

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría Profesional
en Derecho Financiero, Bursátil y Seguros

El Fondo de Liquidez en el
Código Orgánico Monetario y Financiero

Carola Alexandra Yáñez Cabrera

2016

Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Carola Alexandra Yáñez Cabrera, autora de la tesis intitulada “El Fondo de Liquidez en el Código Orgánico Monetario y Financiero”, 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 Magister en Derecho Financiero, Bursátil y Seguros 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 formato virtual, electrónico, digital u 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/a de la obra antes referida, yo asumiré toda 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.

Fecha: 12 de febrero de 2016

Firma:

Resumen

El presente trabajo de investigación hace referencia a la importancia que tienen los países a nivel mundial de contar con un prestamista de última instancia a fin de aplacar las crisis financieras; y expresamente a la realidad ecuatoriana desde sus inicios hasta la actualidad a través del Fondo de Liquidez.

En tal sentido se explica los antecedentes, estructura, naturaleza, operatividad, ámbito de aplicación del Fondo de Liquidez, la naturaleza de la administración de sus fideicomisos, así como la problemática persistente en el Código Orgánico Monetario y Financiero con relación a la Ley de Creación la Red de Seguridad Financiera.

Esta tesis parte de un análisis de la normativa legal, así como de los criterios expresados a través de entrevistas realizadas a directivos del Banco Central del Ecuador y de la Corporación de Seguros de Depósitos Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados, instituciones que tienen a cargo la administración del Fondo de Liquidez.

Se evidencia los problemas de la creación de los fideicomisos del Fondo de Liquidez a través de la ley, la duplicidad de ciertas funciones entre las entidades administradoras, pero a la vez se propone alternativas de su gestión de acuerdo al ámbito de sus competencias a fin de clarificar la operatividad del Fondo a pesar del vacío que el Código Orgánico Monetario y Financiero deja sobre el tema.

Palabras claves

Prestamista de última instancia, Fondo de Liquidez, fideicomiso mercantil, créditos, administración.

Dedicatoria

*José Miguel, tu sonrisa es la inspiración de mi vida.
Gracias por hacer de mí un mejor ser humano.
Te amo*

Agradecimiento

*A mi madre por su cariño e incansable sacrificio.
A Daniel por su soporte en las horas de ausencia y su amor incondicional.
Al Dr. Juan Isacc Lovato por su guía a lo largo del presente trabajo.*

TABLA DE CONTENIDO

Capítulo I

El Fondo de Liquidez y su funcionamiento

1. Antecedentes	11
2. Definición	16
3. El papel del Fondo de Liquidez en las crisis financieras	19
4. Supervisión prudencial a través de la aplicación del Comité de Basilea en el entorno ecuatoriano.	23
5. Naturaleza de los recursos del Fondo de Liquidez	28
6. Operaciones que puede aplicar el Fondo de Liquidez	31
6.1 Operaciones Activas	31
a) Créditos de Liquidez ordinarios	31
b) Créditos de Liquidez extraordinarios	32
c) Otras operaciones	33
6.2 Operaciones Pasivas	33
6.3 Líneas contingentes de crédito	35
6.4 Otras operaciones atribuidas por el Código Orgánico Monetario y Financiero	35

Capítulo II

Naturaleza y problemática de la administración del Fondo de Liquidez

1. Fideicomiso Mercantil	39
1.1 Plazo	42
1.2 Modalidades de Fideicomiso	42
1.3 Mecanismos de garantía	46
2. Diferencia entre los fideicomisos del Fondo de Liquidez y los establecidos en la Ley de Mercado de Valores	48
2.1. Naturaleza del acto constitutivo	48
a) Voluntad – consentimiento	48
b) Confianza	50
2.2 Administración	50
2.3 Entrega de aportes	54
2.4 Constituyentes de Fideicomiso no generan instrucciones	55
3. Rol de los Intervinientes del Fideicomiso Mercantil del Fondo de Liquidez	55
3.1 Entidades del Sistema Financiero Privado y del Sistema Financiero Popular y Solidario .	55
3.2 Banco Central del Ecuador.	59
3.3 Corporación de Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados.	61

4. Problemática persistente en el Código Orgánico Monetario Financiero en comparación con la Ley de la Red de Creación de Seguridad Financiera	62
4.1 Control y prevalencia de aplicabilidad legal.	63
4.2 Insuficiencia de normas sobre su funcionamiento.	64
4.3 Exposición.	65
4.4 Constitución de fideicomisos de garantías.	70
5. Alternativas que debieron tomarse en cuenta para mejorar el Fondo de Liquidez.	71
5.1 Decisiones sobre las operaciones del Fondo de Liquidez.	71
5.2 Inversiones del Fondo de Liquidez.	72
5.3 Amplitud del crédito ordinario sin ser extraordinario	73
5.4 Garantías	74
6. Alcance de la Administración del Fondo de Liquidez	75
7. Resolución N° 176-2015 de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera	77
7.1 Inversiones	77
7.2 Riesgos	78
7.3 Responsabilidad de la COSEDE	79
7.4 Aportes de las entidades del sector financiero popular y solidario	79
7.5 Confidencialidad	79
7.6 Norma diferenciada para cada sector financiero	80
8. El Fondo de Liquidez como garantía de las operaciones de ventanilla de resdescuento y excedentes de liquidez	80
Conclusiones	83
Recomendaciones	87
Biografía	88

INTRODUCCIÓN

Entre las varias aristas que conforman la política económica de los países y su crecimiento se encuentra la intervención del sistema financiero, por lo cual es importante conocer como los Estados apoyan a este sector en casos de crisis. Se conoce que en el Ecuador se mantienen los estándares sugeridos por Basilea así como un riguroso control por parte la Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, para mantener firmes los niveles de liquidez de su sector financiero correspondiente y evitar que suceda una crisis sistémica.

Existen casos de países que para suplir la deficiencias de liquidez de las entidades financieras acuden a su Banco Central, este fue el caso del Ecuador hasta el año de 1999 en el cual adoptó como política monetaria a la dolarización (divisa de cambio) y perdió la capacidad de emitir moneda.

Desde aquel entonces en el país actúa como prestamista de última instancia para las instituciones del sistema financiero un patrimonio autónomo que ha sufrido una serie de transformaciones por mandatos legales tales como la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Ley de Regulación del Costo Máximo Efectivo, Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera y Código Orgánico Monetario y Financiero.

Este último cuerpo legal expedido mediante Segundo Suplemento de Registro Oficial N°332 de 12 de septiembre de 2014, contempla la regulación concerniente al Fondo de Liquidez, estableciendo para éste, la creación de dos fideicomisos, uno para las entidades que pertenecen al sector de economía popular y solidaria, y otro para las entidades del sistema financiero privado; además, señala cuáles son los recursos que conforman el Fondo de Liquidez, sus aportes, inversiones, operaciones, control, entre otros aspectos, por lo que la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera (JPRMF), deberá reglamentar su operatividad.

Uno de los problemas visibles dentro de los fideicomisos del Fondo de Liquidez, radica en el rol que desempeñan la Corporación de Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados (COSEDE), y el Banco Central del Ecuador (BCE), como partícipes de esta figura, toda vez que la primera institución asume la calidad de administradora del Fondo y la segunda asume la calidad de fiduciaria; por lo tanto, es una repartición *sui generis* de atribuciones, muy diferentes a las que establece la Ley de Mercado de Valores (como norma especializada en materia de fideicomisos), cuando señala que la fiduciaria cumple la función de administradora de los patrimonios autónomos.

Con base a lo señalado, se realiza un estudio que permite establecer cuáles han sido las fallas y aciertos del legislador, y cuáles son las alternativas más efectivas que debería tomar la JPRMF sobre este particular, en calidad de órgano regulador con el objeto de brindar una efectiva reglamentación y aplicación por parte de las entidades financieras privadas y de la economía popular y solidaria.

ABREVIATURAS

BCE: Banco Central del Ecuador

COMF: Código Orgánico Monetario y Financiero.

COSEDE: Corporación del Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados.

CRCNV: Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Mercado de Valores

ESFP: Entidades del sistema financiero privado

ESFPS: Entidades del sistema financiero popular y solidario

JPRMF: Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

LCRSF: Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera

LGISF: Ley General de Instituciones del Sistema Financiero

L.M.V: Libro Segundo del Código Orgánico Monetario y Financiero “ Ley de Mercado de Valores

LOEPS: Ley de Orgánica Economía Popular y Solidaria

PIU: Prestamista de última instancia

CAPÍTULO I

El Fondo de Liquidez y su funcionamiento

1. Antecedentes

Habitualmente los países que tienen la capacidad de emitir moneda propia a través de sus bancas centrales, han fungido como prestamistas de última instancia, es decir, como aquel ente que “puede atenuar un pánico incipiente, garantizando en el momento oportuno que proporcionará todo el dinero de alto poder que se requiera para satisfacer la demanda, ofreciendo un generoso acceso a la ventanilla de descuento a una tasa castigada, o mediante adquisiciones de mercado abierto.”¹

En este sentido, los bancos centrales actúan como prestamistas de última instancia de la banca privada o instituciones financieras, como otorgantes de créditos que garanticen los eventuales retiros de dinero de los depositantes que ocasionan una falta de liquidez temporal.

Basado en este principio, el Banco Central del Ecuador (BCE), tuvo calidad de prestamista de última instancia desde su creación en 1927 a través de la Ley Orgánica del Banco Central del Ecuador,² y a lo largo del tiempo en otras leyes como la Ley de Régimen Monetario de 1992³ y sus reformas, hasta la propia Constitución Política de la República del año 1998⁴.

Posterior a la crisis económica que sufrió Ecuador a finales de los noventa, se expidió la Ley para la Transformación Económica del Ecuador en marzo del año 2000, la cual en su artículo 1 que reformó a la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado de 1992, dispuso que el Banco Central del Ecuador canjeará los sucres en circulación por dólares de los Estados Unidos de América a una relación fija e inalterable de

¹Michael Bordo, El Papel de la Banca Central en la actualidad – Prestamista de última instancia, (México DF: Centro de estudios monetarios latinoamericanos, 1993), 19.

²Ecuador, Ley Orgánica del Banco Central del Ecuador en Registro Oficial, N° 283, (12 de marzo de 1927), art.4.

³Ecuador, Ley de Régimen Monetario en Registro Oficial Suplemento, N° 930, (7 de mayo de 1992), arts. 24, 25 y 26.

⁴Constitución Política de la República del Ecuador [2008], art. 261, 265, ([Quito]: Asamblea Nacional).

veinticinco mil sucres por cada dólar,⁵ ante lo cual el BCE perdió su capacidad de emitir circulante, así como la capacidad de ser prestamista de última instancia, no obstante de ello, la necesidad de contar con esta figura continuó latente.

Ante esa reforma legal y viendo imposibilitado al Banco Central de conceder créditos de liquidez a las instituciones financieras en medio de una crisis financiera, y de conformidad con la facultad que le otorgaba el Art. 177 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero vigente a esa fecha, la Junta Bancaria a través de la Resolución N° JB-2000-202 de 17 de marzo de 2000, publicada en el Registro Oficial Suplemento N°41 de 22 de marzo del mismo año, crea el Fondo de Liquidez a través de la figura de fideicomiso mercantil con la representación fiduciaria de la Corporación Financiera Nacional, señalando que la participación de este fondo será obligatoria “para las instituciones financieras sujetas a encaje, a fin de preservar el normal funcionamiento de tales instituciones en casos de insuficiencia temporal de recursos”⁶. Dentro de esta figura también se contempla la posibilidad de actuar como constituyentes adherentes al Estado ecuatoriano y a los organismos multilaterales de crédito.

Este Fondo de Liquidez, estuvo conformado por una Junta Directiva integrada por dos representantes del sector público que debían ser designados por la Junta Bancaria, dos representantes del sector privado designados, uno por la asociación de bancos privados y otro por la asociación de sociedades financieras del Ecuador y, un representante de los organismos multilaterales de crédito.⁷

La Ley de Regulación del Costo Máximo Efectivo⁸, que entró en vigencia en julio de 2007 realizó una reforma a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero que consistió en incluir al final del artículo 40, un texto que obliga al sistema financiero a contar con un Fondo de Liquidez, lo interesante es que la ley señala que el fiduciario deberá ser un ente privado nacional o extranjero que cuente con reconocida

⁵ Ecuador, Ley para la Transformación Económica del Ecuador en Registro Oficial Suplemento N° 34, (13 de marzo de 2000), art.1.

⁶Ecuador, Junta Bancaria, “Resolución N° JB-2000-202”, en Registro Oficial Suplemento N° 41 (25 de marzo de 2000), art. 1.

⁷Ibidem, art. 2.

⁸Ecuador, Ley de Regulación del Costo Máximo Efectivo del Crédito, en Registro Oficial Suplemento N° 135 (26 de julio de 2007), art.2.

experiencia y solvencia, dándose la oportunidad que el dinero del Fondo de Liquidez pueda ser manejado en el exterior por un administrador foráneo.

Al permitirse por ley la posibilidad de mantener el Fondo de Liquidez a través de un fideicomiso mercantil, se dispone que las instrucciones de administración y funcionamiento que se realicen al fiduciario estarán a cargo exclusivamente por las propias instituciones financieras privadas, en otras palabras, este fondo era de manejo exclusivo del sector privado. Así mismo, la normativa prohíbe que los recursos del Fondo provengan del Estado Ecuatoriano o se inviertan con títulos emitidos por éste o instituciones del sector público. Además aclara que las instituciones privadas continuarán aportando al fondo en los mismos porcentajes que lo han realizado para este objeto, lo que quiere decir, que con esta modificación no se desvirtúa la conformación del Fondo explicada en líneas anteriores, sino más bien trata de darle una estructuración más ordenada.

Con posterioridad, se expide la Constitución de la República del año 2008⁹ la cual brinda una posición más sólida a la política monetaria, crediticia, cambiaria y financiera, específicamente para el tema que nos ocupa en el Art. 302 numerales 2 y 3 manifiesta que tendrá como objetivos: establecer niveles de liquidez global que garanticen adecuados márgenes de seguridad financiera y orientar los excedentes de liquidez hacia la inversión requerida para el desarrollo del país.

Así también, dispone en su artículo 308¹⁰ que las actividades financieras son un servicio de orden público, cuyo objetivo es preservar los depósitos y atender los requerimientos de financiamiento para el desarrollo del país; y el artículo 309 *ibidem* señala que: “el sistema financiero nacional se compone de los sectores público, privado, y del popular y solidario que intermedian recursos del público.”¹¹

La estabilidad de índole financiera es uno de los claros objetivos de la política económica toda vez que llega a formar parte de la estabilidad económica, por tanto, a la presencia del nuevo marco regulatorio general y como una propuesta a la nueva arquitectura financiera regional, la Ley de Creación de la Red de Seguridad

⁹Constitución de la República del Ecuador [2008], art. 302 ([Quito] :Asamblea Nacional).

¹⁰ *Ibidem*, art. 308

¹¹ *Ibidem*, art. 309.

Financiera¹²(LCRSF) publicada en Registro Oficial No 498 de 31 de Diciembre de 2008, en su artículo 2 modificó a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero(LGISF), deroga la normativa incluida con la Ley de Regulación del Costo Máximo Efectivo del Crédito, y agrega el siguiente artículo innumerado a continuación del artículo 40, y:

Art. ...- Créase el Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano que actuará en calidad de prestamista de última instancia y otorgará préstamos de liquidez a las instituciones financieras privadas que se hallan sujetas a la obligación de mantener encaje de sus depósitos en el Banco Central del Ecuador, que mantengan su patrimonio técnico dentro de los niveles mínimos exigidos por la Ley y demás normas aplicables y que hayan administrado su liquidez de conformidad con las normas de carácter general dictadas por la Junta Bancaria.

Todas las instituciones financieras privadas controladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros que mantienen depósitos sujetos a encaje, tienen la obligación de participar como adherentes en el Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano.

En virtud de la mencionada ley, con fecha 19 de febrero de 2009, se constituyó el Fondo Liquidez a través de un contrato de Fideicomiso Mercantil de Inversión dentro del cual se contó con la participación de 8 bancos, y posteriormente se adhirieron 31 instituciones financieras mediante contrato de adhesión de fecha 25 de febrero de 2009. Este fideicomiso nació con el fin de atender las necesidades de liquidez de las instituciones financieras (IFIS) de carácter privado que se encontraban sujetas a encaje, las mismas que debían cumplir con los niveles de patrimonio técnico que la ley vigente en ese entonces requería.

Con la expedición de la Ley de Orgánica Economía Popular y Solidaria en el 2011, también se creó el Fondo de Liquidez para el Sector Financiero Popular y Solidario, como un mecanismo complementario y articulado, cuyo objeto principal fue el de conceder créditos de liquidez, de liquidez contingente y cubrir diferencias en la cámara de compensación a las cooperativas de ahorro y crédito, entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales de ahorro¹³.

El Fondo de Liquidez creado a través de esta Ley establecía la conformación de un Directorio único. Su financiamiento estaba establecido con los aportes reembolsables

¹²Ecuador, Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera en Registro Oficial N°498, (31 de diciembre de 2008), art.2, en adelante LCRSF.

¹³Ecuador, Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, en Registro Oficial Suplemento, N° 444, (10 de mayo de 2011), en adelante LOEPS, art 109.

y no reembolsables, periódicos y obligatorios de las entidades del sistema financiero popular y solidario (ESFPS) y por los rendimientos de los créditos e inversiones que se generen¹⁴. La normativa también señala que la operación de este Fondo sería a través de un fideicomiso mercantil de inversión.

Con la expedición del Código Orgánico Monetario y Financiero (COMF)¹⁵, se derogan las disposiciones de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera y de la Ley de Orgánica Economía Popular y Solidaria, unificándolas en este cuerpo normativo, tratado de potenciar al sistema financiero privado y popular y solidario, institucionalizados en la Constitución de la República del año 2008.

Dentro de las innovaciones realizadas por el Código Orgánico Monetario y Financiero, se encuentra la creación de un solo cuerpo colegiado que se encarga de la política y regulación monetaria y financiera (Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera JPRMF), que tiene como fin separar la función reguladora con la función controladora.

Entre las facultades que esta Junta posee, se encuentra la de determinar las operaciones de los fideicomisos de la Corporación de Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados sujetas al control de la Superintendencia de Bancos y Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, respectivamente.¹⁶

El artículo 150 del COMF establece que las entidades del sistema financiero nacional estarán sujetas a la regulación que expida la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera (JPRMF), por lo cual todas las actividades que realicen este tipo de entidades deben regirse a lo que el mencionado órgano colegiado expida en concordancia al Código Orgánico Monetario y Financiero y a los lineamientos de la política económica vigente.¹⁷

En el cuerpo legal *ibídem*, se establece la operatividad y funcionamiento del Fondo de Liquidez en diez de sus artículos.

¹⁴ *Ibidem*, art 112.

¹⁵ Ecuador, Código Orgánico Monetario y Financiero, en Registro Oficial Suplemento, N° 332, (12 de septiembre de 2014), en adelante COMF.

¹⁶ *Ibidem*, art 14 numeral 36.

¹⁷ Ecuador, Código Orgánico Monetario y Financiero, Art.150.

El artículo 333 comienza explicando al Fondo de Liquidez de la siguiente manera:

Art. 333.- Las deficiencias de liquidez de las entidades de los sectores financieros privado y popular y solidario podrán ser cubiertas por el Fondo de Liquidez, que actuará en calidad de prestamista de última instancia y otorgará préstamos de liquidez a las entidades financieras que cumplan con las siguientes condiciones:

1. Que mantengan su patrimonio técnico dentro de los niveles mínimos exigidos por el artículo 190; y,
2. Que hayan administrado su liquidez de conformidad con las regulaciones dictadas para el efecto.

De lo citado, se observa que el legislador mantiene la figura del Fondo de Liquidez, señalándolo como prestamista de última instancia, mantiene la figura de fideicomiso mercantil, esclareciendo la existencia de un fideicomiso para las entidades del sector financiero privado (ESFP) y otro para las entidades del sector financiero popular y solidario (ESFPS), y establece ciertos parámetros a cumplir por parte de sus aportantes para su acceso; no obstante, no brinda una adecuada o amplia definición sobre el Fondo de Liquidez.

2. Definición

Se evidencia que la institucionalidad de la figura del Fondo de Liquidez no es nueva, ya que el objeto con el cual fue creado en el año 2000, básicamente es el mismo, esto es, que las entidades del sistema financiero nacional asuman responsabilidad ante cualquier situación crítica financiera que pudiera presentarse garantizándolo con el aporte de los recursos propios, mas no con el dinero de sus depositantes.

El Fondo de Liquidez no exime de ninguna clase de responsabilidad a los accionistas ni deudores de la entidad en problemas de liquidez.

Previo a establecer una definición sobre el Fondo de Liquidez, es preciso conocer los siguientes conceptos:

Solvencia.- es un indicador sobre el cual las instituciones del sistema financiero privado o empresas poseen para afrontar sus obligaciones con terceros, y que tiene relación entre el patrimonio y sus pasivos; en otras palabras un riesgo de solvencia

implica que una ISFP o compañía tenga la capacidad de generar ingresos que permitan cubrir los gastos y costos y devolverlos a los depositantes, acreedores o accionistas¹⁸.

De lo dicho, se puede asegurar que los problemas de solvencia no se resuelven con el Fondo de Liquidez, sino con la aplicación de una regulación prudente y preventiva, en caso de incumplimiento de la normativa legal podría acarrear con la liquidación de la entidad insolvente, cuestión que conforme nuestro Código Orgánico Monetario y Financiero le corresponde al Seguro de Depósitos.

Liquidez.- es la capacidad que posee una compañía o ISFP para atender a sus obligaciones de pago a un corto plazo, es decir, la capacidad que se tiene para convertir un activo en dinero en efectivo¹⁹.

El COMF en su artículo 189 dispone a las entidades del sistema financiero nacional a “mantener los niveles suficientes de activos líquidos de alta calidad libres de gravamen o restricción, que puedan ser transformados en efectivo en determinado periodo de tiempo sin pérdida significativa de su valor, en relación con sus obligaciones y contingentes (...)”²⁰.

“Si una empresa no posee liquidez, cualquier problema que pueda tener ya no será tan prioritario, por la simple razón de que la falta de liquidez provocará un nuevo orden de prioridad de las tareas a llevar a cabo”²¹.

