

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros

Análisis de las reformas introducidas por la Ley Orgánica de Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil sobre el fideicomiso mercantil en garantía

Darío Efraín Echeverría Muñoz

Tutora: Margoth Chiriboga López

Quito, 2017



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Darío Efraín Echeverría Muñoz, autor de la tesis intitulada “Análisis de las reformas introducidas por la Ley Orgánica de Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil sobre el fideicomiso mercantil en garantía”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Financiero, Bursátil y de 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: 04 de octubre del 2017.

Firma:.....

Resumen

El fideicomiso mercantil en garantía en el Ecuador es un negocio fiduciario, que consiste en el aporte de bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales a un patrimonio autónomo, con la finalidad de garantizar distintos tipos de obligaciones y como medio alternativo a la prenda o a la hipoteca.

La expedición de la Ley Orgánica de Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil en el Registro Oficial No. 240, el 20 de mayo del 2014, modificó las condiciones para la constitución y ámbitos de aplicación de este tipo de negocio fiduciario, entre las cuales está la obligatoriedad de su inscripción en el Catastro Público de Mercado de Valores, además de haber eliminado específicamente el fideicomiso en garantía automotriz.

El problema radica que dichas reformas han restringido el uso que puede realizarse de esta figura, sin que tales limitaciones se encuentren fundamentadas en criterios técnicos sólidos. Estas limitaciones han afectado aspectos muy sensibles como son: que rol pueden asumir las instituciones del sistema financiero; operaciones de crédito que pueden ser garantizadas mediante el uso de esta figura; necesidad de registro; prohibición de que la industria automotriz utilice esta figura, entre las más importantes. Estos son límites que actúan sobre la libertad de contratación de los agentes de mercado, y que, por lo tanto, requieren tener un sustento técnico, en este caso ausente.

Por tal motivo se pretende estudiar, evaluar y proponer nuevas reformas a la Ley de Mercado de Valores para la constitución del fideicomiso mercantil en garantía, además de brindar soluciones a los vacíos existentes actualmente que no han sido analizados al momento de su implementación y su aplicabilidad en el Ecuador.

Agradecimientos

A mí Tutora Msc. Margoth Chiriboga, por su tiempo, dedicación y colaboración
para guiarme en el desarrollo de esta tesis;

A los profesores María Elena Jara, Juan Isaac Lovato y Ramón Rodríguez Borja,
por la constancia, enseñanza y apoyo al momento de defender y plasmar el presente
trabajo además de sus enseñanzas y experiencias dentro de la maestría;

A los demás Docentes por sus enseñanzas y experiencias;

A mis Amigos, por los buenos y gratos momentos.

Dedicatoria

Este proyecto está dedicado a Myriam, mi querida madre, a Roberto, mi gran hermano menor, y a Belén, quienes han sido un motor incondicional y empuje cuando las cosas parecían inalcanzables, esa inspiración me ayudó a conseguir las metas logradas este año de forma extraordinaria, mi más profundo cariño, agradecimiento y respeto hacia ustedes.

A mis grandes amigos por todo su respaldo, en especial a Loren y Giulliana, quienes conocí en Barcelona y hoy compartimos un lazo profundo de amistad que también me inspira a seguir adelante.

A mi familia materna por su cariño y apoyo incondicional, en especial a mis sobrinas y sobrinos, que este trabajo sea una inspiración para que logren plasmar sus grandes proyectos, sueños e ideales, está decretado.

