial No. 332 (12 de septiembre de 2014).

¹²⁸ Ibid, Resolución Superintendencia de Bancos 306.

Como podemos inferir de esta resolución, los puntos importantes que se deben tomar en cuenta para la estructuración de un fideicomiso mercantil de garantía para créditos de vivienda son:

- El otorgamiento de este tipo de créditos está destinado solamente a personas naturales.
- El objeto de la obtención del crédito debe ser construcción, reparación, remodelación, mejoramiento de la vivienda propia y adquisición de terrenos siempre que sea para vivienda propia.
- Deben ser otorgados al usuario final del inmueble.
- El fideicomiso mercantil de garantía solo puede amparar obtención de crédito para vivienda propia.

Ahora bien, es importante mencionar que; las instituciones del sistema financiero en el ámbito práctico, para este tipo de créditos constituyen fideicomisos masivos en los cuales el constituyente (acreedor) es la propia institución financiera quien a su vez mantiene la calidad beneficiario y de forma posterior de manera individual, independiente y paulatina conforme los deudores que adquieren obligaciones con el acreedor se adhieren al fideicomiso, incorporándose al mismo en calidad de constituyentes adherentes, y a su vez adquiriendo la calidad de beneficiarios secundarios toda vez que tienen la facultad de exigir al fiduciario la restitución del bien siempre y cuando cumplan su obligación de pago y el acreedor así lo notifique al fiduciario. Es decir, que no se realizan fideicomisos individuales por cada bien que se adquiere, sino que; al mismo fideicomiso (patrimonio autónomo) se aportan y transfieren todos los bienes que se adquirieron con el financiamiento que otorgó la institución del sistema financiero, destinados a la adquisición de bienes inmuebles para vivienda propia, en donde el constituyente adherente es el deudor, el bien fideicomitado es aquel bien inmueble que se adquiere con el financiamiento de la institución financiera, y; a su vez la propia institución del sistema financiero es el beneficiario (acreedor), de tal forma que; la garantía se constituye con el aporte y transferencia de este bien inmueble. Así, sí el adherente no cumple con su obligación de pago, el bien aportado servirá para honrar la obligación impaga.

Concluyendo, esta figura jurídica también es restrictiva para las instituciones del sistema financiero, puesto que; el crédito se otorga solamente para personas naturales

excluyendo a las personas jurídicas y limita el objeto como hemos mencionado y explicado anteriormente a cierto objeto de uso en vivienda propia, excluyendo así también otro tipo de uso en lo que respecta a adquisición de vivienda y finalmente se restringe también la aplicación únicamente a que el deudor sea el usuario final del inmueble.

2. Para el desarrollo de proyectos inmobiliarios;

El desarrollo de proyectos inmobiliarios conlleva la utilización de la figura del fideicomiso mercantil mediante dos alternativas que en el ámbito práctico han sido las más comunes por parte de sus sujetos intervinientes y que comprenden: bien la adquisición del inmueble como tal; o bien, la consecución y desarrollo del proyecto inmobiliario.

En el primer caso, la adquisición del bien inmueble como tal, el bien inmueble que se aporta al fideicomiso mercantil de garantía se encuentra terminado y listo para la entrega hacia el que actúa como deudor y que va a tener una obligación pendiente de pago por dicho bien inmueble. En esta figura, el fideicomiso mercantil de garantía se aplica, ya que el bien fideicomitado (el bien inmueble entregado al deudor) va a constituirse en la garantía adecuada para que en caso de que el deudor no cumpla con la obligación de pago, entonces; el fiduciario ejecute y liquide el bien inmueble adquirido para solventar el pago de la obligación pendiente con el acreedor.

En el segundo caso, la consecución y desarrollo del proyecto inmobiliario, en donde el bien inmueble se encuentra recién en planos y por lo tanto en futuro desarrollo para su entrega, el fideicomiso mercantil de garantía tiene como bien fideicomitado al inmueble inicial donde se va a desarrollar el proyecto inmobiliario, bien que constituye la garantía respecto a las obligaciones adquiridas para la consecución del proyecto. En esta figura, es necesario explicar que existe una situación particular que ocurre en el fideicomiso mercantil de garantía, que es que los bienes (que se van desarrollando en el bien inmueble inicial aportado al fideicomiso), de manera posterior (a medida que la construcción se desarrolla en el tiempo) se individualizan (de manera accesoria, si cabe el término), los mismos que se encontrarán ligados a la garantía del fideicomiso mercantil que se constituyó desde un inicio (con el bien inmueble único) y por ende; los bienes inmuebles individualizados se encontrarán a su vez aportados a dicho fideicomiso mercantil inicial, pasando de esta manera a constituirse en garantía de las

obligaciones del acreedor y por lo tanto la liberación de esta garantía esta estrecha y directamente ligada al cumplimiento de las obligaciones de pago del deudor con el acreedor. Así también, es importante mencionar que este tipo de fideicomiso mercantil de garantía se viabiliza a través de restituciones parciales, es decir que los bienes inmuebles individualizados se liberan al deudor conforme éste paga sus obligaciones al acreedor.

En conclusión, la utilización de la figura del fideicomiso mercantil de garantía en el Ecuador está permitido en proyectos inmobiliarios, siempre y cuando cumplan las condiciones reguladas en el artículo innumerado agregado al artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores, que como he mencionado obedecen a que estos deben ser financiados por instituciones del sistema financiero. Ahora bien es importante indicar que en el ámbito práctico en el Ecuador, la constitución de fideicomisos mercantiles de garantía para proyectos inmobiliarios es muy rara y por lo tanto no ha sido aplicada como tal, ya que; lo que han preferido las instituciones del sistema financiero ecuatoriano en general y comúnmente ha sido que el otorgamiento de garantías para este tipo de proyectos se brinde a través de la figura de hipoteca y no de fideicomiso mercantil de garantía.

Sin embargo; a pesar de que la nueva reforma legal da la posibilidad de utilizar esta figura, en mi opinión personal las instituciones del sistema financiero no han aplicado el fideicomiso mercantil de garantía en este tipo de proyectos porque han visto a la figura de la hipoteca como la alternativa jurídica tradicional y consuetudinaria para garantizar las obligaciones que se generan producto del financiamiento de este tipo de proyectos. Así también, es importante mencionar que no solo la costumbre es lo que ha motivado a las instituciones del sistema financiero a no aplicar la figura de fideicomiso en estos proyectos, sino que; los costos que requiere la aplicación del fideicomiso suelen ser más altos que los que requiere la hipoteca, el fideicomiso suele generar costos en su constitución, administración, y terminación, mismos que repercuten en la rentabilidad del proyecto inmobiliario, lo que conlleva que no sea una figura muy atractiva para garantizar este tipo de obligaciones.

3. Para el financiamiento de infraestructura , circunscritos a la formación bruta de capital fijo;

En este aspecto, previamente indicaré que realizó un análisis lógico respecto a la interpretación de la norma jurídica aplicada a esta forma en la que el legislador ha querido que se utilice el fideicomiso mercantil de garantía, así como también, creo importante indicar que las aproximaciones que realizó con respecto a este tema, son muy generales y no pretenden otorgar conceptos especializados o técnicos debido a que no es el tema central de esta tesis y porque también existen temas económicos específicos que deberán tomarse en cuenta y que no pertenecen a esta investigación.

Primero, comenzaré por indicar la definición de infraestructura que determina la legislación ecuatoriana a través del Reglamento del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas:

“Art. 45.- Definición de infraestructura.- Para efectos de aplicación del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas se entenderá por infraestructura al conjunto de elementos o servicios que se consideran necesarios para la creación y funcionamiento de una organización cualquiera, incluidas: la infraestructura económica, la infraestructura financiera, la infraestructura física, la infraestructura social, la infraestructura ambiental y la infraestructura del conocimiento y talento humano, entre otros.”¹²⁹

Segundo, indicaré cual es la definición de formación bruta de capital fijo, del cual puedo indicar que del concepto investigado infiero que es un indicador económico que señala la inversión de un país dentro de un periodo determinado en base a una fórmula económica predeterminada, los índices utilizados para esta fórmula los realiza en el caso del Ecuador, el Banco Central del Ecuador, quien es el ente que establece dicho indicador económico. Es por ello; que de conformidad al último informe del Banco Central del Ecuador, elaborado en Junio del 2015 y como dato informativo para los lectores de este trabajo, a continuación indico textualmente el concepto establecido por el Banco Central del Ecuador:

¹²⁹ Ecuador: Presidencia de la República, “Decreto Ejecutivo 489”: Capítulo VII: De la inversión pública, **Registro Oficial No. 383** (26 de noviembre de 2014), art 45.

“ La Formación Bruta de Capital Fijo (FBKF) corresponde a la inversión de un país, representada por la variación de activos fijos no financieros tanto privados como públicos, (total de adquisiciones menos ventas de activos fijos), en un periodo de tiempo determinado.

Se debe tener en cuenta que no todo el presupuesto de los proyectos de inversión privados o públicos es destinado al incremento de activos fijos no financieros; por tanto, no es contabilizado en su totalidad como FBKF.

El cálculo de FBKF se realiza en base a la metodología internacionalmente aceptada del Manual del Sistema de Cuentas Nacionales del 2008 de Naciones Unidas, SCN 2008.

La FBKF es considerada motor de crecimiento económico debido a que permite incrementar la capacidad productiva de un país por varios periodos. ”¹³⁰

Tercero, a mi criterio personal, lo que pretende el legislador al establecer que el fideicomiso mercantil de garantía se aplique para el financiamiento de infraestructura, circunscritos a la formación bruta de capital fijo, no es más que la utilización del fideicomiso mercantil para financiar proyectos destinados al fortalecimiento de áreas de servicios y actividades del Estado, definidas como he mencionado anteriormente en el artículo 45 del Reglamento del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Sin embargo; por citar ejemplos más palpables, considero que esta figura se podría aplicar más a la creación de servicios que conduzcan al mejoramiento de la calidad de vida de la sociedad ecuatoriana, tales como: sistemas para el funcionamiento de suministro de agua potable, electricidad, recolección de basura, edificios públicos, escuelas, hospitales, etc.; para lo cual deberá tomarse en cuenta este indicador económico de la inversión del país (FBKF) con el fin de invertir los recursos en forma adecuada al ejecutarse la construcción de estos proyectos.

De darse el hecho expuesto anteriormente, la aplicación del fideicomiso mercantil de garantía consistiría en que las instituciones del sistema financiero apalanquen la inversión de la construcción de un proyecto de infraestructura estatal, en el cual el aporte del bien (sea este mueble o inmueble) se constituya por sí mismo en la

¹³⁰ Banco Central del Ecuador, “Formación Bruta de Capital Fijo”, Junio 2015 , en www.contenido.bce.fin.ec/documentos/PublicacionesNotas/Catalogo/CuentasNacionales/Anuales/Dolares/FBKFvd.pdf

garantía adecuada que se ejecutará y liquidará para el pago de la obligación pendiente de financiamiento, en caso de no realizarse o incumplirse con el proyecto de infraestructura planificado; entendiéndose que la empresa constructora designada para el proyecto es la deudora obligada a cumplir con la obligación dineraria hacia el acreedor. En este caso también aplicaría, a mi criterio, las restituciones parciales, explicadas en los proyectos inmobiliarios.

En conclusión, la aplicación de la figura del fideicomiso mercantil de garantía en este tipo de operación crediticia, dependerá de dos condiciones: la primera que exista un proyecto de infraestructura que siempre conllevará a que sea estatal y la segunda dependerá del índice de formación bruta de capital definida para cada año por el Banco Central. Por esta razón; esta figura tal como lo define la norma, a mi criterio, en el ámbito práctico es muy posible que su aplicación no sea óptima o es muy probable que no se ejecute, porque siempre dependerá de un indicador económico que puede o no cumplirse y que el aporte del bien que constituye la garantía en el fideicomiso puede verse afectado al no ser una garantía suficiente para cubrir las obligaciones que requiere el proyecto durante el desarrollo del mismo.

4. De inversión pública;

De conformidad con la legislación ecuatoriana, la inversión pública, se encuentra definida en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas¹³¹, el mismo que determina:

“Art. 55.- Definición de inversión pública.- Para la aplicación de este código, se entenderá por inversión pública al conjunto de egresos y/o transacciones que se realizan con recursos públicos para mantener o incrementar la riqueza y capacidades sociales y del Estado, con la finalidad de cumplir los objetivos de la planificación.”¹³²

Adicionalmente, como una aproximación general, es importante indicar que la legislación ecuatoriana ha establecido que el manejo de la inversión pública del Estado ecuatoriano se realice a través de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo,

¹³¹ Ecuador: “Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas”, Ley 0, **Registro Oficial No. 306** (22 de octubre de 2010), art 55.

¹³² Ibid, art. 55.

quien es la encargada de regular la forma del manejo y registro de las instituciones públicas con respecto a los proyectos que requieren de inversión pública para ser ejecutados en armonía con las normas que regulan los presupuestos entregados por el gobierno central a cada una de las instituciones públicas para su respectivo funcionamiento.

Ahora bien, a mi criterio personal, la aplicación de la figura del fideicomiso mercantil de garantía en esta operación crediticia infiero que se podría explicar de la siguiente manera: las instituciones del sistema financiero constituirán fideicomisos mercantiles de garantía con aportes de los bienes que servirán para realizar proyectos debidamente registrados y planificados por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo y que están a cargo de las instituciones públicas que se encuentren dentro del marco regulatorio de esta institución, proyectos que además deberán sustentarse mediante inversión pública. Así también, como en el caso de la figura anterior, los bienes que se aportan al fideicomiso serán los que a su vez sirvan de sustento para garantizar las obligaciones incumplidas con respecto al proyecto realizado y de ser el caso ejecutarse y liquidarse esos mismos bienes para la satisfacción al acreedor mediante dicha garantía. La constitución de estos fideicomisos por recibir recursos públicos debe obtener autorización previa del Ministerio de Finanzas.

Finalmente, considero importante indicar que en el ámbito práctico, personalmente no veo que exista una aplicación con respecto a esta figura, debido a que existen algunos factores exógenos de los que depende la aplicación y el desarrollo de la misma, tales como: el presupuesto otorgado para el Estado respecto al desarrollo del proyecto, la aprobación del proyecto por parte de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo y el tipo de bien que se requiera para realizar el proyecto que según su naturaleza el fiduciario encargado del proyecto deberá vigilar y supervisar la custodia y administración del bien para que sea óptimo y beneficioso para que cumpla con la finalidad de garantía adecuada, en caso de que el proyecto no se llegue a realizar o exista algún incumplimiento por las partes intervinientes y se tenga que ejecutar y liquidar el bien para garantizar la satisfacción de pago al acreedor.

5. Créditos sindicados conjuntamente con banca pública o instituciones financieras multilaterales;

Este tipo de operación crediticia denominada “crédito sindicado” se define como un préstamo que realizan varias instituciones del sistema financiero en conjunto para diversificar el riesgo del mismo debido a las características respecto al monto que se va a prestar a terceros.

La sindicación tiene como características esenciales: el monto del préstamo y el número de instituciones financieras que intervienen en el préstamo. Además, es importante indicar que este tipo de préstamos por su naturaleza están estructurados en base a un contrato único en el que intervienen todos sus participantes pero la administración de dicho préstamo recae sobre una sola institución financiera que actúa como banco agente.

Así, el autor Philip Wood se refiere acerca de los créditos sindicados como:

“Los grandes préstamos implican la diversificación del riesgo entre un grupo o consorcio de bancos que prestan porciones separadas del préstamo en virtud de un contrato único celebrado y administrado por un banco agente. He ahí el contrato de crédito sindicado. En general, los montos oscilan entre los \$ 10 millones y los \$ 200 millones, pero pueden ser mucho mayores, por ej. \$ 7 mil millones.”¹³³

“La esencia de la sindicación consiste en que dos o más bancos convienen efectuar préstamos a un tomador en condiciones comunes que se rigen en virtud de un contrato único celebrado entre las partes. La cantidad de bancos puede ser muy pequeña, como ocurre con el denominado ‘préstamo de grupo’, o muy grande y, en casos excepcionales, puede involucrar a cientos de prestamistas.”¹³⁴

Toda vez explicados los créditos sindicados como operación crediticia, entonces; es necesario realizar una aproximación a la aplicación de la reforma legal con respecto al fideicomiso mercantil de garantía: recordemos que la nueva reforma legal tal como se encuentra planteada indica que el fideicomiso mercantil de garantía se aplicará en la

¹³³ Philip Wood, “Préstamos a mediano o largo plazo y préstamos sindicados”, en Carlos Gustavo Gerscovich y otros, **“Derecho Bancario y Financiero Moderno”**, 1a. ed. (Buenos Aires: Vilella, 1999), 223.

¹³⁴ Philip Wood, “Préstamos sindicados”, en Carlos Gustavo Gerscovich y otros, **“Derecho Bancario y Financiero Moderno”**, 1a. ed. (Buenos Aires: Vilella, 1999), 409.

operación crediticia de “créditos sindicados conjuntamente con banca pública o instituciones financieras multilaterales”, de lo cual se infiere que la operación crediticia que se aplica a este fideicomiso mercantil por la naturaleza del crédito y de las instituciones financieras que lo otorgan su aplicación se restringe únicamente a obras o proyectos destinados a favor del sector gubernamental.

La afirmación que indico en el párrafo anterior, respecto al sector gubernamental, es importante y la sostengo por las siguientes razones: la primera porque al otorgar un crédito sindicado a través de la banca pública, sin duda nos estamos refiriendo a instituciones del sistema financiero que pertenecen al sector público tales como: Banco Nacional de Fomento, Banco Ecuatoriano de la Vivienda, Banco del Estado (instituciones que están por desaparecer o están en espera de ser reorganizadas conforme lo establecen las disposiciones transitorias décima sexta y vigésima segunda del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro I) y Corporación Financiera Nacional, y al establecer que la otra fuente de financiamiento en lugar de la banca pública serán las instituciones financieras multilaterales, las cuales entre las más conocidas se encuentran el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial, sin duda, se hace referencia a las instituciones a nivel mundial cuyo objetivo principal es impulsar el desarrollo económico de los países, sobre todo de aquellos en vías de desarrollo, es decir; que el financiamiento que pueden otorgar estas instituciones va dirigido siempre hacia el desarrollo público y no hacia el desarrollo del sector privado, y; la segunda porque la estructuración y finalidad de los créditos sindicados van dirigidos siempre a un financiamiento que requieren mega proyectos que lógicamente se dirigirán hacia obras que realiza el sector público o que por su necesidad van a tener más demanda del sector público.

Ahora bien, tomando en cuenta las consideraciones que expongo en el párrafo anterior, en mi opinión personal el fideicomiso mercantil de garantía en este tipo de operaciones crediticias se aplicaría a que las instituciones del sistema financiero (únicamente las de banca pública o instituciones financieras multilaterales) constituyan un fideicomiso mercantil para aportar bienes cuya finalidad sería la ejecución de mega proyectos requeridos por el sector público para el desarrollo de la sociedad ecuatoriana, para lo cual los interventores que serán los que ejecuten los mega proyectos requerirán el financiamiento de las instituciones financieras, quienes utilizarán los bienes aportados

en los mega proyectos para que sirvan de garantías en caso de que se incumplan con las obligaciones de financiamiento requeridas, es decir; los bienes aportados constituirán las garantías adecuadas que deberán ser ejecutadas y liquidadas para respaldar los créditos sindicados otorgados por las instituciones financieras respectivas.

En conclusión, a mi criterio personal, este tipo de operaciones crediticias no son tan comunes por la complejidad y la magnitud que implica su ejecución práctica y por lo tanto su aplicabilidad generalmente sería improbable. Adicionalmente, reitero que el legislador con la reforma legal explicada ha vuelto a delimitar el uso de la figura del fideicomiso mercantil orientándolo más hacia el sector público, restringiendo de esta manera el campo de utilidad de esta figura al sector privado, lo que conlleva a que el fideicomiso mercantil de garantía cada vez sea menos utilizado. Sin embargo, la alternativa respecto a la utilización del fideicomiso mercantil de garantía para la aceptación de financiamiento de la banca pública y las instituciones financieras multilaterales se encuentra planteada en la legislación ecuatoriana, esto no obsta; que en la actualidad no existen directrices regulatorias todavía respecto a la utilización de esta modalidad de fideicomiso en este tipo de operaciones crediticias y que sin duda cuando se presente su potencial desarrollo tendrá que establecerse normativa al respecto. No obstante, cabe también indicar que desde que salió esta norma, hace un año, todavía esta modalidad no ha sido aplicada en el Ecuador.

6. Con respaldo de los Fondos de Garantía Crediticia

Los fondos de garantía crediticia, provienen del “Sistema de Garantía Crediticia”, este sistema se encuentra regulado por el Código Orgánico Monetario y Financiero y por la Resolución de la Superintendencia de Bancos 306 contenida en la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos, Libro 1-A. El sistema de garantía crediticia tanto en el Código Orgánico Monetario y Financiero como en la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos fue creado como un mecanismo de afianzamiento de obligaciones crediticias de personas naturales o jurídicas que por su situación no pueden otorgar garantías suficientes para respaldar operaciones de financiamiento con instituciones del sistema financiero. Así, el Código Orgánico Monetario y Financiero determina que el sistema de garantía crediticia tiene como fin amparar obligaciones crediticias de aquellas personas o grupos de atención prioritaria que por su calidad no tienen manera de otorgar garantías suficientes para

ejecutar proyectos con el sistema financiero nacional y por otro lado la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos complementa la disposición del Código al establecer que el sistema de garantía crediticia es un mecanismo de servicio social que permite a aquellas instituciones autorizadas por la Superintendencia de Bancos y Seguros brindar operaciones de financiamiento a favor de personas naturales o jurídicas pertenecientes a micro, pequeñas y medianas empresas de producción, comercio y servicios y otros sujetos que por su naturaleza no cuenten con garantías adecuadas para sustentar las operaciones de financiamiento con las instituciones del sistema financiero. Es necesario indicar que el otorgamiento de fianzas se rige a condiciones especiales establecidas por la propia Codificación.

De esta manera, el Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro I, Título II: Sistema Financiero Nacional, define al sistema de garantía crediticia así:

“Art. 149.- Sistema de garantía crediticia. Créase el sistema de garantía crediticia como un mecanismo que tiene por objeto afianzar obligaciones crediticias de las personas que no están en capacidad de concretar proyectos con el sistema financiero nacional por falta de garantías, tales como primeros emprendedores, madres solteras, personas en movilidad humana, con discapacidad, jóvenes y otras personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria.

El sistema de garantía crediticia también podrá afianzar las inversiones en valores emitidos al amparo de la Ley de Mercado de Valores, de empresas que apuntalen el cambio de la matriz productiva.

La garantía crediticia podrá ser otorgada por personas jurídicas de derecho público y privado.

La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera regulará el sistema de garantía crediticia y determinará la institución pública a cargo de su gestión.”¹³⁵

Por otro lado, la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos, Libro 1-A, Capítulo XI.- Normas para la Constitución, Organización y

¹³⁵ Ecuador, Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro 1, Registro Oficial Suplemento 332, 12 de septiembre de 2014, Título II: Sistema Financiero Nacional, art. 149.

Funcionamiento de las entidades del Sistema de Garantía Crediticia, define al sistema de garantía crediticia, así:

“Art. 1.- El sistema de garantías crediticia es un mecanismo de servicio social, sin fines de lucro y autofinanciable a través de su gestión, cuya finalidad es permitir que las entidades que previa autorización de la Superintendencia de Bancos y Seguros, se desempeñen en dicho sistema, otorguen fianzas a favor de las instituciones del sistema financiero, respecto de operaciones de financiamiento otorgadas por aquellas a favor de personas naturales o jurídicas tales como micro, pequeñas y medianas empresas de producción, comercio, servicios y otros sujetos de crédito elegibles que no cuenten con las garantías adecuadas o suficientes para respaldar las operaciones de financiamiento.(...)”¹³⁶

De estas normas, infiero que dentro de este sistema de garantías crediticias, todas las entidades que se constituyan bajo esta figura pueden aplicar el fideicomiso mercantil de garantía para el otorgamiento de las fianzas a favor de las personas naturales o jurídicas que tienen cierta calidad o condición (madres solteras, discapacitados, micro, pequeñas y medianas empresas, etc.). Tomando en cuenta este hecho, en mi opinión personal, la estructuración del fideicomiso mercantil de garantía se aplicaría de la siguiente manera: el constituyente del fideicomiso sería la entidad que otorga garantías crediticias, los bienes fideicomitidos serían bienes propiedad de la micro, mediana o pequeña empresa que requirió el servicio de la entidad que pertenece al sistema de garantía crediticia y finalmente el beneficiario del fideicomiso sería la propia entidad que pertenece al sistema de garantía crediticia, así también es importante indicar que el aporte de los bienes de la micro, pequeña o mediana empresa se realizarían porque estas empresas serían fideicomitentes adherentes al fideicomiso mercantil de garantía creado en un inicio. En esta figura precisamente la garantía adecuada que cubriría un posible incumplimiento de obligaciones por parte de la micro, mediana o pequeña empresa serían los bienes aportados al fideicomiso mercantil de

¹³⁶ Ecuador, **Codificación de Resoluciones Superintendencia de Bancos, Libro 1-A**, Registro Autentico 2006, 5 de julio de 2006 (última modificación: 24 de junio de 2015), Capítulo XI, art. 1.

garantía, los cuales serían ejecutados y liquidados para pagar al acreedor (la entidad que pertenece al sistema de garantía crediticia) en caso del incumplimiento de la obligación.