Es decir, las instituciones del sistema financiero pueden presentar problemas de liquidez al no tener la capacidad de afrontar sus obligaciones al vencimiento, o cuando existe un gap relevante de su circulante en el plazo previsto para honrar sus obligaciones.

Prestamista de última instancia .-Según Michael D. Bordo el prestamista de última instancia (PIU) es aquel que: “puede atenuar un pánico incipiente, garantizando en el momento oportuno que proporcionará todo el dinero de alto poder que se requiera

¹⁸ < <http://www.gestiopolis.com/que-es-solvencia-financiera-como-se-analiza/>>

¹⁹ < <http://www.elmundo.com.ve/diccionario/liquidez.aspx>>

²⁰ Ecuador, COMF, art. 189.

²¹ http://webs.ono.com/martinpascual/pv70601_tresconceptos.pdf

para satisfacer la demanda, ofreciendo un generoso acceso a la ventanilla de descuento a una tasa castigada, o mediante adquisiciones de mercado abierto.”²²

Según Xavier Freixas, “la existencia de un prestamista de última instancia halla su justificación en la posibilidad de una crisis sistémica, definida como aquella en la que los mecanismos y circuitos financieros habituales dejan de cumplir sus funciones, irrumpiendo el desarrollo de las transacciones comerciales.”²³

Como ya se ha indicado en líneas precedentes, esta facultad está otorgada a los Bancos Centrales de los países que tienen la capacidad de emisión de moneda quienes llegan a ser prestamistas de los bancos locales en momentos de iliquidez.

Una vez conocido los conceptos básicos sobre solvencia, liquidez y prestamista de última instancia, se puede indicar que existen autores como Charles Goodhart quien precisa: “Que la distinción entre iliquidez e insolvencia es un mito, puesto que los bancos que requieren del apoyo del PIU a causa de “iliquidez, en la mayoría de los casos ya serán sospechosos de (...) insolvencia”²⁴, criterio que no necesariamente llega a ser refutable, ya que dentro de la experiencia ecuatoriana han existido casos (que los mencionaremos en el capítulo II), en los cuales la asistencia del Fondo de Liquidez ha sido únicamente temporal.

La información que la Corporación de Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Seguros Privados (COSEDE), proporciona al público en general, define al Fondo de Liquidez como aquel medio que solo puede ser utilizado por entidades que puedan demostrar su solvencia, es decir que cuenten con los activos suficientes para responder ante sus depositantes y cuente además con un patrimonio adecuado a las exigencias que el negocio bancario amerita.

Según Kléber Mejía el Fondo de Liquidez (o prestamista de última instancia), es:

un instrumento econométrico-matemático que permite estimar apropiadamente la cantidad de recursos que debe tener un “Pool de Liquidez,” que considera las

²²Bordo, Michael 1990 “El Prestamista de última instancia: puntos de vista alternativos y experiencia histórica”, en Bendeski, El papel de la banca central en la actualidad, 3. México DF: Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos.

²³ Freixas, Xavier 1999. “El prestamista de última instancia en el entorno financiero actual”. Els Opuscles del CREI, Barcelona (II semestre): 3.

²⁴ Goodhart, CAE.1897 “Why Do Banks Need a Central Bank?”. En L. Bendeski, El papel de la banca central en la actualidad, 8. México DF: Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos.

posibilidades de contagio bancario. Este instrumento estima la dinámica existente entre los depósitos de los bancos, a partir de la probabilidad de contagio bancario, y ésta a su vez, es estimada de acontecimientos pasados (comportamientos de depósitos e información macroeconómica externa al sistema financiero) y de expectativas futuras (información subjetiva) mediante la aplicación del Principio de Máxima Entropía (PME), que utiliza estos dos tipos de información para estimar Vectores Autorregresivos (VAR) a partir de la probabilidad de contagio.²⁵

En síntesis de lo anotado, el Fondo de Liquidez es un mecanismo de contingencia que sirve para brindar apoyo a través de un crédito a las entidades del sector financiero que demuestren solvencia al presente y a futuro frente a eventuales problemas de liquidez, las cuales únicamente deben ser circunstanciales y de corto plazo. Este préstamo será otorgado con una tasa de interés castigada y deberá contar con todas las garantías y medidas de prolijidad viables.

Existe posturas sobre la posibilidad de la existencia de un riesgo moral, en la medida en que las ISFP y/o sus depositantes incurrieren en riesgos excesivos esperando ser rescatados por el Fondo de Liquidez en caso de necesidad, no obstante se cree que no siempre se puede hablar sobre un riesgo moral ya que la mayoría de casos, según información otorgada por la Coordinación General de Inversiones de la COSEDE accede a operaciones activas dentro de este Fondo, de manera eventual.

3. El papel del Fondo de Liquidez en las crisis financieras

David Shirref,²⁶ en su libro “Como lidiar con los riesgos financieros”, señala que “la actividad bancaria solía ser una actividad simple”, y en síntesis expone que estas entidades servían para realizar depósitos y otorgar créditos con un interés, asumiendo los riesgos que esto acarrea.

Ahora los bancos presentan cierto tipo de complejidad dentro de las actividades que brindan y debido a que ofrecen gran variedad de servicios financieros, han demostrado sensibilidad ante las variaciones del mercado financiero y un escaso manejo

²⁵ Mejía, Kléber, “Contagio Bancario y requerimiento mínimo de liquidez”, Flacso- BCE (2007):41 <<http://contenido.bce.fin.ec/documentos/PublicacionesNotas/Catalogo/Cuestiones/XXI-II-I-03MEJIA.pdf>>

²⁶ David Shirref, *Cómo lidiar con el riesgo financiero*. Colección Finanzas y Negocios. (Buenos Aires: Cuatro y Media, 2008), 12.

efectivo de riesgos, lo cual ha ocasionado crisis a nivel mundial, principalmente a través de corridas de depósitos y pánico financiero en economías emergentes e industrializadas.

Y es precisamente el Estado el que llega a poner un límite como partícipe de la economía, encargándose en el establecimiento de sus políticas de brindar las condiciones necesarias para el desarrollo de la banca, sin restringirse a normar solamente procedimientos o estándares mínimos, sino también implementar pautas para el eficaz desenvolvimiento del sistema financiero nacional .

En concordancia con lo mencionado, el economista José Luis Machinea señala que las crisis financieras son consecuencias vinculadas con la intervención estatal, sea a nivel microeconómico o macroeconómico, no obstante existen criterios que señalan que son el resultado de funcionamiento del sistema financiero.²⁷

La falta de una política económica bien delineada en caso de una crisis bancaria puede producir un efecto dominó, o un contagio generalizado a las demás entidades bancarias y pánico financiero a nivel del sistema en general, pues puede llegar a pensarse que las instituciones de similares características también presentan deficiencias de solvencia. Ante las mencionadas circunstancias los estados han llegado a ser quienes intervienen como prestamista de última instancia ante la falta de liquidez producida por los retiros masivos de dinero.

A lo largo de la historia, se han creado ciertas medidas para contrarrestar este tipo de eventos, por ejemplo el caso de Gran Bretaña en la primera mitad del siglo XIX tuvo pánicos financieros cuando a causa de la insolvencia de una institución financiera de importancia se contagió a otros bancos y sobrevino una desesperanza para conseguir dinero de alto poder. Según Michael Bordo:

El Banco de Inglaterra proporcionó fondos al mercado, pero con frecuencia demasiado tarde para impedir muchas quiebras innecesarias. El último de esos pánicos fue consecuencia de la quiebra de Overend Gurney Company en 1886. A partir de entonces, el banco aceptó su responsabilidad como prestamista de última instancia, cumpliendo con la regla de Bagehot de “prestar con prolijidad a una tasa castigada”. Ello impidió, mediante anuncios y actividades a su debido tiempo, que las crisis financieras incipientes en 1878, 1890 y 1914 se convirtieran en pánicos generalizados.²⁸

²⁷José Luis Machinea, “La Crisis Financiera Internacional: su naturaleza y desafíos de política económica”, Revista CEPAL, N° 97 (I semestre del 2009): 37.

²⁸Michael Bordo, El Papel de la Banca Central en la actualidad – Prestamista de última instancia, 11.

En los Estados Unidos en el año de 1913 se creó el Sistema de la Reserva Federal, (Banco Central), encargado de custodiar parte de las reservas de los bancos estadounidenses miembros; una de sus principales responsabilidades es el supervisar y regular las instituciones bancarias para proteger el sistema bancario y financiero del país. Este Sistema se creó con el fin que se ejecutara como prestamista de última instancia, lo cual después de las crisis de 1873,1893 y 1907-1908 no se presentaron nuevos pánicos económicos hasta 1930.²⁹

No obstante de ello, la política monetaria adoptada por los Estados Unidos se ha mantenido con la figura del prestamista de última instancia, lo cual ha sido de beneficio en especial durante la experiencia de la última crisis que comenzó en el 2007- 2008.

Sus medidas han llegado a ser tan sólidas que el sistema financiero no ha logrado desestabilizarse en su totalidad pese a los grandes inconvenientes que se tuvieron por la falta de liquidez que ocasionó el segmento de la hipotecas supprime.

Entre los importantes rescates que la Fed realizara en su calidad de prestamista de última instancia tenemos: el de las dos más importantes instituciones dedicadas al tema hipotecario norteamericano: Fannie Mae y Freddie Mac por alrededor de 200.000 millones de dólares, y la otorgada a la American International Group (AIG) en 150.000 millones de dólares, este aporte mermó de cierta forma los inconvenientes de solvencia de entidades bancarias, cuyos préstamos se encontraban colateralizados por AIG a través de los credit default swap (CDS)³⁰

Por su magnitud, esta crisis llegó a generalizarse a nivel internacional al punto que los bancos centrales de varios países del mundo han tenido que tomar cartas en el asunto desde una perspectiva de prestamistas de última instancia, en ciertos casos con montos de préstamos elevados y de larga duración, características que se contraponen a esta figura.

Para el caso de los países de América Latina el economista Kléber Mejía³¹ señala que: “Según cálculos del BID, realizados por Caprio y Klingebiel (2003), América Latina es la región que más ha incurrido en crisis bancarias, con un número promedio de

²⁹ Ibidem, 12.

³⁰ José Luis Machinea, “La Crisis Financiera Internacional: su naturaleza y desafíos de política económica”: 36.

³¹ Mejía, Kléber, “Contagio Bancario y requerimiento mínimo de liquidez”, 45.

1.25 crisis por país, comparada con los países de África y los países del OCDE de altos ingresos que tienen un número promedio de 0.89 y 0.21 respectivamente.”

En estos casos los bancos centrales de los países latinoamericanos han aportado fuertes sumas de dinero para afrontar las crisis ante un posible riesgo sistémico y han contado con una restringida capacidad de prestamista de última instancia. En estas circunstancias, los bancos centrales siguieron cuatro directrices de acción para hacer frente a las crisis bancarias: “i) aportaron ayuda limitada como prestamista de última instancia; ii) ampliaron la provisión de fondos como prestamista de última instancia; iii) financiaron resoluciones bancarias y reestructuraciones, y iv) pagaron seguros y garantías de depósito.”³²

En el caso ecuatoriano, la crisis financiera del Ecuador del año 1999, que causó conmoción social, estalló durante el mandato del Dr. Jamil Mahuad, básicamente todo fue a causa del cierre de varios bancos privados y del rescate financiero realizado por el Estado ecuatoriano.

La Constitución Política del año 1998 en su Disposición Transitoria Cuadragésima Segunda permitía que:

Disposición Transitoria Cuarta: Hasta que el Estado cuente con instrumentos legales adecuados para enfrentar crisis financieras y por el plazo no mayor de dos años contados a partir de la vigencia de esta Constitución, el Banco Central del Ecuador podrá otorgar créditos de estabilidad y de solvencia a las instituciones financieras, así como créditos para atender el derecho de preferencia de las personas naturales depositantes en las instituciones que entren en proceso de liquidación³³.

Con esto se consintió el salvataje bancario y creó leyes como la Ley Reordenamiento en Materia Económica Tributario Financiera³⁴, que creó la Agencia de Garantía de Depósitos, permitiendo que el Estado ecuatoriano asuma deudas de la banca privada. Existieron algunos factores que colaboraron a la situación económica y financiera del país entre los cuales podemos anotar: “las tendencias negativas en materia

³² Luis, Jácome, “La Participación de los Bancos Centrales en las Crisis Bancarias de la América Latina-Lecciones de los decenios de los noventa y de 2000”, El Trimestre Económico, vol. LXXX (2), núm. 318, primer trimestre(2013), 293, <<http://www.revistas-conacyt.unam.mx/trimestre/index.php/te/article/view/89/89>>

³³ Ecuador, Constitución Política de la República, en Registro Oficial N°1 (11 de agosto de 1998), Disposición Transitoria Cuarta ([Quito]: Congreso Nacional).

³⁴ Ecuador, Ley Reordenamiento en Materia Económica Tributario Financiera, en Registro Oficial Suplemento N° 78, (1 de diciembre de 1998).

inflacionaria, solvencia del sistema financiero y posición de balanza comercial y fiscal; además se enfrentó un proceso de inestabilidad interna fruto de problemas políticos y un entorno internacional adverso que provocaron que las fuentes de financiamiento externas se vieran reducidas, desatando un problema de solvencia”³⁵.

En este contexto, el Banco Central al tener la capacidad legal de ser prestamista de última instancia y la sobre capacidad otorgada por la Constitución, para dar créditos no solo de liquidez (lo cual era correcto y necesario), también otorgó créditos de solvencia, lo cual socapó una crisis, brindando ayuda a las instituciones del sistema financiero con recursos del Estado, llegando a beneficiar paradójicamente a los propietarios de las entidades bancarias.

Con el fin prevenir y controlar este tipo de colapsos financieros y con las lecciones aprendidas, la propia Constitución del 2008 y las leyes concordantes ya mencionadas en el primer punto de este trabajo (LGISF- COMF), han tratado de brindar de cierta forma un control y regulación a las actividades financieras por parte de la Superintendencia de Bancos y ahora la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.

Se puede inferir que el prestamista de última instancia o Fondo de Liquidez (de acuerdo al país de origen), es de suma importancia no solo en momentos de crisis sino en las actividades cotidianas, toda vez que brinda a las entidades financieras privadas y de economía popular y solidaria, cierto tipo de tranquilidad, pues de manera eventual soporta a sus asociados (miembros o adherentes) en caso de requerir flujos de liquidez, no obstante se debe mencionar que lo óptimo sería que aunque exista, no se llegue a acudir a este mecanismo, para lo cual debe mantenerse una regulación adecuada y actualizada con referencia a la coyuntura económica financiera de los países.

4. Supervisión prudencial a través de la aplicación del Comité de Basilea en el entorno ecuatoriano.

No cabe duda, que el estudio sobre el tema de las crisis bancarias que derivan a crisis financieras se enmarcan dentro del contexto de la desregulación y liberalización de los sistemas financieros a nivel de países, frente a esta situación el Banco de Pagos

³⁵ Aguirre Sánchez, Andrea, “Monitoreo de la Liquidez del Sistema Financiero ecuatoriano: una visión con medidas coherentes de riesgo”, (tesis profesional, Escuela Politécnica Nacional, Sede Quito, 2010). III y IV.

Internacionales, con el objeto de estandarizar criterios internacionales paralelos sobre medidas a tomar con respecto a la supervisión bancaria, creó el Comité de Basilea.

Este Comité surge de la necesidad de resolver las crisis financieras por parte de los países hegemónicos, en el cual se debatieron temas sobre problemas específicos de supervisión bancaria y procuraron regularlos a través de recomendaciones que no llegan a ser por ningún motivo obligatorias, aunque han sido acogidas por muchos países en el mundo y son consideradas como patrones a seguir.

Se establecen metodologías y procedimientos que permiten prevenir y alertar sobre situaciones de riesgo a entidades bancarias, brindando de cierto modo una estabilidad a las unidades supervisoras en sus controles. “Esto se logra a través del intercambio de información sobre disposiciones supervisoras nacionales, el mejoramiento de la efectividad de las técnicas para supervisar los negocios bancarios internacionales, el establecimiento de estándares mínimos para la suficiencia de capital y la evaluación de la conveniencia de establecer estándares en otras áreas de importancia.”³⁶

En abril de 1997 se produjo el documento: Principios Básicos para la Supervisión Bancaria Efectiva, en el cual consta 25 principios, que el Comité considera deben ser implementados por las autoridades bancarias y públicas en todos los países para lograr un sistema de supervisión efectiva. El Comité de Basilea considera que "la aplicación de los Principios Básicos por todos los países supondría un avance considerable para la mejora de la estabilidad financiera nacional e internacional, al tiempo que sentaría las bases para un mayor desarrollo de sistemas de supervisión eficaces".³⁷

De los mencionados principios, los que caben dentro de esta investigación son aquellos de “Regulaciones Prudenciales y Requerimientos”, entre los que están: la suficiencia del capital con la que deberán contar las entidades bancarias, el proceso de gestión de riesgo (políticas y prácticas para la aprobación de créditos e inversiones), el riesgo del crédito (posibilidad de pérdida debido a la falta de pago por parte de un prestatario), activos dudosos, provisiones y reservas, límites de exposiciones a grandes

³⁶ Guatemala, Superintendencia de Bancos, <<http://www.sib.gob.gt/web/sib/faq/basilea>>.

³⁷ Banco de Pagos Internacionales, Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, “Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz”, (2006). <<http://www.bis.org/publ/bcbs129esp.pdf>>

riesgos, posiciones con partes vinculadas, riesgo país y riesgo de transferencia, riesgo operacional y riesgo de liquidez.

El riesgo de liquidez que Basilea enuncia lo vincula con el deber que tienen las autoridades de control para propender que las entidades financieras cuenten con los suficientes procedimientos y estrategias para afrontar diariamente su liquidez y exigir planes contingentes para afrontar este tipo de problemas.

En virtud de las recomendaciones realizadas por el Comité de Basilea, en el Ecuador las autoridades reguladoras han hecho gestión sobre los riesgos de liquidez para que el ente controlador pueda realizar una evaluación de los mismos.

Como ya señalamos anteriormente, la Constitución de la República señala en su artículo 302, el “establecer niveles de liquidez global que garanticen adecuados márgenes de seguridad financiera,”³⁸ es decir, la norma de mayor jerarquía exige que los riesgos de liquidez deben ser garantizados en todas las instituciones del sistema financiero del país; este control en la actualidad lo ha venido realizando la Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.

En la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos en el Título X, Capítulo II Sección, se contempla el manejo de los riesgos de crédito. El artículo 3 de esta norma,³⁹ dispone que:

Art. 3.-Las instituciones controladas deberán contar con un proceso formalmente establecido de administración del riesgo de crédito que asegure la calidad de sus portafolios y además permita identificar, medir, controlar / mitigar y monitorear las exposiciones de riesgo de contraparte y las pérdidas esperadas, a fin de mantener una adecuada cobertura de provisiones o de patrimonio técnico.

Esta regulación de riesgos de créditos, es concordante a los parámetros de niveles de liquidez que una institución financiera requiere tener ante posibles cambios de fuentes de fondeo.

La normativa *ibídem*, en el Título X, Capítulo IV, Sección I, contiene regulación sobre el riesgo de liquidez, en el artículo 2, señala como riesgo de liquidez “cuando la institución enfrenta una escasez de fondos para cumplir sus obligaciones y que por ello, tiene la necesidad de conseguir recursos alternativos o vender activos en condiciones

³⁸Constitución de la República del Ecuador, art. 302

³⁹ Ecuador, Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos, Título X, Capítulo II Sección I.

desfavorables, esto es, asumiendo un alto costo financiero o una elevada tasa de descuento, incurriendo en pérdidas de valorización”.

De acuerdo a la información proporcionada por la Ec. Marcia Topón Figueroa, Directora Nacional de Riesgos (e), de la Superintendencia de Bancos, con el objeto de complementar las regulaciones expedidas, en el año 2002, emitió la norma técnica para administración de riesgo de liquidez en el sector financiero controlado, el mismo que sigue vigente y se lo mide desde dos aristas: una posición estática estructural, que se encarga de medir el riesgo de liquidez desde la composición de los activos y pasivos líquidos en una posición estática a una fecha determinada y sobre los saldos contables, y; un análisis de brechas de liquidez (bandas de tiempo), que parte de una fecha determinada y clasifica los flujos de capital e intereses de acuerdo a su vencimiento.⁴⁰

En este esquema, las entidades controladas realizan reportes a través de los cuales se busca controlar que tengan coberturas adecuadas para cubrir sus obligaciones de los siguientes 90 días en su indicador de cobertura de primera línea, mientras que el indicador de cobertura de segunda línea busca una cobertura adecuada de todos sus pasivos, además existe el indicador mínimo requerido que es para cubrir el requerimiento mínimo de liquidez de las instituciones del sistema financiero.⁴¹

En Diciembre del año 2010, el Comité de Basilea pone a consideración el acuerdo de Basilea III, como un conjunto de reformas que nacen en respuesta a la crisis financiera generada a partir del 2007 en el mercado hipotecario de Estados Unidos.

El objetivo fundamental de estas reformas es mejorar la capacidad del sector bancario para afrontar perturbaciones generadas en el sector financiero, en procura de reducir el riesgo de contagio hacia la economía real, y precisamente dentro de estas normas sugeridas se plantea estándares de liquidez internacional e incluso ha propuesto parámetros de control para la supervisión transfronteriza.

Con relación a los estándares de liquidez los objetivos son:

⁴⁰Ecuador, Superintendencia de Bancos, “Nota Técnica Sobre Riesgos de Mercado y Liquidez”, (Resoluciones Nos. JB-2002-429 y JB-2002-431), www.sbs.gob.ec/medios/.../notas_tecnicas_riesgos_mercado_liquidez.doc.

⁴¹Ecuador, Superintendencia de Bancos, “Nota Técnica Sobre Riesgos de Mercado y Liquidez”, (Resoluciones Nos. JB-2002-429 y JB-2002-431), www.sbs.gob.ec/medios/.../notas_tecnicas_riesgos_mercado_liquidez.doc

- Estabilizar en un corto plazo el riesgo de liquidez de una institución financiera de tal modo que tenga los recursos líquidos suficientes que le permitan atravesar un gran presión financiera por lo menos por un período de un mes.
- Brindar una resistencia dentro de una plazo mayor al objetivo anterior, mediante estímulos que permitan a las instituciones bancarias acudir de manera sistemática a fuentes de financiamiento más estables.