Índice

Introducción	8
Capítulo Primero: El fideicomiso mercantil en garantía en el Ecuador	10
1.1. Aspectos introductorios.....	10
1.1.1. Concepto y definición.....	13
1.1.2. Naturaleza Jurídica	19
1.1.3. Derechos y Obligaciones de las Partes.	26
1.1.4. Modalidades del fideicomiso mercantil en garantía.	33
1.2. El fideicomiso mercantil en garantía frente a otras formas de garantía.	34
1.2.1. Prenda.	37
1.2.2. Hipoteca.....	40
1.2.3. Fianza.....	43
1.3. El uso del fideicomiso mercantil en garantía hasta antes de las reformas introducidas por la L.O.F.O.S.S.B.....	45
Capítulo Segundo: Las limitaciones a la figura del fideicomiso mercantil en garantía introducidas por la L.O.F.O.S.S.B.	53
2.1. Los objetivos que motivaron a las reformas.	53
2.2. Análisis de las limitaciones introducidas y de los problemas técnicos que éstas han suscitado.	60
2.1.1. Las limitaciones relativas a la calidad que pueden asumir las instituciones del sistema financiero en la conformación de fideicomisos mercantiles en garantía.....	60
2.1.2. Las limitaciones en las operaciones de crédito que pueden ser garantizadas mediante la figura del fideicomiso mercantil en garantía.	65
2.1.3. Los límites y restricciones para considerar a los fideicomisos mercantiles en garantía como garantía adecuada.	71

2.1.4. La obligación de inscripción y registro del fideicomiso mercantil en garantía.....	78
2.1.5. La prohibición de fideicomisos en garantía automotrices.....	81
2.3. Una propuesta de reforma técnica a la institución del fideicomiso mercantil en garantía.....	94
Conclusiones.....	99
Recomendaciones.....	101
Bibliografía.....	102

Introducción

Con las reformas introducidas a la Ley de Mercado de Valores, mediante la expedición de la Ley Orgánica de Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil (en lo sucesivo L.O.F.O.S.S.B) publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 249 del 20 de mayo del 2014, el régimen legal de la figura del fideicomiso mercantil en garantía en el Ecuador fue profundamente modificado.

El artículo innumerado posterior al Art. 120 de la Ley de Mercado de Valores, incorporada como Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, determinó ciertos parámetros para la constitución de esta figura, entre los cuales, las instituciones del sistema financiero solamente pueden comparecer en calidad de beneficiarios para respaldar operaciones crediticias que se detallan en la norma antes citada y no pueden comparecer bajo otra calidad, tampoco respaldar obligaciones distintas a las señaladas en la normativa vigente mediante el fideicomiso mercantil en garantía.

Esta norma, determina la inscripción obligatoria de los fideicomisos mercantiles en garantía en el Catastro Público del Mercado de Valores conforme a los tipos de garantía detallados en el artículo innumerado posterior al Art. 120 de la Ley de Mercado de Valores, incorporada como Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero.

También establece la eliminación del fideicomiso mercantil en garantía sobre vehículos, y dispone que bajo ningún concepto las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, puedan constituir este tipo de fideicomisos mercantiles en garantía. El énfasis recae sobre las instituciones del sistema financiero, lo cual afecta al derecho de libertad de contratación consagrado en el Art. 66, numeral 16 de la Constitución de la República.

Por último, la norma antes citada, determina que cualquier estipulación contractual que busque eludir o burlar el cumplimiento de lo dispuesto actualmente, se entenderá por no escrito, lo cual provoca como efecto inmediato la invalidez de cualquier fideicomiso mercantil en garantía que no esté acorde a la normativa actual vigente.

Desde cierto punto de vista, estas reformas generan efectos negativos que deben ser estudiados, debido a que obligan a las instituciones del sistema financiero, especialmente las que ofertan crédito automotriz, a optar por alternativas que son menos

eficaces, además que su actuación se restringe solamente a la calidad de beneficiario dentro del fideicomiso mercantil en garantía en el caso de estas últimas, lo cual evidencia una falta de sustento técnico al haberse redactado las reformas respecto al fideicomiso mercantil en garantía.

Con los antecedentes expuestos, la presente tesis, busca evaluar las limitaciones introducidas a la Ley de Mercado de Valores, desde una perspectiva técnica para presentar soluciones que en la actualidad han afectado a las instituciones del sistema financiero y también a las empresas concesionarias de vehículos en el caso del fideicomiso en garantía automotriz. También se pretende realizar una propuesta técnica que evite abusos en el uso de la figura, y a la vez no restrinja totalmente su utilización.