En conclusión, con esta operación crediticia, el legislador pretende otorgar una alternativa de utilización del fideicomiso mercantil de garantía y respaldar de esta manera a las entidades creadas dentro del sistema de garantía crediticia. Cabe indicar que; en el ámbito práctico, respecto a entidades creadas bajo este sistema, la que ha tenido mayor difusión es el “Fondo de Garantía Crediticia de la CFN”, quien promueve el financiamiento de actividades de producción, comercio, servicios, desarrollo tecnológico, turismo y emprendimiento.¹³⁷ Por lo que; tomando en cuenta este antecedente se puede deducir que la figura del fideicomiso mercantil de garantía ve limitada su aplicación al sector público, que es el ámbito en el cual existe un mayor desarrollo de posibilidades para la aplicación de esta figura, lo cual es criticable debido a que no existe un mayor desarrollo para el ámbito privado, lo que no sucedía antes de la reforma legal del año 2014, con respecto al fideicomiso mercantil de garantía.

7. Créditos productivos específicos que se puedan garantizar con fideicomisos mercantiles sobre inventarios de materia prima, de productos en proceso u otros bienes que determine la Junta Bancaria.

Respecto a esta operación crediticia, es necesario indicar que; desde la nueva reforma legal del año dos mil catorce, la Junta Bancaria respecto a esta operación crediticia ha emitido la Resolución de la Superintendencia de Bancos 306 en la que no existe un mayor aporte de regulación con respecto a este tema y que textualmente indica:

“El fideicomiso mercantil en garantía, en virtud del cual sean transferidos bienes, dineros o valores a una institución o sociedad administradora de fondos y fideicomisos, debidamente autorizada, distinta del acreedor, con el fin de que aquéllos garanticen las obligaciones contraídas en favor de una institución del sistema financiero.

¹³⁷ Corporación Financiera Nacional, “Fondo de Garantía CFN”, Productos y Servicios, <http://www.cfn.fin.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=298:fondo-de-garantia&catid=56:productos-y-servicios>.

Dicho fideicomiso, al amparo de lo establecido en el artículo innumerado incluido a continuación del artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores, solo podrán constituirse para respaldar las siguientes operaciones crediticias:

(...) 1.3.9.7. Créditos productivos específicos que se puedan garantizar con fideicomisos mercantiles sobre inventarios de materia prima, de productos en proceso u otros bienes muebles o productos terminados; de metales preciosos, bienes de capital de la industria y marcas o patentes cuya propiedad haya sido adquirida por compra, y su precio haya sido pagado en su totalidad.

Las instituciones del sistema financiero no podrán celebrar contratos de fideicomiso mercantil en garantía en calidad de beneficiarios ni aceptar cesiones de derechos de beneficio, por los cuales se afiancen créditos de consumo, aporten vehículos u otros bienes que no se encuentren entre los detallados en los numerales anteriores.

Los contratos de fideicomiso mercantil en garantía que cumplan con las disposiciones de ley y de este capítulo, se considerarán garantías adecuadas y sus patrimonios podrán cubrir, en función de sus avalúos debidamente practicados, hasta el 100% del valor del crédito garantizado."¹³⁸

De esta resolución se infiere que con respecto al artículo innumerado, agregado al artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores, esencialmente que se han ampliado o aclarado los siguientes puntos:

- Se ha especificado que los otros bienes a los que se refiere la norma con respecto a esta operación crediticia son: inventarios de bienes muebles o productos terminados de metales preciosos, bienes de capital de la industria y marcas o patentes cuya propiedad haya sido adquirida por compra y su precio haya sido pagado en su totalidad.
- Se ha incluido que las instituciones del sistema financiero no pueden celebrar contratos de fideicomiso mercantil de garantía en calidad de beneficiarios ni aceptar cesiones de derecho de beneficio que afiancen: a) créditos de consumo, b) aporten vehículos y; c) todos aquellos bienes que no estén detallados en la resolución.
- Se ha permitido que en los contratos de fideicomiso mercantil que se refieran a este tipo de operación crediticia puedan cubrir hasta el 100% del

¹³⁸ Ibid, Resolución Superintendencia de Bancos 306.

valor del crédito garantizado siempre que existan avalúos debidamente practicados.

En mi opinión personal, esta operación crediticia, a pesar de ser una opción establecida en la legislación ecuatoriana para ser aplicada como fuente de financiamiento en proyectos de inversión que requieran las micro, pequeñas y medianas empresas, la condición específica de que el aporte de bienes dentro de este tipo de fideicomisos se constituya a través de inventarios de bienes específicos, restringe y delimita el objeto del fideicomiso mercantil, puesto que; excluye que las MIPYMES constituyan fideicomisos mercantiles con otro tipo de bienes que no sean los señalados dentro del objeto establecido en la norma.

Por otro lado, la utilización del fideicomiso mercantil de garantía en este tipo de operación crediticia a mi criterio personal se estructuraría de la siguiente manera: la institución del sistema financiero (que otorgaría financiamiento a las MIPYMES) constituirá el fideicomiso mercantil de garantía inicial, aportando cierta cantidad de dinero como bien fideicomitado, el beneficiario sería la propia institución del sistema financiero. Una vez que las MIPYMES hayan sido aprobadas por la institución del sistema financiero para el financiamiento de los proyectos que se soporten a través de este tipo de operación crediticia, la propia institución del sistema financiero y MIPYMES deberán definir las condiciones respecto al aporte de inventarios de materia prima, de productos en proceso o terminados para el fideicomiso mercantil de garantía. Posteriormente, definidos los bienes fideicomitados, las MIPYMES actuarán en calidad de constituyentes adherentes aportando los bienes que servirán para la financiación del proyecto respectivo y la institución financiera actuará en calidad de beneficiario (acreedor), como lo hacía desde un inicio. La garantía adecuada en esta operación crediticia serían los bienes aportados por las MIPYMES, por ello; en caso de que no se cumpla el pago de la obligación dineraria por parte de la MIPYMES a la institución del sistema financiero, el fiduciario deberá proceder con la ejecución y liquidación de los bienes aportados para pagar al acreedor (institución del sistema financiero) y satisfacer la obligación incumplida.

Concluyendo, el tipo de operación crediticia analizada, es una figura jurídica que se establece como alternativa de estructuración de garantías adecuadas a las instituciones del sistema financiero para apoyar proyectos de desarrollo de las

MIPYMES pero basadas en que los aportes de garantías adecuadas sean los inventarios de materias primas, de productos en proceso o inventarios de bienes muebles o productos terminados de metales preciosos, bienes de capital de la industria y marcas o patentes cuya propiedad haya sido adquirida por compra y su precio haya sido pagado en su totalidad. Así, esta condición específica que la norma establece respecto al objeto de la garantía del fideicomiso en este tipo de operación crediticia obstaculiza la fácil aplicación y utilización de esta figura por parte de las instituciones del sistema financiero, quienes en la mayoría de los casos; tienen ya establecidas sus propias condiciones de financiamiento a través de figuras jurídicas más convencionales que aceptan como garantía adecuada cualquier tipo de bienes sin restricción alguna y que comúnmente ya han sido utilizadas para financiar sus productos financieros. Por el hecho expuesto, entonces; a mi criterio personal, la aplicación del fideicomiso mercantil de garantía en este tipo de operación crediticia es restringida y limitada por la condición del objeto respecto al aporte del bien dentro del fideicomiso lo que implica que su utilización en la praxis de los negocios financieros sea nula o muy improbable frente a otras alternativas jurídicas que establecen opciones más amplias para la constitución de garantías adecuadas.

Finalmente, la nueva reforma legal del año dos mil catorce además de las precisiones analizadas anteriormente, ordena ciertos parámetros generales que deberán ser tomados en cuenta respecto al fideicomiso mercantil de garantía, tales como:

- La inscripción obligatoria de los fideicomisos mercantiles de garantía en el Catastro Público de Valores.

Recordemos que antes de la reforma del año dos mil catorce, los fideicomisos mercantiles de garantía no tenían obligación alguna de realizar su inscripción en el Registro de Mercado de Valores (actualmente denominado Catastro de Mercado de Valores), sino más bien la disposición era que se debía realizar el registro pertinente que se requiera en base a la naturaleza de los bienes aportados al fideicomiso, por ejemplo; si el bien aportado era un bien inmueble, el registro que correspondía era inscribir la escritura del contrato de constitución del fideicomiso en el Registro de la Propiedad.

Ahora bien, la nueva reforma legal del año dos mil catorce, tal como consta en la norma se entendería que además de los registros que corresponden en base a la

naturaleza del bien, es también necesario registrar dichos fideicomisos en el Catastro Público del Mercado de Valores.

En conclusión, la nueva reforma legal incluyó un registro adicional respecto a los fideicomisos mercantiles de garantía, lo cual a mi criterio personal entendería que se lo realiza por la clase de operaciones crediticias a las que actualmente está supeditada la figura del fideicomiso mercantil de garantía y con el fin de llevar un control respecto a las operaciones que se generan de esta modalidad de fideicomiso.

- La Junta Bancaria es el órgano regulador con respecto a las condiciones jurídicas y técnicas a través de las cuales se considera como garantías adecuadas a la figura del fideicomiso mercantil de garantía.

En la antigua Ley, el fideicomiso mercantil de garantía, por su sola naturaleza era considerado como una garantía adecuada, siempre y cuando cumpla todas las condiciones que la Ley establecía para constituirse esta modalidad de fideicomiso. Antes del año dos mil catorce la norma era una directriz general que permitía a los sujetos intervinientes dentro de un fideicomiso mercantil de garantía adaptar su negocio al ámbito jurídico para constituir la garantía adecuada.

Con la nueva reforma del año dos mil catorce, la garantía de un fideicomiso mercantil de garantía, se califica como adecuada en base a las disposiciones de la Junta Bancaria, esto conlleva a que este tipo de fideicomisos no se adapte al negocio de los sujetos intervinientes, como con la antigua Ley, sino que ahora el negocio que se quiera estructurar debe adaptarse a las disposiciones emitidas de la Junta Bancaria para que puedan tener garantías que sean consideradas como adecuadas.

- Se determina la prohibición legal expresa referente a que nadie pueda constituir fideicomisos mercantiles de garantía de vehículos.

Sin duda, la reforma legal del año dos mil catorce, con la prohibición expresa establecida referente al negocio automotriz, es la que más impacto ha tenido en el ámbito práctico de esta modalidad de fideicomisos, debido a que; este negocio en el Ecuador ya estaba tomando como un mecanismo jurídico habitual la utilización de la figura jurídica del fideicomiso mercantil de garantía para asegurar el pago de sus obligaciones dinerarias entre acreedor y deudor, de tal suerte; que esta figura incluso remplazaba a la figura tradicional de la prenda por la eficacia y los resultados óptimos que se obtenían con respecto a la ejecución y

liquidación de los vehículos para el pago de las obligaciones dinerarias que incumplían los deudores con respecto a su acreedor. A mi criterio, el legislador no debía ser tan radical y eliminar la figura del fideicomiso mercantil sobre vehículos, ya que; a mi entender si bien la razón por la que se eliminó esta figura era por establecer una protección jurídica a los consumidores para que no se violen las normas del debido proceso que según los críticos existían dentro del proceso convencional de ejecución el momento de la entrega del vehículo, la solución en mi opinión personal hubiera sido; establecer una reglamentación de normas bases para que las fiduciarias elaboren su proceso convencional de ejecución y con ello establecer límites para que no se produzca este mal manejo del proceso convencional de ejecución por el fiduciario. Esta reglamentación se hubiera realizado a través de resoluciones administrativas emitidas por el Consejo Nacional de Valores, en lugar de prohibir la figura como tal.

- Si existe una cláusula contractual de la cual se interprete la elusión o burla de la norma se entiende por no escrita.

Finalmente el legislador, con la nueva reforma legal, asegura el cumplimiento de sus disposiciones al ordenar que si existe estipulación contractual de la cual se derive elusión o burla de la norma está se entienda por no escrita. En conclusión esto significa en forma expresa que la estructuración contractual del fideicomiso mercantil de garantía debe regirse a las condiciones y términos expresos que constan en la Ley.

Opinión personal sobre el artículo innumerado agregado al artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores, referente al fideicomiso mercantil de garantía

Como se ha visto en el desarrollo de esta tesis, los asambleístas ecuatorianos han realizado reformas concretas dentro de la figura del fideicomiso mercantil de garantía, que a la luz de la lógica jurídica entiendo que su pretensión al introducir estas reformas, no es más que; delimitar el campo de aplicación de la modalidad de garantía del fideicomiso y a su vez otorgar nuevas alternativas de desarrollo de financiamiento sobre todo para el sector público.

Con respecto a la reforma legal impuesta a las instituciones del sistema financiero, considero importante criticar la limitación de la calidad de beneficiario a la que se le somete a dichas instituciones, no por el hecho de la limitación impuesta en referencia a ser beneficiario en un fideicomiso mercantil de garantía únicamente de siete operaciones crediticias concretas (créditos de vivienda, para el desarrollo de proyectos inmobiliarios, para el financiamiento de infraestructura, circunscritos a la formación bruta de capital fijo, de inversión pública, créditos sindicados conjuntamente con banca pública o instituciones financieras multilaterales, con respaldo de fondos de garantía crediticia y créditos productivos específicos que se puedan garantizar con fideicomisos mercantiles sobre inventarios e materia prima, de productos en proceso u otros bienes que determine la Junta Bancaria.), sino por el hecho de restringir el desarrollo y la posibilidad de aplicación jurídica del fideicomiso mercantil de garantía como alternativa para otros negocios que pueden crearse en el futuro y que requieran de garantías adecuadas, a lo cual en la actualidad y hasta que no exista una reforma a la nueva Ley la dinámica y flexibilidad de productos financieros solo podrá utilizar como medio jurídico de aseguramiento de garantías a las figuras tradicionales establecidas en el Código Civil y de Comercio.

Sin duda, otra crítica a esta reforma legal es la prohibición al sector automotriz de constituir fideicomisos mercantiles de garantía sobre vehículos, esta reforma al establecerse tal como está actualmente, impide a los concesionarios automotrices y a otras instituciones que se dediquen al negocio automotriz a aplicar el contrato de fideicomiso mercantil como una alternativa jurídica para constituir garantías adecuadas, ya que, si bien pueden seguir generando su tipo de negocio, en cambio no tienen más alternativa que para constituir garantías realizarlas mediante las figuras tradicionales como el contrato de prenda o reserva de dominio. Cabe destacar que este impedimento legal que se genera a través de la nueva reforma jurídica también afecta a las administradoras de fondos y fideicomisos quienes ya no pueden generar negocios fiduciarios de garantía sobre vehículos y que en la práctica tuvieron que eliminar dentro de sus productos fiduciarios este tipo de negocios.

Ahora bien, con respecto a los puntos positivos y beneficiosos de la reforma legal del artículo innumerado agregado al artículo 120 de la Ley de Mercado de

Valores, es de aplaudir la creación de nuevas formas de establecer negocios jurídicos a ser desarrollados en el sector público y su fortalecimiento con respecto al modo de acceder a financiamiento que obviamente se requiere para ejecutar los proyectos de este sector, con figuras crediticias a través de contrato de fideicomiso mercantil de garantía de: proyectos de inversión pública, proyectos de créditos sindicados con banca pública o instituciones financieras multilaterales, proyectos de financiamiento de infraestructura circunscritos a la formación bruta de capital fijo, figuras que se explicaron en forma detallada anteriormente. Así también, otro aspecto positivo de la reforma legal es la alternativa de financiamiento que se da para sectores específicos para los cuales era imposible en cierto punto acceder a financiamiento por sus condiciones tales como jóvenes emprendedores, madres solteras, discapacitados, etc. y a las empresas (MIPYMES) que si bien podían acceder a financiamiento, no era el óptimo para sus necesidades y que gracias a la posibilidad de aplicación de la figura del fideicomiso mercantil de garantía con respaldo de los fondos de garantía crediticia van actualmente ha poder acceder a financiamiento para emprender sus proyectos.

Otro punto beneficioso de la reforma legal, es sin duda, el establecer la obligación de inscripción a los fideicomisos mercantiles de garantía en el Catastro Público, lo que ayudará a generar un mayor control respecto a la constitución y aplicación de esta figura en el Ecuador.

Finalmente, cabe mencionar, que la figura del fideicomiso mercantil de garantía puede otorgar muchas ventajas si se la desarrolla correctamente, como ya he mencionado en el segundo capítulo de esta tesis, y; por lo tanto es importante crear un mayor desarrollo jurídico con respecto a la aplicación de esta figura, ya sea que los propios legisladores establezcan nueva reglamentación que regule las operaciones crediticias que utilizan esta figura o sea porque las propias instituciones del sistema financiero desarrollen nuevos productos financieros que impulsen la aplicación de esta figura en el Ecuador.

3.2. El papel del fiduciario y su responsabilidad en el fideicomiso mercantil de garantía.

Una vez, analizadas las últimas reformas legales establecidas en el año dos mil catorce en el Ecuador respecto al fideicomiso mercantil de garantía, en este subcapítulo nos centraremos a estudiar el papel del fiduciario y su responsabilidad en el fideicomiso mercantil de garantía, estudio que tendrá como objetivo principal brindar un aporte de análisis práctico jurídico respecto a la verdadera función que deben cumplir las fiduciarias y la responsabilidad que tienen como profesionales dentro de esta figura jurídica, al ser el fiduciario un sujeto esencial dentro del fideicomiso mercantil.

Cabe indicar que para el estudio planteado anteriormente, se tratará el tema indicado desde las siguientes aristas: la primera analizará el papel o función que debe tener el fiduciario dentro de la figura jurídica denominada fideicomiso mercantil de garantía; la segunda analizará qué ordena la Ley de Mercado de Valores, con respecto a la responsabilidad del fiduciario en el fideicomiso mercantil de garantía, la tercera analizará las obligaciones contractuales, para lo cual tomará como objeto de estudio el caso práctico analizado en el segundo capítulo de esta investigación y correlacionará dichas obligaciones con respecto a la responsabilidad del fiduciario y su alcance, y; finalmente, estudiados y analizados los puntos anteriores se establecerán conclusiones y recomendaciones respecto al tema de la responsabilidad del fiduciario y su alcance en el fideicomiso mercantil de garantía.

Como aspecto introductorio, es importante definir qué se entiende por responsabilidad, para lo cual tomaré la reflexión jurídica de Sergio Rodríguez Azuero:

“Podría decirse, a partir de la noción que al vocablo le asigna el Diccionario de la Lengua Española, que por responsabilidad ha de entenderse la ‘capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.’ Y que, desde luego – y a aquí se enriquece en términos de los efectos que de la misma pueden predicarse-cuando la consecuencia derivada es dañosa, ha de traducirse en la obligación del actor de reparar. Por eso el mismo diccionario, en otra de sus acepciones, próxima ahora a este desarrollo, la define como ‘deuda,

obligación de reparar y satisfacer, por si o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal’.”¹³⁹

Del concepto explicado anteriormente, entonces se podría definir a la responsabilidad como: el efecto o consecuencia de un acto que causa daño a un tercero y que implica una reparación. Ahora bien, dentro de esta definición como conocemos pueden existir varias clasificaciones de responsabilidad, que dependerán del ámbito en el que se desarrolle la consecuencia del daño y dentro de las cuales el fiduciario responderá dependiendo de los efectos o consecuencias de sus actos, tales como; la responsabilidad civil, penal, fiscal, administrativa, las cuales tendrán su particularidad y su forma de reparación dentro del ámbito jurídico que le pertenece.

Sin duda, como analizaremos más adelante en este mismo capítulo, la Ley de Mercado de Valores expresamente determina que: “(...) el fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión (...)”¹⁴⁰, por lo que para el mejor entendimiento de los siguientes subcapítulos de esta tesis, he visto importante señalar que; el tipo de responsabilidad al que se refiere esta norma es la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil es definida por Rodríguez Azuero, como: “la que debe asumirse como consecuencia de la generación injustificada de un daño a quien no tendría porque soportarlo.”¹⁴¹ Este tipo de responsabilidad precisamente es a la que responden todos los profesionales, incluyendo el fiduciario, razón por la cual es necesario establecer breves nociones. “La responsabilidad de los profesionales es una parte de la responsabilidad civil; justamente, aquel segmento de ella que trata la responsabilidad en que incurren quienes poseen conocimientos específicos en alguna rama, derivados de una formación universitaria, terciaria o especial, y que por ello son cargados con obligaciones más intensas que un simple ciudadano padre de familia”¹⁴²

¹³⁹ Rodríguez Azuero, “**Negocios Fiduciarios su significación en América Latina**”, 341.

¹⁴⁰ LMV, art. 125.

¹⁴¹ Rodríguez Azuero, “**Negocios Fiduciarios su significación en América Latina**”, 350.

¹⁴² López Mesa Marcelo y Trigo Represas Félix, “**Responsabilidad civil de los profesionales**” (Buenos Aires: LexisNexis Argentina, 2005), 15.

La responsabilidad civil se divide en contractual y extracontractual; así, defino a la responsabilidad contractual como aquella que se deriva de las acciones u omisiones de las partes contractuales con respecto a las obligaciones a las que se comprometieron en un negocio jurídico. En cambio; la responsabilidad extracontractual es aquella que causa daño a un tercero que no está relacionado con las partes contractuales.

“(…) En efecto, se dijo, mientras la responsabilidad extracontractual ha de tenerse como fuente de las obligaciones, la contractual debe estudiarse entre los efectos de las mismas. ¿Por qué razón? Por la sencilla razón de que, al definir con nitidez que la responsabilidad contractual resulta del incumplimiento censurable de una obligación válida y voluntariamente asumida en un negocio jurídico, vale decir, en un acuerdo de voluntades, al menos entre dos personas, y, en general, de una fuente específica de las obligaciones, incluida la ley, la extracontractual parte simplemente de la producción de un daño a quien no tenía relación alguna previa con el causante mismo.”¹⁴³

Como se observará más adelante, la responsabilidad del fiduciario en el fideicomiso mercantil de garantía, nace de sus funciones propias, que en su mayoría constan en el contrato de fideicomiso mercantil pero que como veremos también se generan de la Ley y de sus habilidades y conocimientos técnicos dentro de la rama fiduciaria.

Si bien, la ley ecuatoriana ha delimitado la responsabilidad del fiduciario a la culpa leve y por ende a que la actuación del mismo sea diligente y profesional en las obligaciones a las que se compromete, en cambio; surgen dos cuestionamientos importantes dentro de esta delimitación de responsabilidad, que es: ¿Ante quien responde el fiduciario? y ¿Qué particularidades debe considerarse con respecto a la prueba que se requiere para demostrar la responsabilidad del fiduciario en los contratos de fideicomiso mercantil de garantía?. Pues bien; para responder estos cuestionamientos es necesario analizar lo siguiente:

El fiduciario esta vinculado al constituyente y al beneficiario por medio del contrato de fideicomiso mercantil, por ende, todas las obligaciones a las que el se compromete se encuentran determinadas expresamente en ese contrato, es decir, existe una responsabilidad contractual directa. Por otro lado, este vínculo entre fiduciario, constituyente y beneficiario, se encuentra regulado por la Ley,¹⁴⁴ la misma que ha

¹⁴³ Ibid, “Negocios Fiduciarios su significación en América Latina”, 342.