En nuestra legislación, respecto de las brechas frente a Basilea los requerimientos de cobertura de liquidez son bastante ácidos y exigentes considerando que los informes de brechas de liquidez consideran las obligaciones (pasivos) desde 7 días, frente a Basilea 3 que requiere una cobertura total desde los 30 días; sin embargo las diferencias frente a Basilea se identifican a más detalle en la composición de los activos y pasivos que se utiliza para el cálculo de cada indicador, que viene a ser un tema más técnico por lo cual no se realiza un análisis al respecto.

De lo señalado se puede ver que la normativa que existe actualmente en el Ecuador es bastante fuerte al punto que los requerimientos de liquidez hacia las entidades financieras son muy exigentes y están por encima de lo que Basilea propone, hay que considerar que esta brecha y estos requerimientos no toman en cuenta al Fondo de Liquidez, y esto es precisamente con el fin de que las instituciones financiera no se confíen de la existencia de este fondo, sino más bien manejen responsable y prudentialmente su liquidez, operando de manera continua y eficiente.

A pesar que estas regulaciones existentes son bastante buenas, podrían ser perfectibles mediante de la expedición de políticas crediticia y financiera (dentro de las cuales está incluida los riesgos de liquidez), como facultad de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera (Art. 14 número 1 del COMF). Los lineamientos que dicte este cuerpo colegiado son de carácter general, toda vez que cada Superintendencia (sistema privado y popular y solidario), dentro del ámbito de sus atribuciones deberá elaborar o modificarlos márgenes de liquidez que creyere conveniente en virtud de las características de sus entidades controladas.

La Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, mantiene su propia norma para la administración integral de riesgos en las Cooperativas de Ahorro y Crédito y Cajas Centrales, expedida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera a

través de Resolución N° 128-2015-F⁴² de 23 de septiembre de 2015, norma en la cual se menciona el riesgo de liquidez, esta regulación aplica para los segmentos 1, 2, 3 y cajas centrales.

En consecuencia, con base a estas regulaciones de prevención, los casos que llegan a aplicar la obtención de préstamos al Fondo de Liquidez son extremos, es decir aquellos que no han contado con la prolijidad en el manejo del negocio.

También pueden existir casos en los cuales se acuden al Fondo de Liquidez a causa de corridas bancarias o pánico financiero, que puede constituir un factor exógeno a la responsabilidad de las entidades financieras.

En el Ecuador, en Código Integral Penal se ha penalizado los delitos contra el sistema financiero, siendo entre ellos el más destacable el art. 322 del pánico financiero que señala:

Art 322.- Pánico financiero.- La persona que divulgue noticias falsas que causen alarma en la población y provoquen el retiro masivo de los depósitos de cualquier institución del sistema financiero y las de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera, que pongan en peligro la estabilidad o provoquen el cierre definitivo de la institución, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

El legislador se ha visto obligado a realizar este tipo de tipificación, toda vez que a causa de las divulgaciones que se realizan por parte de la población podría derivarse en una crisis bancaria, como la suscitada en el año de 1999, no obstante, a pesar de la existencia de la norma, actualmente la divulgaciones por redes sociales han ocasionado que el país durante los últimos meses atravesase por un retiro de depósitos significativo.

Con lo señalado, se evidencia que el Ecuador a partir de la crisis bancaria de 1999 ha mejorado su normativa con estándares exigentes y con planes de contingencia adecuados que han permitido gozar de una estabilidad financiera durante los últimos años.

5. Naturaleza de los recursos del Fondo de Liquidez

El Fondo de Liquidez se alimenta de recursos que aportan las entidades del sector financiero privado y las entidades del sector financiero popular y solidario a cada uno de

⁴² Ecuador, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, “Norma para la Administración Integral de Riesgos en las Cooperativas de Ahorro y Crédito y cajas centrales, N° 128-2015-F”. Registro Oficial Suplemento N° 621, 5 de noviembre de 2015):4

sus fideicomisos, que vienen a ser aportaciones propias de sus patrimonios, que tienen relación a una suma equivalente a un porcentaje promedio de sus depósitos sujetos a encaje del mes inmediato anterior⁴³.

Por ningún concepto puede llegarse a pensar que estos recursos son tomados de los depósitos que se realizan en estas instituciones.

Además forman parte de los recursos del Fondo de Liquidez, los rendimientos de las inversiones y utilidades líquidas del propio Fondo dentro de su ejercicio anual. Las donaciones, y los provenientes de los réditos financieros obtenidos de préstamos o líneas contingentes adquiridos para el financiamiento de sus actividades (resaltando como se había mencionado es una tasa más elevada o castigada); y de los préstamos que se realicen entre los fideicomisos del Fondo de Liquidez.⁴⁴

En razón de lo mencionado los recursos del Fondo de Liquidez son estrictamente de carácter privado, ya que provienen exclusivamente de las entidades del sistema financiero nacional y son aportados a un patrimonio autónomo que tiene también una connotación privada (de manejo y ejecución), aun cuando quien lo administre sea una entidad pública.

Por lo tanto, los recursos del Fondo de Liquidez, de conformidad con lo que establece el Art. 335 del Código Orgánico Monetario Financiero “son de naturaleza privada e inembargables y no podrán ser afectados por las obligaciones de los aportantes, excepto para el pago de las operaciones de crédito a través de la ventanilla de redescuento y de la inversión doméstica de los excedentes de liquidez.”⁴⁵ Es decir, únicamente los recursos que se encuentren en garantía de un préstamo realizado por la institución en los casos señalados, pueden ser sujetos de débito automático, esto, por concepto de capital intereses, además de aquellas operaciones que realicen al propio fondo, de conformidad con la reglamentación del Fondo de Liquidez.

La inembargabilidad de los recursos del Fondo de Liquidez que se ha dispuesto

⁴³ Ecuador, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, “Resolución 176-2015-F: Normas Generales para el funcionamiento del Fondo de Liquidez del Sector Financiero Privado y el Sector Financiero Popular y Solidario”, en Registro Oficial Suplemento N° 684: (4 de febrero 2016).

⁴⁴ Ecuador, COMF, art. 335.

⁴⁵ Ecuador, Código Orgánico Monetario y Financiero, art. 335.

en el COMF (dentro del mencionado artículo), es destacable, ya que refuerza lo dispuesto en el Libro II del COMF “Ley de Mercado de Valores” que en su artículo 121 señala: “Los bienes del fideicomiso mercantil no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario, salvo pacto en contrario previsto en el contrato. (...)”. Así como lo señalado en la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores⁴⁶, que en su parte pertinente indica:

Art. 33.- Los bienes, dineros o valores que constituyen el patrimonio del fondo, cualquiera que éste fuere, deberán ser administrados por la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, en la forma que estimare más conveniente, dentro de los objetivos señalados en su reglamento interno y en función de lograr el mejor desempeño y atención de su encargo. Sin embargo, éstos no responderán ni serán embargables por deudas de sus inversionistas aportantes. (...).

En este sentido, se blinda la posibilidad de que cualquier acreedor de las entidades del sector financiero nacional aportantes, puedan solicitar mediante vía judicial la retención de los recursos del Fondo de Liquidez.

Concordante con lo mencionado, el Código Orgánico Monetario y Financiero (art. 46), como medida de seguridad dispone que los recursos de la Corporación de Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados en el Banco Central del Ecuador o en sus cuentas en el Ecuador o en el exterior, -refiriéndose entre estos a los Fideicomisos que constituya-, son inembargables y gozan de inmunidad soberana, y no pueden ser sujetos de ninguna clase de medida cautelar o preventiva, ni apremio.⁴⁷

Como se ha podido evidenciar el Estado en ningún momento llega a ser aportante del Fondo de Liquidez, por lo cual los recursos que conforman este Fondo son exclusivamente de las entidades del sistema financiero nacional, así como es su responsabilidad el cumplimiento y organización de este fondo siendo concordante con la disposición del tercer inciso del artículo 308 de la Constitución de la República que en síntesis indica que el Estado no supondrá garantía al sector financiero privado.

⁴⁶Ecuador, Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Mercado de Valores, Sección III, del Título IV, Art. 33, en adelante CRCNV.

⁴⁷ Ecuador, COMF, art. 46

6. Operaciones que puede aplicar el Fondo de Liquidez

Las entidades del sector financiero privado y de la economía popular y solidaria que requieran acceder al Fondo de Liquidez, lo pueden realizar a través de las operaciones que el artículo 338 del Código Orgánico Monetario Financiero dispone, y son:

Operaciones activas y operaciones pasivas.

6.1 Operaciones Activas

Las operaciones activas a su vez pueden ser de dos tipos, sin embargo de la “totalidad de los aportes individuales, cada entidad financiera tendrá asignado el 70% para su uso exclusivo en operaciones activas del fondo”⁴⁸.

a) Créditos de liquidez ordinarios, que consiste en aquellos que realicen las entidades del sector financiero privado y popular y solidario, hasta con un plazo de un día hábil, el mismo que puede ser renovable, cuyo objeto es el cubrir la falta de liquidez en las cámaras de compensación del Sistema Central de Pagos administrado por el Banco Central del Ecuador, todo esto a manera de una línea de crédito.

Como garantía para la concesión de estos créditos, se utilizará los recursos que las entidades financieras hubiesen aportado al Fondo, esta cantidad también constituirá el monto límite al cual se podrá acceder en calidad de crédito.

De acuerdo con lo que manda el art. 339 del COMF, el acceso a estos préstamos será automático y su tasa de interés será establecida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, la misma que al momento es la tasa activa referencial del día de desembolso, publicada por el Banco Central del Ecuador.

En calidad de administrador fiduciario el BCE, realizará la instrumentación y la recuperación del crédito, así como también es su obligación el notificar a la Superintendencia de Bancos o Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, según corresponda y, a la Corporación del Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Seguros Privados, sobre la realización de esta clases de operaciones para activar señales de alerta temprana en forma oportuna y realizar el control debido.

⁴⁸ Ecuador, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, “Resolución 176-2015-F: Normas Generales para el funcionamiento del Fondo de Liquidez del Sector Financiero Privado y el Sector Financiero Popular y Solidario”, s/p en Registro Oficial .

De acuerdo con la Resolución N°176-2015-F de emitida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, se indica que:

Los créditos de liquidez ordinarios se concederán bajo la forma de línea de crédito automática, permitiéndose un máximo de diez (10) créditos por mes pero no más de quince (15) por bimestre. Adicionalmente, en ningún caso se podrá superar el máximo de diez (10) créditos diarios consecutivos.

En caso que una entidad financiera hubiere hecho uso de créditos señalados en el inciso anterior, no podrá utilizar esta línea de crédito durante los treinta (30) días siguientes.⁴⁹

Por lo tanto, se ponen limitaciones al acceso automático del Fondo de Liquidez, ya que se quiere evitar un uso abusivo por parte de las entidades que se adhirieron al Fondo.

b) Créditos de liquidez extraordinarios, que son aquellas líneas de crédito otorgadas a las entidades del sistema financiero privado y de economía popular y solidaria, cuyo plazo máximo será de trescientos sesenta y cinco días a partir de su concesión.

El Código Orgánico Monetario y Financiero en el Art 339 establece que la JPRMF será la encargada de regular el nivel mínimo de solvencia de las entidades financieras que accedan a este tipo de créditos, así como la tasa de interés.

El Art. 80 numeral 2 del Código Orgánico Monetario y Financiero entre las atribuciones que le otorga a la COSEDE se encuentra el de administrar el Fondo de Liquidez de los sectores financiero privado y del popular y solidario, y entre las funciones del Directorio de esta entidad se encuentra la aprobación de los créditos de liquidez extraordinarios⁵⁰, lo cual es lo correcto, toda vez que constituye un tercero imparcial que analiza la información sobre la cual se otorgará un préstamo de última instancia a una entidad financiera. La COSEDE también tiene como facultad el instruir al Banco Central la instrumentación y recuperación de estos créditos.

El colateral que las entidades que requieren acceder a un empréstito extraordinario es la constitución de un garantía a través de un fideicomiso mercantil dentro del cual deberá aportarse activos de la institución financiera no menor a un 140%

⁴⁹Ecuador, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, “Resolución 176-2015-F: Normas Generales para el funcionamiento del Fondo de Liquidez del Sector Financiero Privado y el Sector Financiero Popular y Solidario”.

⁵⁰Ecuador, Código Orgánico Monetario y Financiero, art. 85 numeral 2.

del monto total del valor a obtener mediante el crédito.⁵¹

La COSEDE debería verificar que las cláusulas que se estipulen en el contrato de fideicomiso de garantía de ninguna manera se evite la ejecución de la garantía.

c) Otras Operaciones.- Otras operaciones a las que está habilitado realizar el Fondo de Liquidez son aquellas señaladas en el art. 335 del COMF, y las demás operaciones que se encuentre con autorización por la Junta.

Dentro de este artículo existen algunos enunciados, pero aquel que cabe dentro del concepto de operaciones tenemos:

- Rendimiento de las inversiones y las utilidades líquidas de cada ejercicio anual del Fondo de Liquidez.

De la operación mencionada, el ente colegiado responsable de emitir las normas regulatorias sobre las condiciones que deben cumplir las entidades que acudan al Fondo de Liquidez es la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

Por otra parte, a manera de restricción el Código Orgánico Monetario y Financiero en su artículo 341 señalala exposición de los recursos aportados al Fondo de Liquidez, que tengan relación con todas las operaciones activas que se concedan a una entidad financiera y que se encuentren vigentes, no podrán exceder del 30% de sus activos, ni el equivalente al 100% de su patrimonio técnico.

6.2 Operaciones pasivas

Tomando en consideración el artículo 338 numeral 2 del Código Orgánico Monetario y Financiero, las operaciones pasivas del Fondo de Liquidez podrán consistir en préstamos y titularizaciones.

Como ejemplo de las operaciones pasivas –préstamos- a las que hace referencia el mencionado artículo tenemos:

- Cuando el Fondo de Liquidez contrata un crédito a través de una banca de inversión para el financiamiento de sus actividades (la contratación de éstos créditos deben ser aprobados por parte del Directorio de la COSEDE).

⁵¹ Ibidem, art. 340.

- En el supuesto caso que el fideicomiso del Fondo de Liquidez del Sector Financiero Privado solicite un préstamo al fideicomiso del Fondo de Liquidez del sector de la Economía Popular y Solidaria.

En relación a las titularizaciones, el Código Monetario abre la posibilidad que a través del Fondo de Liquidez se emitan títulos valores como un mecanismo de financiamiento para obtener liquidez dentro de un plazo determinado y en condiciones competitivas, para lo cual deberá inscribirse en el Catastro del Mercado de Valores.

En la práctica se considera que la estructuración de una titularización de este Fondo resultaría muy complicada y hasta cierto punto costosa, ya que en primer plano la obtención del financiamiento no es inmediato, toda vez que se debe prever una sólida planificación que conllevaría tiempo, en este sentido quedaría descartado este mecanismo como alternativa de financiamiento inmediata o urgente.

De acuerdo con la normativa vigente únicamente sería aplicable una titularización de flujos, y las garantías a otorgarse deberían ser por lo menos de 1.5 veces el índice de siniestralidad del monto a titularizarse, lo cual sería muy riesgoso por las cantidades de dinero que se manejan en el Fondo y la vulnerabilidad que presenta. Adicionalmente, no sería aplicable una garantía bancaria ya que una institución financiera no debería avalarse así misma, aunque si podría considerarse una garantía internacional la misma que resultaría onerosa.

En cuanto a la calificación de riesgo se considera que en el Ecuador no se cuenta con la experticia y metodología adecuada para llegar a tener una opinión certera sobre los riesgos que este tipo de Fondo pudiera presentar.

Además, con el antecedente de una crisis financiera, desde una visión externa puede verse a la titularización como un proceso con alto grado de contingencia por los participantes que el proceso involucra (entidades financieras), por tanto, con los argumentos expuestos se considera que en la práctica es complejo de materializar una titularización del Fondo de Liquidez, ya que el costo beneficio podría verse afectado.

De la información proporcionada por la Dirección Regional de Mercado de Valores de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, no se han registrado procesos de titularización en los cuales el Fondo de Liquidez participe como emisor.

6.3 Líneas Contingentes de Crédito

La normativa anterior al COMF tomaba a las líneas contingentes de crédito dentro de las operaciones pasivas, actualmente se les da un tratamiento diferenciado, toda vez que una línea de crédito contingente, es una facilidad crediticia sobre la disponibilidad de recursos contingentes que se puedan ofrecer a entidades del sector financiero en casos emergentes o eventuales, que pueden ser utilizados en circunstancias que los recursos de los Fideicomisos del Fondo no fueran suficientes para otorgar un crédito de última instancia.

Esta línea de crédito contingente, no supone un comprometimiento del pasivo para el Fondo de Liquidez, sino más bien una alternativa de financiamiento que pueden transformarse en obligación al momento de su utilización en casos especiales.

Por lo general estas líneas contingentes de créditos contingentes son otorgados por organismos multilaterales, por los montos solicitados.

La COSEDE debe determinar cuáles son los casos en los que se puede acudir a una línea contingente, así como, a través de su Directorio es la encargada de aprobar la contratación de estas líneas de crédito.

Una vez contratada la línea de crédito contingente el Banco Central del Ecuador en calidad de administrador fiduciario debería encargarse de la instrumentación del mismo.

6.4 Otras operaciones atribuidas por el Código Orgánico Monetario y Financiero.

La referida norma dispone que una entidad financiera que desee acceder a un crédito a través de ventanillas de redescuento, deberá garantizar su obligación a través de los recursos que ésta mantenga en el Fondo de Liquidez como prestamista de última instancia.⁵²

En caso de existir un incumplimiento sobre las operaciones de redescuento, el Banco Central del Ecuador de manera automática aplicará la garantía mencionada y si ésta, no es suficiente para cubrir el monto de la obligación, será causal para la liquidación forzosa de la entidad del sistema financiero privado o popular y solidario.

En el caso de entrar a una liquidación forzosa, los valores otorgados a través de

⁵²Ecuador, Código Orgánico Monetario y Financiero, art. 128.

la ventilla de redescuento tendrán una prioridad de pago dentro de las prelación para estos casos de conformidad con el art. 315 numeral 2 del COMF.

El mismo tratamiento recibirán aquellas entidades que accedieran a la inversión doméstica de los excedentes de liquidez, y no cumplieran con su obligación.

El Fondo de Liquidez del sistema financiero privado y del sector popular y solidario, podrán devolver los aportes realizados a cada fideicomiso según el artículo 343 del COMF, en los siguientes casos:

1. Exclusión y transferencia de activos y pasivos; es facultad de la Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, según corresponda, emitir una resolución que detalle sobre todas las operaciones activas y pasivas que una determinada institución financiera que se halle en proceso de liquidación forzosa posea en el Fondo de Liquidez previo a su exclusión. Dicha Resolución debe ser remitida a la COSEDE para que en el seno de su Directorio se autorice la restitución a través de una instrucción al Banco Central en calidad de administrador fiduciario. El proceso de exclusión y transferencia de activos y pasivos se encuentra señalado en el artículo 296 del COMF.

2. Liquidación voluntaria o forzosa de la entidad; que tiene lugar mediante la expedición de una resolución de liquidación voluntaria o forzosa de la entidad de control correspondiente, del mismo modo deberá notificarse a la COSEDE, para que a través de su Directorio instruya al BCE, la restitución de los aportes.

3. El exceso del aporte en caso de fusiones, el administrador fiduciario deberá registrar la fusión de entidad del sistema financiero privado o de economía popular y solidaria, en la subcuenta de la nueva institución, disminuyendo lo correspondiente a derechos fiduciarios de la institución que deja de operar.

Con el objeto que se pueda realizar este registro la COSEDE debe resolver a través de su Directorio la instrucción al BCE.

En los últimos tres años, se han realizado dos fusiones de Bancos, ante lo cual se han tenido que restituir el exceso de aporte.

El primer caso se lo realizó el 21 de enero de 2013 mediante Resolución No. SBS-

2013-040 de la Superintendencia de Bancos⁵³ que resolvió entre otros aspectos que el BANCO SOLIDARIO S.A. (BS) absorberá totalmente al BANCO UNIVERSAL S.A. UNIBANCO, en tal virtud su parte proporcional de aporte al Fideicomiso del Fondo de Liquidez, fue transferida al BS.

Y la fusión que hiciera el Banco Proamérica S.A. con el Banco de la Producción S.A. PRODUBANCO, en el cual el Directorio de la COSEDE⁵⁴ autoriza a su administración instruir al Banco Central del Ecuador en calidad de fiduciario del Fondo de Liquidez del Sistema Financiero la instrumentación de la transferencia de la participación fiduciaria del banco absorbido al banco absorbente, en razón que la Superintendencia de Bancos ha aprobado la cesión total de activos, pasivos y contratos.

A pesar de lo mencionado, la Corporación de Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros privados, ha devuelto por otras causas no previstas recursos del Fondo de Liquidez, esta situación se llevó a cabo por conversión del Banco Cofiec S.A. en la compañía de servicios auxiliares del sistema financiero denominada Compañía de Servicios Auxiliares de Gestión y Cobranza RECYBOB S.A.. Esta conversión tuvo el aval de la Superintendencia de Bancos, de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros.

Este tipo de casos de conversión no constan dentro del artículo 343 del Código Orgánico Monetario y Financiero, no obstante, al tratarse de un caso no previsto en el señalado cuerpo legal, la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera en uso de sus facultades legales atribuidas en el artículo 14 numeral 6 ibídem, expidió la Resolución N° 118 -2015-F con fecha 31 de agosto de 2015, en la cual resolvió que la mencionada conversión “constituye causal de restitución de los recursos del aportados por las entidades financieras al Fondo de Liquidez, (...) corresponderá al Directorio de la Corporación de Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondos de Seguros Privados, resolver la devolución del aporte correspondiente del Fondo de Liquidez”⁵⁵, ante lo cual la COSEDE mediante Resolución N° 2015-008 de 25 de septiembre de

⁵³ Ecuador, Superintendencia de Bancos y Seguros, “Resolución N° SBS-2013-040”, en Registro Oficial N°032, (9 de julio de 2013): 35.

⁵⁴Ecuador, Corporación de Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Seguros Privados, COSEDE, “Resolución N° 2014-002.”(18 de noviembre de 2014).