Esta propuesta busca opciones que le brinden seguridad a la figura y permita su desarrollo como una opción altamente eficiente, pudiendo ser de mucha utilidad para ayudar al sector comercial que sufre de altos costos operacionales para la constitución de garantías tradicionales, sin que pierda la esencia y sus elementos característicos para el efecto.

Capítulo Primero: El fideicomiso mercantil en garantía en el Ecuador

1.1. Aspectos introductorios

Para empezar con el presente estudio, es necesario realizar una introducción al origen de la figura del fideicomiso mercantil, la cual ha existido varios siglos atrás antes de Cristo, y su esencia se mantiene intacta a pesar del tiempo transcurrido y la forma en la que se constituye en nuestros días.

Desde sus inicios, en la historia del Derecho, el ser humano ha buscado formas de garantizar el cumplimiento de las obligaciones, esto dada la influencia particular que tuvo el Derecho Romano en algunas civilizaciones occidentales, según los estudios de varios autores, el fideicomiso era una de las manifestaciones o modalidades de negocios que tenía como punto de partida para su consumación, la confianza; dentro de estos según el autor colombiano Sergio Rodríguez Azuero, encontramos dos:¹

- *Fideicommissum*: Tuvo sus orígenes en las diferentes capacidades de heredar que tenía una persona, para salvar los inconvenientes que existían en ese entonces para hacer efectiva su última voluntad; de forma general, consistía que una persona transfería a otra vía testamento, uno o más bienes con el objeto de que estos fueran empleados en favor de terceras personas que en última instancia se les transfería los bienes.
- *Pactum Fiduciae*: A diferencia del anterior, esta transmisión era un acuerdo entre personas vivas, con la obligación a cargo del adquirente de dichos bienes para retransmitirlo en determinadas circunstancias, a su vez esta se dividió en dos clases, la *fiduciae cum creditore* y la *fiduciae cum amico*. La primera consistió en una forma de garantía sobre bienes que el deudor mantenía con determinado acreedor para prestar seguridad a los bienes, mientras que el segundo era de interés del fiduciante para respaldar los bienes frente a un posible ataque de terceros, su uso se centraba en caso de ausencia prolongada y necesitaba de una persona de confianza para que gestione.

¹ Rodríguez Azuero, Sergio; “*Negocios Fiduciarios y su significación en América Latina*”, Legis Editores S.A.; Primera Edición 2005; Bogotá – Colombia; Págs. 7-13.

En conclusión, dentro del derecho romano, los fideicomisos no tomaron su denominación de las palabras indirectas con que el testador expresaba su voluntad, más importante fue la confianza hacia la persona que la depositaba para que se cumpliera su encargo.

La confianza era primordial en este tipo de actos jurídicos, ya que el término fideicomiso, proviene de las raíces etimológicas *fides* que significa, confianza, fe, lealtad; y, *commisus* cuyo significado es comisión o encargo, términos que en la actualidad aún tienen importante significado, debido a que esa es la naturaleza del fideicomiso como tal, sus actos se traducen a través de la credibilidad, fidelidad y confianza que envuelve a las partes para su cumplimiento.

En lo que se refiere a la legislación ecuatoriana, los inicios del fideicomiso, los encontramos en la expedición de la “Ley de títulos de crédito” publicada en el Registro Oficial No. 124 el 9 de diciembre de 1963. En esta normativa se evidencia que la Superintendencia de Bancos, en ese momento fue el órgano encargado de controlar la emisión y autorización de estos certificados; además las entidades fiduciarias estaban sujetas a su control, títulos que fueron ratificados como bienes muebles, independientemente que los bienes fideicomitados sean inmuebles.

Posteriormente en el año de 1963, fue publicada la Ley General de Operaciones de Crédito, que al fideicomiso mercantil lo catalogó como un contrato cuyo fin fue destinar bienes a un fin lícito, cuya responsabilidad fue encomendada a una fiduciaria conforme lo determina el artículo 75, Capítulo Quinto.