¹⁴⁴ LMV, art.125.

establecido que “es responsabilidad del fiduciario actuar de manera diligente y profesional con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan”, estas premisas nos hacen deducir que el fiduciario tiene obligaciones de medio que cumplir ante las partes contractuales y no de resultado.

Las obligaciones de medio se diferencian de las de resultado, por ser aquellas en las cuales el obligado ejecuta todas las diligencias necesarias para alcanzar la obligación planteada, pero si a pesar de realizar todas las acciones necesarias no logra alcanzar el resultado final, el obligado cumplió con su función y responsabilidad y por lo tanto no se le puede exigir que alcance el resultado final al que se comprometió, en cambio; en las obligaciones de resultado no basta con que el obligado realice todos los actos y diligencias para lograr un resultado sino que tiene que inevitablemente alcanzar el resultado al que se comprometió.

“Es fama que la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado se funda en el hecho de que sólo en las segundas existe un resultado efectivamente comprometido (in obligatione) de modo tal que, en dicho supuesto, el deudor únicamente queda liberado mediante la obtención del resultado en mención. En las obligaciones de medios, por el contrario, el resultado no ha sido comprometido, aún cuando la conducta del deudor estuviera vinculada con la realización de resultado determinado.”¹⁴⁵

Esta distinción de obligaciones determina a su vez quien debe probar el incumplimiento del otro, al momento de establecer responsabilidad de uno u otro acto entre las partes contractuales, en la obligación de medios ¹⁴⁶le corresponde al acreedor

¹⁴⁵ Franzoni Massimo, “La responsabilidad en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado”, en Guido Alpa, Bianca Massimo, Luigi Corsaro, Gastón Fernandez, Pier Monateri, Cesare Salvi y Piero Schlesinger, Estudios sobre la Responsabilidad Civil (Lima: Ed. ARA, 2001), 377.

¹⁴⁶ “ 7. (...) si bien es cierto la fiduciaria debe responder hasta por culpa leve, es imperativo que se determine, por lo menos, en qué consistió la culpa endilgada, cómo fue que sus descuidada labor de intermediación significó, para el caso, la frustración de la empresa objeto del encargo fiduciario. Pero si se revisan una vez más la demanda y las probanzas recopiladas, todo conduce únicamente a afirmar que el proyecto fracasó, pero sin precisar en qué consistió la culpa de la fiduciaria, si lo fue por falta de diligencia, o no suministró los elementos técnicos necesarios para cumplir su

quien deberá probar que el deudor incumplió su obligación (responsabilidad subjetiva), mientras que; en la obligación de resultado el deudor debe probar que el acreedor incumplió con la obligación (responsabilidad objetiva).

“El deudor está obligado tan sólo a actuar con diligencia, a conducirse con prudencia para intentar obtener el resultado esperado. El acreedor, para demostrar que la obligación no se ha cumplido, debe probar que el deudor no se ha comportado con la prudencia y la diligencia a las que estaba obligado. Esta prueba resulta dificultosa, ya que implica realizar un análisis pormenorizado de la actuación del obligado, y solo en caso de acreditar alguna negligencia en su comportamiento, éste responderá por ella.”¹⁴⁷

De las premisas expuestas anteriormente, entonces; puedo afirmar que el fiduciario en la figura del fideicomiso mercantil de garantía responde ante las partes contractuales, el constituyente y el beneficiario, quienes son los sujetos a los cuales se obligó mediante el contrato de fideicomiso mercantil ha realizar todas las gestiones necesarias para lograr cumplir el fin contractual, que es ejecutar y liquidar los bienes fideicomitidos dados en garantía para cubrir la obligación inicial establecida contractualmente. Adicionalmente, podríamos decir que también el fiduciario responderá eventualmente a terceros que no son los sujetos contractuales, si sus actos les generaron algún daño (responsabilidad extracontractual). Así respecto al tema extracontractual es importante señalar que los terceros que se crean afectados por acciones del fiduciario deberán establecer la existencia de los presupuestos legales de culpa, daño y relación de causalidad, para

cometido, aspecto de vital importancia a la hora de determinar el grado de culpabilidad, situaciones estas que en el presente asunto brillan por su ausencia. A lo anterior debe agregarse que no debe olvidarse que las obligaciones de la fiduciaria son de medio y no de resultado (...).” Colombia. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil [Recurso de Casación, expediente No. 11001-3103-025-2000-00519-01 interpuesto por la demandante Rita Josefina García Aragón, frente a la sentencia de 31 de enero de 2008, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario seguido en contra de la Fiduciaria Popular S.A.], en <https://m.superfinanciera.gov.co/jsp/publicaciones.jsf?id=10016089> y en 190.24.134.121/webcsj/.../2000-00519-01%20(11-06-2009).doc

¹⁴⁷ López Mesa Marcelo y Trigo Represas Félix, “Responsabilidad civil de los profesionales”, 173.

establecerse la existencia de este tipo de responsabilidad. Cito entonces la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil de Bogotá, en la que se indica:

“3. (...) la demandante pretende a través de la acción extracontractual o aquí liana consagrada en el artículo 2341 del Código Civil, se declare la responsabilidad civil de la fiduciaria porque se afirma incurrió en un hecho ilícito en la modalidad de dolo o culpa, y subsidiariamente se deprecia igualmente, se declare que incurrió en un abuso del derecho y como consecuencia de ello se le condene a pagar la indemnización de perjuicios que con su conducta le irrogó a la actora. 4. En un punto a la demostración de la responsabilidad civil extracontractual, que insiste el censor es la que opera en este proceso, es necesario acreditar los siguientes requisitos o presupuestos: la culpa, el daño, y la relación de causalidad entre la conducta del demandado y el daño sufrido por la víctima. Descendiendo el caso sub lite, y verificando el contenido de las pruebas aducidas a los autos en parte alguna aparecen demostrados tales fenómenos; más ni siquiera en el mismo texto de la demanda se explica en que consisten, ya que todo se limita a señalar un simple incumplimiento. Ahora, en punto del dolo que e afirma incurrió la sociedad tampoco se dice en qué consistió el mismo, y mucho menos del supuesto abuso del derecho. ”¹⁴⁸

Finalmente, respecto a la prueba, es importante señalar que si existe algún reclamo para el fiduciario con respecto a su responsabilidad, la carga probatoria le corresponde al constituyente y/o el beneficiario quienes deberán probar que éste actuó con negligencia y no realizo o ejecutó actividades tendientes a cumplir la obligación a la que se comprometió. Así mismo en el caso de la responsabilidad extracontractual, la carga de la prueba le corresponde al tercero afectado, considerando siempre que en aquellos casos en que exista una actividad riesgosa o peligrosa que generó el daño entonces la carga de la prueba se invierte.

¹⁴⁸ Colombia. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil [Recurso de Casación, expediente No. 11001-3103-025-2000-00519-01 interpuesto por la demandante Rita Josefina García Aragón, frente a la sentencia de 31 de enero de 2008, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario seguido en contra de la Fiduciaria Popular S.A.], en <https://m.superfinanciera.gov.co/jsp/publicaciones.jsf?id=10016089> y en [190.24.134.121/webcsj/.../2000-00519-01%20\(11-06-2009\).doc](https://190.24.134.121/webcsj/.../2000-00519-01%20(11-06-2009).doc)

Ahora bien, establecidos los aspectos importantes sobre la responsabilidad del fiduciario, en los siguientes subcapítulos se analizará cual es la función del fiduciario, su responsabilidad y alcance dentro de la figura del fideicomiso mercantil de garantía, en base a sus funciones legales y contractuales estudiadas en los anteriores capítulos de esta tesis.

3.2.1 La función del fiduciario en el fideicomiso mercantil de garantía

Sin duda, la función del fiduciario como sujeto interviniente dentro del fideicomiso mercantil, constituye un pilar importante para el desarrollo y aplicación de esta figura jurídica. Sin embargo; como estudiaremos en este capítulo, esa función se correlaciona directamente con la responsabilidad que surge de la actuación y desempeño del fiduciario.

En términos generales, se puede explicar que la función del fiduciario en el fideicomiso mercantil de garantía consiste en velar y proteger los derechos y obligaciones del constituyente y beneficiario y cumplir con la finalidad contractual encomendada por las partes intervinientes. Sin embargo; como analizaremos más adelante, la función del fiduciario comprende otras aristas no menos importantes y que definen la responsabilidad y el alcance del fiduciario dentro de esta figura jurídica.

Así, Sergio Rodríguez Azuero, respecto al papel del fiduciario, indica:

“Pues bien, un primer y fundamental papel de la fiducia resulta de su elasticidad como mecanismo instrumental para cumplir los más variados objetivos señalados por el constituyente, lo que le permite jugar un papel integrador de las distintas manifestaciones contractuales que conforman el negocio complejo. Es como una especie de hilo conductor, que permite articular, con particular fortuna, tales relaciones.

Pero, adicionalmente, tal realidad suele suponer la presencia de intervinientes con intereses distintos y con frecuencia contrapuestos, que encuentran en el mecanismo fiduciario no sólo el instrumento integrador sino, lo que es más importante, la presencia de un tercero profesional que, como el fiel de la balanza, debe velar por proteger equilibradamente los distintos intereses legítimos de los participantes y propender por el cumplimiento de las diferentes obligaciones previstas. En un mundo en que la crisis de la administración de justicia se ha convertido en uno de los más frustrantes fracasos de nuestra capacidad de regular inteligentemente la convivencia, la fiducia contribuye de manera eficiente, como pocos instrumentos mercantiles, a encontrar mecanismos propios de composición, el primero y más natural, la presencia en el contrato de un

amigable componedor permanente, si se me permite utilizar la expresión en un sentido lato.”¹⁴⁹

Para entender el papel o función del fiduciario con respecto a su responsabilidad y alcance en el fideicomiso mercantil de garantía es necesario señalar que; doctrinariamente existen tres aspectos esenciales que deben considerarse en lo que respecta a este tema, los cuales son: el elemento real, el elemento obligacional y el elemento de riesgo.

El primer elemento, doctrinariamente Sergio Rodríguez Azuero, en forma general para aplicación de cualquier modalidad de fideicomiso mercantil, indica: “En primer término, **un elemento real** constituido por la transmisión plena de derechos, ya reales como la propiedad o personales como la titularidad de un crédito, por parte del fiduciante al fiduciario, en forma de constituirlo frente a terceros como dueño o titular sin limitación alguna y frente a sí mismo o al beneficiario, apenas, con las que surgen del pacto obligatorio a que nos referimos.”¹⁵⁰

En conclusión, el elemento real no es más que la transmisión de la titularidad de los bienes fideicomitados, que aplicado al fideicomiso mercantil de garantía, es ese aporte de bienes que realiza el constituyente (deudor) al fideicomiso para garantizar el cumplimiento de las obligaciones pendientes con respecto al beneficiario (acreedor) y que tiene como consecuencia que el fiduciario tenga el dominio temporal de los bienes (con todas las potestades que el derecho dominio implica: uso goce y disfrute del bien) para cumplir la finalidad asignada al contrato fiduciario.

El segundo elemento, Rodríguez Azuero, lo define como: “En segundo término existe un **elemento personal u obligacional**, por virtud del cual la titularidad del fiduciario se ve limitada en orden al cumplimiento de la finalidad prevista por el fiduciante.”¹⁵¹

Como consecuencia, en otras palabras, el elemento personal, es el límite de las facultades del fiduciario con respecto al derecho de titularidad (temporal) que tiene

¹⁴⁹ Sergio Rodríguez Azuero, “**La Responsabilidad del Fiduciario**” (Colombia: Ed. Rosaristas, 1997), 24.

¹⁵⁰ Sergio Rodríguez Azuero, “**La Responsabilidad del Fiduciario**” (Colombia: Ed. Rosaristas, 1997), 26.

¹⁵¹ Rodríguez Azuero, “**La Responsabilidad del Fiduciario**”, 26.

dentro del contrato de fideicomiso, que aplicado a la modalidad del fideicomiso mercantil de garantía, el límite de la titularidad del fiduciario es ejecutar y liquidar los bienes aportados como garantías adecuadas para la satisfacción de las obligaciones pendientes que tiene el constituyente (deudor) con el beneficiario (acreedor), ejecución y liquidación que emana de la finalidad del contrato constitutivo del fideicomiso.

Por otro lado, es importante indicar que el elemento obligacional, esencialmente está limitado por el contrato pero no hay que dejar de lado también las limitaciones que establece la Ley en sí y la profesionalidad y experiencia del fiduciario.

El tercer y último elemento, Rodríguez Azuero, lo define: “Un tercer aspecto, destacado tradicionalmente por la doctrina, dice con **el riesgo de que el fiduciario abuse de sus facultades**, dado el exceso de poderes jurídicos que recibe y que resultan de hacerlo propietario, frente a la finalidad económica buscada (...)”¹⁵²

Entonces; el tercer elemento de riesgo, no es sino la posible situación de abuso de facultades del fiduciario, por el hecho de tener la titularidad y los derechos que le corresponden de este derecho sobre los bienes aportados por las partes intervinientes dentro del contrato de fideicomiso, elemento que aplicado a la figura del fideicomiso mercantil de garantía, a mi entender sería que el fiduciario extienda sus facultades de custodia, administración, ejecución y liquidación de los bienes fideicomitados y no cumpla el fin contractual o a su vez cumpla el fin contractual pero perjudicando a las partes intervinientes (beneficiario y/o constituyente) , por ejemplo; que el precio que se obtenga de la ejecución y liquidación de bienes sea menor al valor de la obligación que tiene que cancelar el deudor al acreedor.

Tomando en cuenta los elementos estudiados anteriormente (real, obligacional, de riesgo), se concluye que como principio general en el fideicomiso mercantil (incluyendo el fideicomiso mercantil de garantía), la responsabilidad y el alcance de la responsabilidad del fiduciario se deriva de la función de este en el fideicomiso, función que a su vez; como se ha estudiado dentro del primer¹⁵³ y segundo¹⁵⁴ capítulo de esta

¹⁵² Ibid, “**La Responsabilidad del Fiduciario**”, 29.

¹⁵³ V. Capítulo 1, sección 1.2.1., El Fiduciario, 30-31.

¹⁵⁴ V. Capítulo 2, sección 2.1.2, Instrucciones Fiduciarias, Procedimiento Convencional de Ejecución y Derechos Obligaciones de la Fiduciaria, 49-56.

tesis, se define en base a la Ley (Artículo 125, Título XV de la Ley de Mercado de Valores) y en base al contrato constitutivo del fideicomiso, aspectos que analizaremos individualmente en los siguientes subcapítulos de esta investigación.

Una vez explicados los elementos generales, procederé con el análisis de las principales funciones del fiduciario para desentrañar la responsabilidad y alcance de éste en el fideicomiso mercantil de garantía, que a mi criterio son las siguientes:

- **Función de cumplimiento de finalidad contractual.-** La primera gran responsabilidad que adquiere el fiduciario en la modalidad del fideicomiso mercantil de garantía es cumplir la finalidad contractual que en el fideicomiso La responsabilidad en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado de conformidad con las instrucciones contractuales previamente acordadas y aceptadas por las partes intervinientes -deudor (constituyente) y acreedor (beneficiario). En esta función el fiduciario es responsable de realizar todas las diligencias necesarias para liquidar y ejecutar los bienes fideicomitados, es decir, cumplir al pie de la letra todos los actos y etapas contenidas en la cláusula del proceso convencional de ejecución de garantías. En esta función el fiduciario responde al constituyente (cumpliendo con la obligación inicial del beneficiario al solventar la obligación con la ejecución y liquidación de las garantías adecuadas) y al beneficiario (utilizando las garantías adecuadas para cubrir la obligación adquirida con el constituyente). Con respecto a la prueba del cumplimiento de esta obligación, ésta consistirá en las constancias de todas las diligencias realizadas por el fiduciario en la etapa de liquidación y ejecución de bienes, tales como: entrega de comunicaciones a las partes contractuales para dar inicio y fin al proceso convencional de ejecución dentro de los plazos convencionales, adecuada utilización de los instrumentos documentales para efectuar el proceso de venta de los bienes, tales como documentos de notificación, publicaciones, verificación de documentación que acredite la no existencia de gravámenes que impidan la venta de los bienes, etc.
- **Función de vigilancia y protección de los derechos y obligaciones de las partes contractuales.-** El fiduciario dentro del contrato de fideicomiso mercantil de garantía tiene la función primordial de vigilar y proteger los derechos y obligaciones que tienen las partes intervinientes, dichos derechos y obligaciones

constan en la Ley y en el contrato de fideicomiso, sin embargo; en esta función el fiduciario es responsable de vigilar que tanto el constituyente como el beneficiario cumplan con cada una de sus funciones y que los derechos contractuales y legales que les pertenecen no sean vulnerados por ellos mismos o por terceros. Por lo tanto, las actuaciones del fiduciario con respecto a la vigilancia y protección de los derechos y obligaciones de las partes intervinientes son las que limitan las consecuencias de sus actos y su forma de reparación. En esta función el fiduciario responde ante el constituyente y el beneficiario y en caso de que los bienes sean ejecutados por el proceso convencional de ejecución responderá a terceros respecto a la restitución de los bienes. Con respecto al tipo de prueba que se requerirá consistirá en la prueba documental, sobre todo los informes de rendición de cuentas que realizan los fiduciarios con respecto a cada uno de los fideicomisos mercantiles que ejecutan y que es donde constan los hechos relatados por el fiduciario con respecto a hechos o circunstancias de cada uno de los fideicomisos.

- Función de administración, custodia y manejo de bienes y el efecto de la garantía adecuada. La responsabilidad del fiduciario y su alcance en el fideicomiso mercantil de garantía va ligada al papel del fiduciario a velar que los bienes que se otorguen como garantías dentro del fideicomiso mercantil brinden una adecuada cobertura que sea suficiente para honrar y cubrir la obligación impaga. Así la función de administración, custodia y manejo de los bienes aportados al fideicomiso deviene en virtud del cumplimiento del objeto del contrato de fideicomiso y es allí donde precisamente el fiduciario deberá ser diligente en sus acciones para lograr mantener las características de los bienes aportados y que estas características se mantengan y sean las más adecuadas durante todo el tiempo de duración del contrato, toda vez que; en caso de requerir ser ejecutadas a través del proceso convencional de ejecución, éstas puedan liquidarse sin inconvenientes y por ende cubrir la obligación impaga que el deudor (constituyente) tiene con el acreedor (beneficiario). Cabe mencionar en este punto que si bien esta responsabilidad recae en el fiduciario directamente, pueden existir casos en los que el bien fideicomitado se encuentra en manos de un tercero, que generalmente es el deudor y en la praxis es éste

quien custodia, administra y mantiene el bien aportado al fideicomiso. Sin embargo; esta circunstancia no le exime al fiduciario de su responsabilidad de custodia, administración y manejo del bien y por lo tanto su responsabilidad estaría en ejercer acciones diligentes de control para que el bien mantenga las características idóneas de una garantía adecuada. En esta función, primordial y esencial que solamente es propia del fideicomiso mercantil de garantía, el fiduciario responde ante el beneficiario, constituyente y terceros. Su responsabilidad ante el beneficiario y constituyente indudablemente es que el bien sirva de garantía adecuada para que cuando sea ejecutada y liquidada alcance a cubrir el valor de la obligación impaga, en cambio; su responsabilidad ante terceros será que el bien que fue liquidado a favor de ellos sea transferido en las condiciones por las que lo adquirieron. La prueba que requerirá el fiduciario para respaldar sus buenas diligencias y acciones con respecto a esta función serán las pruebas documentales como los informes de rendición de cuentas, el informe del perito evaluador, documentos en los que se informa y establece el estado del bien a las partes contractuales y las diligencias de verificación y constatación que haya efectuado el fiduciario sobre el estado físico del bien.

- Función de separación de los bienes del patrimonio autónomo de los bienes del fiduciario y de otros negocios fiduciarios.- Otra función del fiduciario que es de responsabilidad directa es la de la separación de los bienes aportados al fideicomiso (patrimonio autónomo) de los suyos propios, así como; la de otros negocios fiduciarios. Esta función del fiduciario implica proteger los bienes fideicomitados del patrimonio autónomo de las acciones que se generen de otros acreedores que crean tener el derecho sobre dichos bienes, y que en realidad correspondan a deudas del fiduciario o de otros negocios fiduciarios que maneja el fiduciario e incluso de deudas que tenga el propio constituyente o beneficiario. El fiduciario responde ante el constituyente y el beneficiario con respecto a su función de individualización de bienes y el tipo de prueba que requerirá para demostrar que sus acciones fueron diligentes y encaminadas a separar los patrimonios se materializa en los libros contables del fiduciario que precisamente responden a esta separación de patrimonios.

- Función de ejecución y liquidación de bienes conforme a lo establecido contractualmente en el proceso convencional de ejecución y liquidación de bienes.- La función del fiduciario que es propia del fideicomiso mercantil de garantía es precisamente ejecutar y liquidar los bienes fideicomitados conforme al proceso convencional de ejecución y velar porque este proceso se cumpla de acuerdo a lo establecido en el contrato, ya que; como se recordará éste surge para brindar un papel sustitutivo y eficaz con respecto al sistema judicial en lo que se refiere a la ejecución y liquidación de garantías. La responsabilidad del fiduciario en esta función es ante el constituyente, el beneficiario y terceros pues deberá demostrar que realizó y ejecutó todas las acciones preestablecidas en el contrato de fideicomiso mercantil de garantía para perfeccionar la ejecución y liquidación de los bienes fideicomitados. El tipo de prueba que requerirá el fiduciario estará encaminada a demostrar que cumplió con los procesos establecidos en el contrato y que en su mayoría se constituirán en base a pruebas documentales, tales como (notificaciones, comunicaciones, publicaciones, informe del evaluador, etc.)

Finalmente, en mi criterio personal, la responsabilidad del fiduciario y su alcance en el fideicomiso mercantil de garantía emana también de su función como profesional, función que se explicaría por todos aquellos aportes de criterio que el fiduciario brinda dentro de la estructuración del contrato de fideicomiso mercantil y la asesoría que otorga a las partes intervinientes en este tipo de negocios; en base a su experiencia y el desarrollo profesional. Por lo tanto, las consecuencias de sus actuaciones derivarían también de ese desempeño profesional dentro de cada uno de los fideicomisos mercantiles de garantía que están a su cargo, tomando en cuenta; obviamente la disposición legal establecida en el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores, la cual analizaremos en este mismo capítulo.

3.2.2. Obligaciones legales del fiduciario y análisis del alcance de su responsabilidad en el fideicomiso mercantil de garantía.

Toda vez que se ha establecido en el subcapítulo anterior que la Ley es una de las formas de determinar la responsabilidad y el alcance de la misma con respecto al papel

del fiduciario dentro del fideicomiso mercantil de garantía, es menester estudiar que determina la Ley respecto a este tema.

En el Ecuador, como ya he mencionado anteriormente; la responsabilidad del fiduciario y su alcance está regulado por el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores (esta norma aplica tanto para la figura del fideicomiso mercantil de garantía como para cualquier otra modalidad de fideicomiso).

“Art. 125.- No obstante las obligaciones señaladas precedentemente, así como las que se prevean en el contrato de fideicomiso mercantil y en el de encargo fiduciario, el fiduciario no garantiza con su actuación que los resultados y finalidades pretendidas por el constituyente efectivamente se cumplan.

El fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, que es de medio y no de resultado; esto es, que su responsabilidad es actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan.”¹⁵⁵

Si correlacionamos la definición general de responsabilidad con el precepto legal señalado por la Ley de Mercado de Valores para la figura jurídica del fideicomiso mercantil de garantía, entonces se infiere que; si el fiduciario, al ejercer su función en el contrato de fideicomiso mercantil, producto de sus actuaciones genera o causa un daño a las partes intervinientes (deudor o acreedor) o a un tercero, entonces; tiene inherente la obligación de reparar el daño causado. No obstante, la reparación del daño causado se limita a la culpa leve es decir que su gestión de cumplimiento es de medio y no de resultado.

Como aproximaciones generales y para entender mejor el tema, a continuación estableceré qué determina la legislación ecuatoriana respecto a la culpa leve y luego indicaré una definición doctrinaria respecto a lo que se entiende por obligación de medio y no de resultado, todo ello con la finalidad de comprender el análisis de criterio personal que se realizará a continuación con respecto a cada una de las obligaciones legales que estudié en el capítulo uno de esta tesis y a través de las cuales determinaré a mi criterio cual es el papel real del fiduciario y su responsabilidad.