⁵⁵ Ecuador, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, “ Resolución N°118-2015-F”. Registro Oficial, N°591 (21 de septiembre de 2015): 19.

2015, autoriza la devolución de los aportes que mantiene el Fideicomiso del Fondo de Liquidez correspondientes al Banco Cofiec S.A. ahora RECYBOB S.A., Así también determina que instruirse al Banco Central sobre esta decisión.⁵⁶

La reforma propuesta por el Código Orgánico Monetario y Financiero brinda la posibilidad de realizar un análisis a los cambios con referencia al Fondo de Liquidez, y su actual estructura, por lo cual se analizará su problemática desde el punto de vista legal.

⁵⁶ Ecuador, Corporación de Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados, “Resolución N° 2015-008” (25 de septiembre de 2015).

CAPITULO II

Naturaleza y problemática de la administración del Fondo de Liquidez

Se conoce como antecedente que en otros países el Fondo de Liquidez es manejado por su Banco Central u otra institución estatal, empero también, existen casos en los cuales se ha conformado por parte de un fideicomiso mercantil, sobre esto se comparte el criterio expuesto por Michael Bordo en su libro “El papel de la Banca Central en su actualidad”, cuando indica que:

“una autoridad de este tipo no tiene que ser un banco central. Ello se desprende de la experiencia de Canadá y otros países (incluyendo la de Estados Unidos bajo la ley Aldrich-Vreeland en 1914). En tales casos, hubo otras formas de autoridad monetaria que desempeñaron las funciones de prestamista de último recurso, y aquellas fueron: el Tesoro de Estados Unidos, el Departamento Canadiense de Finanzas y autoridades monetarias extranjeras.”⁵⁷

En la ley actual se han dado a conocer situaciones desde cierto punto controvertidas que no permiten tener claridad sobre la operatividad del Fondo de Liquidez, es por eso que se expondrán antecedentes y criterios sobre los cuales la normativa debería manifestarse.

1.Fideicomiso Mercantil

Como se ha mencionado en líneas anteriores el Código Orgánico Monetario y Financiero continua con la perspectiva planteada por la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera (LCRSF), en la cual se dispone la constitución de un fideicomiso mercantil para el funcionamiento del Fondo de Liquidez.

Se cree pertinente dar una breve visión sobre esta figura legal, para llegar a tener claridad sobre su actividad y la función dentro del Fondo de Liquidez.

La palabra fideicomiso viene de dos voces latinas: fidei que significa fe, confianza; y comittere que significa encomendar, o comitio que quiere decir comisión o encargo⁵⁸.

El negocio fiduciario, es un contrato por el cual un constituyente transfiere todo o parte de sus bienes o derechos a un fiduciario quien, teniendo estos bienes y derechos

⁵⁷Michael Bordo, El Papel de la Banca Central en la actualidad, 3.

⁵⁸ Daniela Irigoyen Samaniego, “Naturaleza Jurídica del encargo fiduciario en la Legislación ecuatoriana” (tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010), 10.

separados de su patrimonio personal, actúa con la finalidad determinada en beneficio de uno o más beneficiarios conforme las estipulaciones del contrato.⁵⁹

Según Eduardo Casas Sanz de Santamaría se puede definir a la fiducia mercantil como:

el negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciaria, quien se obliga a administrarles o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.⁶⁰

En este sentido se conoce al fideicomiso mercantil como aquel contrato que lleva consigo ciertos elementos como la confianza, la absoluta buena fe entre las partes, y la equidad entre las mismas en base al conocimiento del negocio jurídico que se lleva a cabo. La legislación ecuatoriana encuadra al fideicomiso mercantil dentro de los llamados negocios fiduciarios, que como ya se explicó son aquellos que se realizan como un acto de confianza.

El fideicomiso mercantil nace en el Ecuador en la Ley de Mercado de Valores (LMV) expedida en el año de 1993⁶¹, figura que se presenta como una reforma al Código de Comercio en el cual se lo define como un patrimonio separado e independiente de sus constituyentes, así como una actividad privativa de los bancos⁶² y de las administradoras de fondos; de lo dicho, el fiduciario adquiere la titularidad de los bienes fideicomitados, con la obligación de ejecutar todos los actos y contratos necesarios para el cumplimiento de la finalidad de la fiducia.

Posteriormente, en las reformas planteadas a la Ley de Mercado de Valores en el año de 1998⁶³ se le incorpora a esta figura jurídica ya como parte de este cuerpo legal cambiando su institucionalidad y otorgándosele personería jurídica, esto con el fin de

⁵⁹ Claudio Kiper y Silvio Lisoprawski, 2004, Tratado de Fideicomiso, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 14

⁶⁰ Eduardo Casas Sanz de Santamaría, Del Trust Anglosajón a la Fiducia en Colombia- y materias aledañas, (Bogotá: Temis S.A., 2004), 24.

⁶¹ Ecuador, Ley de Mercado de Valores, en Registro Oficial Suplemento, N° 199 (Quito, 28 de mayo de 1993).

⁶² Ecuador, Ley de Instituciones del Sistema Financiero, en Registro Oficial Suplemento, N°439 (Quito, 12 de mayo de 1994), Art. 51.

⁶³ Ecuador, Ley de Mercado de Valores, en Registro Oficial N° 367, (Quito, 23 de julio de 1998):25

evitar problemas de aplicación e interpretación principalmente del tema de la propiedad. De esta manera cada patrimonio autónomo es diferente a otro, y la afección a un fideicomiso no se aplica a los demás, concediéndose así su propia individualidad, esta nueva característica se la ha venido utilizando como una forma válida frente al riesgo que ciertos negocios pueden producir.

Actualmente, en el Segundo Libro del Código Orgánico Monetario y Financiero “Ley de Mercado de Valores” en su artículo 109 se define al contrato de fideicomiso mercantil de la siguiente manera:

Art.- 109.- 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.⁶⁴

De la definición señalada se puede evidenciar que la norma conserva la institucionalidad indicada en el año de 1998, explicando que la transferencia es irrevocable y a favor del patrimonio dotado de personalidad jurídica que llega a ser una ficción ya que no puede ser vista como una persona jurídica diferente (sociedad civil o sociedad mercantil), a excepción de cuestiones puramente tributarias⁶⁵ cuya

⁶⁴ Ecuador, Código Orgánico Monetario Financiero, Libro II Ley de Mercado de Valores, en adelante LMV.

⁶⁵ Ecuador, Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, en Registro Oficial, N° 463 (17 de noviembre de 2004), art 98.

representación recae en la fiduciaria que es a quien se le encarga la administración de los bienes de acuerdo a las instrucciones que el constituyente dicte para el efecto y para lo cual se remunera de conformidad al acuerdo de las partes.

Frente a esta pura ficción jurídica mencionada varios tratadistas han puntualizado que el procedimiento y operatividad de un fideicomiso es mucho más flexible que el de una compañía, ya que de cierto modo puede acoplarse a los requerimientos de las partes contratantes.

Ecuador, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera el fideicomiso mercantil para su constitución deberá instrumentarse a través de una escritura pública, como un requisito *sine quanon* para su legalidad, en este sentido el Código Civil en su artículo 1459 define a los contratos solemnes como aquellos que se encuentran “sujetos a la observancia de ciertas solemnidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto”⁶⁶. Lo dicho por ejemplo difiere a la legislación colombiana, pues allí es permitido constituir fiducias a través de documentos privados.

1.1 Plazo

La temporalidad que la LMV le da al fideicomiso mercantil es de 80 años, señalado dos únicas excepciones relacionadas a temas de condición resolutoria y fideicomisos con fines culturales o de investigación.⁶⁷

1.2 Modalidades de Fideicomiso

Según la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores⁶⁸, pueden existir fideicomisos con las siguientes modalidades:

- De garantía
- De administración
- Inmobiliario

⁶⁶ Ecuador, Codificación al Código Civil, en Registro Oficial Suplemento, N° 46, (24 de junio de 2005), Art. 1459.

⁶⁷ Ecuador, Libro Segundo del Código Orgánico Monetario y Financiero- Ley de Mercado de Valores, Art. 110

⁶⁸ Ecuador, Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, en Registro Oficial Edición Especial, Sección IV Disposiciones generales, del Capítulo I Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario, del Título V Negocios Fiduciarios, Art. 17 y 18.

- De inversión
- De procesos de titularización
- Con fines comunitarios

Como se observa nuestra legislación no prevé el fideicomiso público, ni tampoco presenta una distinción clara entre las clases de fideicomisos mercantiles con fideicomisos de carácter público.

Al hablar sobre un fideicomiso público, se viene la idea de participación estatal. Debido a la participación del Banco Central del Ecuador y de la COSEDE es importante analizar si los fideicomisos del Fondo de Liquidez pertenecen a los llamados fideicomisos públicos.

De acuerdo a lo indicado por Claudio Kiper y Silvio Lisoprawski al adaptar una definición de Miguel Acosta Romero,⁶⁹ señalan al fideicomiso público como un “contrato por medio del cual la Administración, por intermedio de alguna de sus dependencias facultadas y en su carácter de fideicomitente, transmite la propiedad de bienes del dominio público o privado del Estado, o afecta fondos públicos, a un fiduciario, para realizar un fin lícito, de interés público.” En el caso de Colombia, por ejemplo existe regulada la fiducia pública con algunas excepciones tales como: i) la transferencia de la propiedad de los bienes entregados al fiduciario, y ii) no se produce la conformación de un patrimonio autónomo.⁷⁰

En las reformas realizadas a la Ley de Mercado de Valores del Ecuador a través de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Optimización Societaria y Bursátil⁷¹ así como en el Código Orgánico Monetario y Financiero no se contempló la posibilidad de acoger esta figura en la legislación ecuatoriana, por tanto las instituciones públicas están habilitadas a realizar contratos de fideicomisos mercantiles siguiendo el procedimiento habitual para las entidades privadas, pero con ciertos requisitos adicionales para su constitución. Así por ejemplo el artículo 9 numeral 27 del Libro Segundo del Código Orgánico Monetario y Financiero, señala entre las atribuciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera: “27. Expedir normas de carácter general para los

⁶⁹ Miguel Acosta Romero, Derecho Bancario, (México: Porrúa,1978), 340

⁷⁰ Colombia, Ley 80 de 1993, en Diario Oficial, No. 41.094, (28 de octubre de 1993).

⁷¹ Ecuador, Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Optimización Societaria y Bursátil, en Registro Oficial Suplemento, N° 249, (20 de mayo de 2014), en adelante LOFSF.

procesos de fiducia que lleven a cabo las entidades y organismos del sector público en los que se observarán las disposiciones previstas en esta Ley.”⁷² En concordancia a lo señalado en el artículo 41 de la citada ley, dispone que el cuerpo colegiado mencionado está facultado también a dictar un reglamento especial, sobre normas, requisitos y procedimientos que las entidades del sector público no financiero deban cumplir con respecto a lo establecido en el Libro Segundo del COMF.⁷³ En la misma línea, la Disposición General Décimo Quinta *ibídem*, manifiesta que: “La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera mediante disposición de carácter general normará el funcionamiento de fideicomisos y los requisitos de los mismos en los que participe el sector público”.⁷⁴

Las únicas referencias expresas sobre fideicomisos con participación de entidades públicas en el Libro Segundo del COMF son las siguientes:

El artículo 115 en su parte pertinente prevé que pueden ser constituyentes o fideicomitentes de fideicomisos mercantiles las personas jurídicas públicas y mixtas; además manifiesta que: “las entidades del sector público únicamente pueden adherirse a contratos de fideicomisos mercantiles cuyos constituyentes sean también entidades del sector público.”⁷⁵

Concomitantemente, el artículo 116 *ibídem* indica que las personas jurídicas mixtas y de derecho público podrán ser beneficiarias de fideicomisos mercantiles.

De lo indicado se evidencia que la ley no norma en sí el fideicomiso público como tal, más le otorga a la JPRMF la facultad para que defina sobre los patrimonios autónomos con patrimonio público.

El Ministerio de Finanzas en calidad de ente rector de las finanzas públicas tiene la facultad de autorizar la constitución de fideicomisos a las entidades sector público de conformidad con lo que se establece en la Disposición General Décimo Primera del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas⁷⁶ y, en base al procedimiento

⁷² Ecuador, LMV, art 9 numeral 27.

⁷³ *Idídem*, art 41.

⁷⁴ *Ibídem*, Disposición General Décimo Quinta

⁷⁵ Ecuador, LMV art 115.

⁷⁶ Ecuador, Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en Registro Oficial Suplemento, N° 306, (22 de octubre de 2006): 29.

establecido en el Acuerdo Ministerial N° 164 de 23 abril de 2015.⁷⁷

Las mencionadas normas exponen que la necesidad de la autorización por esa Cartera de Estado se basa en el control de los recursos públicos, ya que la Constitución de la República en el artículo 299 se determina, que: “(...)Los recursos públicos se manejarán en la banca pública (...)”. Por esta razón, cualquier entidad del Estado que tenga cualquier tipo de participación en un fideicomiso mercantil tiene que solicitar la mencionada autorización como se mencionó con el fin de precautelar el recurso público.

Sin embargo de lo señalado, los fideicomisos del Fondo de Liquidez no requieren de autorización del ente rector de las finanzas públicas por lo siguiente:

- a) A través del COMF se señala la creación de los Fideicomisos del Fondo de Liquidez, es decir por mandato legal se establece el cumplimiento de su constitución.
- b) La autorización emitida por el Ministerio de Finanzas en calidad de ente rector de las finanzas públicas se la realiza con el fin de precautelar los recursos públicos. De acuerdo a lo que dispone la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, recursos públicos son:

“todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales. (...)”⁷⁸

Para el caso del Fondo de Liquidez no aplica, la disposición citada toda vez que como se ha podido determinar en el capítulo I de este trabajo, la naturaleza de los recursos del Fondo de Liquidez son de carácter privado (Art.335 COMF) ya que sus aportantes son entidades del sector financiero privado y popular y solidario.

- c) Finalmente si bien el Banco Central es partícipe de estos fideicomisos, lo hace

⁷⁷ Ecuador, Ministerio de Finanzas, “Gestión de recursos públicos a través de la figura de fideicomiso para las instituciones del sector público no financiero”, Registro Oficial N° 516 (5 de junio de 2015):17-20.

⁷⁸ Ecuador, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en Registro Oficial Suplemento N° 595, (12 de junio de 2002):2

en calidad de administrador fiduciario, es decir en virtud del giro de su negocio y de la atribución que la ley le otorga^{79 80}, es decir no lo hace en representación del Estado ecuatoriano, ni mucho menos como aportante de los recursos.

A pesar del tiempo transcurrido desde la expedición del Código Orgánico Monetario y Financiero, hasta la presente fecha no se han llegado a constituir los fideicomisos del Fondo de Liquidez (uno para las entidades del sector financiero privado y otro para las entidades del sector financiero de la economía popular y solidario)⁸¹, motivo por el cual se sugiere que la Junta de Regulación Monetaria y Financiera en calidad de organismo regulador de las instituciones financieras nacionales, excepcione de manera expresa la autorización de estos patrimonios autónomos por parte del Ministerio de Finanzas, por las puntualizaciones mencionadas; ya que de esta manera se evitarían trámites innecesarios que no harían más que desgastar tiempo y esfuerzos, y permitirían que se cumpla de manera inmediata el objeto establecido en la Ley para este Fondo.

1.3 Mecanismos de garantía

Para continuar con nuestro análisis, sobre fideicomisos y el Fondo de Liquidez, es importante indicar lo señalado en el artículo 320 del Código Orgánico Monetario y Financiero: “Las entidades de los sectores financieros privado y popular y solidario están obligadas a participar con las contribuciones y aportes al (...) Fondo de Liquidez y con los mecanismos de garantía”.

Los aportes a los que están obligados las ISFP y ISFPS dependerán de la resolución que la JPRMF realice según el sector al que pertenezcan las entidades.⁸²

Las entidades aportantes a los fideicomisos, para acceder a las operaciones del Fondo de Liquidez descritas en el capítulo I de este trabajo, deberán constituir fideicomisos garantía con portafolio de inversiones y de cartera⁸³, cuyo beneficiario es el Fideicomiso del Fondo de Liquidez.

⁷⁹ Ecuador, LMV, art.100

⁸⁰ Ecuador, COMF, art 36 numeral 32.

⁸¹ Ibidem, Art. 334.

⁸² Ecuador, COMF, art. 336.

⁸³ Ibidem, art. 340

Según José Fernando Márquez, el fideicomiso de garantía es “aquel en que el fiduciante transmite al fiduciario bienes individualizados en garantía de un crédito, propio o ajeno, con el encargo de que, en caso de incumplimiento del deudor, destine los frutos de los bienes o el producido de su liquidación al pago de la deuda.”⁸⁴

Complementando la definición anterior Rodríguez Azuero señala que los fideicomisos de garantías se presentan “en todos aquellos supuestos en los cuales el deudor transfiere bienes a la entidad fiduciaria con el objeto de respaldar el cumplimiento de una obligación principal a favor de un tercero para que, en el evento de que no se satisfaga oportunamente, proceda a venderlos y destinar su producido a la cancelación de la deuda.”⁸⁵

De lo dicho se evidencia que el mecanismo utilizado a través de esta figura, nace con el fin de “sustituir los medios convencionales de garantía (prenda, hipoteca...) haciendo más sencillo, flexible o seguro el manejo del crédito”,⁸⁶ es decir el objeto siempre debe ir supeditado a la existencia de una obligación principal que se deba cumplir, pues caso contrario se ejecutaría la garantía.

De lo señalado, estos fideicomisos servirán únicamente para avalar la operaciones que se realicen en el fondo de liquidez o en el caso de falta de las aportaciones al mismo. La aportación de constitución mínima será de cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América.

Si las entidades financieras nacionales requieren realizar un crédito extraordinario en el Fondo de Liquidez, estarán obligadas a aportar un valor no menor al 140% del monto del crédito solicitado, esto aplicará únicamente para las entidades del sector financiero privado, mientras que para el sector financiero popular y solidario deberá determinarse a través de una resolución de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.⁸⁷

⁸⁴ José Fernando Márquez, “El fideicomiso de garantía y el concurso del fiduciante”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Volumen 2003-1, (II semestre de 2003): 129 .

⁸⁵ Sergio Rodríguez Azuero, “El Fideicomiso Mercantil Contemporáneo”, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, N° 70, (I trimestre 2007):39 < <http://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/view/637/528>>.

⁸⁶ Arcelia Quintana Adriano, “La Quiebra de la Banca y Regulación de Garantía”, Revista de Derecho Privado, nueva época, año II, N°4 , (I semestre de 2003): 236.

⁸⁷ Ecuador, COMF, Art. 340

2. Diferencia entre los fideicomisos del Fondo de Liquidez y los establecidos en la Ley de Mercado de Valores.

Los fideicomisos del Fondo de Liquidez presentan ciertas características que difieren a los establecidos a través de la Ley de Mercado de Valores, las cuales analizaremos a continuación:

2.1. Naturaleza del acto constitutivo

El fideicomiso mercantil es un acto jurídico, Frank Mila lo señala de la siguiente manera:

Son aquellos hechos jurídicos que dimanen de la voluntad humana, libre y conscientemente exteriorizadas y la cual produce efectos jurídicos conforme al derecho objetivo. Son autos ejecutados por su autor con miras a producir o determinar efectos jurídicos. Es una manifestación de voluntad exterior, con miras a engendrar, modificar, transmitir o extinguir un derecho. En la realización de los mismos interviene la voluntad del hombre, y a esta actuación la ley atribuye consecuencias jurídicas.⁸⁸

Es decir un fideicomiso mercantil nace de un acto jurídico que revela voluntad para llevarlo a cabo un objeto y causa lícita a través de una persona natural o jurídica con capacidad legal.

De lo dicho la primera característica que diferencia a estos fideicomisos es la naturaleza del acto constitutivo.

a) Voluntad - consentimiento

El Código Civil ecuatoriano en su art 1453 dispone que “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga. (...)”.⁸⁹ Es precisamente que en base a esta voluntad de obligarse el contrato se constituye en ley para las partes.

El Fideicomiso mercantil de conformidad con la ley y la doctrina nace de un contrato privado entre las partes (constituyente, fiduciaria, beneficiario), por tanto es un acuerdo de voluntades el convenir lo que allí se estipula, así pues Kiper Claudio y Lisoprawski Silvio, en su Tratado de Fideicomisos señalan: “el fideicomiso solo puede

⁸⁸ Frank Mila, Manual de introducción al Derecho: un texto ajustado a las tendencias modernas del Derecho, (Venezuela: Vadell Hermanos Editores, C.A, 2012), 409

⁸⁹ Ecuador, Código Civil, art 1453.

nacer por contrato (...) .Queda descartado el acto unilateral de voluntad como fuente de su existencia (...)”⁹⁰ y al respecto López Zavalía complementa esta definición señalando que al ser un contrato bilateral puede ser bilateralmente creditorio (cuando fiduciante y fiduciario están recíprocamente obligados) y bilateralmente atributivo (el fiduciante verifica la atribución de la titularidad fiduciaria y el fiduciario de la gestión a que se obliga),⁹¹ condición que no se aplica para los fideicomisos del Fondo de Liquidez, ya que su nacimiento no nace de una conceso de las partes, sino más de una imposición legal (artículo 334 COMF), a la cual las partes de manera forzosa deberán adecuarse.

Al constituirse un fideicomiso mercantil a través de un contrato como se ha señalado en líneas precedentes se requiere de voluntad y consentimiento.

La voluntad llega a ser parcial en el caso de los fideicomisos del Fondo de Liquidez, ya que la ley manda –de manera obligatoria- la constitución de estos patrimonios autónomos, a más de imponer la participación del Estado con entes privados. En este sentido, Amazo Parrado señala: “que el acuerdo de las partes legalmente celebrado es una verdadera ley que se debe acatar y cumplir, y que por ello debe imprimir una obligatoriedad que regule las principales relaciones jurídicas”.⁹²

Concomitantemente, Jorge Hugo Lascala señala que “la voluntad manifestada individualmente resulta también incompleta en la formación de un acto, si no se la anuda con la voluntad de otro sujeto, de lo que deriva la bilateralidad o multilateralidad formativa, por lo que solo querer no basta, sino que se requiere consentir”⁹³.