Cabe mencionar que tanto la Ley de Títulos de Crédito como la Ley General de Operaciones de Crédito, fueron derogadas el 24 de julio de 1964; y, el 11 de noviembre de 1966, respectivamente.

En el año de 1993, se expide la Ley de Mercado de Valores del Ecuador, en el cual, agrega una reforma al Código de Comercio que incluye el título “Del fideicomiso mercantil”, posterior al artículo 409, incluye las siguientes disposiciones innumeradas en la figura: ²

Ya para la actualidad, en el año de 1998 se expide la actual Ley de Mercado de Valores que incluye varias disposiciones a favor de la figura del fideicomiso mercantil con grandes cambios significativos, entre ellos, se derogó el literal r) del artículo 51 de

² Ecuador, Ley de Mercado de Valores, Suplemento No. 199, Quito, 26 de mayo de 1993.

la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (norma actualmente derogada), que concede autonomía a las Administradoras de Fondos y Fideicomisos para actuar como fiduciarias, eliminando dicha potestad a las Instituciones Financieras.

Otro aporte importante con la expedición de la Ley de Mercado de Valores en el año 1998, es la dotación de personalidad jurídica a la figura del fideicomiso mercantil, ya que la mayoría de legislaciones de Latinoamérica (a excepción de Colombia) no lo poseen porque lo convierte en un patrimonio autónomo, independiente y separado administrado por la Fiduciaria, que cumple las instrucciones impartidas por el Constituyente conforme a lo estipulado en el contrato de constitución del fideicomiso mercantil.

Esto quiere decir que los bienes aportados al patrimonio autónomo por parte del Constituyente no son a favor de la Fiduciaria, sino que son a favor del fideicomiso mercantil, esto conlleva que exista una separación de patrimonios entre las partes que lo conforman otorgando autonomía para su administración debida por parte de la Fiduciaria.

Este aspecto de independencia en el patrimonio transferido al fideicomiso mercantil, reforzó también la actuación diligente que deben tener las Administradoras de Fondos y Fideicomisos en su calidad de Fiduciarias y también ratificando la confianza como su característica primordial tal como lo señalan los autores Claudio Kiper y Silvio Lisoprowsky: “(...) el fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la Ley o por la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la confianza depositada en él (...)”³, que tuvo acogida en el Ecuador para el desarrollo de múltiples negocios.

A lo largo del tiempo, este concepto de fideicomiso fue evolucionando que, en la actualidad, en el caso del Ecuador, y a través de las Resoluciones emitidas por el Consejo Nacional de Valores (Órgano actualmente inexistente) para la correcta regulación y funcionamiento del Fideicomiso Mercantil.

En la actualidad esta ley tuvo una reforma sustancial con la expedición de la Ley Orgánica de Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil (L.O.F.O.S.S.B en lo sucesivo) publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 249 del 20 de mayo del 2014, modificó y agregó nuevas reglas en especial para el

³ Kiper, Claudio, y Lisoprowsky, Silvio, 2004, “*Tratado del Fideicomiso*”, Depalma, Buenos Aires, Pág. 90

fideicomiso mercantil en garantía, cuya afectación cambió el panorama dentro de los negocios que se llevaban a cabo, del cual se hablará más adelante en el presente trabajo.

Por último dentro de los antecedentes cronológicos, las reformas agregadas en la L.O.F.O.S.S.B, la Ley de Mercado de Valores está incorporada como Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero (en adelante Ley de Mercado de Valores), en el cual se prevé la creación de Sociedades Administradoras de Fondos y Fideicomisos bajo el control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros para su administración.

1.1.1. Concepto y definición

El concepto del contrato del fideicomiso mercantil en el marco jurídico del Ecuador se encuentra estipulado en el Art. 109 del Libro II, Ley de Mercado de Valores, del Código Orgánico Monetario y Financiero:⁴

“Del contrato de fideicomiso mercantil.- Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se esperan 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.”