¹⁵⁵ LMV, art. 125

De lo expuesto anteriormente, el artículo 29 del Código Civil, define jurídicamente la culpa leve de la siguiente manera:

“Art. 29.- La ley distingue tres especies de culpa o descuido: (...) Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa. (...)”¹⁵⁶

Por otro lado, para profundizar respecto al concepto legal de culpa leve, considero importante establecer la siguiente precisión personal:

- Que la norma ecuatoriana explica el significado y alcance de la culpa leve con la “falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios” y que la forma de administración un negocio debe ser como la de un buen padre de familia.

Cabe destacar, sobre este punto, que las interpretaciones y criterios que la Ley hace con respecto al concepto de la culpa leve, han sido discutidos por doctrinarios e incluso analizados en reiteradas ocasiones en jurisprudencias. Es por ello, que la mayoría de criterios han coincidido en que la culpa leve se interpreta en base a la conducta que deben tener las personas el momento de manejar sus negocios, es decir; ser cuidadosos y diligentes para discernir lo bueno de lo malo y aplicar ese discernimiento en el manejo de su negocio. A pesar de que estas definiciones en un principio pueden ser muy subjetivas porque dependerán de la conducta de manejo que cada persona crea conveniente para su negocio, los doctrinarios si son enfáticos en puntualizar que la profesión o actividad de cada persona van a requerir ciertas habilidades especiales que solo esos profesionales pueden manejar y que por lo tanto en base a esas destrezas y habilidades técnicas que cada negocio requiera es la manera en que jurídicamente se puede establecer la existencia de esta clase de culpa. Es importante indicar que una definición doctrinaria interesante para explicar la culpa leve es la que

¹⁵⁶ C.C., art. 29.

se refiere al “deber de prudencia” explicado por Sergio Rodríguez Azuero, de la siguiente manera: “Visto de forma dinámica supone la realización en forma diligente y cauta de todos los actos necesarios para la debida consecución de la finalidad de la fiducia, teniendo en cuenta su condición de gestor profesional.”¹⁵⁷

En conclusión, como primera precisión general, se señala que el fiduciario en la figura del fideicomiso mercantil de garantía, limita su responsabilidad y alcance dentro de tres aspectos importantes: las disposiciones legales, las disposiciones contractuales y su criterio profesional (que como ya he mencionado deviene de la expertice profesional que ha adquirido durante el manejo de estos negocios a lo largo del desarrollo de su actividad.).

En mi opinión personal, el fiduciario no puede únicamente limitar sus funciones y escudar y justificar sus conductas en el argumento de que se limita a responder por culpa leve con respecto al manejo de sus negocios fiduciarios porque así lo ordena la Ley ecuatoriana, sino más bien; que como profesional responsable deberá considerar que sus actuaciones siempre responderán a una actividad sumamente especializada y técnica, y sobre todo que en ciertas funciones específicas tendrá que ir más allá de ese grado de responsabilidad de culpa leve, porque la existencia de estas funciones necesitan de habilidades de expertice profesional que le son inherentes y obligatorias de protección y cumplimiento en su calidad de fiduciario, casos particulares que los analizaré más adelante en este mismo capítulo.

Ahora bien, el otro punto esencial de la Ley respecto a la responsabilidad y su alcance en el papel del fiduciario con respecto al fideicomiso mercantil de garantía es “la obligación de medio y no de resultado”, tema del cual se hizo ya ciertas precisiones en el subcapítulo 3.2. de esta tesis.

Doctrinariamente Rodríguez Azuero, explica:

“En lo fundamental, podría sostenerse que el fiduciario está íntimamente ligado por su obligación administrativa como gestor y naturalmente, por la necesidad de poner

¹⁵⁷ Juan Carlos Varón Palomino, “**La Norma y el Negocio**” (Bogotá, Edit. Asociación de Fiduciarias-Universidad de los Andes, 1994), 115, citado por Sergio Rodríguez Azuero, “**La Responsabilidad del Fiduciario**” (Colombia: Ed. Rosaristas, 1997), 44.

toda su capacidad y esfuerzo a la obtención de la finalidad prevista en el acto constitutivo.

Se ha admitido como premisa, por buena parte de la doctrina (...) que las **obligaciones del fiduciario son de medio y no de resultado**. Acogiendo el aporte doctrinario hecho por el jurista francés René Demogue sobre el particular, se ha considerado que en ese caso y, en general, en la posición de buena parte de los gestores de intereses ajenos, la obligación se traduce en la realización de los mejores esfuerzos profesionales enderezados a obtener un resultado, pero sin que tal carga suponga, en manera alguna, el compromiso de obtenerlo. Y se ha ilustrado con frecuencia y a veces poca imaginación el tema recordando bien como ese sería el caso de los médicos que al recomendar y asumir el compromiso de intervenir quirúrgicamente a un paciente, se comprometen a poner lo mejor de su *expertise* pero no pueden garantizar el resultado de la operación o de los abogados que al aceptar la representación judicial se obligan a hacer lo propio, sin poderle garantizar al cliente el resultado favorable del litigio.”¹⁵⁸

A mi criterio, la obligación de medio y no de resultado que tiene el fiduciario está muy ligado con las apreciaciones establecidas anteriormente en lo que se refiere a la culpa leve, puesto que; esta premisa “de obligación de medio” que maneja el fiduciario en lo que se refiere a su responsabilidad va muy de la mano con sus habilidades técnicas y profesionales. Así para explicar mejor este tema, considero importante citar el criterio jurisprudencial que se estableció en la Corte Suprema de Justicia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, que indica:

“ Se destaca en el Código de Comercio el aspecto relativo de la fuerza mayor, ésa consiste en lo imprevisto e irresistible; pero esas cualidades dependen de los hombres y muchas veces de su profesión: lo que es imprevisible para unos no lo es para otros que tienen mayores conocimientos de alguna ciencia o arte, y lo mismo se podría decir de la posibilidad de evitar un daño ya previsto, usando las medidas oportunas que no están al alcance de cualquier persona, pero sí de técnicos o entendidos. ‘Son casos de fuerza mayor los accidentes adversos que no pueden preverse ni impedirse por la prudencia y los medios propios de los hombres de la profesión respectiva.’ Resulta evidente que un marino o un

¹⁵⁸ Rodríguez Azuero, “**La Responsabilidad del Fiduciario**”, 36-37.

aviador pueden impedir un accidente que no sabrá evitar un profano en esa materia, y así se puede imaginar en cualquier orden de cosas, la situación relativa de las personas frente al caso fortuito”.¹⁵⁹

Si bien, esta sentencia explica el concepto de fuerza mayor, en cambio; nos brinda una herramienta útil con respecto a diferenciar que la responsabilidad va a girar en torno a la expertice y conocimientos técnicos de cada profesión, y que es el punto que quiero explicar con respecto a “obligación de medio y no de resultado”, al indicar que así como en la sentencia se determina que un accidente aviatorio puede ser previsto de cierta manera por un profesional aviador, no obstante, una persona con una profesión diferente no va a poder prever la situación de accidente ya que no tiene los conocimientos y la expertice que tiene aquella persona profesional que se dedica a una rama determinada. Así mismo, sucede en el caso del fiduciario, quien a pesar de tener limitada el alcance de su responsabilidad a realizar todas las actuaciones necesarias para cumplir con el objeto contractual encargado por los sujetos intervinientes en el fideicomiso mercantil de garantía, en cambio; también va a tener que utilizar sus criterios y expertice profesional para cumplir las obligaciones contractuales encargadas, y es ese mismo criterio profesional, que le da ciertas habilidades que le pueden servir para prever situaciones que no cualquier persona que no tenga los conocimientos de fiduciario podrá prevenir si estuviera en el mismo caso.

Concluyendo, la denominada “obligación de medio y no de resultado” no es más que todas aquellas actuaciones que debe realizar el fiduciario conducentes a cumplir con las instrucciones y finalidad del objeto establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil de garantía, tomando en cuenta que; estas actuaciones no garantizan que siempre van a implicar un resultado esperado. Sin embargo; esta obligación de medio conlleva que el fiduciario con sus habilidades y expertice profesional le otorgue a los sujetos contractuales confianza y certeza de que esas herramientas técnicas dentro de la figura de fideicomiso van a desarrollarse en situaciones específicas que conllevaran tal

¹⁵⁹ Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil Corte Suprema de Justicia, [Juicio verbal sumario No. 130-2000 que por dinero sigue Héctor Eduardo Loor Gavilanes en contra de Comisionistas Bursátiles Combursátil Casa de Valores Sociedad Anónima], en **Gaceta Judicial, Registro Oficial 353**, 22 de junio de 2001.

vez no a los resultados esperados pero si a resultados adecuados que no siendo los esperados son los más óptimos y beneficiosos para las partes.

Tomando en cuenta las aproximaciones establecidas en los párrafos anteriores y como aporte personal a esta investigación, a continuación realizo las siguientes precisiones personales, respecto a las obligaciones legales principales del fiduciario:

- **Función de representación legal.-** La principal función y obligación legal del fiduciario es ejercer la representación legal del fideicomiso mercantil y como lo indica la propia Ley¹⁶⁰, esta representación legal implica todas las facultades para que el fiduciario pueda actuar libremente en toda clase de procesos, trámites a nivel judicial y extrajudicial para cumplir con el fin encargado en el contrato de fideicomiso. Con esta función de representación legal el fiduciario responde ante el constituyente, beneficiario y ante terceros. Adicionalmente, en mi opinión personal es necesario señalar que; la representación legal del fideicomiso es una función sumamente sensible con respecto a la clase de responsabilidad que conlleva para el fiduciario debido a las facultades que le otorga la Ley, las mismas que constituyen un elemento de riesgo (elemento analizado en el papel del fiduciario) por la relación de confianza que implica, lo que genera que; la actuación del fiduciario sea sumamente cuidadosa y diligente el momento de representar a sus clientes. Así la característica de confianza entre constituyente, beneficiario y acreedor marca una línea delgada entre el fiduciario y las partes contractuales ya que podría surgir un abuso de atribuciones por parte del fiduciario y crear un daño a los sujetos contractuales, daño del cual tendría que responder directamente el fiduciario por el abuso de atribuciones, responsabilidad que iría más allá de las obligaciones de medio y de culpa leve que la Ley determina.
- **Función de Separación de patrimonios.-** La separación del patrimonio autónomo del fideicomiso con respecto al patrimonio del fiduciario. Esta obligación legal que determina la separación de patrimonios es importante porque individualiza los bienes que pertenecen al fideicomiso con respecto a

¹⁶⁰ LMV, art. 119.

los bienes del fiduciario y por ende delimita a los acreedores tanto del fideicomiso como del fiduciario a perseguir los bienes que le corresponden a cada uno y que no exista una mezcla de patrimonios.

Con respecto a la separación de bienes, cabe destacar que; el artículo 118 de la Ley de Mercado de Valores, expresamente estipula que: “(...) la responsabilidad de las obligaciones contenidas en el patrimonio autónomo se limitarán únicamente hasta el monto de los bienes que hayan sido transferidos al patrimonio del fideicomiso mercantil, quedando excluidos los bienes propios del fiduciario.” Esta disposición legal implica que existe un monto específico sobre el cual responderá a sus acreedores el fideicomiso mercantil y existe un monto específico sobre el cual responderá por sus obligaciones el fiduciario con respecto a sus acreedores, de tal manera que los acreedores del fideicomiso mercantil deberán limitarse a perseguir los bienes del fideicomiso y no los de propiedad del fiduciario debido a que cada uno constituyen patrimonios separados.

Ahora bien, con respecto al fideicomiso mercantil de garantía, a mi criterio personal, en el ámbito práctico la obligación del fiduciario será de resultado, porque por disposición legal el fiduciario tendrá que llevar una contabilidad separada de los bienes de cada uno de los fideicomisos que tiene a su cargo con respecto a la contabilidad propia de sus bienes, lo que le obliga a separar los patrimonios y no confundirlos. Es muy común que en la práctica efectivamente no exista una confusión de patrimonios y que el fiduciario tenga muy claro cuales bienes pertenecen a su patrimonio y cuales a cada uno de los fideicomisos de sus clientes, porque la responsabilidad de sus actuaciones, en este caso; se va a limitar a probar que efectivamente existe esa separación de bienes a través de libros contables y lógicamente de los títulos de propiedad, lo que conlleva a que si esa separación no existe, entonces; el fiduciario responde por el incumplimiento a la norma legal expresa.

Por ejemplo, en el caso de un fideicomiso mercantil de garantía, si existiese un tercero que interpusiere una medida cautelar sobre el bien que pertenece al patrimonio del fideicomiso mercantil (creyendo que ese patrimonio le pertenece al patrimonio personal del deudor), el fiduciario podrá probar que el bien le pertenece al fideicomiso y no al deudor y que por lo tanto las acciones interpuestas con respecto a ese bien si no es un acreedor del fideicomiso deberán ser desechadas como corresponde en los procesos

legales, protegiéndose de esta manera que los bienes que están aportados al fideicomiso mercantil de garantía constituyan efectivamente garantías adecuadas que respaldan las obligaciones del contrato de fideicomiso mercantil constituido por el deudor con respecto al acreedor. Así también, es importante indicar que el valor por el que responde el fiduciario hacia el acreedor en un contrato de fideicomiso mercantil de garantía se limita a la cuantificación de valor del bien fideicomitado y específicamente a los recursos que se reciban producto de la ejecución de la garantía.

En conclusión, la obligación legal de separación de patrimonios del fideicomiso y del fiduciario tiene como fin proteger los bienes tanto del fiduciario como del fideicomiso mercantil y por sobre todo evitar que el bien utilizado como aporte para garantizar el cumplimiento de la obligación que el constituyente tiene con el beneficiario, sea mermado por otros acreedores, lo que hace que esta obligación sea de resultado, puesto que; el fiduciario es responsable directo de velar y cumplir que sus bienes se encuentren individualizados y separados de los bienes de cada fideicomiso que maneja. El fiduciario responde ante el constituyente, beneficiario y terceros y el tipo de prueba que se requerirá es documental a través de los registros en libros contables.

- Función de restitución de bienes.- La función de restitución de bienes se entiende cuando el bien aportado al fideicomiso mercantil se transfiere al constituyente¹⁶¹, en el caso del fideicomiso mercantil de garantía esta restitución aplicará cuando el constituyente haya cumplido con su obligación pendiente y por lo tanto no se haya necesitado ejecutar la garantía. En este caso el fiduciario tendrá la responsabilidad directa de realizar todas las gestiones para transferir el bien al constituyente, caso en el cual, la responsabilidad de restitución requerirá la transferencia efectiva del bien y por lo tanto no bastará que el fiduciario realice todas las gestiones necesarias sino que efectivamente el bien deberá ser transferido, así en caso de no existir transferencia, el fiduciario tendrá que responder más allá de la responsabilidad de culpa leve que establece la Ley. En esta función el fiduciario responde ante el constituyente y el tipo de prueba que se requerirá

¹⁶¹ LMV, art. 113

para comprobar que el fiduciario cumplió con su responsabilidad de restitución será documental.

- Función de rendición de cuentas.- La función de rendición de cuentas¹⁶² es una obligación legal que tiene dos aristas que deben analizarse dentro del ámbito de la responsabilidad del fiduciario. Por un lado, se encuentra la obligación de rendición de cuentas comprobadas, que es una obligación que tiene el fiduciario de comprobar, argumentar y demostrar con certeza el cumplimiento de las labores encomendadas en el contrato de fideicomiso mercantil, y por otro lado; se encuentran los informes de rendición de cuentas que consisten en informar documentalmente situaciones o hechos con respecto al desenvolvimiento del fideicomiso mercantil. En este tipo de función el fiduciario al presentar sus informes deberá responder, en el caso de la rendición de cuentas comprobadas ante el constituyente, beneficiario y terceros (el órgano de control y regulación “Superintendencia de Compañías y Valores”) y en el caso de los informes de rendición de cuentas ante el constituyente y beneficiario. El tipo de prueba que el fiduciario requiere para demostrar su responsabilidad es documental, pues todo se basará en lo plasmado en su rendición de cuentas versus el contrato, la Ley y los hechos ocurridos durante la vigencia del contrato de fideicomiso. Es importante señalar que si bien el fiduciario siempre presentará los dos tipos de informes de rendición de cuentas, de estos informes considero que pueden generarse actuaciones del fiduciario que demuestran una responsabilidad que exige un grado de responsabilidad más allá del de culpa leve y por ende en caso de presentarse dentro del informe alguna acción o conducta del fiduciario que haya traído como consecuencia un daño al constituyente, beneficiario o un tercero en el que deba responder más allá de la culpa leve, el fiduciario tendrá que responder por el tipo de culpa que le corresponde.
- Otras funciones del fiduciario determinadas en la Codificación de las Resoluciones del Consejo Nacional de Valores.- Las obligaciones legales específicas señaladas en la Codificación de las Resoluciones del Consejo

¹⁶² LMV, arts. 128 y 129

Nacional de Valores, contenidas en el Título V Negocios Fiduciarios, artículo cinco.

Con respecto a las fiduciarias, es importante indicar, que existe la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, en la cual consta una disposición expresa respecto a la responsabilidad de la fiduciaria, disposición de la cual señalaré las siguientes precisiones:

- En concordancia con la Ley de Mercado de Valores establece que el alcance de la responsabilidad del fiduciario es hasta la culpa leve (tema que analicé en párrafos anteriores en este mismo capítulo) y que sus actuaciones van ligadas al cumplimiento del fin contractual.

Reitera la responsabilidad directa del fiduciario de constatar la existencia física de los bienes. Con respecto a esta disposición, en mi opinión personal, esta función de constatación del fiduciario determina una responsabilidad directa de resultado, porque la autoridad regulatoria ordena que el fiduciario vaya más allá de recibir los bienes aportados a un fideicomiso, más aún, le exige que realice una constatación física, que a mi criterio servirá para verificar el estado y condición del bien fideicomitado, de manera que las partes tengan una real apreciación de las condiciones del bien y su cuantificación con respecto a la garantía otorgada (en el caso del fideicomiso mercantil de garantía). Por lo tanto el fiduciario al omitir esta obligación legal de constatación a mi criterio generaría una responsabilidad directa de obligación de resultado que de no cumplirse respondería más allá de culpa leve.

- Establece el cumplimiento de los procesos legales para que jurídicamente se realice la transferencia de los bienes, así; en los casos de bienes muebles establece la verificación de la incorporación al patrimonio autónomo y en el caso de bienes inmuebles ordena la inscripción de los contratos en el Registro de la Propiedad. Adicionalmente, en el caso particular de los bienes inmuebles determina la obligación de verificación de que no exista limitaciones de dominio y a su vez permite que en caso de que existan limitaciones de dominio en el propio contrato se establezca expresamente las

limitaciones que existen y que se justifiquen las mismas con el documento respectivo (certificado de gravamen).

Con respecto a este punto indicaré que en el ámbito práctico en la figura del fideicomiso mercantil de garantía esta disposición aplicaría con respecto a los bienes inmuebles, por lo tanto; la responsabilidad del fiduciario será: a) inscribir el contrato de fideicomiso en el Registro de la Propiedad, b) determinar la existencia de limitación de dominio, en caso de existir este particular y c) adjuntar el documento habilitante respectivo que establezca la existencia de limitaciones de dominio. En conclusión; estas obligaciones legales con respecto a los bienes inmuebles, no son más que obligaciones de resultado, puesto que; el fiduciario deberá seguir el procedimiento legal respectivo para obtener la inscripción del contrato de fideicomiso en el Registro Mercantil (lo cual va de la mano con la obligación de que el fiduciario cumpla con la obligación legal de que haya una transferencia real del dominio del bien y en caso de que existan limitaciones de dominio deberá insertarlas en el contrato de fideicomiso y soportarlas con el documento habilitante respectivo. Por lo tanto; no bastará con que el fiduciario realice todos los esfuerzos y diligencias necesarias sino que deberá lograr como resultado final inscribir el contrato de fideicomiso ante la autoridad competente y como mencionamos reiteradamente detallar limitaciones de dominio y soportarlas documentalmente, convirtiendo la responsabilidad del fiduciario en una obligación de resultado que irá más allá de la culpa leve.

- Finalmente, la resolución administrativa ordena que se cumplan con los procesos internos necesarios para evitar contingencias que se deriven con respecto a lavado de dinero, narcotráfico y aquellos hechos delictivos ilícitos que podrían ser ejecutados a través de figuras de fideicomiso. Respecto a este punto indicaré que el fiduciario tiene una obligación de resultado que conlleva obviamente a un alcance de responsabilidad penal, tema que señalaremos como informativo pero del cual no realizaremos un análisis profundo por ser una materia especializada que no es objeto de estudio de esta investigación.

Concluyendo, en mi opinión personal, la codificación de resoluciones del Consejo Nacional de Valores, ha establecido una norma concordante y complementaria a las disposiciones generales de la Ley de Mercado de Valores, pero cabe aclarar; si bien esta resolución al igual que la Ley establecen como principio general que la responsabilidad del fiduciario tiene alcance hasta la culpa leve, no es cierto que de omitirse las disposiciones expresas contenidas en la mencionada resolución, existe otro tipo de responsabilidad, pues el incumplimiento de estas disposiciones específicas constituirían hechos verificables de obligaciones de resultado. En este tipo de obligaciones que he analizado tiene el fiduciario con respecto a lo establecido a las disposiciones de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de valores el fiduciario responde ante el beneficiario, constituyente y terceros y el tipo de prueba en este tipo de actos es documental puesto que demuestran los hechos de constatación y verificación del aporte de los bienes fideicomitidos.

- La obligación del fiduciario con respecto a la rendición de cuentas a las partes contractuales, obligación que se encuentra regulada detalladamente en el artículo ciento veintiocho y ciento veintinueve de la Ley de Mercado de Valores, obligación que analizamos anteriormente.

Conforme a mi criterio personal y para concluir con el análisis de las obligaciones legales, puedo señalar que si bien la Ley establece expresamente que la responsabilidad del fiduciario y el alcance de la misma conlleva una reparación de daños solamente cuando existe una culpa leve, hemos visto; que hay casos discutibles, en su mayoría, que ameritan una responsabilidad del fiduciario que va más allá de este tipo de culpa y que por lo tanto; el verdadero papel del fiduciario consistirá en cumplir su función conforme a los preceptos legales, contractuales y sobre todo en base a su expertise profesional, lo que le liberará de cargas de responsabilidad directa, si de ser el caso existiesen reclamos por parte del constituyente, el beneficiario o terceros.

3.2.3 Obligaciones contractuales del fiduciario y análisis del alcance de su responsabilidad en el fideicomiso mercantil de garantía.

En este subcapítulo, se analizará el papel del fiduciario con respecto al alcance de la responsabilidad conforme a las cláusulas contractuales establecidas en el caso práctico estudiado en el capítulo dos de esta tesis. Es importante considerar que; en este análisis existirán disposiciones contractuales que detallan las obligaciones legales analizadas previamente en el subcapítulo 3.2.2 y que en este caso serán únicamente señaladas con propósitos informativos puesto que el análisis respectivo ya se realizó previamente. A continuación, analizo las cláusulas contractuales principales contenidas en el contrato de fideicomiso, objeto de estudio en el capítulo segundo de esta tesis, y; apporto con mi criterio personal con respecto a cada una de ellas:

- La transferencia de dominio y el aporte a título de fideicomiso mercantil, es una cláusula contractual que se establece por disposición legal, de la cual ya hemos analizado que su responsabilidad recae directamente en el fiduciario cuando se trata de la restitución de bienes.

Sin embargo, respecto a la figura del fideicomiso mercantil de garantía, en mi opinión personal es importante establecer que; en lo que se refiere a la valoración del bien fideicomitado, el fiduciario deberá considerar la intervención de un perito calificado para que sea el quien otorga el valor real del bien fideicomitado que servirá para honrar la obligación impaga que tiene el constituyente con el beneficiario y que constituye la finalidad de esta figura contractual. En este punto, también es importante recordar el papel de prudencia que debe ejecutar el fiduciario, así por ejemplo; si existen sobrevaloraciones o subvaloraciones de los bienes fideicomitados que pueden llegar a determinar los peritos calificados, es deber del fiduciario como profesional hacer notar a las partes contractuales su pronunciamiento respecto a esta sobrevaloración o subvaloración. Es precisamente este pronunciamiento de desacuerdo con respecto a la cuantificación del bien, lo que diferenciará la actuación del fiduciario dentro de esta figura y lo que otorgará un descargo de responsabilidad del fiduciario en caso de que en un futuro existiese inconvenientes respecto a la liquidación del bien para obtener la garantía adecuada que cubra la obligación del deudor con respecto al acreedor.