A nivel internacional y en especial en el Ecuador en los últimos años ha sido muy frecuentes los “*constructive o cuasi- trusts*”, que según Stone Harlan⁹⁴ son aquellos fideicomisos que los impone la Ley. Los fideicomisos del Fondo de Liquidez son parte de esta clase de patrimonios autónomos y una particularidad que presentan es que ni el beneficiario ni el constituyente son entidades estatales, sino instituciones de carácter

⁹⁰Claudio Kiper y Lisoprawski Silvio, Tratado de Fideicomiso, 35.

⁹¹Fernando López de Zavalía, Teoría de los contratos, Parte Especial, (Buenos Aires: Zavalía, 1995), 783.

⁹²Diana, Amazo Parrado, “¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales?”, Red Revista Estudios Socio-Jurídicos Colombia (2009): 191

⁹³Jorge Hugo Lascala, Practica de Fideicomiso, (Buenos Aires, Editorial Astres,2003):,141.

⁹⁴Stone Harla, “Trust”, en Rengifo, Ramiro, La Fiducia – Legislación Nacional y Derecho Comparado, 2ª ed., (Medellín: Universidad EAFIT, 2001). 141.

privado, a las cuales se les obliga a cumplir con su constitución. En este tipo de fideicomisos no se manifiesta el acuerdo de voluntad de las partes, pues su otorgamiento es una exigencia legal que desvirtúa su naturaleza, y como se ha explicado, la voluntad es elemento esencial que formaliza a un fideicomiso y que permite iniciarlo a través de la confianza con el fiduciario.

b) Confianza

La imposición legal expuesta en el Código Orgánico Monetario y Financiero le obliga a las entidades del sector privado y de la economía popular y solidario a mantener una relación con el Estado, la misma que llega a ser necesaria por el aseguramiento de vigilancia con respecto de recursos -que si bien llegan a ser privados-, en caso de una desmedida falta de liquidez podría causar conmoción social.

Lo referido no redime la libertad de elección de los intervinientes en los fideicomisos del Fondo de Liquidez, por lo cual otro punto a tomar en consideración dentro de estos patrimonios autónomos es si existe o no la confianza suficiente entre los participantes. Esta confianza podría verse en tela de duda en casos de carácter coyuntural (una recesión económica), ante lo cual por ejemplo los bancos podrían verse atados, sin embargo no tienen otra alternativa, lo que causaría que se pierda esta característica tan esencial de un fideicomiso.

No obstante el Fideicomiso del Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Nacional constituido en el año 2009 el cual opera actualmente, tiene como fiduciaria al Banco Central del Ecuador, sin que existan quejas públicas con respecto de sus gestiones.

A pesar de ello, cuando se constituyan los fideicomisos del Fondo Liquidez señalados en el COMF, también integrará parte de la administración de este Fondo la COSEDE, organismo estatal que deberá brindar confianza a los constituyentes.

2.2 Administración

Por otro lado, el Libro Segundo del Código Orgánico Monetario Financiero - Ley de Mercado de Valores (LMV) artículos 97 y 109⁹⁵, con respecto a las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos (fiduciarias) indican que su objeto es el de administrar los negocios fiduciarios, en su calidad de representante legal, así como

95 Ecuador, Ley de Mercado de Valores, en Registro Oficial, N° 215, (22 de febrero de 2006), cuya última reforma se la realizó (12 de septiembre de 2014), arts. 97 y 109, en adelante LMV.

cumplir las funciones de conformidad con finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución y las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato.

En tal sentido, el tema de la administración constituye un punto divergente entre la citada ley con respecto a lo invocado por el Primer Libro del Código Orgánico Monetario y Financiero.

Desde los inicios del fideicomiso se ha concebido que la administración de los bienes sea entregada a una sola persona natural o persona jurídica, sin embargo de ello en el caso de los Fideicomisos del Fondo de Liquidez, la administración se encuentra compartida, y existen dos instituciones (COSEDE y BCE) que llegan a ser “administradoras” existiendo un debate sobre qué funciones corresponden a cada entidad y cuál es su rol dentro de los Fideicomiso del Fondo de Liquidez.

Se considera pertinente que el Banco Central del Ecuador sea el administrador fiduciario de estos Fideicomisos tomando en consideración que es una entidad pública con basto conocimiento de las funciones del prestamista de última instancia (desde su creación), además desde el punto de vista social es importante que exista participación del Estado en los Fideicomisos del Fondo de Liquidez, pues tendrá un rol de veedor y podrá alertar a las entidades de control sobre posibles problemas de liquidez que atraviesen las entidades aportantes, lo cual ayudará a precautelar los intereses de los depositantes (ciudadanos), brindándoles la confianza de que su dinero (depósitos e inversiones) no se vea mal utilizado por parte de las entidades financieras privadas y de economía popular y solidaria.

Con base a lo indicado se acoge el criterio del argentino Jorge Hugo Lascala cuando señala “que existe imposibilidad de la existencia de un dominio fiduciario en cabeza de varios titulares, en razón de los principios de la institución y de ciertas normas que la desbaratarían si se admitiera tal posibilidad”⁹⁶.

Es importante indicar que el contrato de fideicomiso desde el punto de vista doctrinario y legal (en ciertos países) es indelegable toda vez que deriva del carácter de *intuitu personae*, en tal virtud la fiduciaria deberá ejercer y desempeñar sus funciones

⁹⁶ Jorge Hugo Lascala, *Practica de Fideicomiso*, (Buenos Aires, Editorial Astres,2003):,141.

por sí misma.

Existen países como por ejemplo Colombia y Argentina que de manera expresa dispone la indelegabilidad que existe sobre la función fiduciaria que viene a ser la administración.

Así por ejemplo la Superintendencia Financiera de Colombia en una de normas sobre Fiducia, Conservación y Protección de los Bienes Fideicomitidos señala:

Es oportuno aclarar que los deberes del fiduciario señalados por el artículo 1234 del Código de Comercio **son de carácter indelegable** y, por consiguiente, su cumplimiento no puede ser encomendado bajo ninguna circunstancia al beneficiario, ni al fiduciante y mucho menos a terceros, pues se trata de actuaciones que por su naturaleza y fines están asignados únicamente al gestor fiduciario, **son de su esencia y tocan con su responsabilidad**. Dicho en otras palabras, son competencias del fiduciario indispensables para conseguir además de la efectividad del contrato, los postulados de una sana administración fiduciaria, como lealtad, diligencia, transparencia, autonomía de la fiduciaria, independencia de intereses, protección de los derechos del beneficiario y del fiduciante, y por supuesto el respeto al orden público económico.

Bajo dicho entendido, es claro que las partes contratantes no pueden estipular en el acto constitutivo nada que implique una delegación de los deberes indelegables del fiduciario, so pena de viciar de nulidad absoluta el contrato en la medida en que se contravendría una norma imperativa, verbigracia cuando se confiere al comité asesor funciones implícitas a las responsabilidades legales y contractuales de la sociedad fiduciaria, que como tales sólo pueden ser ejecutadas por ella.⁹⁷ (énfasis agregado).

Bajo este contexto queda claro que el contrato de fideicomiso al ser un instrumento en el cual las partes actúan bajo el principio de la ubérrima buena fe, el constituyente ha de encargar la administración a una sola persona (natural o jurídica) con el fin de que se cumpla el objeto del contrato. En el caso de existir funciones de doble vía se vería un conflicto en cuanto a qué función le corresponde a cada administrador siendo este el caso de los Fideicomisos del Fondo de Liquidez, por lo cual no se comparte la idea del legislador con respecto a la creación de la doble administración de este fondo, pues se llega a desnaturalizar la esencia misma del fideicomiso.

Por administración se entiende “a la actividad a través de la cual un sujeto o grupo de personas le imprimirán de orden y organización, especialmente en lo inherente a las

⁹⁷Colombia, Superintendencia Financiera, “Fiducia, Conservación y Protección de los Bienes Fideicomitidos Concepto N° 1997045453-4”, (Agosto 14 de 1998) : 3
<https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/.../1997045453.d...>

finanzas a una empresa, organización, negocio o estado”⁹⁸, en tal virtud quien administra será el encargado de manejar los recursos humanos, tecnológicos y financieros para la ejecución de un objetivo lícito.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, administrar es: “Gobernar, ejercer la autoridad o el mando sobre un territorio y sobre las personas que lo habitan, dirigir una institución, ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes, desempeñar o ejercer un cargo, oficio o dignidad (...)”⁹⁹, ante lo cual jurídicamente se convierte en un problema la designación de administradores a la COSEDE y al BCE por parte del COMF, pues pudo habersele otorgado otra calificación a esta facultad de la COSEDE.

Doctrinariamente es conocido que la fiduciaria asume la administración del fideicomiso, pues debe cumplir con su objeto, sin embargo en el caso del Fondo de Liquidez particularmente confluye un tercero a “colaborar en la administración”. Esta dicotomía llega a entorpecer la gestión fiduciaria y hasta a duplicarla, razón por lo cual se cree que la atribución de “administración” que el COMF le otorgó a la COSEDE debería eliminarse completamente; no obstante, de continuar existiendo debe limitarse estrictamente a ser una entidad analista de créditos, riesgos y metodologías financieras que permitan prever y mitigar impactos significativos sobre los recursos del Fondo, es decir en ningún momento debería asumir funciones del administrador fiduciario.

Por lo indicado el tema de la delegación profesional para el caso que nos ocupa – fiduciario- se ve mermado en el sentido que “se supone diferir a un tercero facultades que, por ser connaturales al objeto social especial, son exclusivas y excluyentes y , por lo mismo, indelegables, dada la profesionalidad que las mismas ostentan en el concierto del sistema financiero(...)”¹⁰⁰, en tal sentido podría atribuirse ciertas funciones que no impliquen responsabilidad propia o esencial. Para dar un ejemplo no es admisible que la

⁹⁸ <http://www.definicionabc.com/economia/administrar.php>

⁹⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua, Edición N° 23, (2014)
<<http://lema.rae.es/drae/?val=administrar>>

¹⁰⁰ Colombia, Superintendencia Bancaria, “Delegación de profesionalidad Concepto 96027904-3”, (20 septiembre 1996): 2

selección de inversiones a realizarse dentro un fideicomiso de inversión¹⁰¹, sea propuesto por un actor diferente al fiduciario, caso que ocurre en los Fideicomisos del Fondo de Liquidez ya que la encargada de realizar las inversiones será la COSEDE. (Art. 337 último inciso del COMF).

Sin embargo de lo indicado la Ley de Mercado de Valores Libro II COMF, en el Art. 120 numeral 3 literal e), al tratar sobre del contenido del contrato de fideicomiso mercantil y específicamente en el numeral 3 que explica la prohibición de estipular cláusulas inequitativas o ilegales menciona: ℘) La posibilidad de que quien deba cumplir la gestión encomendada sea otra persona diferente al fiduciario, sustituyéndose así como obligado, salvo que por la naturaleza del contrato se imponga la necesidad de hacerlo en personas especializadas en determinadas materias".

Si bien la concepción general de esta norma en contexto es la doctrinaria, expresa casos excepcionales como la gestión por materias o casos especializados, pues está orientado a la subcontratación con terceros por obligaciones accesorias, es decir para casos relacionados con negocios subyacentes¹⁰².

La excepcionalidad expresa por el Código Orgánico Monetario y Financiero señala que sea la COSEDE quien realice la administración del Fondo de Liquidez, es decir, se otorga una facultad que puede inducir a un error o confusión al momento de operativizar sus funciones como se lo indica más adelante.

2.3 Entrega de aportes

Dentro de este punto se considera que no existe la voluntariedad por parte de los constituyentes en cuanto al monto de sus aportes destinados a los fideicomisos del Fondo de Liquidez.

Se considera que es impropio de un acuerdo de voluntades la imposición de una obligación, en este caso los aportes, toda vez que por mandato del COMF en su artículo

¹⁰¹ Colombia, Laudo arbitral entre la Fiduciaria del Estado S.A., (en liquidación) vs. Tres de Occidente S.A., Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá, 19 de octubre de 2005.

¹⁰² José Sebastián, Cáceres Rodríguez, “La responsabilidad de las entidades fiduciarias por el incumplimiento en los negocios subyacentes al objeto contractual: crética a la `delegación´ de obligaciones”, Revista de Derecho Privado: Universidad de los Andes, N°52 (IV trimestre 2014):

336¹⁰³ la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera determinará el monto de los aportes que las entidades del SFP y SFEPS realicen al Fondo de Liquidez.

2.4 Constituyentes de Fideicomiso no generan instrucciones.

Otra diferencia existente es aquella que se da en cuanto a quien determina las reglas del Fideicomiso, toda vez que al crearse por ley como lo hemos mencionado la norma se ha encargado señalar la manera de cómo operará el patrimonio autónomo.

Así por ejemplo el Art. 14 numeral 36 del Código Orgánico Monetario y Financiero le faculta a la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera a determinar las operaciones de los Fideicomisos de la COSEDE entre los cuales están inmersos los Fideicomisos del Fondo de Liquidez, en este sentido, no cabe duda que dentro de la constitución del patrimonio autónomo deberá expresarse que el mencionado cuerpo colegiado será el que dicte las instrucciones generales para el funcionamiento del Fondo, así como también la COSEDE tiene ciertas facultades para instruir a la Fiduciaria, esto sin perjuicio de que se plasmen ciertas instrucciones por parte de las entidades constituyentes.

Lo dicho difiere a los fideicomisos comunes que obligatoriamente es el constituyente quien dicta las instrucciones a la fiduciaria para su gestión y cumplimiento del objeto del contrato.

3. Rol de los Intervinientes del Fideicomiso Mercantil del Fondo de Liquidez

3.1 Entidades del Sistema Financiero Privado y del Sistema Financiero Popular y Solidario .

Ejercen la calidad de constituyentes del Fideicomiso del Fondo de Liquidez las entidades de los sistemas privado y popular y solidario.

Según el Diccionario de Derecho de María Casado, “los fideicomitentes son aquellos que entregan ciertos bienes para un fin lícito a otro llamado fiduciaria para que realice el fin a que se destinaron los bienes”¹⁰⁴, en tal sentido los constituyentes, fiduciantes o fideicomitentes son aquellos que transmiten los bienes al patrimonio autónomo en virtud del objeto estipulado contractualmente. Así también asume la potestad de solicitar al fiduciario el cumplimiento de todas y cada una de las instrucciones que proponga,

¹⁰³ Ecuador, COMF, art. 336.

¹⁰⁴ Casado, María Laura. Diccionario de derecho. (Buenos Aires: Valletta Ediciones, 2009), 173.

haciendo valer sus derechos, además de requerir la rendición de cuentas sobre la gestión efectuada.

Para conocer quienes son los constituyentes del Fideicomiso del Fondo de Liquidez, es menester conocer lo que la norma establece por estos sectores.

El artículo 162 del Código Orgánico Monetario y Financiero, indica que:

El sector financiero privado está compuesto por las siguientes entidades:

1. Bancos múltiples y bancos especializados:
 - a. Banco múltiple es la entidad financiera que tiene operaciones autorizadas en dos o más segmentos de crédito; y,
 - b. Banco especializado es la entidad financiera que tiene operaciones autorizadas en un segmento de crédito y que en los demás segmentos sus operaciones no superen los umbrales determinados por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.
2. De servicios financieros: almacenes generales de depósito, casas de cambio y corporaciones de desarrollo de mercado secundario de hipotecas; y,
3. De servicios auxiliares del sistema financiero, tales como: software bancario, transaccionales, de transporte de especies monetarias y de valores, pagos, cobranzas, redes y cajeros automáticos, contables y de computación y otras calificadas como tales por la Superintendencia de Bancos en el ámbito de su competencia.¹⁰⁵

De lo anotado se distingue que el sistema financiero privado se subdivide en tres componentes. De las cuales, no todos en la práctica llegan a aportar al Fondo de Liquidez debido a su naturaleza, por lo cual el artículo 334 del COMF debería ser más explícito al indicar que las entidades financieras privadas que aportan al Fondo de Liquidez son aquellas enunciadas número 1 del artículo 162, es decir los “bancos múltiples y especializados”.

Según Joaquín Mercado, la banca múltiple constituyen las “instituciones que reciben depósitos de los ahorradores para ser colocados como préstamos”¹⁰⁶, en este sentido lo describe como la atribución otorgada a las “instituciones de la banca comercial para integrar en una misma institución los servicios de operaciones de depósito, de ahorro, financieras, hipotecarias y fiduciarias que de manera individual, proporciona la banca

¹⁰⁵ Ecuador, COMF, art 162.

¹⁰⁶ Mercado Yebra Joaquín, Banca múltiple y reforma financiera en México, (México: Miguel Ángel Porrúa, 2014), 13

especializada”¹⁰⁷. De lo expuesto estos bancos son aquellos que presentan características de movimiento de flujo dinerario y que en un eventual contorno pueden llegar a requerir liquidez.

El Código Orgánico Monetario y Financiero en su artículo 428 indica que las entidades que forman el sector financiero privado que realizan actividades de servicios financieros, no le son aplicables las disposiciones del Fondo de Liquidez, y aunque la norma no señale expresamente que tampoco le son aplicables estas disposiciones a los servicios auxiliares financieros, se cree que por la actividad propia del negocio, tampoco es necesaria su participación en este Fondo.

La resolución N°176-2015-F de la JPRMF de 29 de diciembre de 2015, dispone que el aporte de las entidades del sector financiero privado para su Fideicomiso del Fondo de Liquidez, “será el equivalente al 8% del promedio de sus depósitos sujetos a encaje del mes inmediato anterior.”¹⁰⁸

Por otra parte el sector de la economía popular y solidaria es entendido como:

La forma de organización económica, donde sus integrantes, individual o colectivamente, organizan y desarrollan procesos de producción, intercambio, comercialización, financiamiento y consumo de bienes y servicios, para satisfacer necesidades y generar ingresos, basadas en relaciones de solidaridad, cooperación y reciprocidad, privilegiando al trabajo y al ser humano como sujeto y fin de su actividad, orientada al buen vivir, en armonía con la naturaleza, por sobre la apropiación, el lucro y la acumulación de capital.¹⁰⁹

El art. 163 del COMF indica que este sector esta compuesto por:

1. Cooperativas de ahorro y crédito;
2. Cajas centrales;
3. Entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales y cajas de ahorro; y,
4. De servicios auxiliares del sistema financiero, tales como: software bancario, transaccionales, de transporte de especies monetarias y de valores, pagos, cobranzas, redes y cajeros automáticos, contables y de computación y otras calificadas como tales por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria en el ámbito de su competencia.

¹⁰⁷ Ibídem, 18

¹⁰⁸ Ecuador, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, “Resolución 176-2015-F: Normas Generales para el funcionamiento del Fondo de Liquidez del Sector Financiero Privado y el Sector Financiero Popular y Solidario”.

¹⁰⁹ Ecuador, Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, en Registro Oficial N° 444 (10 de mayo de 2011), en adelante LOEPS.

También son parte del sector financiero popular y solidario las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda.¹¹⁰

Lo indicado tiene concordancia con lo señalado en el artículo 78 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria.¹¹¹

La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera mediante resolución N° 038-2015-F112 de 13 de febrero de 2015, emitió la norma para la segmentación de las entidades del sector financiero popular y solidario, esto con el fin de brindar un tratamiento diferenciado pero equitativo en relación a los activos que lo conforman.

La mencionada regulación hace distinción a 5 segmentos. El primer segmento está conformado por la entidades cuyos activos sobrepasen los ochenta millones de dólares, el segundo segmento para las entidades de activos mayores de veinte millones hasta ochenta millones de dólares, el tercer segmento por entidades de activos de un rango superior a cinco millones de dólares hasta veinte millones de dólares, el cuatro segmento para entidades de montos de un millón de dólares hasta los cinco millones de dólares en activos y finalmente el quinto segmento esta conformado por las cajas de ahorro, bancos comunales y cajas comunales y las entidades que tengan como activo hasta el millón de dólares.

La resolución 203-2016-F113 de la JPRMF dispone que los aportes de las entidades del sector EPS serán de la siguiente manera:

- a) Las Asociaciones Mutualistas de Ahorro y Crédito para la Vivienda harán un aporte mensual al fideicomiso; el aporte mensual será igual a una suma equivalente al 5% del promedio de los depósitos sujetos a encaje del mes inmediato anterior (...).
- b) Las Cooperativas de Ahorro y Crédito pertenecientes al segmento 1, en los términos contemplados en el Código Orgánico Monetario y Financiero, harán un aporte mensual y anual al fideicomiso; el aporte mensual será igual a una suma equivalente al 0,5% del promedio de sus obligaciones con el público del mes inmediato anterior (...)

¹¹⁰ Ecuador, COMF, art 163

¹¹¹ Ecuador, LOEPS, art. 78.

¹¹² Ecuador, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, "Norma para la segmentación de las entidades del sector financiero popular y solidario", en Registro Oficial N° 457 (12 de marzo de 2015), 35.

¹¹³ Ecuador, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, " Resolución N° 203-2016-F Reforma a las norams generales para el funcionamiento del Fondo de Liquidez del sector financiero privado y del sector financiero Popular y Solidario", s/p en Registro Oficial.

Las Cooperativas de Ahorro y Crédito no incluidas en el literal anterior, realizarán sus aportes de acuerdo con los segmentos correspondientes de conformidad con la norma que la Junta expida para el efecto (...).¹¹⁴

El COMF señala a todas las entidades de este sector involucradas como causa de liquidación forzosa la falta de pago por dos meses consecutivos al Fondo de Liquidez.¹¹⁵

3.2 Banco Central del Ecuador.

El Banco Central del Ecuador es una persona jurídica de derecho público, que tiene por finalidad la instrumentación de las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera del Estado, mediante el uso de los instrumentos determinados en el Código Orgánico Monetario y Financiero (Art 26 y 27),¹¹⁶ y tiene como atribución ejercer la administración fiduciaria.¹¹⁷

Se entiende por Fiduciario (trustee) como:

el titular de los bienes que conforman el patrimonio de afectación durante la vigencia del fideicomiso. La función del fiduciario es ejercer la propiedad fiduciaria de los bienes fideicomitidos en beneficio de quien se designe en el contrato, para lo cual podrá realizar todos los actos sobre los bienes necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones, sujetando su accionar a los límites de la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.¹¹⁸

De conformidad con lo previsto en el quinto artículo innumerado incluido a continuación del artículo 40 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, agregado por la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, se señalaba que el Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano debía manejarse a través de un fideicomiso mercantil de inversión que será controlado exclusivamente por la Superintendencia de Bancos y Seguros y será administrado por el Banco Central del Ecuador.