Un concepto similar existe en la legislación colombiana, y se encuentra estipulada en el artículo 1226 del Código de Comercio de Colombia:⁵

“Definición de la fiducia mercantil. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

⁴ Ecuador, Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley de Mercado de Valores, Suplemento No. 215, Quito, 22 de febrero del 2006, y su última reforma, Quito, 12 de septiembre del 2014.

⁵ Colombia, Código de Comercio, Bogotá, Decreto 410 de 1971.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.”

Con ambas definiciones tanto de Ecuador y Colombia, nos percatamos que dentro de la figura del fideicomiso mercantil o fiducia como se denomina en la legislación colombiana, existe la transferencia temporal e irrevocable de bienes por parte del Constituyente o Fideicomitente, mismos que son administrados por la Fiduciaria a favor de un tercero denominado Beneficiario o Fideicomisario.

Una diferencia sustancial existente respecto a las legislaciones mencionadas es el órgano de control que se encarga de autorizar y otorgar el funcionamiento de las Fiduciarias, en el caso de Colombia le corresponde a la Superintendencia Bancaria mientras que en el Ecuador le corresponde a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Entrando en materia de doctrina, el autor colombiano Sergio Rodríguez Azuero define al fideicomiso mercantil como “el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y que, con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero.”⁶

Es decir que, dentro del fideicomiso mercantil, la fiduciaria es quien administrada los bienes con cargo al patrimonio autónomo que es separado de los bienes de las partes que lo conforman para que se dé cumplimiento a la finalidad establecida en la constitución del fideicomiso.

No así, en las demás legislaciones de Latinoamérica, la separación del patrimonio autónomo y su independencia respecto a los bienes de las partes, es algo que solamente existe en Colombia y Ecuador, un ejemplo de cómo funciona el fideicomiso mercantil lo tenemos en México y para ello citaremos el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:⁷

⁶ Rodríguez Azuero, Sergio; 1997, “*La Responsabilidad del Fiduciario*”, Ediciones Rosaristas, Medellín; Pág. 182.

⁷ México, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, México D.F, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 1932, última reforma publicada el 20 de agosto del 2008.

“En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.”

Si bien es cierto que la concepción de cada país es distinta conforme a su realidad mercantil, las tres definiciones legales citadas anteriormente tienen un elemento en común, y es la confianza.

Esto conlleva a que la Fiduciaria como tal, administre de forma diligente y profesional los negocios encomendados, afirmación que se encuentra ratificada en el artículo 103, literal a) de la Ley de Mercado de Valores:⁸

“a) Administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos en fideicomiso mercantil, y los bienes administrados a través del encargo fiduciario, pudiendo celebrar todos los actos y contratos necesarios para la consecución de las finalidades instituidas por el constituyente;”

En concordancia con la norma citada, el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores y el artículo 5 del Título XIII, Capítulo I, Sección I, Libro II de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros: determina claramente que:⁹ las obligaciones de la fiduciaria son de medio y no de resultado, para lo cual responderá hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión.

El tipo de negocio fiduciario que se centra como objeto de análisis, es el fideicomiso mercantil en garantía, pero antes de avanzar en la materia de estudio del presente trabajo, es necesario definir lo que significa la garantía como tal, la Real Academia de la Lengua Española define a esta palabra como “efecto de afianzar lo estipulado”.¹⁰

Las definiciones doctrinarias que existen respecto al fideicomiso mercantil en garantía son innumerables, dado que ha sido objeto de estudio y aplicación en varios países, una de ellas nos brinda el autor colombiano Sergio Rodríguez Azuero que lo

⁸ Ecuador, Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley de Mercado de Valores, Suplemento No. 215, Quito, 22 de febrero del 2006, y su última reforma, Quito, 12 de septiembre del 2014.

⁹ Ecuador, *Ibidem*.