La administración, custodia y, mantenimiento de los bienes, es una función que fue analizada anteriormente en el subcapítulo 3.2.1 de esta tesis desde el punto de vista de los efectos que podrían producirse respecto a las características de los bienes fideicomitidos. Ahora bien, es importante señalar que; para el fiduciario con respecto a esta función surge una responsabilidad adicional que es la de controlar a terceros que pueden llegar a tener la responsabilidad directa de la administración, custodia y mantenimiento de los bienes fideicomitidos. Así; la responsabilidad del fiduciario en este caso específico es la de establecer pautas para un adecuado proceso de control y vigilancia con respecto a esas funciones y con ello asegurar a las partes que el estado, condición y valor del bien fideicomitado no ha sido mermado ni perjudicado por situaciones exógenas o terceros. Entonces, el tipo de responsabilidad que se genera en el fiduciario de la función de administración, custodia y mantenimiento de los bienes fideicomitidos puede ir más allá de la culpa leve si no existe una prueba que justifique y demuestre que el fiduciario ha ejercido un adecuado control a los terceros encargados de los bienes fideicomitidos en caso de que dichos bienes por cualquier situación se encuentren a cargo de terceros.

- La liquidación y ejecución de los bienes fideicomitidos establecida a través del procedimiento convencional de ejecución de garantía, es una función que surge del contrato de fideicomiso, que ya fue analizada en este capítulo tercero, numeral 3.2.1. como función principal del fiduciario. Sin embargo, considero importante resaltar que dentro de la responsabilidad del fiduciario en lo que respecta al procedimiento convencional de ejecución de garantías, las actuaciones del fiduciario deberán velar y proteger por sobre todo procesos que justifiquen:
 1. La forma de iniciación del proceso convencional, punto en el cual, su responsabilidad va encaminada a delimitar la forma de comunicar a las partes que se inicia el proceso convencional de ejecución y que esta comunicación no viole derechos del debido proceso (tema que analizamos en el segundo capítulo.)
 2. La forma en base a la cual se realizará el avalúo de los bienes fideicomitidos, punto en el cual, la responsabilidad del fiduciario se

encaminará a que el valor de la garantía obedezca a su real cuantificación, tema que analizamos en el punto anterior.

3. El proceso de venta de los bienes fideicomitidos, punto en el cual el fiduciario tendrá la responsabilidad de estructurar la forma más óptima y adecuada en cuanto al plazo de ofertas, la forma de transferencia de los bienes, el orden de prelación para la entrega del producto de la venta de los bienes fideicomitidos y establecer el modo de actuar de las partes en caso de no llegar a darse el resultado de la venta. Cabe señalar que el último punto es de suma importancia pues el fiduciario por su expertice conoce que en algunos casos la venta de los bienes no se suele efectuar y por lo tanto deberá prever cuáles son las instrucciones a seguir en caso de no darse el resultado final de la venta.
4. La forma de establecer un proceso alternativo para que la garantía adecuada en caso de no venderse pueda cubrir la obligación al acreedor, en este punto; el fiduciario tiene la responsabilidad profesional de brindar una alternativa de sustitución de la venta de bienes y establecer el proceso de entrega con respecto a esa opción (la dación en pago).
5. La suspensión del proceso de ejecución, en este punto el fiduciario tiene la responsabilidad de determinar cómo parar el proceso de ejecución de garantías, en caso de que el deudor justifique el cumplimiento de su obligación con respecto al acreedor.

En conclusión y cómo podemos observar todos estos puntos que se analizaron en el segundo capítulo e implican que el fiduciario no solamente realice sus mejores esfuerzos para la estructuración de dichos procesos, sino que exigen que el fiduciario aplique sus conocimientos técnicos y especializados con respecto a los mismos. Por lo que; si bien el fiduciario tiene una obligación de medio que responderá hasta por culpa leve; este deberá probar que al momento de ejecutar las instrucciones contractuales, las hizo conforme a las disposiciones del contrato de fideicomiso y en base a situaciones que estuvieron totalmente previstas dentro del contrato por su expertice profesional.

Las principales obligaciones del fiduciario establecidas en el contrato y que constituyen responsabilidad directa para él y son las siguientes:

- La restitución de los bienes fideicomitidos, este punto fue analizado como obligación legal en el punto 3.2.2 de este capítulo tercero.
- Cumplir con la confidencialidad respecto a actos y contratos que se realicen en relación al contrato de fideicomiso. En este punto, cabe analizar que la responsabilidad corresponde efectivamente a una obligación de medio, porque el fiduciario deberá comprobar que en efecto cumplió con la confidencialidad contractualmente establecida y que solo en casos excepcionales y que la Ley ordena, tuvo que de cierta manera evitar cumplir con ese derecho de confidencialidad establecido por las partes, casos excepcionales como resoluciones judiciales o administrativas en las que se ordenan que se presenten ante la autoridad los documentos que se relacionan con el fideicomiso, caso en el cual precisamente el fiduciario deberá romper esa obligación de confidencialidad y cumplir con la orden de la autoridad competente. El fiduciario en esta función responde ante el constituyente y el beneficiario y el tipo de prueba que requeriría para justificar su buena gestión en caso de romper la confidencialidad es documental que consistiría en la orden judicial o administrativa que ordena la entrega de información. Determinar la forma de otorgamiento de procuraciones judiciales en los casos que se requiera y la forma del pago de honorarios. Cabe destacar, esta disposición del contrato analizado en el capítulo segundo, debido a que; el fiduciario para delegar sus funciones de representación, necesita prever como profesional responsable la forma de que la delegación de sus funciones se encuentre autorizada y aceptada por las partes contractuales, más aún cuando en ciertos casos se va a necesitar profesionales que defiendan al representante legal del fideicomiso en procesos legales. Concluyendo, en este caso específico la obligación es de medio, pues en caso de no existir una disposición expresa de autorización, el fiduciario se liberaría de esta responsabilidad al establecer que a pesar de haber realizado todas las diligencias y actos necesarios para que las partes autoricen y acepten esta delegación, es total responsabilidad de ellas el resultado de la defensa respecto a procesos legales. Por esta razón, en los contratos de fideicomisos mercantiles es muy común observar cláusulas contractuales con respecto a la

contratación de procuradores judiciales y el establecimiento de sus honorarios y formas de pago. El fiduciario responde en esta función ante el constituyente, el beneficiario y terceros puesto que para representar al fideicomiso mercantil el procurador judicial deberá tener toda la documentación que acredite su calidad. El tipo de prueba que requiere el fiduciario en esta función es documental.

- Las formas de acuerdo respecto a circunstancias que se presentan durante la relación contractual y que no estén establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil.
- Con respecto a este punto, es importante destacar que; el fiduciario al incluir esta cláusula contractual, está protegiendo el alcance de su responsabilidad para que efectivamente responda solo hasta por culpa leve. Precisamente, esta cláusula refleja expresamente que el fiduciario está actuando diligentemente y en forma profesional con respecto a su cliente porque determina la forma mediante la cual el constituyente y beneficiario otorgan instrucciones al fiduciario para que actúe en caso de que se presenten circunstancias o hechos que no estén previstos en el contrato. Estas actuaciones que se derivan de hechos no estipulados contractualmente se suplen a través de acuerdos escritos o actas resolutorias acordadas por el beneficiario y constituyente con respecto a la forma en que debe actuar el fiduciario en el caso puntual que se presente. En esta función, el fiduciario responde ante el constituyente, el beneficiario y terceros y el tipo de prueba que requiere para demostrar su responsabilidad es documental (las actas y/o acuerdos escritos resolutorios).

Finalmente, mi apreciación personal es que la responsabilidad y su alcance contenido en las obligaciones contractuales en un fideicomiso mercantil de garantía, son obligaciones de medio y por lo tanto el fiduciario responde por culpa leve. Esta afirmación se deriva porque el fiduciario a través del contrato de fideicomiso mercantil puede comprobar que sus actuaciones se han basado y ejecutado en base a las disposiciones del contrato y que las mismas han sido acordadas y aceptadas por las partes. Sin embargo, cabe destacar que; si las partes afectadas comprueban al fiduciario que este no actuó diligentemente y conforme a lo establecido en el contrato o la Ley, el

alcance de su responsabilidad irá más allá de la culpa leve y esa es la razón por la que el verdadero papel del fiduciario se ata no solamente a elementos legales y contractuales sino también a sus conocimientos, destrezas y técnicas especializadas con respecto a los negocios fiduciarios.

Capítulo Cuarto

Conclusiones y Recomendaciones

4.1. Conclusiones

Para finalizar este trabajo investigativo a continuación enuncio las conclusiones relativas a los temas estudiados y analizados en esta investigación que se fundamentan en la figura del fideicomiso mercantil y sus aspectos generales, las particularidades del fideicomiso mercantil de garantía y finalmente el análisis del papel y funciones del fiduciario y su incidencia en la responsabilidad y alcance dentro de la figura del fideicomiso mercantil de garantía. Las conclusiones que hacen referencia a la figura del fideicomiso mercantil de garantía, son:

- La figura del fideicomiso mercantil de garantía se encuentra regulada en el Ecuador por el Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II de la Ley de Mercado de Valores y la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores. En el año dos mil catorce en el Ecuador se emitieron dos reformas legales que implicaron ciertas modificaciones para la figura del fideicomiso mercantil de garantía; la primera es la expedición de la Ley Orgánica para el fortalecimiento y optimización del Sector Societario y Bursátil la cual instauró cambios con respecto a la aplicación del fideicomiso mercantil de garantía y la segunda es la expedición del Código Orgánico Monetario y Financiero que eliminó la individualidad de la Ley de Mercado de Valores como cuerpo legal independiente y lo incluyó como Libro II de este Código Orgánico. Con estos cambios normativos adicionalmente se afectó a esta figura porque expresamente prohíbe que los constituyentes otorguen contratos de fideicomisos de garantía sobre vehículos y establece limitación a las instituciones del sistema financiero puesto que éstas pueden actuar en calidad de beneficiarios en los fideicomisos mercantiles de garantía únicamente sobre los siete tipos de operaciones crediticias expresamente determinados por la Ley, los cuales son: créditos de vivienda; desarrollo de proyectos inmobiliarios; financiamiento de infraestructura, circunscritos a la

formación bruta de capital fijo; de inversión pública; créditos sindicados conjuntamente con banca pública o instituciones financieras multilaterales; con respaldo de fondos de garantía crediticia y créditos productivos específicos que se puedan garantizar con fideicomisos mercantiles sobre inventarios de materia prima, de productos en proceso u otros bienes que determina la Junta Bancaria, las mismas que se encuentran reguladas en el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 120 del Libro II Código Orgánico Monetario Financiero en la Ley de Mercado de Valores. Adicionalmente, la Junta Bancaria expidió una resolución administrativa que establece expresamente las siguientes disposiciones que deben ser tomadas en cuenta para la constitución de fideicomisos mercantiles de garantía, las cuales son: uno) el registro de esta modalidad de fideicomisos en el Catastro Público del Mercado de Valores; dos) toda operación crediticia que aplique esta modalidad de fideicomiso deberá considerar las condiciones jurídicas y técnicas para ser consideradas como garantías adecuadas conforme a las disposiciones que establezca la Junta Bancaria y tres) las instituciones financieras por ningún motivo podrán constituir fideicomisos mercantiles de garantía sobre vehículos.

- El fideicomiso mercantil de garantía tiene ciertas particularidades que hacen que ésta sea una figura jurídica con muchos beneficios para las partes contractuales en lo que respecta a alternativas de garantía entre deudor y acreedor. Así las características principales y que son la esencia del fideicomiso mercantil de garantía son:
- La finalidad en sí del contrato de fideicomiso mercantil de garantía que consiste en que los bienes fideicomitados (aportados al fideicomiso mercantil) se constituyan en garantías adecuadas para satisfacer el incumplimiento de las obligaciones que adquiere el constituyente (deudor) con respecto al beneficiario (acreedor) y que se encuentran determinadas en el contrato de fideicomiso, lo que permite que esta figura sea una alternativa de garantía frente a otras garantías como la hipoteca y/o prenda.
- La característica de que el fideicomiso mercantil de garantía es considerado como una garantía abierta y exclusiva por la posibilidad de

seguir incorporando obligaciones y acreedores dentro del mismo fideicomiso, por lo que esta modalidad se constituye en una alternativa jurídica dinámica y flexible frente a otras figuras de garantía.

- La existencia de la cláusula contractual en donde consta el procedimiento convencional de ejecución, que se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad de las partes y respeta por sobre todo los principios fundamentales del debido proceso. Estas características hacen que este procedimiento sea único y exclusivo de la figura del fideicomiso mercantil de garantía constituyendo una característica propia de este negocio fiduciario brindando al acreedor y deudor la posibilidad de establecer sus propios términos y condiciones con respecto a la ejecución, liquidación de los bienes aportados como garantía y de ser el caso si el deudor cumplió con su obligación le brinda también el aseguramiento de la restitución de sus bienes.

Una vez expuestas las conclusiones de la figura del fideicomiso mercantil de garantía, a continuación determino las conclusiones del tema central de mi tesis que se refiere a la función del fiduciario, su responsabilidad y alcance dentro de la figura del fideicomiso mercantil de garantía, las cuales son:

- En el fideicomiso mercantil de garantía el fiduciario como parte esencial de sus funciones deberá velar principalmente por: uno) que el tipo de bien que se aporta como garantía adecuada constituya un real respaldo del cumplimiento de la obligación que consta determinada en el contrato de fideicomiso; dos) que la estructuración del procedimiento convencional de ejecución contenga todas las condiciones y términos necesarios para que el momento de ejecutarse las garantías aportadas al contrato de fideicomiso o el producto de estas satisfagan las obligaciones determinadas en el contrato de fideicomiso mercantil, y; tres) la forma de la administración, el manejo y custodia de los bienes que conforman el patrimonio autónomo del fideicomiso.
- El papel o función del fiduciario en el fideicomiso mercantil de garantía, fundamentalmente se caracteriza por: : el cumplimiento del fin contractual, la vigilancia y protección de los derechos y obligaciones de las partes, por el cumplimiento irrestricto y oportuno del proceso convencional de ejecución y

liquidación de la garantía, en comparación a otros procesos legales y los conocimientos técnicos especializados, criterios y aportes que el fiduciario otorgue en base a su actividad profesional dentro del mercado ecuatoriano. Las funciones del fiduciario se fundamentan en tres aristas: el contrato, la Ley y sus conocimientos, técnicas y habilidades que le corresponden como profesional. De estas aristas se generará la responsabilidad del fiduciario y su alcance sea esta civil, penal, administrativa, fiscal, etc.

- La responsabilidad en términos generales es la reparación del daño que se genera por acciones del profesional fiduciario hacia terceros. Así, la Ley, en lo que respecta al ámbito civil ha limitado a que la responsabilidad del fiduciario y su alcance sea hasta por culpa leve, conforme a lo establecido en el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores, de ello se concluye que el fiduciario en la figura de fideicomiso mercantil de garantía tendrá que realizar todas las gestiones o diligencias que crea necesarias como profesional para que dentro de los negocios jurídicos que maneja a sus clientes en caso de incumplimiento de la obligación contractual se ejecute y liquide los bienes aportados como garantía para que el deudor honre la obligación impaga que tiene con el acreedor. Si bien, la premisa expuesta anteriormente es la conclusión general, en cambio; ¿qué pasa en ciertas funciones que tiene el fiduciario como las de custodia y mantenimiento del bien o rendición de cuentas?, funciones en las que el fiduciario tiene una responsabilidad directa de cumplimiento efectivo y no solo de hacer su mejor esfuerzo. ¿En estas funciones el fiduciario debe realmente limitarse a responder hasta por culpa leve como actualmente establece la Ley ecuatoriana?. Mi criterio y conclusión respecto a esta interrogante es que si bien el fiduciario tiene responsabilidad de obligación de medio, es decir de realizar todas las diligencias necesarias para lograr el resultado esperado y que efectivamente por el tipo de negocio no puede garantizar un resultado efectivo, en cambio; existen funciones que no pueden limitarse a seguir respondiendo hasta por culpa leve como lo exige la Ley. Por ello, de la reflexión efectuada sobre ciertas facultades y obligaciones específicas del Fiduciario, me llevan a la conclusión principal de esta tesis, y es que existen

ciertas funciones que tiene el fiduciario en la figura del fideicomiso mercantil de garantía que exigen una respuesta por parte del profesional fiduciario, y por ende su responsabilidad en su ejecución y aplicación, no pueden quedarse enmarcadas hasta la culpa leve, y debería el fiduciario responder en mayor medida.

- En el fideicomiso mercantil de garantía, el fiduciario por los daños que generen sus acciones responderá frente al constituyente, al beneficiario, y de generarse daños a terceros distintos a las partes contractuales, también deberá responder frente a éstos. La carga probatoria para el reclamo generado de la conducta del fiduciario con respecto a los negocios que maneja corresponderá dependiendo de quien reclama el daño al constituyente, al beneficiario o a terceros.

Existen funciones específicas en la figura del fideicomiso mercantil de garantía que van a generar a mi criterio una responsabilidad que llega más allá de la culpa leve y que por lo tanto concluyo es necesario que se realice una modificación al criterio legal de responsabilidad del fiduciario que maneja actualmente la Ley y la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores que debería categorizar que funciones del fiduciario responderá a la norma general y que funciones por su naturaleza deberán responder a otro tipo de culpa y generar otro tipo de sanción. Las funciones que son características del fideicomiso mercantil de garantía y que deben categorizarse por su naturaleza en otro tipo de culpa más allá de la leve, para que legalmente se genere una responsabilidad que sea acorde a las acciones que debe tener el fiduciario son: separación de bienes del patrimonio autónomo de otros bienes del fiduciario y de los otros negocios fiduciarios, la administración/custodia y manejo de los bienes fideicomitados, rendición de cuentas, restitución de bienes y la estructuración del proceso convencional de ejecución de garantía.

Las funciones enumeradas anteriormente, corresponden a la figura del fideicomiso mercantil de garantía y generan otro tipo de responsabilidad diferente a la leve porque se convierten en obligaciones directas y vinculantes para el fiduciario por así constituirse la naturaleza del contrato de fideicomiso y principalmente por constar en forma expresa tanto en la Ley como en el contrato. Cabe indicar que; la naturaleza del contrato de fideicomiso mercantil de garantía exige al fiduciario, como ya he

mencionado en algunas ocasiones, una especialización técnica de destrezas y conocimientos que le servirán para afrontar y responder ante el constituyente, beneficiario e incluso ante terceros respecto al cumplimiento de estas funciones, ya que; recordemos que las mismas constituyen características propias y diferenciadoras del contrato de fideicomiso mercantil de garantía con respecto a otras figuras de fideicomiso e incluso a otras figuras de garantía convencionales, las cuales fueron analizadas en esta misma tesis.

4.2. Recomendaciones

Conforme he realizado esta investigación, pude deducir que existen situaciones o hechos específicos dentro de la figura del fideicomiso mercantil de garantía, que merecen especial atención y respecto a las cuales me atrevo a realizar ciertas sugerencias que a mi criterio servirán para mejorar la aplicación de la figura del fideicomiso mercantil de garantía. Así también, dentro de estas sugerencias constarán recomendaciones referentes al papel del fiduciario y su responsabilidad en esta figura jurídica. Las recomendaciones son las siguientes:

- Como se mencionó en las conclusiones, el fiduciario tiene como responsabilidad y obligación principal velar porque la garantía constituida sea realmente adecuada para cubrir la obligación impaga y por estructurar un adecuado y certero procedimiento convencional de ejecución, es por ello que con respecto a estas funciones del fiduciario para fortalecer su actuación como profesional diligente y para mejorar el procedimiento convencional de ejecución, recomiendo: que en la etapa de ejecución de la garantía, el fiduciario incluya una etapa procedimental que consistiría en la realización de algunas diligencias para lograr la entrega voluntaria del bien, gestiones que realizaría directamente el fiduciario con la persona que tiene en su posesión el bien (que generalmente es el deudor- constituyente). Esta etapa consistiría en notificar por escrito a la persona que posea el bien, que a mi criterio deberán ser hasta dos notificaciones, en las que se explicará que iniciado el proceso de ejecución y conforme a lo establecido en el contrato de fideicomiso, se le da un plazo determinado (este plazo deberá establecerse previamente en el contrato de fideicomiso) para que en el caso de bienes inmuebles desaloje el bien o en el caso de bienes muebles entregue el bien

conforme a lo establecido en el contrato de fideicomiso. Durante este proceso el fiduciario también deberá prever realizar diligencias de seguimiento con respecto a la posición del tenedor del bien, las cuales podrían ser llamadas telefónicas, mails electrónicos o bien reuniones previamente acordadas para hablar sobre la entrega del mismo. Si luego de realizar todas estas diligencias, el tenedor del bien se niega a entregarlo, cabe también la posibilidad de establecer en el contrato otros procesos judiciales o extrajudiciales, los cuales constituirán la última herramienta para lograr recuperar el bien que constituye la garantía del beneficiario. Mi propuesta tiene por finalidad que el fiduciario en efecto sustente a las partes que efectivamente ha realizado todos los esfuerzos y diligencias respectivas que como profesional le corresponde y consecuentemente pueda probar que actuó diligentemente y que no tiene ningún tipo de culpa con respecto a la forma en que se recuperó el bien. Adicionalmente, el fiduciario con esta propuesta, probará que no existe ninguna violación contra el debido proceso el momento en que quiere exigir la entrega de los bienes fideicomitidos.

- Otro aspecto importante que también se menciona como función principal del fiduciario y que considero requiere ser perfeccionado y manejado de mejor manera es la etapa del administración, custodia y manejo de los bienes fideicomitidos, funciones que le corresponden al fiduciario pero que en la práctica se delega a terceros (quienes generalmente son los propios deudores utilizando para ello la figura del comodato precario) para que sean ellos los que se encarguen de estas funciones y que muchas veces genera que al momento de ejecutarse las garantías adecuadas y por ende solicitar la entrega del bien o bienes, los mismos se encuentran en algunos casos en condiciones que no son óptimas y hasta a veces en peores condiciones en las que se entregaron dichos bienes, lo que lógicamente implica que; el bien reduzca el valor de oferta para la venta y que a la vez no constituya una garantía que cubra la obligación contractual requerida por el acreedor. Así, mi propuesta para resolver este problema práctico consiste en: que el fiduciario establezca contractualmente procesos claros de verificación y constatación de los bienes fideicomitidos que se encuentran en custodia, administración y manejo por

parte de terceros, por lo tanto; dentro del contrato en el procedimiento convencional de ejecución deberá incluir una etapa procedimental que establezca un proceso en el que conste la realización de inspección de los bienes fideicomitidos, estableciendo plazos para la inspección, la elaboración de informes respecto al estado y situación de los bienes, la entrega de informes que contengan el estado de los bienes y las recomendaciones respecto al cuidado y mantenimiento de los bienes. Con respecto a las inspecciones considero que al menos deberán establecerse dos inspecciones anuales, así también, los informes de inspección deberán ser entregados al fiduciario, quien deberá entregar los mismos al beneficiario (acreedor) para que sepa el real estado de la garantía adecuada. Finalmente, como una forma de aseguramiento del bien fideicomitido y por ende de la garantía, considero que se debería obligar al tercero que se encarga de la custodia, administración y mantenimiento del bien la contratación de pólizas de seguros para la protección de estos bienes, en caso de existir negligencias en las funciones que tiene a su cargo el tercero interviniente. De esta forma si existiese cualquier detrimento en los bienes fideicomitidos por parte del que custodia, administra o maneja el bien, la garantía estará protegida y conservará el valor real para que pueda en caso de ser ejecutada y liquidada satisfacer el cumplimiento del fin contractual. Tomando en cuenta esta recomendación, el fiduciario podría sustentar su diligencia y cuidado con respecto al negocio fiduciario y obviamente el alcance de su responsabilidad se limitaría a culpa leve.