El Banco Central del Ecuador ha venido desempeñando la función de administrador fiduciario del Fideicomiso Mercantil de Inversión denominado Fondo de

¹¹⁴ Ecuador, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, “Resolución N° 176-2015-F Normas Generales para el funcionamiento del fondo de Liquidez del Sector Privado y del Sector Financiero Popular y Solidario.

¹¹⁵ Ecuador, Código Orgánico Monetario y Financiero, art. 303 numeral 8.

¹¹⁶ *Ibidem*, art 26-7.

¹¹⁷ *Ibidem*, art. 36 número 32.

¹¹⁸ Carlos Gustavo Gersscovich, *Derecho Bancario y Financiero Moderno*, (Buenos Aires: Vilella Editor, 1999): 446.

Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano desde el 19 de febrero de 2009, por lo cual se cree que al ser el administrador fiduciario durante los últimos años, continúe con esta función.

De una manera concreta no lo expresa así el Código Orgánico Monetario y Financiero, cuando menciona en su artículo 339 que hace referencia a las operaciones del Fondo de Liquidez: “El Banco Central del Ecuador, en su calidad de administrador fiduciario (...)”¹¹⁹; en tal motivo, llega a sobreentenderse que seguirá cumpliendo esa gestión con los fideicomisos del mencionado Fondo. La participación del Banco Central del Ecuador como fiduciario de los fideicomisos del Fondo de Liquidez es totalmente pertinente por la experticia que posee como por ejemplo: i) cumplió el papel de prestamista de última instancia hasta el año 2000; ii) conoce los niveles de liquidez de las instituciones financieras especialmente por el manejo de la cámara de compensación de pagos; iii) es el encargado de gestionar la liquidez de la economía para alcanzar los objetivos del desarrollo del país¹²⁰, iv) le es familiar en el manejo de grandes montos monetarios.

Los mencionados conocimientos agregados que posee el BCE, no están al alcance de otras administradoras de fondos y fideicomisos, por lo cual posee una ventaja comparativa, así como tampoco los posee la COSEDE, institución nueva, que a penas con la expedición del Código Orgánico Monetario y Financiero asumió competencias sobre el Fondo de Liquidez, por lo cual se encuentra en un proceso de aprendizaje.

Es conocido que la figura del fiduciario es una pieza clave dentro del proceso del fideicomiso toda vez que su prolijidad y buen manejo permitirá cumplir los fines encomendados.

Una característica que debe primar para un administrador fiduciario sin duda es la actuación profesional aplicando conocimientos tanto jurídicos como financieros para su desarrollo.

En atención a lo que dispone los artículos 102 y 103 de la LMV,¹²¹ es deber del Banco Central en calidad de fiduciario el brindar todos aquellos servicios de orden

¹¹⁹ Ecuador, COMF, art. 339.

¹²⁰ Ecuador, COMF, art 36 numeral 8

¹²¹ Ecuador , LMV, art. 102 y 103.

administrativo que conlleven gestión de cobranza, ingresos, rentabilidad, etc., y reportar su gestión de manera oportuna a los constituyentes.

Todos los actos que se hagan en virtud de su función deberán realizarse con la prolijidad del caso con el fin de obtener los beneficios que se esperan para bien del encargo realizado a través del fideicomiso, ya que si bien no puede asegurar resultados deberá gestionar todo lo que este a su alcance para llegar a las metas previstas.

Entre sus obligaciones está la administración prudente y diligente de los bienes aportados en el Fondo de Liquidez, es decir los recursos monetarios que las entidades del sector financiero privado y popular y solidario realicen.

Como se había indicado al principio de este capítulo el fideicomiso al tener personalidad jurídica tiene una representación legal, que para el caso del Fondo de Liquidez debe ser asumido por el Banco Central del Ecuador en calidad de fiduciaria.

Para que el cumplimiento de gestión como fiduciario resulte eficiente, el BCE deberá ejecutar todos los actos y contratos que le sean permitidos en la constitución de los fideicomisos. Es importante indicar que su responsabilidad se limita a la atención y ejecución de las instrucciones que determina el Código Orgánico Monetario y Financiero, a la regulación que la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera y el Directorio de la COSEDE emita para el efecto, así como al contrato de fideicomiso que se suscriba con cada sector financiero.

Debe mantenerse al día en la información financiera y de auditoría externa, así como poner en conocimiento de los constituyentes y de la COSEDE sobre cualquier hecho o información relevante relacionada con el Fideicomiso del Fondo de Liquidez.

Recibir remuneración por gestión y en ningún caso podría llegar a comportarse como beneficiario del Fideicomiso del Fondo de Liquidez.

Lo más relevante es salvaguardar la contabilidad de los Fideicomisos separada de la suya propia y por ningún motivo utilizar los recursos en beneficio institucional, para lo cual debería conservar los documentos que prueben el cumplimiento de su gestión hasta que llegue ocurrir la liquidación del fondo.

3.3 Corporación de Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados

La Corporación de Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados, tiene una particular participación dentro del Fondo de Liquidez ecuatoriano debido a la naturaleza con la que es concebida en el artículo 79 del Código Orgánico Monetario y Financiero.

Dentro de las funciones detalladas en el COMF se le atribuye la de “administrar el Fondo de Liquidez de los sectores financiero privado y del popular y solidario y los aportes que lo constituyen”¹²².

Esta entidad de carácter público se conforma por un directorio integrado por tres miembros, que son: el Delegado del señor Presidente de la República, el señor Ministro Coordinador de la Política Económica y el señor Ministro de Finanzas.

Para lo casos que en el seno del Directorio se traten temas relacionados con el Fondo de Liquidez, se integraran dos delegados correspondiente al sector financiero privado y sector financiero popular y solidario, respectivamente, quienes únicamente contarán con voz.¹²³

El Directorio con respecto al Fondo de Liquidez tiene la función de aprobar la devolución de los aportes y aprobar los créditos del Fondo de Liquidez de acuerdo con el procedimiento que la JPRMF dicte para el efecto.

La normativa en general no especifica cuales son las atribuciones de la COSEDE para con el fondo de liquidez, a excepción de la ya mencionada- Administrar-

4. Problemática persistente en el Código Orgánico Monetario Financiero en comparación con la Ley de la Red de Seguridad Financiera

Como ya se ha explicado inicialmente, el fin con el cual la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera crea el Fondo de Liquidez nace de una necesidad contar con un prestamista de última instancia frente a riesgos de liquidez y como una solución para la crisis económica principalmente producida por el sector bancario en el país (1999 en adelante), empero el Código Orgánico Monetario y Financiero dentro de su codificación y compendio de normas vuelve a acogerlas a pesar de encontrarse frente a una coyuntura económica diferente (actualmente el comportamiento del sector

¹²² Ecuador, COMF, art. 80 numeral 2.

¹²³ Ecuador, COMF, art. 83

financiero ha presentado cambios positivos para la economía nacional).

En base a lo dicho las reformas expedidas por el COMF no han presentado en su totalidad cambios efectivos ni esclarecedores, lo cual continúa ocasionando vacíos jurídicos para la aplicación y utilización de este Fondo.

En este sentido se tratará de explicar la problemática persistente del Fondo de Liquidez con respecto a las mencionadas normas legales.

4.1 Control y prevalencia de aplicabilidad legal

La Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera señalaba que : “El Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano (...) será controlado exclusivamente por la Superintendencia de Bancos y Seguros, y será administrado por el Banco Central del Ecuador”¹²⁴, es decir durante la vigencia de este cuerpo legal, fue facultad privativa de la Superintendencia de Bancos el control y supervisión las actividades que el Fondo realizaba, así como la de su administrador por ser una entidad financiera. (BCE).

El Código amplía vagamente el tema del control, ya que señala que los recursos del fondo del sector financiero privado y del fondo del sector financiero popular y solidario deberán ser sujetos al control de una auditoría externa previamente calificada por la Superintendencia de Bancos y por la Superintendencia de Economía Popular y solidaria, respectivamente, sin perjuicio de las potestades que dichas superintendencias tienen para controlarlas,¹²⁵ pero hay que tomar en consideración que los estándares de control de estos organismos son diferentes por la naturaleza de la constitución de las entidades supervisadas.

De los dos casos, observamos que al legislador se le olvidó indicar de manera expresa que estos Fideicomisos también deberían tener control de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, toda vez que se esta manejando un negocio fiduciario inmerso en el ámbito del mercado de valores, ya que si bien son fideicomisos creados por ley que presentan ciertas peculiaridades, no los limitan a cumplir lo establecido en el Libro Segundo del Código Monetario y Financiero, principalmente lo referente a las responsabilidades que el administrador fiduciario tiene dentro de un patrimonio

¹²⁴ Ecuador, Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, en Registro Oficial Suplemento N° 498, (31 de diciembre de 2008), artículo innumerado agregado por el Art. 2.

¹²⁵ Ecuador, COMF, art. 342.

autónomo.

Es importante la participación de esta Superintendencia toda vez que al ser un ente especializado podría supervisar y controlar de mejor manera la administración fiduciaria que el Banco Central realice, para que a través de los principios de orden, integridad, eficacia y transparencia brinde seguridad a los partícipes de los Fideicomisos del Fondo de Liquidez.

Concordante a lo dicho, no existe claridad sobre la normativa a seguir con respecto a los fideicomisos del Fondo de Liquidez, toda vez que al ser una singular creación hay normas que en determinado momento podrían contradecirse como lo hemos indicado anteriormente.

No obstante, se cree que para evitar este tipo de confusión la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera debería en su reglamentación especificar sobre los ámbitos de control de cada Superintendencia, con el objeto que su intervención sea coordinada y no lleguen a entorpecerse procesos entre las mismas.

4.2 Insuficiencia de normas sobre su funcionamiento.

Con la expedición del Código Orgánico Monetario y Financiero, existen algunos cambios con respecto al control y operatividad de Fondo de Liquidez, si bien se elimina la figura del Directorio del Fondo de Liquidez ente que era el encargado de reglamentar el funcionamiento del mismo, así como expedir los manuales operativos y las políticas de carácter general que regirán sus actividades,¹²⁶ ahora esta atribución corresponde a la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, un organismo que por su naturaleza presenta una variedad de funciones y a la cual se le carga la responsabilidad operativa en el funcionamiento del prestamista de última instancia. Lo óptimo hubiera sido que por ley queden limitadas algunas reglas sobre el funcionamiento del Fondo de Liquidez.

Actualmente solo presenta a este mecanismo dentro de diez artículos los cuales llegan a ser una réplica de la anterior legislación, y no incorpora claramente aspectos fundamentales sobre la operatividad del Fondo, como por ejemplo la definición del tema

¹²⁶ Ecuador, Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, artículo innumerado agregado por el Art. 2.

de la administración, pues debió indicarse los aspectos que regirán a cada uno de los administradores, esto con el objeto de que las funciones estén clarificadas para la COSEDE y BCE, y los organismos de control sepan concretamente sobre en que ámbito deben aplicar su vigilancia.

El COMF a igual que la LCRSF tampoco señala plazos sobre los tiempos en los deben realizarse los aportes y las operaciones dejando a discrecionalidad de la JPRMF la elección de éstos, cuando es importante imponer límites para evitar la mala utilización y el abuso de los fondos de los fideicomisos.

Las normas ibídem tampoco señalan las sanciones impuestas por el incumplimiento de las obligaciones contraídas por las líneas de crédito otorgadas por el Fondo de Liquidez. Lo que si es importante destacar que el Código refleja como causal de liquidación forzosa de una entidad -a manera de sanción- el incumplimiento acumulado de dos meses de los aportes y contribuciones al Fondo de Liquidez¹²⁷ (Art. 303 COMF).

4.3 Exposición

Con referencia a la exposición total de los recursos aportados al Fondo de Liquidez la Ley de la Red de Seguridad Financiera disponía lo que actualmente señala el Código Orgánico Monetario y Financiero en su artículo 341:

Art. 341.-La exposición total de los recursos aportados al Fondo de Liquidez por concepto de todas las operaciones activas concedidas a una entidad financiera que se mantengan vigentes no podrá exceder del 30% de sus activos, ni del equivalente al 100% del patrimonio técnico de esa entidad financiera.¹²⁸

De acuerdo a lo que determina la Superintendencia de Bancos “la exposición está determinada por el riesgo asumido menos la cobertura implantada.”¹²⁹

Lo señalado es un error reincidente ya que el límite expuesto actualmente no permite el acceso a todas las instituciones financieras al Fondo de Liquidez, especialmente en el caso de una corrida bancaria generalizada, esto evidencia una falta de análisis por parte del legislador en cuanto al acceso equitativo de las entidades

¹²⁷ Ecuador, COMF, art 303.

¹²⁸ Ibídem, art 341.

¹²⁹ Ecuador, Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos, Título X, Capítulo II Sección I.

financieras al Fondo de Liquidez a prorrata de sus aportes, lo dicho debe de ir de la mano con la premisa de que los recursos del Fondo son de todos y para todos.

Previo a analizar los casos sobre la exposición del Fondo de Liquidez, es importante dar a conocer lo que se entiende por patrimonio técnico.

Según un estudio realizado por la Dirección Nacional de Estudios de la Superintendencia de Bancos del país, el Patrimonio Técnico “es el indicador de solvencia que mide la suficiencia de capital y la capacidad de las instituciones del sistema financiero para absorber pérdidas”.¹³⁰ El Artículo 191 del COMF explica la estructura del patrimonio técnico en las instituciones financieras ecuatorianas.

Art. 191 .-El patrimonio técnico estará constituido, entre otros, por:

1. La suma del capital suscrito y pagado;
2. Reservas;
3. El total de las utilidades o excedentes del ejercicio corriente una vez cumplidas las obligaciones laborales y tributarias;
4. El fondo irrepartible de reserva legal;
5. Las utilidades acumuladas de ejercicios anteriores;
6. Aportes a futuras capitalizaciones; y,
7. Obligaciones convertibles sin garantía específica, de acuerdo con las regulaciones que expida la Junta¹³¹

Ahora que se tiene una visión sobre lo que se considera patrimonio técnico, es importante conocer sobre los actuales recursos del Fondo de Liquidez.

De los datos publicados en la página web del Banco Central del Ecuador, se desprende que el saldo del Fondo de Liquidez ecuatoriano al mes de noviembre de 2015 alcanza los USD2.079.445.184 MM,¹³² (valor descontando los aportes de las mutualistas de ahorro y crédito y sociedades financieras) ante lo cual pondremos a consideración dos casos que claramente señalan la limitación con la que el Fondo cuenta para mitigar una falta de liquidez del sistema financiero privado y popular y solidario en las condiciones actuales.

¹³⁰ Xiomara Arias, Daniel Gissel y Sandra Guamán, “Estudio de Vulnerabilidad financiera”, (Superintendencia de Bancos y Seguros, 2014): 2
<http://www.sbs.gob.ec/medios/PORTALDOCS/downloads/articulos_financieros/Estudios_Vulnerabilidad/EV1_2014.pdf>.

¹³¹ Ecuador, COMF, art 191.

¹³² Banco Central del Ecuador, “Patrimonio Fondo de Liquidez”,
<<http://www.bce.fin.ec/index.php/fondo-de-liquidez-4>>

Caso 1. Sistema Financiero Privado.

Para poder realizar este análisis, se obtuvo información de la Superintendencia de Bancos disponible al mes de noviembre de 2015, con relación al patrimonio técnico y nivel de activos, misma que está clasificada por bancos grandes, medianos y pequeños.

Con la resolución N° 176-2015-F de la JPRMF de fecha 29 de diciembre de 2015 se determinó por primera vez un límite de acceso por entidad financiera a los recursos del Fondo de Liquidez, esto es:

De la totalidad de sus aportes individuales, cada entidad financiera tendrá asignado el 70% para su uso exclusivo en operaciones activas del Fondo de Liquidez.

El 30% de las aportaciones de las instituciones financieras será utilizado como fondo cooperativo al cual tendrán prioridad de acceso los bancos pequeños y medianos, definidos por la Superintendencia de Bancos, dentro de los límites establecidos en el Código Orgánico Monetario y Financiero y en esta resolución.¹³³

Previa a esta regulación, si se hubiera tomado en consideración exclusivamente la necesidad de liquidez de los cuatro bancos más grandes del país, accediendo en mismo periodo de tiempo al Fondo de Liquidez, existía un impacto significativamente alto y riesgoso que ocuparía aproximadamente el 89% del total del referido Fondo.

Ahora con la regulación, el acceso de todos los partícipes del fideicomiso del Fondo de Liquidez a sus recursos a través de créditos, es más equitativo; sin embargo la medida aún no es suficiente. Para explicar lo mencionado citaremos datos otorgados por el BCE y la Superintendencia de Bancos con fecha corte noviembre de 2015:

BANCO	(C - D) PATRIMONIO TÉCNICO CONSTITUIDO	TOTAL ACTIVOS PONDERADOS POR RIESGO	30% TOTAL DE ACTIVOS	ANÁLISIS DE PRÉSTAMOS FONDO LIQUIDEZ 30% DE LOS ACTIVOS DEL BANCO O HASTA EL 100% DEL PT CONSTITUIDO	APORTE F. LIQUIDEZ	70% FL	30% FL
BANCOS GRANDES (4)	2.022.197.696	14.577.170.867	4.373.151.260	2.022.197.696	1.357.841.440	950.489.008	
BANCOS MEDIANOS (6)	861.170.551	6.268.834.769	1.880.650.431	861.170.551	589.627.113	412.738.979	
BANCOS PEQUEÑOS (12)	283.699.729	1.712.618.140	513.785.442	283.699.729	131.976.632	92.383.643	
TOTAL SISTEMA BANCOS	3.167.067.977	22.558.623.775	6.767.587.133	3.167.067.977	2.079.445.184	1.455.611.629	623.833.555

Fuente: Superintendencia de Bancos y Banco Central del Ecuador (noviembre 2015)

¹³³ Ecuador, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, “Resolución N° 176-2015-F Normas Generales para el funcionamiento del fondo de Liquidez del Sector Privado y del Sector Financiero Popular y Solidario.

El Fondo de Liquidez disponible al 30 de noviembre de 2015 tiene la capacidad de cubrir necesidades de liquidez para los bancos medianos y pequeños (USD 1.128.96MM)¹³⁴ generando un déficit de USD 15.9 MM, respecto de una cobertura del 100% de su patrimonio técnico constituido (USD 1.144.87 MM)¹³⁵

Por otra parte, si el mismo análisis se realiza considerando las necesidades de liquidez de los 4 bancos más grandes del país, el efecto genera un déficit de mayor consideración; es decir, el Fondo de Liquidez cubriría el 78% de la necesidad de liquidez que requieran estas entidades. En otras palabras, de una necesidad de USD 2.022.20 MM¹³⁶ el Fondo podría cubrir hasta USD 1.574.32 MM¹³⁷ generando un déficit de cobertura de USD 447.88 MM (78%).

Con en el análisis indicado se puede afirmar que en el caso de existir un colapso total del sistema financiero privado, el 100% de los bancos tendrían al menos el 70% de su patrimonio técnico constituido como cupo para afrontar necesidades de liquidez; y el 30% restante, se cubrirá a aquellas instituciones conforme vayan reportando esa necesidad a la COSEDE hasta que se termine el saldo del fondo cooperado.

En el caso de que exista una situación crítica sostenida y empezase la necesidad de liquidez desde el los bancos pequeños y en bancos medianos (escenario realista), el Fondo de Liquidez podría cubrir el 98.61% de sus requerimientos, dejando un riesgo descubierto de USD 15.91 MM.

De otro modo, si la crisis iniciase por los bancos grandes, su déficit de liquidez alcanzaría el 22% (USD 447.88MM); pero adicionalmente el aporte cooperado del Fondo (30%) no cubriría la necesidad de liquidez complementaria a ningún banco mediano y pequeño.

En base a lo indica, se sugiere que la COSEDE y el BCE realicen análisis periódicos en base a datos históricos que les permitan determinar de manera técnica los porcentajes

¹³⁴ Sumatoria del 70% de los aportes al Fondo de Liquidez de bancos medianos (USD 412.74 MM) , bancos pequeños (USD 92.38 MMM) y el 30% de los aportes cooperativos del sistema financiero privado (USD 623.84MM)

¹³⁵ Sumatoria de patrimonio técnico constituido de bancos medianos (USD 861,17 MM) y bancos pequeños (USD 283,70 MM)

¹³⁶ Sumatoria de patrimonio técnico constituido de bancos grandes

¹³⁷ Sumatoria del 70% de los aportes al Fondo de Liquidez de bancos grandes (USD 950.49 MM) y el 30% de los aportes cooperativos del sistema financiero privado (USD 623.84MM)

con los que el Fondo de Liquidez puede distinguir el fondo cooperativo y el fondo para su uso exclusivo.

Caso 2. Sector Financiero Popular y Solidario

Hasta la presente fecha no se constituye el Fondo de Liquidez para los sectores de la economía popular y solidaria, por cuanto no se conoce el monto del capital inicial. A pesar de ello es importante recordar que dentro del Fondo de Liquidez del Sistema financiero Ecuatoriano existen aportes de las Mutualistas de Ahorro y Crédito que aproximadamente ascienden a USD51.48MM hasta el mes de noviembre de 2015.¹³⁸

Las referidas entidades tienen un plazo de dieciocho meses desde la fecha en que se expidió el COMF para resolver su permanencia en el Sector Financiero Popular y Solidario o su conversión a entidad financiera del Sector Financiero Privado¹³⁹, por lo cual se definirá a que Fondo realizarán sus aportes.

Considerando la variación de las operaciones y los rangos de patrimonio que se tiene en las entidades del sector popular y solidario, es indispensable que se norme de manera específica para este sector el acceso al Fondo de Liquidez, ya que al ser un sector vulnerable que cuenta con aproximadamente 900 entidades (al mes de noviembre), puede llegar a necesitar con más frecuencia un acceso al Fondo de Liquidez en comparación con el sector privado.

Con base a los casos indicados, se cree el Código Orgánico Monetario y Financiero debió haber tomado en cuenta los rangos patrimoniales de las entidades financieras aportantes del Fondo de Liquidez con el objeto de brindar la posibilidad de que los montos de exposición sean aplicables de conformidad con el patrimonio técnico de las entidades financieras a través de una tabla de aportación, brindando la oportunidad de acceso a todos los participantes de manera objetiva.