¹⁰ <http://dle.rae.es>

define como “(...) el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente en su favor o en beneficio de un tercero (...)”¹¹

Esto quiere decir que se da una relación entre el acreedor que otorga algo a favor del deudor con cargo a su patrimonio para tener la seguridad que será restituido conforme las partes lo han convenido, y esto es extensivo hacia terceras personas.

Otra definición del fideicomiso en garantía nos la presentan los autores argentinos Claudio Kiper y Silvio Lisoprowsky: “(...) El contrato mediante el cual el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquél o un tercero, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero, en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria (...)”¹²

En el Ecuador la definición legal del fideicomiso mercantil en garantía se encuentra estipulada en el artículo 17 de la Sección IV, Capítulo I, Título XIII, Libro II de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros:¹³

“De garantía: entiéndase por fideicomiso de garantía, al contrato en virtud del cual el constituyente, que generalmente es el deudor, transfiere la propiedad de uno o varios bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de una o varias obligaciones claramente determinadas en el contrato.

La fiduciaria, en ningún caso se convierte en deudora, deudora solidaria o avalista de la obligación u obligaciones garantizadas; solo asegura que en caso de que el deudor no cumpla tales obligaciones, actuará conforme a las disposiciones previstas en el contrato.

¹¹ Rodríguez Azuero, Sergio, 2005, “Contratos Bancarios y su significación en América Latina”, Legis Editores S.A, Primera Edición, Bogotá, Pág. 627

¹² Kiper, Claudio, y Lisoprowsky, Silvio, 2002, “*Fideicomiso en Garantía*”, Editorial Lexis Nexis Buenos Aires, Pág. 78

¹³ Ecuador, Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, Libro II: Mercado de Valores: Mercado de Valores, Registro Oficial Edición Especial No. 44, Quito, 24 de julio del 2017.

Para la constitución del fideicomiso en garantía, la fiduciaria debe recibir por escrito la conformidad del acreedor sobre los bienes aportados al fideicomiso y sobre su valoración. En caso de no recibir por escrito esta conformidad, el fiduciario inmediatamente debe liquidar el fideicomiso.

En el contrato puede establecerse que la fiduciaria practique o contrate avalúos periódicos de los bienes en garantía, a fin de mantener actualizado su valor comercial. Es obligación de la fiduciaria, cada vez que el constituyente designe nuevos acreedores o incremente las deudas garantizadas, recibir la conformidad por escrito del o los acreedores sobre el valor de los bienes fideicomitados.

El contrato de fideicomiso deberá contemplar claramente la obligación del constituyente o del beneficiario de sufragar los costos de los avalúos.”

Sobre la base de esta definición jurídica, la ley reconoce que el fideicomitente en este tipo de fideicomisos transmite la propiedad o titularidad de los bienes o derechos a la fiduciaria, así como también reconoce la obligación para el fiduciario de registrar contablemente los bienes o derechos fideicomitados y mantenerlos separados de sus activos.

Otra concepción interesante que tenemos respecto del fideicomiso mercantil en garantía, la encontramos en la legislación mexicana en el artículo 397 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, que estipula lo siguiente:¹⁴

“Cuando así se señale, un mismo fideicomiso podrá ser utilizado para garantizar simultánea o sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomitente contraiga, con un mismo o distintos acreedores, a cuyo efecto cada fideicomisario estará obligado a notificar a la institución fiduciaria que la obligación a su favor ha quedado extinguida, en cuyo caso quedarán sin efectos los derechos que respecto de él se derivan del fideicomiso. La notificación deberá entregarse mediante fedatario público a más tardar a los cinco días hábiles siguientes a la fecha en la que se reciba el pago.”

¹⁴ México, Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, México D.F., Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 1932, y su última reforma el 20 de agosto del 2008.

“A partir del momento en que el fiduciario reciba la mencionada notificación, el fideicomitente podrá designar un nuevo fideicomisario o manifestar a la institución fiduciaria que se ha realizado el fin para el cual fue constituido el fideicomiso.”