- Como se indicó en una de las conclusiones de esta tesis, el fiduciario contractual y legalmente debe cumplir y ejecutar ciertas funciones que le exigen un mayor cuidado, por ende un mayor grado de responsabilidad, de ahí que considero que el fiduciario debería responder más allá de la culpa leve, sobre todo en ciertas funciones específicas que si requerirían por parte de la legislación una norma particular. En este contexto, mi recomendación es la reforma del actual marco normativo referente a la responsabilidad del fiduciario, la cual debería en mi criterio encaminarse en el sentido de que como regla general que el fiduciario responde hasta por culpa leve, pero que

en casos excepcionales que estarían reglamentados por el Consejo Nacional de Valores el fiduciario deberá responder conforme las disposiciones establecidas en el Código Civil. Así, con esta reforma el Consejo Nacional de Valores podrá emitir a través de resolución una categorización y especificación de funciones o responsabilidades ineludibles específicas y de mayor cuidado que el fiduciario deba observar en la administración y desarrollo de cada modalidad de negocio fiduciario, incluyendo los casos específicos aplicados al fideicomiso de garantía.

- Con la exposición de la reforma legal y como indico en una de mis conclusiones mi recomendación es que dentro de la reglamentación que elabore el Consejo Nacional de Valores con relación a la modalidad del fideicomiso mercantil de garantía, la categorización de las funciones del fiduciario que exigen una responsabilidad más allá de la culpa leve serían: separación de bienes del patrimonio autónomo de otros bienes del fiduciario y de los otros negocios fiduciarios, la administración/custodia y manejo de los bienes fideicomitados, la rendición de cuentas, la restitución de bienes, y la estructuración del proceso convencional de ejecución de garantía. El marco regulatorio y sus particularidades referentes a las funciones enunciadas anteriormente deben tomar en cuenta los lineamientos establecidos en el capítulo tercero de esta tesis.
- Una recomendación final que creo válida indicar en esta tesis es que dentro de la nueva reglamentación que debería elaborarse a través del Consejo Nacional de Valores se debe contemplar normas regulatorias en las que se señalen lineamientos básicos que debe contener el procedimiento convencional de ejecución de garantías para que la figura no llegue a ser eliminada con la justificación de que el procedimiento al ser libremente acordado por las partes conlleve a violar ciertos principios del debido proceso dando una inadecuada o hasta nula protección a las partes contractuales, que a mi parecer fue el argumento que se manejo para eliminar el fideicomiso mercantil de garantía sobre vehículos. Los lineamientos básicos que sugiero para todo proceso de procedimiento convencional irían enmarcados conforme a las pautas señaladas en el

capítulo segundo, numeral 2.1.2 Estructuración del Fideicomiso Mercantil de garantía, literal i) que es el que determina las pautas y recomendaciones específicas con respecto a las instrucciones fiduciarias y donde consta las particularidades del procedimiento convencional de ejecución.

Bibliografía

- Acosta Romero, Miguel P., y Roberto Almazan. *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*. México: Porrúa, 2002.
- Batiza, Rodolfo. *El Fideicomiso Teoría y Práctica*. México: Porrúa, 1980.
- Cortés Edgar. *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- Clusellas, Eduardo G., y Carolina Ormaechea. *Contratos con garantía fiduciaria*. Buenos Aires: Abaco, 2003.
- De Arespachoga, Joaquín. *El Trust, la Fiducia y Figuras Afines*. España: Jurídicas y Sociales S.A., 2000.
- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *El Fideicomiso*. México: Porrúa, 2002.
- García- Muñoz, José Alpiano. *Derecho Económico de los Contratos*. Librería Profesional, 2001.
- Gomez De La Torre Reyes, Diego. *El Fideicomiso Mercantil*. Quito: Edino, 1998.
- González Torre, Roberto. *El Fideicomiso*. Quito: Edino, 2000.
- Gutierrez, Pedro F. *Los Fideicomisos y Las Obligaciones Negociables*. Buenos Aires: Jurídicas Cuyo, 1998.
- Kiper, Claudio M., y Silvio V. Lisoprawski. *Teoría y Práctica del Fideicomiso*. Buenos Aires: Depalma, 2002.
- López Mesa Marcelo y Felix Trigo Represas. *Responsabilidad Civil de los Profesionales*. Buenos Aires: LexisNexis, 2005.
- Manrique Nieto, Carlos E. *La Fiducia de Garantía*. Colombia: Jurídicas Gustavo Ibañez, 1998.
- Massimo, Franzonni. *La responsabilidad en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado*. Perú: ARA, 2001.
- Minntti, Adriana Rosana. *El Contrato de Fideicomiso*. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- Pratesi , Juan Carlos;. *Clasificación de los Contratos*. Buenos Aires: La Ley, 2010.

Rodríguez Azuero, Sergio. *Contratos Bancarios*. Colombia: ABC Cia. Ltda., 1990.

—. *La Responsabilidad del Fiduciario*. Colombia: Rosaristas, 1997.

—. *Negocios Fiduciarios, su significación en América Latina*. Bogotá: Legis, 2005.

Santos Basantes, Jaime. *El Debido Proceso Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

Tamayo Jaramillo, Javier. *Culpa contractual*. Bogotá: Temis, 1990.

Wood, Philip. *Derecho Bancario y Financiero Moderno*. Buenos Aires: Villela, 1999.

Normativa

Constitución de la República del Ecuador [2008]. [Quito].Capítulo Octavo, art. 76.

Ecuador, Código Civil, C.C. Registro Oficial, Suplemento No. 332, Quito, 12 de septiembre de 2014.

Ecuador, Código de Comercio, C.Co. Registro Oficial, Suplemento No. 332, Quito, 12 de septiembre de 2014.

Ecuador, Código Orgánico Monetario y Financiero, COMYF, Registro Oficial Suplemento 332, 12 de septiembre de 2014.

Ecuador: Ley de Mercado de Valores [2014]. En Código Orgánico Monetario y Financiero. Registro Oficial, Suplemento, No. 215, Quito, 12 de septiembre de 2014.

Ecuador, Ley Orgánica de Fortalecimiento, Optimización del Sector Societario y Bursátil [2014], Registro Oficial, Suplemento No. 249, Quito, 20 de mayo de 2014.

Ecuador: “Reglamento General de la Ley de Mercado de Valores”. Registro Oficial, No. 87, Quito, 14 de diciembre de 1998.

Ecuador: Consejo Nacional de Valores, CNV. “Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores”. Registro Oficial, Suplemento, No. 1, Quito, 8 de marzo de 2007.

Ecuador: Superintendencia de Bancos, SB. “Resolución de la Superintendencia de Bancos 306”. Registro Oficial, Suplemento, No. 332, Quito, 12 de septiembre de 2014.

Resolución Judicial

Juicio verbal sumario que por dinero sigue H. Loor Gavilanes en contra de Combursátil. 130-2000 (Primera Sala de lo Civil y Mercantil Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial 22 de junio de 2001).

Colombia. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil [Recurso de Casación, expediente No. 11001-3103-025-2000-00519-01 interpuesto por la demandante Rita Josefina García Aragón, frente a la sentencia de 31 de enero de 2008, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario seguido en contra de la Fiduciaria Popular S.A.]

Internet

Corporación Financiera Nacional, “Fondo de Garantía CFN”, Productos y Servicios, <http://www.cfn.fin.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=298:fondo-de-garantia&catid=56:productos-y-servicios>.

Banco Central del Ecuador, “Formación Bruta de Capital Fijo”, Junio 2015, [www.contenido.bce.fin.ec/documentos/PublicacionesNotas/Catalogo/Cuentas Nacionales/Anuales/Dólares/FBKFvd.pdf](http://www.contenido.bce.fin.ec/documentos/PublicacionesNotas/Catalogo/CuentasNacionales/Anuales/Dólares/FBKFvd.pdf).



NOTARIA
TERCERA

ESCRITURA NÚMERO: DOS MIL DOSCIENTOS DIECINUEVE^{No.} 2219 bis

CESIÓN DE DERECHOS FIDUCIARIOS

OTORGADO POR:

A FAVOR DE:

FIDUCIARIA:

CONSTITUCION DE FIDEICOMISO MERCANTIL

OTORGADO POR:

FIDEICOMISOS

CUANTÍA: INDETERMINADA

PSS/SP

DI: 4 COPIAS

En la ciudad de San Francisco de Quito, capital de la República del Ecuador,
hoy día jueves ocho (8) de marzo del año dos mil doce, ante mí Doctor
Germán Flor Cisneros, Notario Tercero Suplente del Distrito Metropolitano de
Quito, por licencia concedida al titular Doctor Roberto Salgado Salgado, según



consta de la acción de personal número setecientos cuarenta y tres guión DP guión DPP de fecha veintiocho de febrero del año dos mil doce, suscrita por el Doctor Iván Escandón, Director Provincial de Pichincha del Consejo de la Judicatura, comparecen: la Compañía

legalmente representada por su Gerente General, señor

conforme se desprende del documento adjunto;

legalmente representado por el

señor Licenciado en su calidad de Vicepresidente, según

consta del nombramiento que se adjunta a este instrumento; y,

debidamente representada

por el señor

en su calidad de Gerente General

conforme se desprende del documento habilitante adjunto, y a quien para efectos

del presente se le podrá llamar

o "FIDUCIARIA". Los comparecientes

están domiciliados en la ciudad de Quito, de nacionalidad ecuatorianos, mayores

de edad, legalmente capaces para contratar y obligarse, a quienes de conocerlos

dey fe por haberme presentado sus documentos de identidad cuyas copias

debidamente certificadas se adjuntan al presente contrato, bien instruidos por mi

el Notario en el objeto y resultados de esta escritura que a celebrarla proceden

libre y voluntariamente de acuerdo con la minuta que me presentan cuyo tenor

literal y que transcribo dice lo siguiente: PRIMERA PARTE: Señor Notario: En el

registro de escrituras públicas a su cargo, sírvase incorporar una que contiene

una al tenor de las siguientes cláusulas:

CLÁUSULA PRIMERA.- COMPARECIENTES: Comparecen a la celebración de

esta escritura: UNO.- La Compañía

legalmente representada por su Gerente General, señor

Juan Alberto Salgado Albán, conforme se desprende del documento adjunto;

parte a la que en adelante se podrá llamar "CESIONARIA" DOS.- El BANCO

legalmente representado por el señor

NOTARIA
TERCERA

Licenciado _____ en su calidad de Vicepresidente, según consta del Poder que en copia certificada se adjunta a este instrumento; parte a la

que en adelante se podrá llamar "CEDENTE"; y, c) El señor _____ en su calidad de Gerente General de la compañía

ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS a su vez Fiduciaria y representante legal del _____ conforme consta del

documento que se adjunta como habilitante, parte a la cual se llamará como

"FIDEICOMISU o FIDUCIARIA" según corresponda.- CLÁUSULA SEGUNDA.-

ANTECEDENTES: UNO) Mediante escritura pública celebrada el once de septiembre de dos mil uno, ante el Notario Tercero del cantón Quito, doctor

Roberto Salgado Salgado, la compañía _____ constituyó el

fideicomiso mercantil denominado "FIDEICOMISU" administrado

por la compañía Fiduciaria _____

al que transfirió la propiedad de los bienes muebles

e inmuebles determinados en el contrato de constitución, con el objeto de que el

patrimonio autónomo sirva como garantía de pago de las obligaciones contraídas

por la compañía _____ y/o el señor _____ a

favor del _____ b/o _____

En los términos que constan en la referida escritura

pública DOS) Mediante escritura pública celebrada el dos de abril de dos mil dos,

ante el Notario Tercero del cantón Quito doctor Roberto Salgado Salgado, la

compañía _____ a título

de dación en pago, la totalidad de los derechos y derivados a las

calidades de Constituyente y Beneficiario del

consolidándose _____ la calidad de único

BENEFICIARIO CON LOS DERECHOS DE CONSTITUYENTE. TRES) Mediante

escritura pública celebrada el diez de junio de dos mil dos, ante el Notario Tercero

del cantón Quito, doctor Roberto Salgado Salgado, el



Dir.: Jorge Washington E4-59 y Av. Amazonas, Edif. Rocafuerte, 5to. piso

Telefax: 252 0214 • 252 8969 • 255 8336 • 250 0086

email: principal@notariaterceraquito.com

C.A., amparado en el artículo ~~ciento treinta y tres~~ de la Ley de Mercado de Valores y con aceptación expresa de ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS, sustituye la fiduciaria del FIDEICOMISO designando como Fiduciaria sustituta a ADMINISTRADORA DE

y por lo tanto representante legal del _____ a partir de esa fecha se cambió su denominación a _____ en adelante,

fideicomiso mercantil o fideicomiso, así como también se reformó el objeto del Fideicomiso a uno de administración de los bienes fideicomitados y sus frutos

CUATRO) Mediante Escritura pública celebrada el veinticinco de septiembre del dos mil nueve, ante el Notario Vigésimo Cuarto del Cantón Quito, Dr Sebastián Valdivieso Cueva, se procedió a reformar el objeto del Fideicomiso

a mantener la tenencia de los bienes fideicomitados. CINCO) Mediante escritura pública otorgada el siete de diciembre de dos mil once ante el Notario Tercero de Quito, Doctor Roberto Salgado Salgado, el BANCO amparado en el artículo ciento treinta y tres de la Ley de Mercado de

Valores y con aceptación expresa de ADMINISTRADORA DE sustituye la fiduciaria del FIDEICOMISO designando como Fiduciaria sustituta a

ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS, y por lo tanto representante legal del FIDEICOMISO

SEIS) EL CEDENTE es titular del cien por ciento de los derechos fiduciarios que en calidad de Beneficiario del Fideicomiso

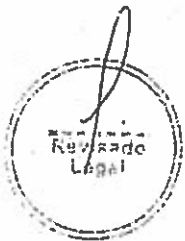
confieren la facultad de solicitar la restitución de los bienes fideicomitados, así como las demás atribuciones señaladas en el mismo contrato; y, es su intención transferir dichos derechos a favor del CESIONARIO.

SIETE) Las partes reconocen de manera expresa que el modo de adquirir el dominio de los derechos fiduciarios, objeto del presente contrato constituye la tradición de los mismos y que se instrumentará por medio de la presente



NOTARIA
TERCERA

escritura pública de cesión de derechos y que el título traslativo de dominio de los derechos fiduciarios objeto del presente contrato, se instrumentará a través de la compraventa que las partes suscriban para el efecto.- CLÁUSULA TERCERA.- CESIÓN DE DERECHOS: Con los antecedentes expuestos, la CEDENTE, de forma libre, voluntaria e incondicional, en cumplimiento de las obligaciones contractuales y por así convenir a sus intereses, CEDE a favor de la CESIONARIA, la totalidad de derechos fiduciarios que como Beneficiaria le corresponden en el Por su parte LA CESIONARIA, declara que acepta la presente cesión de derechos a su favor y declara expresamente que en tal virtud a partir de la presente fecha asume todas las obligaciones que como BENEFICIARIA se establecen expresamente en el contrato de FIDEICOMISO, en relación a los derechos cedidos. Mediante el presente instrumento se notifica a la FIDUCIARIA acerca la cesión de derechos que se realiza. Por su parte, la compañía Administradora de Fondos y Fideicomisos, declara que acepta la presente cesión de derechos y que tomará nota de la misma; y, procederá a registrar a la CESIONARIA como titular del cien por ciento de los derechos cedidos. Sin embargo de lo dicho, LA CEDENTE y CESIONARIA dejan establecido que se limitará a tomar nota de dicha cesión sin que tenga responsabilidad alguna por los efectos del presente contrato. Las partes reconocen de manera expresa que el modo de adquirir el dominio de los derechos fiduciarios objeto del presente contrato constituye la tradición de los mismos que se instrumenta por medio de la presente escritura pública de cesión de derechos y que el título traslativo de dominio de los derechos fiduciarios objeto del presente contrato, se instrumenta a través de la compraventa que las partes suscriben por instrumento separado en la presente fecha. Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo mil ochocientos cuarenta y uno (Art. 1841) del Código Civil, a la suscripción del presente instrumento, el CEDENTE entrega al CESIONARIO, copia de los documentos descritos en los



numerales UNO al CINCO de la cláusula de antecedentes del presente instrumento, documentación en virtud de la cual se instrumentan los derechos transferidos; el CEDENTE se compromete y obliga frente al CESIONARIO a solicitar a la Notaría respectiva la anotación del traspaso de los derechos en el margen de la escritura matriz, como condicionante de la validez de esta venta y cesión de derechos, según dispone el artículo mil ochocientos cuarenta y cuatro (Art. 1844) del Código Civil. **CLAUSULA CUARTA.- DECLARACIONES:** Uno) La Cesionaria declara conocer que la Fiduciaria comparece a la suscripción de este contrato, exclusivamente para dar cumplimiento a las instrucciones impartidas en el contrato de constitución del Fideicomiso por los Constituyentes y por los Beneficiarios directamente, y otorgar su aceptación a la cesión de los derechos realizada por el CEDENTE al CESIONARIO.- Dos) La Beneficiaria declara que la actuación de la Fiduciaria en el presente contrato es en calidad de Fiduciaria del Fideicomiso; en tal virtud sus gestiones son y han sido de medio y no de resultado, limitándose su responsabilidad al cumplimiento de las instrucciones dadas por los Constituyentes.- Tres) La Beneficiaria declara que la Fiduciaria do a cabalidad el contrato de constitución del Fideicomiso; sin embargo, manifiesta que cualquier variación que haya existido entre las disposiciones establecidas en dicho contrato con respecto a los actos efectivamente realizados, se los ejecutaron por acuerdo escritos y verbales de las partes; por lo tanto, ratifican dichas actuaciones, dejando constancia que no tienen nada que reclamar por este o cualquier otro motivo y que reconocen que las mismas fueron ejecutadas de buena fe y sin el ánimo de perjudicar derechos de terceros.- **CLÁUSULA QUINTA.- COSTOS:** Los costos, es decir, tributos, aranceles y en general gastos que demande la celebración de este contrato, son de cuenta de la Cesionaria.- **CLÁUSULA SEXTA.- NATURALEZA Y CUANTÍA:** La cuantía de este contrato, por su naturaleza, es indeterminada.- **CLÁUSULA SÉPTIMA.- FACULTAD DE INSCRIPCIÓN:** Cualquiera de las partes queda



NOTARIA
TERCERA

facultada a inscribir este contrato en los registros pertinentes.- CLÁUSULA OCTAVA.- CONVENIO ARBITRAL: Toda controversia o diferencia derivada de este contrato será resuelta mediante el procedimiento pactado en la cláusula vigésimo sexta del contrato de constitución del

CLÁUSULA NOVENA.- ACEPTACIÓN E INSCRIPCIÓN: Las partes declaran que aceptan el contenido del presente instrumento por ser en beneficio de sus respectivos y mutuos intereses, lo que ratifican mediante la suscripción del mismo.- Agregue usted, señor Notario, las formalidades de estilo necesarias para la validez de la presente escritura pública. SEGUNDA PARTE: Señor Notario:

En el registro de escrituras públicas a su cargo, sírvase incorporar una de constitución de fideicomiso mercantil, al tenor de las siguientes cláusulas:

CLÁUSULA PRIMERA: COMPARECIENTES.- Comparecen libre y voluntariamente al otorgamiento y suscripción de la presente escritura: UNO.- La Compañía

legalmente representada por su Gerente General, señor

, conforme se desprende del documento adjunto; parte a la que en adelante se podrá llamar CONSTITUYENTE DEUDOR, o "DEUDOR"; DOS.- EL BANCO

legalmente representado por el señor Licenciado en su calidad de Vicepresidente, según

consta del nombramiento que se adjunta a este instrumento; parte a la que en adelante se podrá llamar BANCO, BENEFICIARIO o ACREEDOR; y, TRES.-

FIDEVA, S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS, debidamente representada por el señor

en su calidad de Gerente General, conforme se desprende del documento habilitante adjunto, y a quien para efectos del presente se le podrá llamar

"FIDUCIARIA". CLÁUSULA SEGUNDA: ANTECEDENTES.- UNO) Mediante escritura pública celebrada el once de septiembre de dos mil uno, ante el Notario Tercero del cantón Quito, doctor Roberto Salgado Salgado, la compañía

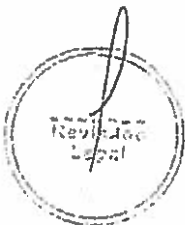


constituyó el fideicomiso mercantil denominado "FIDEICOMISO" administrado por la compañía Fiduciaria ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS, al que transfirió la propiedad de los bienes muebles e inmuebles determinados en el contrato de constitución, con el objeto de que el patrimonio autónomo sirva como garantía de pago de las obligaciones contraídas por la compañía S.A. y/o el señor Rubén Ordóñez Villacreses a favor del BANCO y/o BANCO en los términos que constan en la referida escritura pública. DOS) Mediante escritura pública celebrada el dos de abril de dos mil dos, ante el Notario Tercero del cantón Quito, doctor Roberto Salgado Salgado, la compañía cedió al BANCO, a título de dación en pago, la totalidad de los derechos inherentes y derivados a las calidades de Constituyente y Beneficiario del FIDEICOMISO consolidándose BANCO DEL la calidad de único BENEFICIARIO CON LOS DERECHOS DE CONSTITUYENTE. TRES) Mediante escritura pública celebrada el diez de junio de dos mil dos, ante el Notario Tercero del cantón Quito, doctor Roberto Salgado Salgado, el BANCO amparado en el artículo ciento treinta y tres de la Ley de Mercado de Valores y con aceptación expresa de ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS, sustituye la fiduciaria del FIDEICOMISO designando como Fiduciaria sustituta a ADMINISTRADORA DE, y por lo tanto representante legal del FIDEICOMISO que a partir de esa fecha se cambió su denominación a "FIDEICOMISO" en adelante, fideicomiso mercantil o fideicomiso, así como también se reformó el objeto del Fideicomiso a uno de administración de los bienes fideicomitidos y sus frutos. CUATRO) Mediante Escritura pública celebrada el veinticinco de septiembre del dos mil nueve, ante el



NOTARIA
TERCERA

Notario Vigésimo Cuarto del Cantón Quito, Dr Sebastián Valdivieso Cueva, se procedió a reformar el objeto del _____ a mantener la tenencia de los bienes fideicomitidos. Se instruye a la Fiduciaria entregar la custodia y administración de los bienes a quien designe el Beneficiario, incluyendo el aprovechamiento de los frutos producidos por los bienes del patrimonio autónomo, la gestión agrícola y fiduciaria del negocio y comercialización relacionada. Se faculta al Fideicomiso a aportar los bienes fideicomitidos a la constitución o aumento de capital de compañías creadas para o que administren los bienes. CINCO) Mediante escritura pública otorgada el primero de marzo de dos mil once, ante el Notario Vigésimo Cuarto de Quito, Doctor Sebastián Valdivieso Cueva, el Fideicomiso otorgó comodato precario a favor de la Compañía _____ sobre los bienes muebles e inmuebles fideicomitidos, entregando a favor de la Compañía la custodia, administración, gestión y explotación de los mismos. SEIS) Mediante escritura pública otorgada el siete de diciembre de dos mil once ante el Notario Tercero de Quito, Doctor Roberto Salgado Salgado, el _____, amparado en el artículo ciento treinta y tres de la Ley de Mercado de Valores y con aceptación expresa de ADMINISTRADORA DE FONDOS DEL _____, sustituye la fiduciaria del FIDEICOMISO _____ designando como Fiduciaria sustitula a ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS, y por lo tanto representante legal del _____ SIETE) Conforme consta de la primera parte del presente instrumento, el Banco _____ cedió, a favor de la CONSTITUYENTE, el cien por ciento de los derechos fiduciarios que en calidad de Beneficiario del Fideicomiso _____ poseía, mismos que confieren la facultad de solicitar la restitución de _____ bienes fideicomitidos, así como las demás atribuciones señaladas en el mismo contrato, entre ellas, el derecho a recibir de parte del Fideicomiso _____ los valores correspondientes a utilidades



entregadas por la Compañía Negcorpbis; OCHO) EL DEUDOR ha contraído o contraerá obligaciones de crédito -directas, indirectas y contingentes- frente al BANCO, habiendo acordado que dichas obligaciones crediticias sean garantizadas con el patrimonio autónomo de un Fideicomiso Mercantil, mismo que se constituye mediante el presente Contrato, con el aporte que realiza la CONSTITUYENTE. NUEVE) LA CONSTITUYENTE y el BANCO, de común acuerdo, han designado a Administradora de Fondos y Fideicomisos para que actúe como FIDUCIARIA del presente fideicomiso en garantía. DIEZ) Las partes declaran y entienden que el BANCO confía en la existencia, validez y cumplimiento del FIDEICOMISO como medio de garantía durante la vigencia de las OBLIGACIONES. La inexistencia, nulidad total o parcial, ineffectividad o incumplimiento del FIDEICOMISO, dará derecho al BANCO para acelerar el vencimiento de uno o varios de los créditos respectivos, y adoptar las medidas que de ello se deriven, de conformidad con los términos del respectivo documento de crédito. CLÁUSULA TERCERA: GLOSARIO DE TÉRMINOS.- Para los efectos del presente Contrato, las palabras, frases o términos que a continuación se determinan tendrán el siguiente significado, dejando claramente establecido que la referencia al singular de un término incluye el plural del mismo y viceversa, de ser aplicable. UNO.-FIDEICOMISO: El Contrato de Fideicomiso Mercantil que se constituye en virtud de la presente escritura, al cual se denominará FIDEICOMISO - GARANTÍA. DOS.- CONSTITUYENTE: Compañía TRES.- DEUDOR: Compañía S.A. CUATRO.- BENEFICIARIO, ACREEDOR o BANCO: El BANCO CINCO.- BENEFICIARIO SECUNDARIO: Compañía en los términos del presente contrato. SEIS.- FIDUCIARIA: Administradora de Fondos y Fideicomisos. SIETE.- BIENES FIDEICOMITIDOS: Se considerarán



NOTARIA
TERCERA

BIENES FIDEICOMITIDOS los derechos fiduciarios de Beneficiario del Fideicomiso, que se aportan al presente FIDEICOMISÓ en virtud de la presente escritura pública, mismos que confieren la facultad de solicitar la restitución de los bienes aportados al patrimonio autónomo del Fideicomiso, así como las demás atribuciones señaladas en el contrato de constitución del mismo, entre ellas, el derecho a recibir de parte del Fideicomiso los valores correspondientes a utilidades anualmente entregadas por la Compañía cuyo capital social (distribuido en acciones) es de propiedad del Fideicomiso en un noventa y nueve por ciento (99%). así como, los demás bienes y recursos que en el futuro conformen el patrimonio autónomo del FIDEICOMISÓ. OCHO.- FIDEICOMISÓ : Fideicomiso Mercantil legalmente constituido mediante escritura pública celebrada el once de septiembre de dos mil uno, ante el Notario Tercero del cantón Quito, doctor Roberto Salgado Salgado, cuyo objeto es la tenencia de los bienes aportados a su patrimonio autónomo. NUEVE.- COMPAÑÍA Sociedad Mercantil legalmente constituida bajo la legislación ecuatoriana. DIEZ.- OBLIGACIONES: Son los créditos, obligaciones crediticias, pasivos o deudas, vencidas o por vencer, directas, indirectas o contingentes, individuales o conjuntas, que como obligado principal o accesorio, sea cual fuere su origen, ha contraído o contrajere el DEUDOR para con el BANCO, así como sus correspondientes comisiones, intereses corrientes y de mora, y todos los gastos judiciales o extrajudiciales en que incurriera el BANCO con ocasión del cobro de las OBLIGACIONES ONCE.- PROCEDIMIENTO CONVENCIONAL DE EJECUCIÓN: Es el proceso extrajudicial, convencional, irrevocable e incondicional que llevará a cabo la FIDUCIARIA en los casos y de conformidad con los términos y condiciones previstos en el presente contrato, y que han sido instruidos libre y voluntariamente por LA CONSTITUYENTE Y BENEFICIARIO.