Sin embargo, se recomienda que la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera reglamente lo indicado dentro del Fondo de Liquidez para este fideicomiso, toda vez que el modelo aplicado para el sistema financiero privado (70%/30%) no necesariamente satisface las necesidades de este sector.

¹³⁸ Dato proporcionado por el Banco Central del Ecuador.

¹³⁹ Ecuador, COMF, Disposición Transitoria Vigésima Novena.

4.4 Constitución de fideicomisos de garantías

La Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera¹⁴⁰ disponía al igual que el actual Código Orgánico Monetario y Financiero, la constitución de un fideicomiso mercantil de garantías, por un portafolio de inversiones y de cartera con el objeto de garantizar el pago de las cuotas por concepto del crédito otorgado a la entidad.

Si bien el mecanismo de garantía a través de un fideicomiso es muy bueno y se lo efectiviza de manera inmediata a través de una orden de ejecución, hay aspectos que deben ser tomados en consideración como por ejemplo el tiempo de constitución de un contrato de estas características o la onerosidad que representa para el constituyente.

A pesar de lo anotado el COMF no presenta ningún tipo de disposición transitoria sobre el traspaso de los fideicomisos de garantía constituidos para el Fondo de Liquidez Ecuatoriano, a los correspondientes fideicomisos del Fondo de Liquidez del sector privado y del sector popular y solidario (para este último en el caso de las Mutualistas de Ahorro y Crédito para la Vivienda), lo cual en cierto sentido merma la posibilidad garantizar de manera inmediata los posibles créditos que las entidades de éste sector financiero quieran realizar a sus respectivos Fondos una vez constituidos.

El COMF tampoco no indica sobre el plazo para la constitución de los fideicomisos de garantía del sector popular y solidario, ni la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera se ha pronunciado sobre los montos con los cuales debe aportarse inicialmente estos patrimonios autónomos ni sobre las condiciones de su operatividad en particular.

Aclaratoria sobre la solvencia y limitación de créditos de fideicomisos.

Ninguna de las legislaciones (derogada y vigente) relativas al Fondo de Liquidez ha dispuesto la prohibición expresa con relación a que los recursos del Fondo sean utilizados para cuestiones de insolvencia de las instituciones financieras, lo cual en cierto modo causa incomodidad a las entidades aportantes toda vez que no sería justo ni pertinente que se entreguen recursos para subsanar problemas de solvencia de una institución, pues el espíritu de su creación es el acceso recursos en casos de falta de liquidez.

¹⁴⁰ Ecuador, LCRSF, artículo innumerado dentro del art 2.

En tal virtud, debería incluirse como último inciso del artículo 333 del Código Orgánico Monetario y Financiero, el siguiente texto: En ningún caso el Fondo de Liquidez cubrirá problemas de solvencia de las entidades financieras privadas y de las entidades del sector financiero popular y solidario.

Otra cuestión que debe delimitarse son los préstamos a los que están facultados los fideicomisos del Fondo de Liquidez entre sí,¹⁴¹ pues en el COMF no existe un monto mínimo ni máximo de empréstitos ni sus condiciones, a pesar que la Resolución 176-2015-F del la JPRMF estableció un 20% de los recursos del patrimonio fideicomiso que otorga el préstamo.¹⁴² En tal sentido se cree que la limitación de créditos debió haberse establecido a través de la ley, ya que es un tema relevante el cual requiere de un análisis técnico financiero que permita fundamentar un porcentaje con respecto a la realidad de cada Fondo de acuerdo al monto de sus recursos y a la vulnerabilidad económica de sus aportantes a fin de brindar oportunidades equitativas a los fideicomisos a través de la definición de porcentajes máximos con relación a los recursos que cada fideicomiso pueda prestar, así como las características del crédito (plazo, tasa, garantías, etc.).

El objeto de creación de cada fideicomiso del Fondo de Liquidez será el de actuar como prestamista de última instancia; el cual debe garantizar la suficiente rentabilidad para cubrir el gasto operativo de cada patrimonio; por tanto, al no existir delineamientos claros para realizar préstamos entre estos fideicomisos, esa rentabilidad puede ser ficticia, dado que los intereses ganados no sean realmente cobrados, lo que ocasiona que no se disponga de recursos para cubrir su funcionamiento.

5. Alternativas que debieron tomarse en cuenta para mejorar el Fondo de Liquidez

5.1.-Decisiones sobre las operaciones del Fondo

Como se ha señalado en el capítulo I de este trabajo, los recursos que forman parte del Fondo de Liquidez son de naturaleza privada pues sus constituyentes las entidades financieras del sector privado y de la economía popular y solidaria, provisionan cierta cantidad de dinero (a través de los aportes señalados por la JPRMF), a

¹⁴¹ Ecuador, COMF, art 335 numeral 5.

¹⁴² Ecuador, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, “Resolución 176-2015-F: Normas Generales para el funcionamiento del Fondo de Liquidez del Sector Financiero Privado y el Sector Financiero Popular y Solidario”.

fin de mantener un contingente que les permita salvaguardar su liquidez frente a eventuales problemas de corto plazo.

En virtud de lo dicho, el Código Orgánico Monetario y Financiero debió haber brindado mayor protagonismo a las entidades del sector financiero con la relación a las decisiones que se mantengan frente a sus recursos del Fondo, pues legalmente se les está limitando al dar la posibilidad de que un tercero tome las decisiones sobre sus aportes.

Lo indicado sucede con la participación de la COSEDE, pues como se conoce las decisiones que se toman en el seno de su Directorio son aquellas que se ejecutan por parte del administrador Fiduciario.

Dentro del Directorio de la COSEDE de conformidad con lo que establece el COMF en su artículo 83 determina: “El directorio cuando trate temas relacionados con el Fondo de Liquidez, se integrarán al cuerpo colegiado dos delegados adicionales que representarán al sector financiero privado y al sector financiero popular y solidario, respectivamente, con voz (...)”¹⁴³, lo cual se cree que no es representativo, pues al no tener la capacidad de votar se limita su derecho de opinión sobre la utilización de sus propios recursos.

En tal sentido, se considera que el Código Orgánico Monetario y Financiero, debió haber otorgado por lo menos una paridad de representación privada y estatal dentro de un cuerpo colegiado que decida sobre la suerte de los recursos del Fondo de Liquidez.

5.2.-Inversiones del Fondo de Liquidez

Otro punto que se considera debió analizarse en el Fondo de Liquidez es el relacionado al tema de inversiones, pues el Código Orgánico Monetario y Financiero, dispone la capacidad de inversión de los recursos del Fondo y únicamente limita la adquisición de bonos emitidos por el Ministerio de Finanzas, dándole la facultad y responsabilidad a los miembros del Directorio de la COSEDE a elegir las inversiones.¹⁴⁴

¹⁴³ Ecuador, COMF, art 83.

¹⁴⁴ Ecuador, COMF, art 337.

Se estima que estas atribuciones dejan abierta la posibilidad de que los recursos del Fondo de Liquidez sean orientados únicamente a inversiones con el Estado, pues todavía existe la factibilidad de negociar con Títulos del Banco Central (TBC), Certificados de Tesorería, entre otros, dejando a un lado el principio de diversificación.

En este sentido, es necesario cerrar jurídicamente los parámetros mínimos con los cuales se puede establecer inversiones con los recursos del Fondo de Liquidez (participación de entidades internacionales, calificación mínima de riesgo, mercados desarrollados, etc.), a efectos que sus constituyentes, tengan la capacidad de conocer cuales son los destinos de sus aportes, brindando de esta manera mayor seguridad y confianza a los aportes al Fondo.

5.3.-Amplitud del crédito ordinario sin ser extraordinario

Las entidades financieras privadas creen que no existe certeza por parte de este sector para acceder a los recursos del Fondo de Liquidez, toda vez que los créditos ordinarios (tanto en la legislación derogada como en la actual) se los utiliza como una línea de crédito para cubrir deficiencias de cámaras de compensación del Sistema Central de Pagos administrado por el Banco Central,¹⁴⁵ pues los montos que se manejan en cámara no son significativos y no guardan relación al monto del aporte, por lo cual se sugiere que se permita acceder de manera ordinaria a créditos por causas diferentes (a los problemas de cámara de compensación), de esta manera se podría dinamizar las inversiones del Fondo dándole utilización a los recursos, flexibilizando el acceso los préstamos, y evitando la utilización de activos adicionales de las carteras de las instituciones financieras para solventar los problemas de liquidez. Incluso podría sugerirse que como garantía a estos créditos ordinarios se utilice los propios aportes de la institución en el Fondo. Tampoco se ha tomado en consideración sobre el porcentaje del interés que le aplicará a los créditos que se otorguen en el Fondo.

Actualmente el art 338 del COMF, en su parte pertinente señala:

Art. 338.-El Fondo de Liquidez podrá realizar las siguientes operaciones activas y pasivas:

¹⁴⁵ *Ibíd*em, art. 338.

1. Operaciones activas, consistentes en:
 - a. Créditos ordinarios, cuyo plazo será de un día hábil renovable, que serán otorgados dentro de una línea de crédito para cubrir deficiencias en las cámaras de compensación del Sistema Central de Pagos administrado por el Banco Central del Ecuador;¹⁴⁶

Se cree que el art. 338 del COMF en el Numeral 1 literal a) debería decir:

Créditos Ordinarios.- Cuyo plazo será de hasta 180 días que serán otorgados dentro de una línea de crédito para cubrir necesidades de liquidez dentro de las cuales podría aplicarse la cobertura de deficiencias de cámaras de compensación del Sistema Central de Pagos administrado por el Banco Central. Estos créditos ordinarios estarán garantizados por el 70% de los aportes individuales de cada entidad, pudiendo existir la posibilidad de su renovación por una sola ocasión consecutiva para lo cual se deberá contar con la autorización de la COSEDE.

En función a lo señalado, el cambio estaría dirigido a que los créditos ordinarios no sea exclusivamente para cubrir deficiencias en las cámaras de compensación del Sistema Central de Pagos administrado por el BCE, sino que también exista acceso a este tipo de créditos por necesidades eventuales de liquidez a un plazo de 6 meses, y con garantía de los propios aportes que las entidades financieras realizan al Fondo. Lo que permitiría darle más movilidad a los recursos y obtener intereses

5.4.- Garantías .-Con el objeto de fortalecer legalmente la seguridad del retorno del los recursos otorgados a través de créditos extraordinarios por parte de los Fideicomisos del Fondo de Liquidez es importante que se analicen los porcentajes de sus garantías tornándolas más rigurosas, de acuerdo a la calificación de riesgo local de la entidad financiera que solicite el préstamo. Por ejemplo una EFP o EPEPS con calificación de riesgos triple “AAA” entregaría el 140% de garantía, una entidad con calificación “AA” entregaría una garantía del 150%, una garantía del 160% y 170% de le correspondería a las entidades financieras con calificación “A” y “BBB” o menor, respectivamente .

¹⁴⁶ Ecuador, COMF, art 338.

Lo señalado minimiza el riesgo para el fideicomiso (y por ende beneficia a sus aportantes) ya que en caso de incumplimiento tendrían la certeza de una mejor cobertura

6. Alcance de la Administración del Fondo de Liquidez

El Código Orgánico Monetario y Financiero establece que la COSEDE sea el administrador del Fondo de Liquidez y de sus aportes¹⁴⁷, y dispone la creación de los fideicomisos de este Fondo para el sector privado y el sector de la economía popular y solidaria respectivamente, señalando de manera sucinta al Banco Central del Ecuador como fiduciario de los mencionados patrimonios autónomos.

La forma en la que la ley expresa lo señalado, brinda una suerte de confusión y puede inducir a un error toda vez que no determina ni diferencia que tipo de administración es la que se debe ejercer, es decir no define el alcance de cada entidad.

Nos queda claro que la administración fiduciaria que realizará el Banco Central es la que determina el Libro Segundo del Código Orgánico Monetario y Financiero - Ley de Mercado de Valores-, pero sin embargo queda la duda de que clase de administración se le otorga a la COSEDE.

No obstante de ello el COMF no define qué es el Fondo de Liquidez, pues en el artículo 333 solo indica cuál es su finalidad, lo cual no llega a ser suficiente desde el punto de vista jurídico, ya que no puede otorgarse atribuciones de administrador de un ente ficticio que carece de estructura.

En base a lo comentado, el COMF debió otorgarle una definición al Fondo de Liquidez, así como debió utilizar otro término en lugar de la palabra “administrador” para calificar a esta facultad a la COSEDE, se considera que pudo haberse señalado que la Corporación de Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados será la entidad que dictará los lineamientos de operatividad del Fondo de conformidad con la regulación que para el efecto dicte la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

¹⁴⁷ Ecuador, COMF, art. 80 numeral 2

Con el cambio de su redacción la norma evitaría confusiones y permitiría brindar mayor seguridad a las entidades constituyentes del Fondo especialmente sobre los recursos aportados así como delimitar las acciones de las entidades participantes en el Fondo.

Y esta falta de claridad de la ley se hace visible en el momento en que no llegan a delimitarse expresamente las funciones de cada entidad. Así por ejemplo en el caso de autorizadores de crédito se determina que la COSEDE será la entidad responsable de autorizar los créditos extraordinarios del Fondo, sin embargo el Código no define quien se encarga de autorizar los créditos ordinarios.

Según la Resolución N° 176-2015 de la JPRMF, el Banco Central “instrumenta los créditos ordinarios para las entidades financieras que deben solucionar deficiencias en las cámaras de compensación del Sistema Nacional de Pagos”¹⁴⁸ y en la práctica termina autorizándolos ya que expresamente no se determina en ninguna normativa. Lo cual evidencia que tanto la COSEDE y el Banco Central son autorizadores de créditos, extralimitando las funciones que le están permitidas al Banco Central del Ecuador como administrador fiduciario según lo que dispone la Ley de Mercado de Valores. En este punto cabe analizar que la responsabilidad del fiduciario es de medio y no de resultado por lo cual existe un riesgo en el caso de que las autorizaciones de los créditos no se encuentren encaminadas a cumplir la finalidad del Fondo. Por esta razón se cree que debería aclararse el alcance que el Banco Central tiene con respecto a los créditos ordinarios e involucrar a la COSEDE en ello a fin de que quede claro su ámbito de competencia.

Por otra parte, la Disposición Transitoria Sexta de la citada resolución 176-2015 de la JPRMF establece un plazo máximo de seis meses para que el Banco Central del Ecuador entregue a la COSEDE el perfil de usuario para poder realizar los cálculos de aportes mensuales y anuales de las entidades financieras privadas y popular y solidaria¹⁴⁹, tiempo en el cuál el BCE se encuentra ejecutando actividades que son de

¹⁴⁸ Ecuador, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, Resolución N° 176-2015- F

¹⁴⁹ *Ibíd.*

riesgo, responsabilidad y competencia de la COSEDE evidenciándose la duplicidad de actividades en procesos que no han sido automatizados por falta de previsión de la ley.

7. Resolución N° 176-2015-F de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera

La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera mediante Regulación N° 176-2015 emitió las Normas Generales para el funcionamiento del Fondo de Liquidez del Sector Financiero Privado y del Sector Financiero Popular y Solidario, las mismas que tienen concordancia a lo dispuesto en el Código Orgánico Monetario y Financiero, no obstante de ello se cree que este cuerpo colegiado ha dejado ciertos aspectos sin resolver en cuanto a la regulación del Fondo de Liquidez, que se estima que se deberían analizar e incorporar de manera inmediata a la normativa, a fin de evitar vacíos legales que permitan la operatividad del Fondo, tales como:

7.1.- Inversiones.- Las inversiones del Fondo de Liquidez según el Código Orgánico Monetario y Financiero se basan en principios de: “seguridad, liquidez, diversificación y rentabilidad en el marco de los objetivos de la política económica y preservación de los depósitos”¹⁵⁰ y sobre estos principios la Junta debió emitir una política de inversión, no obstante la Disposición Transitoria Séptima de la Resolución N° 176-2015 señala que se mantienen vigentes la políticas del Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Nacional, hasta la realización de una nueva resolución.

Se considera que el tema de las inversiones debe ser subsanado de manera inmediata para que las entidades del sector financiero privado y de la economía popular y solidaria mantengan tranquilidad, seguridad y confianza en el Fondo de Liquidez, para lo cual se sugiere que al momento de emitir estas políticas exista reuniones técnicas con ambos sectores financieros para conocer cuáles son sus expectativas y requerimientos en cuanto a las inversiones de sus recursos aportados en el Fondo.

Por otra parte dentro de la administración del Fondo de Liquidez debe indicarse como gestión de la COSEDE el análisis de las inversiones del Fondo de Liquidez, verificando alternativas diversas y confiables que permitan obtener la rentabilidad

¹⁵⁰ Ecuador, COMF, art. 337.

deseada, de acuerdo a lo que la Junta de Regulación Monetaria y Financiera norme en relación a los parámetros de las inversiones. La misión en este sentido de la COSEDE debería ser la del acercamiento con las bancas de inversión o multilaterales para buscar las mejores alternativas.

7.2.- Riesgos.- A pesar de ser muy importante el tema de riesgos dentro del Fondo de Liquidez, la Resolución 176-2015 no menciona que entidad es la facultada a velar por los riesgos del Fondo de Liquidez.

Es pertinente incluir un artículo en la resolución en el que se incluya que la COSEDE analizará y aplicará las metodologías de riesgos financieros, capacidad de pago y riesgo crediticio que permitan mitigar eventuales impactos sobre los recursos del Fondo de Liquidez, así como compartir con el Banco Central el análisis de los riesgos políticos¹⁵¹, reputacionales¹⁵², legales¹⁵³ y operacionales¹⁵⁴.

Ante lo indicado, la JPRMF debe señalar la necesidad de crear un Comité de Administración Integral de Riesgos que permita asesorar sobre las metodologías, políticas y procedimientos de riesgos acordes a las necesidades del Fondo de Liquidez. En este comité es imperante la participación de por lo menos un delegado de los sectores aportantes al Fondo, a fin de que emitan sus opiniones y se encuentren debidamente informados.

¹⁵¹ Posibilidad de que no se alcancen los objetivos de una determinada acción económica, o estos se vean afectados, debido a cambios y decisiones políticas de los gobiernos.

¹⁵² Posibilidad que una acción, situación, transacción, o inversión pueda reducir la confianza en la integridad y competencia de los clientes, accionistas, empleados o público en general. (P. Morgan Chase Bank N.A. Sucursal Buenos Aires, “Manual de Gestión del Riesgo Reputacional”, (2014),

https://www.jpmorgan.com/cm/BlobServer/argentina_riesgo_reputacional.pdf?blobkey=id&blobwhere=1320670080475&blobheader=application/pdf&blobheadername1=CacheControl&blobheadervalue1=private&blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs)

¹⁵³ Posibilidad de falta de cumplimiento de las normas legales y normas de carácter administrativo emitidas -en este caso- por el contrato del fideicomiso.

¹⁵⁴ Riesgo de sufrir pérdidas debido a la inadecuación o a fallos de los procesos, personas o sistemas internos o bien a causa de acontecimientos externos.

7.3.- Responsabilidad de la COSEDE

El artículo 23 de la Resolución 176-2015 de la JPRMF determina la responsabilidad fiduciaria frente al Fondo de Liquidez acogiendo lo que determina el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero- Ley de Mercado de Valores-; sin embargo, no determina que tipo de responsabilidad debe tener la COSEDE con respecto a la administración que realiza, pues el COMF no es explícito sobre el tema a pesar de haberle otorgado esta facultad. La única excepción existente al respecto es la incluida en el artículo 337 en el cual se les otorga responsabilidad a los miembros del Directorio de la COSEDE por las inobservancias de los principios de inversión de los recursos del Fondo.

En tal virtud, la COSEDE al ser la entidad que emite la instrucciones sobre las cuales se ejecutan los fideicomisos del Fondo de Liquidez, debería tener responsabilidades expresas mediante una norma legal, lo cual brindaría seguridad jurídica a las entidades aportantes.

7.4.- Aportes de las entidades del sector financiero de la economía popular y solidaria

La resolución en mención determina únicamente la aportación de las entidades del Segmento 1 y de las Asociaciones y Mutualistas de Ahorro y Crédito, sin embargo la falta de la disposición sobre que monto deben aportar las entidades de los otros segmentos del SFEPS, limita su participación al Fondo cuando éste se encuentre operativo. Por esta razón se sugiere que se emita una resolución que tenga un análisis sustentando sobre el monto de aportación de las entidades de los segmentos 2, 3, 4 y 5 de la economía popular y solidaria a fin de que exista equidad de acceso y proporcionalidad de aportación.

7.5.- Confidencialidad

El Código Orgánico Monetario y Financiero otorga la facultad al Directorio de la COSEDE de: “calificar como reservada la información que pudiera poner en peligro el

normal desenvolvimiento del sistema financiero nacional,”¹⁵⁵ ante este enunciado se cree que se debe declarar reservada todos los temas que tengan que ver con créditos e inversiones del Fondo de Liquidez, ya que su conocimiento público podría acarrear pánico financiero a través de retiros masivos de dinero de las instituciones, lo cual ocasionaría una gran pérdida en lugar de resultar una salida a sus necesidades.

En base a lo indicado es conveniente que la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera determine en su resolución la confidencialidad con la cual deben ser tratados estos temas dentro de su seno así como dentro del ámbito del administrador fiduciario, pues recordemos que la falta de acatamiento de la reserva de un funcionario público, puede ser sancionado con pena privativa de libertad de diez a trece años de conformidad con el artículo 278 del Código Integral Penal.

7.6.- Norma diferenciada para cada sector financiero

La norma establece lineamientos generales para los fideicomisos del Fondo de Liquidez de los sectores financieros privados y popular y solidarios, sin embargo por ser un sector que tiene diferentes realidades económicas, sociales y patrimoniales es imperante realizar normas específicas que se ajusten a las leyes que rigen lo rigen y que le permitan aprovechar de mejor manera la utilización de los recursos aportados al Fondo de Liquidez.

8.- El Fondo de Liquidez como garantía de operaciones de ventanilla de redescuento y excedentes de liquidez.