“El fideicomisario que no entregue oportunamente al fiduciario la notificación a que se refiere este artículo, resarcirá al fideicomitente los daños y perjuicios que con ello le ocasione.”

Si bien esta definición legal no nos brinda un concepto claro de lo que es el fideicomiso mercantil en garantía, en cambio muestra los mecanismos por los cuales puede ser utilizado por las instituciones fiduciarias para el cumplimiento de su finalidad estipulada en el contrato.

Por este motivo el autor colombiano Sergio Rodríguez Azuero, encuentra a esta figura como “(...) una de las posibilidades más interesantes de los negocios del fideicomiso. Se presenta en todos aquellos supuestos en los cuales el deudor transfiere bienes a la entidad fiduciaria con el objetivo 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 una deuda (...)”¹⁵

Lo que hace interesante al fideicomiso mercantil en garantía conforme los conceptos previamente citados, es la facultad que le otorga al deudor, para que, al asegurar el pago de la obligación contraída, forme parte del fideicomiso en calidad de constituyente al hacer la transferencia del bien en garantía para que un tercero imparcial, que es la fiduciaria lo administre conforme a las estipulaciones e instrucciones establecidas, hasta que se cancele la totalidad de la obligación.

Una vez cancelada la deuda, el bien fideicomitado en garantía, se restituye al patrimonio del deudor, que a la vez es el beneficiario dentro de la constitución del fideicomiso, pero de no cancelarse el total de la obligación en la forma prevista por las partes, el fiduciario por instrucción expresa en el contrato liquida el bien en garantía y con el fruto de la venta, se cancela los valores pendientes de pago al acreedor.

¹⁵ Rodríguez Azuero, Sergio, 2005, “Contratos Bancarios y su significación en América Latina”, Legis Editores S.A, Primera Edición, Bogotá, Págs. 807 – 809.

1.1.2. Naturaleza Jurídica

Del mismo modo que han existido diversas concepciones del fideicomiso en garantía, también hay diversas teorías sobre la naturaleza jurídica en las que se desarrolla para su aplicación práctica.

Respecto a lo que concierne a la materia fiduciaria en el Ecuador, primero debemos señalar que el fideicomiso mercantil, nace de un contrato que determina las obligaciones y requisitos mínimos para la constitución del patrimonio autónomo, los cuales se encuentran estipulados en el artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores, contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero:¹⁶

Art. 120.- Contenido básico del contrato.- El contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios deberá contener por lo menos lo siguiente:

1.- Requisitos mínimos:

- a) La identificación del o los constituyentes y del o los beneficiarios;
- b) Una declaración juramentada del constituyente de que los dineros o bienes transferidos tienen procedencia legítima; que el contrato no adolece de causa u objeto ilícito y, que no irroga perjuicios a acreedores del constituyente o a terceros;
- c) La transferencia de los bienes en fideicomiso mercantil y la entrega o no cuando se trate de encargos fiduciarios;
- d) Los derechos y obligaciones a cargo del constituyente, de los constituyentes adherentes, en caso de haberse previsto su adhesión, del fiduciario y del beneficiario;
- e) Las remuneraciones a las que tenga derecho el fiduciario por la aceptación y desempeño de su gestión;
- f) La denominación del patrimonio autónomo que surge como efecto propio del contrato;
- g) Las causales y forma de terminación del fideicomiso mercantil;
- h) Las causales de sustitución del fiduciario y el procedimiento que se adoptará para tal efecto; e,
- i) Las condiciones generales o específicas para el manejo, entrega de los bienes, frutos, rendimientos y liquidación del fideicomiso mercantil.

¹⁶ Ecuador, Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley de Mercado de Valores, Suplemento No. 215, Quito, 22 de febrero del 2006, y su última reforma, Quito, 12 de septiembre del 2014.