DOCE.- SEGUNDA FUENTE DE PAGO: El FIDEICOMISO será considerado como segunda fuente de pago de las OBLIGACIONES. TRECE.- AVALUADOR(ES) o PERITO TÉCNICO: Será la persona natural o jurídica que designe el BANCO con el objeto de valorar los BIENES FIDEICOMITIDOS que se aportan al patrimonio del presente fideicomiso. CATORCE.- AVALUO: La valoración de los BIENES FIDEICOMITIDOS efectuada por los AVALUADORES, cuyo valor de realización deberá ser tomado en cuenta en caso de ejecución de la garantía y consecuente venta de los BIENES FIDEICOMITIDOS. CLÁUSULA CUARTA: NATURALEZA DEL CONTRATO E IRREVOCABILIDAD.- El contrato contenido en la presente escritura pública es un Fideicomiso Mercantil de Garantía, de conformidad a los términos y estipulaciones contenidas en el mismo. La irrevocabilidad fiduciaria es reconocida expresamente por todos los comparecientes, evento que impide su modificación salvo el consentimiento unánime de todos los comparecientes. Bajo ningún concepto podrá considerarse al Fideicomiso o a la Fiduciaria como corresponsables de las propias actividades del CONSTITUYENTE -tales como relación con proveedores, contratistas, trabajadores, SRI, IESS, etcétera- y las relaciones que éste mantenga con terceros, ni aún a título de solidaridad. CLÁUSULA QUINTA: DECLARACION JURAMENTADA.- LA CONSTITUYENTE declara bajo juramento, lo siguiente: i) que no se halla incurso en ninguna de las prohibiciones determinadas en la Ley de Mercado de Valores y demás normas aplicables; ii) que ha concebido al FIDEICOMISO que se instrumenta por el presente contrato como instrumento idóneo para la consecución de los acuerdos previos alcanzados con el Acreedor; iii) que el presente FIDEICOMISO no tiene causa u objeto ilícito y que con su constitución e instrucciones se perfecciona el ejercicio de la voluntad del CONSTITUYENTE, y que no pretenden perjudicar e irrogar ningún perjuicio ni daños a terceros y en especial a terceros acreedores; iv) que está plenamente facultada en cuanto a derecho se refiere, para la suscripción del presente contrato.



NOTARIA
TERCERA

de FIDEICOMISO; v) que los bienes que transfiera al FIDEICOMISO, tienen origen y objeto lícito y que han sido adquiridos legítimamente; vi) que dichos bienes no provienen de actividades relacionadas o vinculadas con el cultivo, fabricación, almacenamiento, transporte o tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas o de estupefacientes; vii) que los bienes que transfiera al FIDEICOMISO están libres de todo gravamen, afectación, secuestro, embargo o acción de terceros, no obstante de lo cual se obliga al saneamiento por evicción y vicios redhibitorios conforme la ley; y, viii) que tiene plena capacidad para transferir dichos bienes al fideicomiso. CLÁUSULA SEXTA: TRANSFERENCIA DE DOMINIO Y APOORTE A TÍTULO DE FIDEICOMISO MERCANTIL. SEIS.UNO: TRANSFERENCIA DE DOMINIO Y APOORTE A TÍTULO DE FIDEICOMISO MERCANTIL.- LA CONSTITUYENTE aporta y transfiera el dominio al patrimonio autónomo, a título de fideicomiso mercantil, del cien por ciento de los derechos fiduciarios que como Beneficiario del Fideicomiso ~~posee~~, mismos que confieren la facultad de solicitar la restitución de los bienes fideicomitados, así como las demás atribuciones señaladas en el mismo contrato. La CONSTITUYENTE declara que los derechos que se transfieren al patrimonio autónomo del FIDEICOMISO, se encuentran libres de todo gravamen, afectación, pleito, condición o modo que obste su libre disposición. La transferencia de los bienes al FIDEICOMISO en garantía, no implica la cesión a la FIDUCIARIA ni al FIDEICOMISO de ninguna de las obligaciones propias de la CONSTITUYENTE, ni de las obligaciones tributarias, civiles, laborales o de cualquier otra índole propias de su giro de negocio, ni a título de solidaridad, es una transferencia fiduciaria temporal para los fines de garantía previstos en este contrato. SEIS. TRES: VALORACIÓN.- Se deja expresa constancia que la FIDUCIARIA no tendrá responsabilidad alguna en relación a la valoración de los BIENES FIDEICOMITIDOS en garantía, ni a la forma en la cual han sido o sean registradas por la CONSTITUYENTE, ni por las fluctuaciones de valor que en el futuro pudieran tener las mismas. Los bienes

fideicomitidos serán contabilizados por la Fiduciaria al valor que expresamente y por escrito le instruya el Constituyente contando con los respaldos pertinentes.

SEIS. CUATRO: PATRIMONIO AUTÓNOMO.- Por el presente contrato se constituye el fideicomiso mercantil irrevocable denominado "FIDEICOMISO

GARANTÍA", el cual consiste en un patrimonio autónomo, separado e independiente de aquel o aquellos de la **CONSTITUYENTE**, del **DEUDOR**, del **BENEFICIARIO**, de la **FIDUCIARIA**, y de terceros en general, así como de todos

los que correspondan a otros negocios fiduciarios administrados por la **FIDUCIARIA**. **SEIS. CINCO: REPRESENTACIÓN LEGAL DEL FIDEICOMISO.-**

De conformidad a lo dispuesto en el artículo ciento nueve (109) de la Ley de Mercado de Valores, Administradora de Fondos y Fideicomisos, en su calidad de **FIDUCIARIA** del **FIDEICOMISO**, ejercerá la representación legal del

mismo. **SEIS. SEIS: INEMBARGABILIDAD.-** De conformidad con lo que dispone el artículo ciento veinte y uno (121) de la Ley de Mercado de Valores vigente, los

bienes del **FIDEICOMISO** no pueden ser objeto de medidas cautelares ni providencias preventivas dictadas por Jueces o Tribunales, ni ser afectados por embargos ni secuestros dictados en razón de deudas u obligaciones de la

CONSTITUYENTE, del **DEUDOR**, del **ACREEDOR**, de la **FIDUCIARIA** o de terceros en general, y estarán destinados única y exclusivamente al cumplimiento del objeto del presente **FIDEICOMISO**, en los términos y condiciones señalados en este instrumento. **SEIS. SIETE: EXENCIÓN TRIBUTARIA.-**

De conformidad con lo que dispone el artículo ciento trece (113) de la Ley de Mercado de Valores vigente, las transferencias que se efectúan y se efectúen al patrimonio autónomo del **FIDEICOMISO**, están exentas del pago de todo tipo de tributos. **SEIS.**

OCHO.- DECLARACIONES ADICIONALES.- Se deja expresa constancia y las partes así lo conocen y aceptan, que la Fiduciaria no asume ninguna responsabilidad en caso de descuido, pérdida o menoscabo, desvalorización o perjuicios sobre los bienes transferidos, aún cuando ello se deba a la inexistencia



NOTARIA
TERCERA

de fondos en el patrimonio del Fideicomiso con los cuales atenderlos, ni como consecuencia de caso fortuito, fuerza mayor o imprevisión. Las partes declaran expresamente que conocen y les consta que la Fiduciaria no tendrá responsabilidad alguna en caso de situaciones de hecho o fuerza mayor o cualquier situación que pudiera afectar a los bienes fideicomitidos, y en general no será responsable de cualquier afectación que pudieren sufrir los referidos bienes. **CLAUSULA SEPTIMA: OBJETO Y FINALIDADES.-** LA

CONSTITUYENTE de manera expresa e irrevocable instruye que el presente FIDEICOMISO tenga por objeto y finalidad la constitución de un Patrimonio Autónomo, cuyos bienes garanticen y en caso de ejecución de la garantía *por medio del procedimiento convencional de ejecución*, sirvan como segunda fuente de pago de las OBLIGACIONES que el DEUDOR ha adquirido a favor del BANCO. **CLÁUSULA OCTAVA: RÉGIMEN DE BENEFICIOS Y BENEFICIARIOS:** La CONSTITUYENTE expresamente establece el siguiente régimen de beneficios y BENEFICIARIOS: **OCHO.UNO:** Es BENEFICIARIO del presente FIDEICOMISO es el BANCO

quien en caso de incumplimiento de las OBLIGACIONES por parte del DEUDOR, tiene derecho a solicitar y beneficiarse de la ejecución de la garantía en los términos del presente contrato. **OCHO.DOS.- BENEFICIARIO SECUNDARIO:** EL BENEFICIARIO SECUNDARIO del presente FIDEICOMISO es el CONSTITUYENTE, quien en caso de cumplimiento de las OBLIGACIONES con el BANCO

tiene derecho a solicitar la restitución fiduciaria de los bienes transferidos al Fideicomiso de garantía en los términos del presente contrato. De existir un remanente en caso de ejecutarse la garantía, será beneficiario del mismo EL CONSTITUYENTE, mismo que tiene derecho a recibir los bienes o recursos que existieren en el patrimonio del Fideicomiso, una vez pagadas en su totalidad las OBLIGACIONES (lo cual debe ser certificado por el Banco), los honorarios de la Fiduciaria y todos los gastos que requiera la administración del Fideicomiso

OCHO. TRES: Mientras el presente Fideicomiso Mercantil en Garantía ostente la calidad de titular de los derechos fiduciarios de Beneficiario del Fideicomiso la CONSTITUYENTE, siempre y cuando se encuentre al día en el pago de todas sus obligaciones para con el BANCO, para lo cual el BANCO certificará aquello, tiene derecho a recibir los valores correspondientes a utilidades entregadas por la Compañía cuyo capital social (distribuido en acciones) es propiedad del Fideicomiso

en un noventa y nueve por ciento (99%), para lo cual, la Constituyente y el Beneficiario instruyen a la FIDUCIARIA para que, en su calidad de representante legal del Fideicomiso - GARANTÍA, instruya a la Fiduciaria del Fideicomiso la entrega de los valores correspondientes a utilidades anuales entregadas por la Compañía

S.A., directamente a la CONSTITUYENTE del presente Fideicomiso, se aclara que el presente derecho de la Constituyente no implica la facultad de instruir respecto de la restitución y disposición de los títulos de acción que sobre la compañía posee el FIDEICOMISO OCHO.

CUATRO: La calidad y los Derechos de Beneficiario del BANCO, se extinguirán únicamente cuando éste notifique por escrito a la FIDUCIARIA sobre la total extinción de las OBLIGACIONES del DEUDOR; o, en caso de que el Banco ceda los derechos de beneficiario sobre el Fideicomiso en la forma establecida en la ley. CLÁUSULA NOVENA: INSTRUCCIONES FIDUCIARIAS.- Para el

adecuado cumplimiento del objeto y finalidades del presente FIDEICOMISO, la CONSTITUYENTE expresa e irrevocablemente y sin reserva de ninguna clase, instruye a la FIDUCIARIA para que, en su calidad de representante legal del FIDEICOMISO, cumpla con las siguientes instrucciones UNO.- Reciba y registre contablemente los BIENES FIDEICOMITIDOS DOS. Ejercer todas las acciones y derechos inherentes a la calidad de representante legal del FIDEICOMISO, de conformidad a lo establecido en el presente contrato



NOTARIA
TERCERA

TRES.- Registre, como de propiedad del FIDEICOMISO, los bienes transferidos por la CONSTITUYENTE en esta fecha. CUATRO.- A solicitud escrita del BENEFICIARIO, iniciar y desarrollar el procedimiento convencional de ejecución de los BIENES FIDEICOMITIDOS, conforme a los términos y al procedimiento determinados en éste instrumento público. CINCO.- En caso de concretarse la venta de los BIENES FIDEICOMITIDOS durante el proceso convencional de ejecución, la FIDUCIARIA entregará el valor producto de la venta al BENEFICIARIO y hasta el monto de dichas obligaciones a la fecha de entrega de los recursos. De existir un remanente una vez pagadas las obligaciones al BENEFICIARIO, este será entregado a la CONSTITUYENTE de acuerdo con los términos que constan en el presente Contrato. SEIS.- Dentro del proceso de ejecución y de ser el caso, y así solicitarlo el BENEFICIARIO expresamente, entregar en dación en pago al BENEFICIARIO, a elección de éste, los bienes que garantizan sus OBLIGACIONES, en los términos y condiciones previstas en este contrato. SIETE.- Restituir los BIENES FIDEICOMITIDOS a solicitud expresa de la CONSTITUYENTE, exclusivamente en el caso de que EL DEUDOR haya pagado el ciento por ciento (100%) de las OBLIGACIONES que mantenga con el ACREEDOR. En cualquier otro caso, la restitución de bienes sólo procederá con el consentimiento previo, expreso y escrito del BENEFICIARIO. OCHO.- Instruir a la Fiduciaria del Fideicomiso la entrega de los valores correspondientes a utilidades anuales entregadas por la Compañía directamente a la CONSTITUYENTE del presente Fideicomiso, siempre y cuando el ACREEDOR certifique que la CONSTITUYENTE se encuentra al día en el pago de sus obligaciones para con éste. NUEVE.- Defender los BIENES FIDEICOMITIDOS dentro y fuera de juicio judicial o arbitral, debiendo para el efecto otorgar una procuración judicial a favor del profesional que designe el BENEFICIARIO en forma escrita. Los costos, gastos y honorarios que demandara la defensa de los BIENES FIDEICOMITIDOS

serán cubiertos por la CONSTITUYENTE o en su defecto por el ACREEDOR, debiendo los montos pagados, acrecentar las OBLIGACIONES en su favor.

DIEZ.- Convocar la CONSTITUYENTE y al BENEFICIARIO, a todas aquellas reuniones necesarias para conocer y resolver sobre todo asunto relacionado con el presente FIDEICOMISO, especialmente para conocer y resolver todo asunto que no se encuentre expresamente contemplado en el presente Contrato. Toda resolución deberá ser tomada por acuerdo unánime de las partes; sin embargo, en caso de no existir dicho acuerdo, se estará a lo que instruya el BANCO atendiendo a su calidad de BENEFICIARIO, lo cual es expresamente instruido por la CONSTITUYENTE y DEUDOR.

ONCE.- Realizar y suscribir todos los actos y contratos que fueren necesarios para el correcto desarrollo del presente FIDEICOMISO.

DOCE.- Toda instrucción que el presente FIDEICOMISO en su calidad de Beneficiario del Fideicomiso [] deba realizar a la Fiduciaria del mismo, se dará de conformidad con las instrucciones impartidas por el BANCO, especialmente aquellas relacionadas con: la venta, enajenación o transferencia a cualquier título, o gravamen de los activos que forman parte del patrimonio autónomo del Fideicomiso [] o de propiedad de la Compañía [] así como, aquellas necesarias para que la Compañía [] contraiga obligaciones por montos iguales o superiores al millón de Dólares de los Estados Unidos de América. No requerirán autorización particular del Banco, aquellas instrucciones necesarias para la mera administración de la Compañía [] que vendrán directamente de la Constituyente, salvo que su aplicación, a juicio del BANCO, pudiera disminuir el valor de la garantía constituida o afectar su condición a través del presente patrimonio autónomo caso en el que requerirá autorización del BANCO.

TRECE.- Informar al BENEFICIARIO sobre las instrucciones que imparta el CONSTITUYENTE a la Fiduciaria en relación con la administración del Fideicomiso []

CATORCE.- Declarar terminado y liquidar el presente FIDEICOMISO de



NOTARIA
TERCERA

conformidad a lo dispuesto en este contrato. **CLÁUSULA DÉCIMA: PROCEDIMIENTO CONVENCIONAL DE EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA.-** LA CONSTITUYENTE de manera expresa, voluntaria e irrevocable instruye a la Fiduciaria el cumplimiento del siguiente proceso convencional y extrajudicial de ejecución, el cual es expresamente aceptado por el BENEFICIARIO: **UNO.-** El proceso convencional de ejecución de la garantía, se iniciará en caso de que el BENEFICIARIO notifique por escrito a la FIDUCIARIA, que el DEUDOR ha incumplido una cualquiera de sus OBLIGACIONES por más de treinta días; o que las mismas hayan sido declaradas de plazo vencido por cualquier causa legal o contractual de conformidad con los documentos que las instrumenten o aquellos que los modifiquen o adicionen. El BENEFICIARIO, a través de su representante legal o apoderado, realizará esta notificación por escrito, la cual deberá contener: (i) Manifestación de haberse producido incumplimiento de una o varias OBLIGACIONES; (ii) El detalle y liquidación de las OBLIGACIONES impagas a la fecha de la solicitud; y, (iii) La petición expresa de que se inicie el procedimiento convencional de ejecución. **DOS.-** Una vez recibida por parte de la FIDUCIARIA la solicitud de inicio del procedimiento convencional de ejecución de conformidad con lo señalado en el literal anterior, la FIDUCIARIA pondrá la misma en conocimiento del DEUDOR, el cual tendrá QUINCE días para demostrar que ha satisfecho la totalidad de las OBLIGACIONES incumplidas, caso contrario se iniciará el "Proceso de Venta" de los BIENES FIDEICOMITIDOS. **TRES.-** Iniciado el proceso de venta de los bienes fideicomitidos o parte de ellos, a elección del Banco se realizará o actualizará la valoración de los BIENES FIDEICOMITIDOS, la cual será efectuada por el AVALUADOR calificado para el efecto, debidamente designado por el BANCO. En los avalúos deberá constar la valoración comercial y de realización de los BIENES FIDEICOMITIDOS al valor que conste en esa fecha en el Balance del Fideicomiso Palmar del Rio. **CUATRO.-** Obtenida la valoración de los BIENES FIDEICOMITIDOS la FIDUCIARIA iniciará el procedimiento de

venta de dichos bienes de conformidad con los siguientes términos CUATRO. UNO.- La FIDUCIARIA ofertará los BIENES FIDEICOMITIDOS, durante ciento ochenta días. De así instruirlo el Beneficiario, se realizarán publicaciones en un diario de circulación nacional, dos avisos mensuales o se contratarán expertos en el tema, según instrucciones del BENEFICIARIO, en los cuales se determine la oferta de los BIENES, en base al valor de su avalúo de realización. Los BIENES FIDEICOMITIDOS se ofertarán de conformidad a los siguientes parámetros (i) Por los primeros cuarenta y cinco días, al cien por ciento (100%) del avalúo de realización; (ii) Por los siguientes cuarenta y cinco días, al noventa por ciento (90%) del avalúo de realización; (iii) Por los siguientes cuarenta y cinco días, al ochenta por ciento (80%) del avalúo de realización; (iv) Por los siguientes cuarenta y cinco días, al setenta por ciento (70%) del avalúo de realización. CUATRO. DOS.- El comprador podrá solicitar que se le transfieran los BIENES FIDEICOMITIDOS o los derechos fiduciarios que recaen sobre los mismos. CUATRO. TRES.- En cualquier momento, una vez iniciado el proceso de venta de los bienes, el BENEFICIARIO podrá optar por la dación en pago a su favor de los BIENES FIDEICOMITIDOS, por el valor al que se estén ofertando según el momento en que se realice, de acuerdo lo estipulado en el numeral cuatro punto uno de esta cláusula. CUATRO. CUATRO.- En caso de producirse la venta de los BIENES FIDEICOMITIDOS, la FIDUCIARIA dispondrá del precio pagado y lo entregará, conforme al siguiente orden de prelación: (i) Pago de gastos, tributos e impuestos generados en la administración del FIDEICOMISO y honorarios de la Fiduciaria, siempre y cuando éstos no hubieren sido pagados por el DEUDOR a la fecha de la venta; (ii) Al BENEFICIARIO, hasta el monto de las OBLIGACIONES que a esa fecha mantenga el DEUDOR a su favor, y hasta el monto de recursos que existieran en el patrimonio autónomo; (iii) De existir un remanente, una vez pagadas en su totalidad las OBLIGACIONES, éste será entregado a la CONSTITUYENTE. CUATRO. CINCO.- Si cumplido el plazo de oferta de los



NOTARIA
TERCERA

bienes (ciento ochenta días). no se hubieren recibido ofertas que igualen o superen el valor de venta de los bienes fideicomitidos, la Fiduciaria comunicará del particular al Beneficiario, a fin de que se pronuncie expresamente y por escrito, acerca de las siguientes alternativas: (i) Ampliación del plazo del proceso de venta de los bienes fideicomitidos, el cual no podrá ser mayor a otros noventa días en los cuales los bienes se ofertarán por el sesenta y cinco por ciento (65%) de su valor de realización, según el último avalúo vigente. Si cumplido el plazo antes referido no se hubieren recibido ofertas, se podrá proceder a la entrega en dación en pago de los bienes fideicomitidos al Beneficiario. (ii) Entrega en dación en pago de los bienes fideicomitidos, dicha dación se realizará al sesenta y cinco (65%) del valor de realización de los bienes. En caso de no recibir pronunciamiento expreso de parte del Beneficiario dentro de los quince días contados a partir de la comunicación de la Fiduciaria, se suspenderá el proceso de ejecución y venta de los bienes fideicomitidos, hasta recibir la respectiva instrucción por escrito, quedando la Fiduciaria exenta de toda responsabilidad, en especial por el incremento del monto de las OBLIGACIONES y sus intereses.