El Código Orgánico Monetario y Financiero en su artículo 128 otorga la facultad al Banco Central del Ecuador para efectuar con las entidades del sistema financiero nacional que aporten al Fondo de Liquidez, (es decir únicamente las entidades del sector financiero privado y del sector de la economía popular y solidaria), operaciones de redescuento de cartera de crédito y títulos a largo plazo emitidos por el Ministerio de Finanzas o el propio Banco Central (TBC)¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Ecuador, COMF, art 85 numeral 8.

¹⁵⁶ Ecuador, COMF, art 128.

Para la realización de estas operaciones las entidades señaladas en el párrafo precedente deben poseer un nivel mínimo de solvencia y poseer un perfil de riesgo calificado, además de entregar en redescuento la cartera crediticia con una calificación de riesgo no menor a “A”.

De lo dicho se evidencia que como garantía para la operación de redescuento que otorgan las ESFP y ESFPS, se encuentra la cartera a redescantar lo cual asegura el pago de la operación.

No obstante de lo dicho, el citado artículo 128 del COMF en su inciso tercero dispone: “Los recursos que la entidad mantenga en el Fondo de Liquidez se constituirán en garantía de última instancia sobre las operaciones de redescuento”¹⁵⁷, y lo complementa indicando que la falta de cumplimiento de las obligaciones de las entidades financieras se declaran de plazo vencido.

En concordancia con lo mencionado el penúltimo inciso del artículo 335 del COMF dispone que: “Los recursos del Fondo de Liquidez (...) no podrán ser afectados por la obligaciones de los aportantes excepto el pago de las operaciones de crédito a través de la ventanillas de redescuento y de inversión doméstica de los excedentes de liquidez” .

Lo propio sucede con la inversión doméstica de los excedentes de liquidez, el artículo 124 inciso segundo del COMF dispone que:

El Banco Central del Ecuador podrá invertir los excedentes de liquidez de la economía en las entidades del sector financiero privado o entidades del segmento 1 del sector financiero popular y solidario, por medio de instrumentos financieros reembolsables de inversión doméstica, previa **rendición de garantías** con títulos emitidos por el ente rector de las finanzas públicas, títulos del Banco Central del Ecuador o cartera de créditos con calificación de al menos A. Los recursos que la entidad financiera mantenga en el Fondo de Liquidez se **constituirán en garantía** de última instancia sobre las operaciones de inversión doméstica¹⁵⁸. (énfasis agregado).

¹⁵⁷ Ecuador, COMF, art 128 inciso tercero.

¹⁵⁸ *Ibidem*, art 124.

De lo dicho las entidades financieras citadas previo a realizar las inversiones en excedentes de liquidez deben otorgar una garantía que puede ser de dos clases, y además una garantía adicional que correspondiente a sus recursos en el Fondo de Liquidez.

Por lo expuesto se evidencia que dentro de estas exigencias legales, el Banco Central está obligado a solicitar al Fondo de Liquidez tomar la parte proporcional de los aportes de las entidades incumplidas para evitar un detrimento económico dentro de patrimonio, en otras palabras precautela el recurso público, visión que se cree que tuvo el legislador al incluir los artículos citados.

Sin embargo, estas disposiciones impuestas por el COMF son extremas y hasta cierto punto excesivas, toda vez que el 100% de la cartera generada a ser redescontada en el caso de operaciones de ventanilla de redescuento, y títulos emitidos por el ente rector de las finanzas públicas, títulos del Banco Central del Ecuador o cartera de créditos con calificación de al menos “A” en el caso de inversiones de excedentes de liquidez, ya constituyen garantías que previo haber cumplido con la revisión del riesgo crediticio (en cartera) de los índices de solvencia y las relaciones patrimoniales de la entidad, aseguran el pago de la obligación, así como cualquier otro requerimiento realizado por el Banco.

A pesar de lo señalado, la ley al incluir estas disposiciones legales llegan a contradecir y a desnaturalizar la esencia misma que tiene el Fondo de Liquidez, toda vez que al garantizar estas operaciones no están cumpliendo el objeto específico con el que fue creado, que es el de ser prestamista de última instancia en casos de deficiencia de liquidez de las entidades financieras de los sectores privados y de la economía popular y solidaria, en tal razón esta función ampliada otorgada al Fondo en calidad de garantía debería eliminarse de la normativa legal vigente, por no ser connatural a su finalidad.

CONCLUSIONES

- En la mayoría de países el prestamista de última instancia es función innata del Banco Central, en nuestro país esta entidad cumplió estas funciones, precisamente hasta que se adoptó el modelo de dolarización, momento en el cual el país quedó imposibilitado de emitir moneda, y se creó Fondo de Liquidez para el sistema financiero nacional como una medida para salvaguardar la liquidez de las entidades del sector financiero. El Fondo de liquidez no aplica para entidades del sector financiero público
- Según la Constitución de la República y el Código Orgánico Monetario y Financiero el Estado deberá velar por los niveles de liquidez de las entidades financieras y serán reguladas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera así como controlados por la Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria. Dentro de la política económica adoptada por el actual gobierno se encuentra mantener una ambiente económico y financiero estable manteniendo el sistema de dolarización adquirido en el año 1999.
- El Fondo de Liquidez se crea como un mecanismo de contingencia que sirve para brindar apoyo a través de un préstamo a las instituciones del sistema financiero privadas y de la economía popular y solidaria que demuestren, frente a eventuales problemas de liquidez, las cuales únicamente deben ser temporales y de corto plazo.
- El legislador ha creído conveniente mantener en el Código Orgánico Monetario y Financiero la estructura que aplicaba a la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, esto es a través de la figura del fideicomiso, pero brinda la posibilidad de diferenciarlos por sectores esto es uno para el sistema financiero privado y otro para las entidades financieras de la economía popular y solidaria. Se ha constatado que la figura del fideicomiso es la más idónea para este Fondo toda vez que ha permitido construir estructuras jurídicas a medida que permitan acceder a los objetivos deseados.
- Los Fideicomisos del Fondo de Liquidez son del tipo “*constructive o cuasi- trusts*”, es decir que los impone la Ley, dentro de los cuales no existe acuerdo de voluntades,

consentimiento, ni confianza entre sus constituyentes, beneficiarios y fiduciario, lo cual desnaturaliza la esencia del patrimonio autónomo

- Se ha evidenciado que Gran Bretaña y EEUU a pesar de ser países de economía de gran escala, en algún momento de su historia han tenido la necesidad de acceder al prestamista de última instancia para mitigar las crisis financieras a fin de sostener su economía.
- El Ecuador ha tomado como referencia los estándares de liquidez otorgados por los principios básicos de Basilea para la supervisión bancaria efectiva, así como sus recomendaciones I,II y III, al punto que las ha tornado más rígidas con el objeto de evitar que se den riesgos de liquidez dentro de la economía del país.
- Los recursos que forman parte del Fondo de Liquidez son de carácter privado e inembargables, motivo por el cual el Estado no debería tener injerencia alguna sobre la utilización de estos fondos, si bien existe participación estatal a través de la COSEDE y del Banco Central del Ecuador, estas entidades actuarán de conformidad con las atribuciones que el Código Orgánico Monetario y Financiero les ha otorgado.
- El COMF no es claro al disponer sobre la administración del Fondo de Liquidez lo brinda una suerte de confusión y puede inducir a un error toda vez que no determina el alcance sobre que tipo de administración es la que se debe ejercer la COSEDE.
- EL COMF no determina quien realiza la autorización del crédito ordinario, sin embargo de la práctica se ha podido determinar que lo realiza el BCE, de cual se evidencia que tanto la COSEDE y el Banco Central son autorizadores de créditos, extralimitando las funciones que le están permitidas al Banco Central del Ecuador como administrador fiduciario del Fondo de Liquidez.
- La resolución 176-2015 de la JPRMF establece un plazo máximo de seis meses para que el Banco Central del Ecuador entregue a la COSEDE el perfil de usuario para poder realizar los cálculos de aportes mensuales y anuales de las entidades financieras privadas y popular y solidaria, tiempo en el cuál el BCE se encuentra ejecutando actividades que son de riesgo, responsabilidad y competencia de la COSEDE evidenciándose la duplicidad de actividades en procesos que no han sido automatizados por falta de previsión de la ley
- Desde un punto de vista social es importante que exista participación del Estado a

través del Banco Central en los Fideicomisos del Fondo de Liquidez, pues le permitirá conocer el entorno financiero privado y popular y solidario para actuar de manera oportuna en la política económica del país con el objeto de precautelar los intereses de los depositantes, no obstante de ello se ha limitado la participación del sector privado y popular y solidario en la toma de decisiones sobre el Fondo de Liquidez al no haberlos hechos partícipes dentro de un cuerpo colegiado con voz.

- Una vez realizada una comparación de lo dispuesto por el Código Orgánico Monetario Financiero y lo señalado por la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, se ha evidenciado que su contenido básicamente es el mismo, a tal punto que no se modificaron ciertas inconsistencias operativas
- El Fondo de Liquidez como está concebido actualmente, no soportaría una corrida generalizada de depósitos, es decir no todas las entidades aportantes tienen la seguridad de acceso al Fondo.
- Las entidades Financieras privadas y de economía popular y solidaria que puedan acceder al Fondo de Liquidez lo harán a través de operaciones activas y pasivas. Las operaciones activas pueden ser créditos ordinarios de hasta 24 horas y extraordinarias de hasta 365 días. Se cree que debería dinamizarse el crédito ordinario a efecto que las instituciones financieras puedan acceder a los recursos de a corto plazo y manteniendo como garantía sus propios aportes al Fondo.
- El COMF debió otorgar mayor protagonismo al sector financiero privado y de la economía popular y solidaria dentro del Fondo de Liquidez, especialmente en la toma de decisiones.

Existe la necesidad de las instituciones del SFP y SFEPS de acceder a un crédito ordinario que no sea exclusivamente para cubrir deficiencias en la compensación del Sistema Central de Pagos administrado por el Banco Central, lo cuales se puedan garantizar con el 70% de sus aportes al Fondo de Liquidez.

- La resolución N° 176-2015 de la JPRMF debería prever el tema de inversiones, riesgos, responsabilidad de la COSEDE ante sus decisiones, aportes de las entidades del sector financiero de la economía popular y solidaria, confidencialidad y separar claramente la situación de los sectores aportantes al Fondo por tener diferencias marcadas en su constitución, operatividad y experiencia.

- A pesar de no ser parte de la finalidad del Fondo de Liquidez la de garantizar operaciones de las instituciones financieras aportantes, el COMF dispone que estos patrimonios autónomo sirvan de colateral de las operaciones de ventanilla de redescuento y excedentes de liquidez, lo cual desnaturaliza su razón de ser.

RECOMENDACIONES

- Se sugiere que la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera regule sobre las propuestas realizadas a lo largo del presente trabajo a fin de reforzar la confianza, seguridad y transparencia de las operaciones del Fondo de Liquidez
- Se sugiere que la COSEDE y el BCE realicen análisis periódicos en base a datos históricos que les permitan determinar de manera técnica los porcentajes con los que el Fondo de Liquidez puede distinguir el fondo cooperativo y el fondo para su uso exclusivo.
- Se recomienda que las regulaciones que se emita por parte de la JPRMF sean de trato diferenciado a las entidades del sector privado con respecto de las entidades del sector de la economía popular y solidaria, toda vez que son sectores con diferentes realidades económicas, sociales y patrimoniales.
- Se sugiere que se reforme la normativa de regulación del Fondo de Liquidez con el fin de que se indique que los recursos de este Fondo no serán utilizados para cubrir deficiencias de solvencia de sus aportantes

BIBLIOGRAFÍA.

Doctrina y varios

- Acosta Romero, Miguel. Derecho Bancario. México: Porrúa, 1978.
- Aguirre Sánchez, Andrea, “Monitoreo de la Liquidez del Sistema Financiero ecuatoriano: una visión con medidas coherentes de riesgo”. Tesis profesional, Escuela Politécnica Nacional, Sede Quito, 2010.
- Amazo Parrado, Diana. “¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales?”. Red Revista Estudios Socio-Jurídicos Colombia (2009): 191
- Arias Xiomara, Gissel Daniel y Guamán Sandra. “Estudio de Vulnerabilidad financiera”. Superintendencia de Bancos y Seguros, 2014. Edición electrónica.
- Banco de Pagos Internacionales, Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, “Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz”, 2006. Edición electrónica.
- Bordo Michael. El Papel de la Banca Central en la actualidad – Prestamista de última instancia. México DF: Centro de estudios monetarios latinoamericanos, 1993.
- Bordo, Michael. El Prestamista de última instancia: puntos de vista alternativos y experiencia histórica. México DF: Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, 1993.
- Cáceres Rodríguez, José Sebastián. “La responsabilidad de las entidades fiduciarias por el incumplimiento en los negocios subyacentes al objeto contractual: crítica a la ‘delegación’ de obligaciones”. Revista de Derecho Privado: Universidad de los Andes, N°52 (IV trimestre 2014): 11.
- Claro Solar Luis, Derecho Civil Chileno y Comparado, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1978
- Casado, María Laura. Diccionario de derecho. Buenos Aires: Valletta Ediciones, 2009.
- “Correa informa que por rumores de desdolarización hubo retiros de depósitos por \$600 millones”, El Telégrafo (Guayaquil), 1º edición, 30 de junio de 2015, 3.

- Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Edición N° 23, 2014. Edición electrónica
- Espinosa, Roque. “La crisis económica y financiera de finales de siglo y dolarización”. PADB-UASB. Quito, (2000):2. Edición electrónica.
- Fernández de Lis, Santiago. “La crisis suprime y el préstamo de última instancia”, Fundación Real Instituto Elcano ARI 106, (2008): 2. Edición electrónica.
- Freixas, Xavier 1999. “El prestamista de última instancia en el entorno financiero actual”. Els Opuscles del CREI, Barcelona.
- García y García, Miguel. “Responsabilidad del fiduciario, retos y provisiones” (ponencia Simposio Internacional sobre Negocios Fiduciarios, República Dominicana, noviembre 2011).
- Gersscovich Carlos, Gustavo. Derecho Bancario y Financiero Moderno, Buenos Aires: Villela Editor, 1999.
- Goodhart, CAE.1897 “Why Do Banks Need a Central Bank?”. En L. Bendeski, El papel de la banca central en la actualidad. México DF: Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos.
- Irigoyen Samaniego, Daniela. “Naturaleza Jurídica del encargo fiduciario en la Legislación ecuatoriana”. Tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010.
- Jácome, Luis. “La Participación de los Bancos Centrales en las Crisis Bancarias de la América Latina-Lecciones de los decenios de los noventa y de 2000”, El Trimestre Económico, vol. LXXX (2), núm. 318, primer trimestre(2013), 293. Edición electrónica.
- Kiper, Claudio y Lisoprawski, Silvio 2004. Tratado de Fideicomiso. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2012.
- López de Zavalía, Fernando, Teoría de los contratos, Parte Especial, Buenos Aires: Zavalía, 1995.
- Lascala, Jorge Hugo. Practica de Fideicomiso, Buenos Aires, Editorial Astres, 2003.
- Machinea, José Luis. “La Crisis Financiera Internacional: su naturaleza y desafíos de política económica”. Revista CEPAL, N° 97 (I semestre del 2009): 37.

- Márquez José Fernando. “El fideicomiso de garantía y el concurso del fiduciante”.
Revista de Derecho Privado y Comunitario, Volumen 2003-1, (II semestre de 2003): 129 .
- Mejía, Kléber. “Contagio Bancario y requerimiento mínimo de liquidez”, Flacso- BCE.
Edición electrónica.
- Mercado Yebra, Joaquín. Banca múltiple y reforma financiera en México, México:
Miguel Ángel Porrúa, 2014.
- Mila, Frank. Manual de introducción al Derecho: un texto ajustado a las tendencias
modernas del Derecho, Venezuela: Vadell Hermanos Editores, C.A, 2012.
- P. Morgan Chase Bank N.A. Sucursal Buenos Aires, “Manual de Gestión del Riesgo
Reputacional”, (2014), Edición electrónica Rodríguez de Azuero, Sergio.
Contratos Bancarios, Bogotá, editorial Legis, 2004.
- Quintana Adriano, Arcelia. “La Quiebra de la Banca y Regulación de Garantía”. Revista
de Derecho Privado, nueva época, año II, N°4 , (I semestre de 2003): 236.Edición
electrónica.
- Rodríguez Azuero, Sergio. “El Fideicomiso Mercantil Contemporáneo”. Revista
cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y
Empresariales, N° 70, (I trimestre 2007). Edición electrónica.
- Sanz de Santamaría, Eduardo Casas. Del Trust Anglosajón a la Fiducia en Colombia- y
materias aledañas. Bogotá: Temis S.A., 2004.
- Shirref, David. Cómo lidiar con el riesgo financiero. Colección Finanzas y Negocios.
Buenos Aires: Cuatro y Media, 2008.
- Velásquez Posada, Obdulio Responsabilidad civil extracontractual, Bogotá: Editorial
Temis, 2009.

Leyes, Decretos y Resoluciones

- Constitución Política de la República del Ecuador [2008], [Quito]: Asamblea Nacional
Ecuador. Ley Orgánica del Banco Central del Ecuador. Registro Oficial, N° 283, 12 de
marzo de 1927
- Ecuador. Ley de Régimen Monetario. Registro Oficial Suplemento, N° 930, 7 de mayo
de 1992.

Ecuador. Ley de Mercado de Valores. Registro Oficial Suplemento, N° 199, Quito, 28 de mayo de 1993.

Ecuador. Ley de Instituciones del Sistema Financiero. Registro Oficial Suplemento N°439, Quito, 12 de mayo de 1994.

Ecuador. Ley Reordenamiento en Materia Económica Tributario Financiera. Registro Oficial Suplemento N° 78, 1 de diciembre de 1998.

Ecuador. Ley para la transformación Económica del Ecuador. Registro Oficial Suplemento N° 34, 13 de marzo de 2000.

Ecuador. Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Registro Oficial, N° 463, 17 de noviembre de 2004.

Ecuador. Codificación al Código Civil. Registro Oficial Suplemento, N° 46, 24 de junio de 2005.

Ecuador. Ley de Regulación del Costo Máximo Efectivo del Crédito. Registro Oficial Suplemento N° 135, 26 de julio de 2007.

Ecuador. Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera. Registro Oficial N°498, 31 de diciembre de 2008.

Ecuador. Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria. Registro Oficial Suplemento, N° 444, 10 de mayo de 2011.

Ecuador. Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Registro Oficial Suplemento, N° 306, 22 de octubre de 2006.

Ecuador. Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Optimización Societaria y Bursátil. Registro Oficial Suplemento, N° 249, 20 de mayo de 2014.

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

Ecuador, Junta Bancaria, "Resolución N° JB-2000-202". Registro Oficial Suplemento N° 41, (25 de marzo de 2000):1.

Ecuador, Junta Bancaria, "Resolución N° JB-2009-1278". Registro oficial N° 583, (5 de mayo del 2009):10.

Ecuador. Superintendencia de Bancos. "Nota Técnica Sobre Riesgos de Mercado y Liqueidez".(Resoluciones Nos. JB-2002-429 y JB-2002-

431), <www.sbs.gob.ec/medios/.../notas_tecnicas_riesgos_mercado_liquidez.doc>

Ecuador, Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Mercado de Valores, Sección III, del Título IV.

Ecuador, Junta de Regulación Monetaria y Financiera. “Resolución 176-2015-F: Normas Generales para el funcionamiento del Fondo de Liquidez del Sector Financiero Privado y el Sector Financiero Popular y Solidario”, s/p en Registro Oficial.

Ecuador. Superintendencia de Bancos y Seguros. “Resolución N° SBS-2013-040”. Registro Oficial N°032, (9 de julio de 2013): 35.

Ecuador, Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos, Título X, Capítulo II Sección I.

Ecuador. Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, en Registro Oficial Edición Especial, Sección IV Disposiciones generales, del Capítulo I Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario, del Título V Negocios Fiduciario.

Ecuador. Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. “Resolución N°118-2015-F”. Registro Oficial, N°591 (21 de septiembre de 2015): 19.

Ecuador, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, “Norma para la Administración Integral de Riesgos en las Cooperativas de Ahorro y Crédito y cajas centrales, N° 128-2015-F”. Registro Oficial Suplemento N° 621, 5 de noviembre de 2015):4

Ecuador, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, “Norma para la segmentación de las entidades del sector financiero popular y solidario”. Registro Oficial N° 457, (12 de marzo de 2015): 35 Ecuador, Corporación de Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados, “Resolución N° 2015-008” (25 de septiembre de 2015).

Ecuador, Corporación de Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Seguros Privados, COSEDE, “Resolución N° 2014-002”, (18 de noviembre de 2014).

Ecuador, Ministerio de Finanzas, “Gestión de recursos públicos a través de la figura de fideicomiso para las instituciones del sector público no financiero”, Registro Oficial N° 516 (5 de junio de 2015):17-20.

Colombia. Superintendencia Financiera. “Fiducia, Conservación y Protección de los Bienes Fideicomitidos Concepto N° 1997045453-4”, (Agosto 14 de 1998) : 3

Colombia. Ley 80 de 1993. Diario Oficial, No. 41.094, (28 de octubre de 1993).

Colombia, Superintendencia Bancaria, “Delegación de profesionalidad Concepto 96027904-3”, (20 septiembre 1996): 2

Colombia, Laudo arbitral entre la Fiduciaria del Estado S.A., (en liquidación) vs. Tres de Occidente S.A., Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá, 19 de octubre de 2005.

Virtual

<http://www.gestiopolis.com/que-es-solvencia-financiera-como-se-analiza/>>

<http://www.elmundo.com.ve/diccionario/liquidez.aspx>>

http://webs.ono.com/martinpascual/pv70601_tresconceptos.pdf

<http://www.prensalatina.com.br/Dossiers/CrisisFinanciera/PaqueteRescate.html>

https://www.jpmorgan.com/cm/BlobServer/argentina_riesgo_reputacional.pdf?blobkey=id&blobwhere=1320670080475&blobheader=application/pdf&blobheadername1=CacheControl&blobheadervalue1=private&blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs>

<http://www.definicionabc.com/economia/administrar.php>

<http://www.bce.fin.ec/index.php/fondo-de-liquidez-4>

<http://www.itm.edu.co/plan-operativo-anual-de-inversiones.aspx>

<https://efxto.com/diccionario/riesgo-politico>

<http://www.sib.gob.gt/web/sib/faq/basilea>