CINCO.- Instruida por parte del Beneficiario la dación en pago durante los noventa días señalados en el numeral Cuatro Cinco precedente, la dación en pago se efectuará de conformidad a lo siguiente: (i) La dación se realizará por el sesenta y cinco por ciento (65%) del valor del avalúo de realización de los bienes, (ii) Los bienes fideicomitidos se entregarán en dación en pago al Beneficiario hasta por el valor de obligaciones a la fecha en que se produzca la dación, (iii) De existir un remanente de bienes o recursos, una vez efectuadas las daciones referidas en los numerales precedentes, este será entregado a la Constituyente directamente por el Banco SEIS.- En caso de ejecución de la garantía, el FIDEICOMISO, la FIDUCIARIA, el BENEFICIARIO, y sus funcionarios apoderados o empleados, no tendrán responsabilidad alguna por el incremento que pudieren tener las OBLIGACIONES a consecuencia de la mora y del tiempo transcurrido hasta el

abono o pago de las mismas, ni por las dilatorias que pudiere tener el proceso de ejecución, excepto cuando las mismas sean producto de su culpa o dolo, decididas en el arbitraje en derecho que se pacta en este contrato. SIETE.- El proceso de ejecución de la garantía y venta podrá suspenderse única y exclusivamente a solicitud expresa del BENEFICIARIO, mediante documento escrito dirigido y entregado a la FIDUCIARIA. Todos los gastos que deban efectuarse para el desarrollo del procedimiento convencional de ejecución deberán ser satisfechos por la DEUDORA, sin embargo, en caso de que éstos no proporcionaran los recursos, será obligación del BENEFICIARIO entregarlos a la FIDUCIARIA, acrecentando dicho pago el monto de las OBLIGACIONES. Se deja expresa constancia que la Fiduciaria no tendrá responsabilidad u obligación en caso de no proveerse los recursos necesarios para desarrollar el presente procedimiento de ejecución, lo cual es expresamente aceptado por las partes.

CLÁUSULA UNDÉCIMA: DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA CONSTITUYENTE Y DEUDORA.- UNO: DERECHOS.- a- Exigir a la FIDUCIARIA el cumplimiento de las instrucciones impartidas en este contrato. b- Recibir de la FIDUCIARIA una rendición de cuentas trimestral, respecto del desarrollo de sus funciones en cumplimiento de los fines de este contrato. c- Exigir a la FIDUCIARIA que el patrimonio autónomo lleve una contabilidad separada e independiente de la suya y de otros negocios fiduciarios que administra. d. Solicitar la restitución de los bienes fideicomitidos, en los casos establecidos en el presente contrato. e. Exigir a la FIDUCIARIA la suscripción del instrumento de terminación del Fideicomiso una vez recibida la comunicación emitida por el Banco en la que se certifique que EL DEUDOR ha cancelado todas sus obligaciones, siempre que se estuvieran cancelados en su totalidad los honorarios de la Fiduciaria, costos, gastos y demás obligaciones del Fideicomiso. **DOS: OBLIGACIONES.-** a- Prestar a la FIDUCIARIA toda la colaboración que fuera necesaria para el cabal cumplimiento de las instrucciones impartidas en virtud del



NOTARIA
TERCERA

presente contrato. b- Notificar a la FIDUCIARIA de cualquier cambio que se produjere en la información que fuere proporcionada con ocasión de la suscripción del presente instrumento, en lo relativo a la dirección y más datos necesarios para notificaciones y/o sobre cualquier hecho o circunstancia propia o de terceros de la cual tengan noticias y que puedan afectar al desarrollo del presente contrato. c- Notificar dentro de un término máximo de cinco días por escrito a la FIDUCIARIA y al BENEFICIARIO sobre cualquier hecho relevante que pudiera menoscabar los BIENES FIDEICOMITIDOS, de tal forma que dichas circunstancias pudieren influir negativamente en la valoración de los referidos bienes. El término establecido en el presente literal se contará desde la fecha en la cual LA CONSTITUYENTE hubiere tenido conocimiento de la ocurrencia del hecho. d. Remitir a la FIDUCIARIA cualquier documentación que fuera relevante para la correcta administración del FIDEICOMISO. e. Amparar al FIDEICOMISO en la propiedad de los BIENES FIDEICOMITIDOS. f. Cumplir con los términos del presente contrato y los demás previstos en la Ley y Reglamentos pertinentes. h- Las demás establecidas en el presente contrato. **CLÁUSULA DUODÉCIMA: DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL BENEFICIARIO: UNO: DERECHOS.-** a- Exigir a la FIDUCIARIA el cumplimiento de las instrucciones fiduciarias establecidas en el presente FIDEICOMISO; b- Recibir de la FIDUCIARIA la rendición de cuentas trimestral respecto del desarrollo de sus funciones en cumplimiento de los fines de este contrato; c- Solicitar a la FIDUCIARIA *-por escrito-* que se inicie el procedimiento de ejecución de la garantía, en los términos señalados en este contrato. d- Los demás establecidos en las normas aplicables y en el presente contrato. **DOS: OBLIGACIONES.-** a- Proveer al FIDEICOMISO de los recursos que se requieran para el cumplimiento de las instrucciones fiduciarias, cuando dentro del patrimonio autónomo no existan recursos suficientes para hacerlo y LA CONSTITUYENTE estando en la obligación de hacerlo, no los hubieran proporcionado, de ser este el caso, los recursos

proporcionados por el BENEFICIARIO acrecerán en los montos pagados por éste, las OBLIGACIONES del DEUDOR para con el BENEFICIARIO, con los intereses respectivos. b- Proveer a la FIDUCIARIA la información que requiera sobre el detalle de las OBLIGACIONES, así como de aquella información que FIDEVAL requiera a efectos de cumplir las instrucciones fiduciarias. c- Las demás establecidas en las normas aplicables y en el presente contrato. **CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA: DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA.**- Sin perjuicio de las demás obligaciones establecidas en la Ley y en el presente instrumento son obligaciones de [] las siguientes: **UNO: DERECHOS.**- a- Renunciar a su calidad de FIDUCIARIA en los casos previstos en la Ley de Mercado de Valores, normativa y reglamentos aplicables; y, en el presente contrato. b- Realizar exclusivamente las gestiones encomendadas en virtud del presente contrato, dentro de los límites establecidos en el mismo y en las normas jurídicas pertinentes. c- Abstenerse de realizar actos, operaciones, negocios o contratos con cargo al patrimonio autónomo, que la coloquen en situación de conflicto de intereses respecto a las partes del presente contrato. d- Suscribir todo tipo de actos y contratos en representación del FIDEICOMISO, de conformidad con las instrucciones que constan del mismo o sean dadas por LA CONSTITUYENTE o el BENEFICIARIO –según el caso-, de conformidad con lo establecido en este contrato. e- Recibir puntualmente las sumas de dinero a que tenga derecho por concepto de honorarios. f- Los demás establecidos en las normas aplicables y en el presente contrato. **DOS: OBLIGACIONES.**- a- Dar a los BIENES FIDEICOMITIDOS y a los recursos que reciba, el destino específico para el cumplimiento del objeto y finalidades de este FIDEICOMISO. b- Rendir cuentas de su gestión al DEUDOR, a la CONSTITUYENTE y al BENEFICIARIO en forma trimestral y al terminar el presente contrato. c- Ejercer la representación legal del FIDEICOMISO. d- Cumplir con las instrucciones impartidas en virtud del presente Contrato. e- Mantener los BIENES FIDEICOMITIDOS y la contabilidad del



NOTARIA
TERCERA

FIDEICOMISO separados de los demás de su propiedad y de otros fideicomisos que administre. f- Declarar finalizado y proceder con la liquidación del presente FIDEICOMISO, atendiendo a las instrucciones impartidas en este contrato. g- Guardar reserva sobre los actos y documentos de los que llegare a tener conocimiento con ocasión de la administración y representación del FIDEICOMISO. h- A la terminación del FIDEICOMISO, restituir los BIENES FIDEICOMITIDOS de conformidad con las estipulaciones constantes en el presente instrumento. i- Las demás establecidas en las normas aplicables y en el presente contrato. **CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA: ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE LA FIDUCIARIA.-** Las partes expresamente declaran conocer que, de conformidad con lo señalado en el artículo ciento veinte y cinco (125) de la Ley de Mercado de Valores vigente, las obligaciones de la FIDUCIARIA son obligaciones de medio y no de resultado, limitadas exclusivamente al cumplimiento de las instrucciones impartidas en este contrato, por lo que ni la FIDUCIARIA, ni la celebración del presente contrato de FIDEICOMISO, garantizan los resultados esperados del mismo, o el efectivo cumplimiento o pago de las OBLIGACIONES. **CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA: HONORARIOS DE LA FIDUCIARIA.-** Se determinan como honorarios de la FIDUCIARIA por el desempeño de su gestión los siguientes valores, los mismos que deberán ser pagados por el DEUDOR: a- Asesoría, estructuración, suscripción e implementación del contrato de Constitución del FIDEICOMISO: percibirá un honorario de DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$) pagaderos a la suscripción de la presente escritura pública. b- Administración del FIDEICOMISO: Por la gestión que se realice, la Fiduciaria percibirá un honorario fijo mensual de dólares de Estados Unidos de América (USDS) pagadero por mes vencido, desde la suscripción del contrato, hasta la terminación del mismo. Este honorario podrá ser debitado por



NOTARIA
TERCERA

fideicomiso restituyendo los bienes del patrimonio autónomo a quien los hubiera aportado lo cual es expresamente aceptado por el BANCO, LA CONSTITUYENTE y DEUDOR. La falta de pago de honorarios a la FIDUCIARIA la exime del cumplimiento de las instrucciones impartidas en el presente contrato, sin que asuma responsabilidades por tal motivo. En caso de falta de pago de los honorarios de la FIDUCIARIA por parte del DEUDOR, el BENEFICIARIO se obliga a pagar los mencionados honorarios, incrementándose en dichos montos, las obligaciones del DEUDOR. CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: RÉGIMEN TRIBUTARIO.- Los impuestos, sean estos directos o indirectos, tasas, contribuciones especiales, y demás gravámenes que se causen como consecuencia del presente contrato, serán pagados por el FIDEICOMISO, por intermedio del FIDUCIARIO, con recursos provenientes del DEUDOR. CLÁUSULA DÉCIMO SÉPTIMA: COSTOS Y GASTOS.- LA CONSTITUYENTE en primer término, y ante falta de ésta, el BENEFICIARIO, deberán pagar o proveer a la FIDUCIARIA los recursos suficientes para el pago de tributos generados por el FIDEICOMISO, así como por costos, gastos y honorarios justificados incurridos en la administración y ejecución del presente contrato, tales como, pero sin ser restrictivos, gastos por constitución, administración, terminación, restitución y liquidación del FIDEICOMISO, gastos de defensa legal de los bienes del FIDEICOMISO y en general cualquier gasto justificado que sea requerido por la FIDUCIARIA, incluidos aquellos en los que se deba incurrir por causa de la calidad de Beneficiario del Fideicomiso. En tal virtud se obligan a asumir, todos los costos, gastos y honorarios en que incurriere la FIDUCIARIA en la elaboración y perfeccionamiento de contratos que, no estando previstos en el presente instrumento, sean necesarios para el cumplimiento del objeto del FIDEICOMISO. En caso de no proveerse los recursos para dichos pagos, la FIDUCIARIA quedará liberada y exonerada de hacerlo, no siendo su obligación contratar tales servicios con recursos propios si es que las partes no

los proveen, en cuyo caso desde ya queda exenta de toda responsabilidad. En caso de generarse costos, gastos o tributos a cargo del patrimonio autónomo como consecuencia de la reforma o expedición de normas jurídicas que afecten al presente contrato, los recursos para el pago de dichos rubros serán proporcionados al FIDEICOMISO por LA CONSTITUYENTE, al solo requerimiento de la FIDUCIARIA. En caso de que el BENEFICIARIO efectuara el pago de costos, gastos u honorarios relacionados con el presente FIDEICOMISO, dicho pago acrecentará el monto de las OBLIGACIONES que mantiene el DEUDOR garantizadas con el Fideicomiso. **CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: VIGENCIA.**- El presente FIDEICOMISO se entenderá vigente hasta el pago total de las OBLIGACIONES que mantiene el DEUDOR con el BANCO o hasta que exista acuerdo unánime de las partes, sin que dicho plazo pueda exceder del máximo establecido en la Ley. **CLÁUSULA DÉCIMO NOVENA: TERMINACIÓN ANTICIPADA.**- El FIDEICOMISO podrá terminar anticipadamente al cumplimiento del plazo de vigencia estipulado, por una cualquiera de las siguientes causas: a- Si la falta de provisión de recursos por parte de LA CONSTITUYENTE o BENEFICIARIO impiden el cumplimiento de las obligaciones de la FIDUCIARIA o de las instrucciones fiduciarias, o pone en riesgo los activos fideicomitidos. Asimismo en caso de que no se paguen los honorarios de la fiduciaria de conformidad con lo dispuesto en este contrato. b- Si existen caso fortuito o causas de fuerza mayor que impidan cumplir con el objeto e instrucciones del presente FIDEICOMISO, en los términos determinados en el Ley. c- Si, se ha cumplido plenamente con el objeto del presente FIDEICOMISO. d- Por sentencia ejecutoriada o laudo arbitral que ordenen la terminación del FIDEICOMISO; e- Por mutuo acuerdo entre la CONSTITUYENTE y el BENEFICIARIO, siempre que no existan compromisos con terceros que impidan la terminación anticipada. En cualquier caso de terminación del FIDEICOMISO, la FIDUCIARIA restituirá los bienes existentes a esa fecha en el patrimonio autónomo a sus respectivos



NOTARIA
TERCERA

aportantes o sus cesionarios debidamente registrados como tales por la FIDUCIARIA. Los costos de dichas restituciones serán asumidos por quienes se beneficien de las mismas. En el evento de darse cualquiera de las causas aquí establecidas se procederá a la terminación y liquidación del FIDEICOMISO.

CLÁUSULA VIGÉSIMA: PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACION DE FIDEICOMISO.- A la terminación del presente contrato, la FIDUCIARIA procederá a la liquidación del FIDEICOMISO, procedimiento que tendrá la duración necesaria para ese fin, dejando constancia de lo siguiente: a- Que se encuentren totalmente pagados los tributos del FIDEICOMISO, los honorarios de la FIDUCIARIA que se hubieren causado, los gastos de administración, terminación, liquidación del FIDEICOMISO y cualquier otro que haya sido contratado o ejecutado por el FIDEICOMISO; b- La FIDUCIARIA rendirá cuenta final de su gestión a la CONSTITUYENTE y al BENEFICIARIO, enviando las comunicaciones correspondientes a las direcciones determinadas para notificaciones en el presente contrato. Dichas cuentas se entenderán aprobadas a satisfacción, si no son objetadas dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación; c- Luego de transcurridos los diez (10) días señalados en el numeral precedente, sin que exista pronunciamiento de parte de la CONSTITUYENTE, el DEUDOR y BENEFICIARIO *-y en consecuencia se entiendan aprobadas las gestiones de la FIDUCIARIA a satisfacción-* se procederá a la terminación y liquidación del FIDEICOMISO, para lo cual la FIDUCIARIA queda expresamente facultada, por sí sola, a realizar todos los trámites necesarios y suscribir los documentos pertinentes a fin de perfeccionar la terminación y liquidación del FIDEICOMISO. d- Transcurrido el plazo señalado en el numeral anterior, la FIDUCIARIA levantará un Acta de Liquidación, la cual se tendrá, para todos los efectos legales, como la liquidación definitiva y total del FIDEICOMISO. Dicho Acta de Liquidación tendrá únicamente la firma de un apoderado o funcionario de la FIDUCIARIA, y constituirá el instrumento a través

del cual se dé por terminado y liquidado el presente FIDEICOMISO, y, e. Si cualquier parte no estuviere de acuerdo con la rendición de cuentas presentada por la FIDUCIARIA, podrá hacer constar en el Acta de Liquidación, dentro del plazo de diez días, las salvedades que considere necesario efectuar. f. De existir pasivos a cargo del FIDEICOMISO al momento de su liquidación y previo a la restitución de los bienes o recursos del patrimonio autónomo, la CONSTITUYENTE asumirá dichos pasivos en forma total y en forma solidaria. Sin perjuicio de lo anterior, el FIDEICOMISO podrá vender los bienes del patrimonio autónomo o entregarlos en dación en pago para pagar los pasivos y obligaciones contraídas.

CLÁUSULA VIGÉSIMO PRIMERA: RENUNCIA Y REMOCIÓN DE LA FIDUCIARIA, PROCEDIMIENTO.- La FIDUCIARIA cesará en sus funciones en los siguientes casos: a- Por disolución, quiebra o liquidación de la FIDUCIARIA; b- Por renuncia de la FIDUCIARIA fundamentada en los términos de este contrato y en las normas legales pertinentes, presentada a la CONSTITUYENTE y BENEFICIARIO; c- Por remoción arbitral de la FIDUCIARIA; d- Por acuerdo unánime entre la CONSTITUYENTE Y BENEFICIARIO; e- En los casos previstos en las normas jurídicas aplicables. En caso de producirse una cualquiera de las situaciones determinadas anteriormente, la FIDUCIARIA deberá entregar una rendición final de cuentas a la CONSTITUYENTE y al BENEFICIARIO quienes deberán designar, dentro del plazo máximo de noventa (90) días calendario de producida dicha circunstancia, a una fiduciaria sustituta a la cual la FIDUCIARIA saliente entregará los BIENES FIDEICOMITIDOS en forma inventariada y los recursos y la documentación contable, legal y administrativa relacionada con el FIDEICOMISO. Sin perjuicio de lo anterior, la FIDUCIARIA continuará actuando de conformidad con lo establecido en el presente Contrato, hasta que se efectúe plenamente la sustitución.

CLÁUSULA VIGÉSIMO SEGUNDA: RENDICIÓN DE CUENTAS.- La FIDUCIARIA estará obligada a rendir cuentas de su gestión a la CONSTITUYENTE, al DEUDOR y



NOTARIA
TERCERA

BENEFICIARIO, en forma trimestral. Dichas cuentas se entenderán aprobadas a satisfacción, si no son objetadas dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación. El informe será enviado a las direcciones establecidas en este contrato o aquellas que posteriormente para el efecto determinaren. De producirse cambios en la dirección establecida en el presente contrato y no ser notificada *—por escrito—* a la FIDUCIARIA, esta última no estará obligada a enviar cuentas de su gestión ante la imposibilidad de entrega de su informe, de lo cual dejará constancia mediante un acta notarial, quedando exenta de toda responsabilidad por tal motivo. CLÁUSULA VIGÉSIMO TERCERA: CUANTÍA.-

Dada la naturaleza jurídica del contrato de fideicomiso mercantil, la cuantía del presente contrato es indeterminada. CLÁUSULA VIGÉSIMO CUARTA:

INSCRIPCIÓN.- Las partes que otorgan el presente contrato declaran que autorizan a la FIDUCIARIA a obtener la inscripción de la presente escritura pública ante y en los registros públicos que fueren del caso. CLÁUSULA

VIGÉSIMO QUINTA: DIRECCIÓN PARA NOTIFICACIONES.- Las partes para los propósitos y efectos señalados en el presente contrato, determinan para notificaciones, las siguientes direcciones: UNO.- CONSTITUYENTE DEUDOR:
Avenida _____

Quito. DOS.-

TRES.-

•FIDUCIARIA:

(Quito): Las partes se obligan a notificar por escrito a la FIDUCIARIA, en un plazo no mayor de cinco días hábiles, cualquier cambio o modificación en las direcciones señaladas en esta cláusula o situaciones respecto al fideicomiso que ameriten el conocimiento de las partes. A falta de tal notificación, se entenderá que no ha ocurrido cambio de domicilio y que por tanto la entrega de los informes, notificación, citación o comunicación en el lugar que constare registrado, se ha realizado válidamente. CLÁUSULA

VIGÉSIMO SEXTA: JURISDICCIÓN, DOMICILIO y CLÁUSULA ARBITRAL.-

Las partes de mutuo acuerdo, libre y voluntariamente convienen en someter cualquier conflicto, sea de naturaleza que fuere y que pudiere surgir entre ellas en virtud del presente contrato, a la mediación de uno de los mediadores de la Cámara de Comercio de Quito, como primer procedimiento de solución de sus conflictos y siguiendo el trámite y la forma que se establece en la Ley de Arbitraje y Mediación; dicho procedimiento tendrá una duración máxima de veinte días hábiles. Así mismo convienen en que los casos de existencia de un acta de imposibilidad de acuerdo por vía de mediación -la cual se deberá levantar dentro del término de veinte días hábiles señalado anteriormente -, someterán al arbitraje administrado y de derecho del centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, todas las controversias que surjan o pueda surgir entre ellas respecto de la relación jurídica proveniente del presente contrato y que no hayan podido solucionarse en el procedimiento previo de mediación. En este sentido, si el acuerdo de mediación fuere parcial, las partes podrán discutir dentro del citado proceso arbitral únicamente las diferencias que no han sido parte de dicho acuerdo.- Las partes estipulan que para la ejecución de las medidas cautelares que se pudieren dictar dentro del proceso arbitral, los árbitros solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios ~~sin tener que recurrir al Juez ordinario~~ alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar medidas. Así mismo las partes convienen en la confidencialidad del procedimiento arbitral pudiendo entregarse copias de recurso al que las partes se hayan sometido, quedando expresamente prohibido a dichas personas la reproducción o entrega de tales copias a terceros o su utilización en procesos judiciales.- Finalmente las partes convienen libre y voluntariamente que toda reconvencción que se deduzca dentro del proceso arbitral deberá ser o basarse sobre la misma materia o materias del arbitraje convenido de derecho. Así, las pretensiones del demandado que son



NOTARIA
TERCERA

materia de reconvencción y que pueden ser sometidas a arbitraje son todas aquellas que tengan relación con la satisfacción y cumplimiento de las prestaciones a las que está obligada la otra parte. **CLÁUSULA VIGÉSIMA OCTAVA: DOCUMENTOS HABILITANTES.**- Se agregan al presente instrumento, como documentos habilitantes, los siguientes: i) copia del documento mediante el cual acreditan su comparecencia los representantes de la CONSTITUYENTE, el BANCO y ii) copia de las cédulas de ciudadanía y certificados de votación de todos los comparecientes. Cumpla Usted Señor Notario, con las formalidades de ley para la validez y perfeccionamiento de esta Escritura Pública. Firmada Abogado _____ matrícula _____ de Pichincha. **HASTA AQUÍ LA MINUTA.** Para la celebración de la presente escritura pública, se observaron todos los preceptos legales del caso, y, leída que les fue a los comparecientes íntegramente por mí, el Notario, se ratifican en todo lo dicho y para constancia firman conmigo en unidad de acto de todo lo cual doy fe.

C.C.

C.C.

C.C.



DR. GERMAN A. FLOR CISNEROS
NOTARIO TERCERO SUPLENTE
QUITO - ECUADOR

SE OTORGO ANTE EL NOTARIO TERCERO SUPLENTE DOCTOR GERMAN FLOR CISNEROS, DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO Y EN FE DE ELLO CONFIERO ESTA PRIMERA COPIA CERTIFICADA DE LA CESIÓN DE DERECHOS FIDUCIARIOS, Y, CONSTITUCIÓN DE FIDEICOMISO MERCANTIL, OTORGADO POR:

Y, ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS, A FAVOR DE: _____ SELLADA Y FIRMADA EN QUITO, A OCHO DE MARZO DEL AÑO DOS MIL DOCE.-



German A. Flor Cisneros
DR. GERMAN A. FLOR CISNEROS
NOTARIO TERCERO SUPLENTE
QUITO - ECUADOR

RAZON: Tomé Neta al margen de la escritura matriz de CONSTITUCIÓN DE FIDEICOMISO MERCANTIL DE GARANTÍA, OTORGADO POR:
A FAVOR DE

celebrada ante el Notario Titular Doctor Roberto Salgado Salgado, el once de septiembre del año dos mil uno, cuyo archivo se encuentra actualmente a mi cargo de la CESIÓN DE DERECHOS FIDUCIARIOS, que antecede, Quito, a ocho de marzo del año dos mil doce.-



German A. Flor Cisneros
DR. GERMAN A. FLOR CISNEROS
NOTARIO TERCERO SUPLENTE
QUITO - ECUADOR