Que a la vez tiene concordancia con el artículo 4, de la Sección I, Capítulo I, Título XIII, Libro II de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros.¹⁷

Como vemos, el primer elemento jurídico para la constitución y funcionamiento del fideicomiso mercantil es el contrato suscrito por las partes, de las cuales hablaremos más adelante, los efectos de un contrato son las obligaciones que crea, porque es un acuerdo de voluntades que las genera conforme al objeto que las partes deseen perseguir como finalidad.

Además, los efectos de los contratos son las obligaciones que engendran para una o ambas partes y vienen a ser las consecuencias jurídicas que la ley desprende para el Constituyente, Fiduciario y Beneficiario dentro de este vínculo.

El contrato de fideicomiso, al ser constituido como una sociedad, dado que tiene personalidad jurídica conforme al artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores citado anteriormente, el mismo se registra en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, según las atribuciones constantes en el Art. 9, específicamente el numeral 19 que estipula: “Autorizar las actividades conexas de las bolsas de valores, casas de valores, administradoras de fondos y fideicomisos y, calificadoras de riesgo, que sean necesarias para el adecuado desarrollo del mercado de valores.”¹⁸ Y dentro de este marco se dan las siguientes características:

- **Personalidad jurídica:** Ficción Jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones. Tiene vida propia; al respecto de esta característica, el fideicomiso se constituye como una sociedad que está legalmente representado por la Fiduciaria encargada de su administración, pero a la vez dado que la Fiduciaria también es una persona jurídica, está es representada por una persona natural, lo que constituye una figura de doble representación legal como una de sus características principales.
- **Irrevocabilidad:** Los elementos establecidos en el contrato de constitución del fideicomiso no pueden ser cambiados o alterados, lo que impide cambios de instrucciones posteriores en contra del objeto del Fideicomiso, salvo acuerdo

¹⁷ Ecuador, Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, Libro II: Mercado de Valores, Registro Oficial Edición Especial No. 44, Quito, 24 de julio del 2017.

¹⁸ Ecuador, Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley de Mercado de Valores, Suplemento No. 215, Quito, 22 de febrero del 2006, y su última reforma, Quito, 12 de septiembre del 2014.

expreso entre las partes para que se pueda alterar las cláusulas del contrato del fideicomiso, pero para ello debe existir un adéndum o reforma al contrato para que no altere su principal finalidad y también debe ser registrado ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

- **Solemnidad:** Contrato se lo realiza mediante escritura pública, es expreso y debe cumplir las solemnidades y requisitos mínimos determinados por la ley.
- **Inembargabilidad:** Los bienes del Fideicomiso Mercantil no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del Constituyente ni por los del Beneficiario, salvo pacto en contrario previsto en el contrato.
- **Indelegabilidad:** Las instrucciones contractuales deben ser cumplidas por la Fiduciaria, ya que están basadas en el principio de “confianza” derivado del Constituyente.
- **Temporalidad:** Se debe establecer plazo o vigencia de duración del contrato.
- **Onerosidad:** El contrato de fideicomiso mercantil siempre es de carácter oneroso, debido a que sigue una determinada línea de negocio y busca obtener una ganancia lucrativa, basándonos en el hecho que su constitución es similar a la de una sociedad bajo el régimen de la Ley de Compañías.

Dentro de la naturaleza jurídica en el fideicomiso mercantil, tenemos un segundo elemento que lo hace único, respecto de otras figuras de garantía, y es la confianza, atributo citado anteriormente; y, por ello se sobrentiende la gran responsabilidad que posee la Administradora de Fondos y Fideicomisos en su calidad de Fiduciaria, al recibir en administración los bienes transferidos al patrimonio autónomo para el cumplimiento de su finalidad; en el Ecuador, esta característica se encuentra estipulada en el artículo 112 de la Ley de Mercado de Valores: ¹⁹

“**De los negocios fiduciarios.**- Negocios fiduciarios son aquéllos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos para que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del constituyente o de un tercero. Si hay transferencia de la

¹⁹ *Ibidem.*

propiedad de los bienes el fideicomiso se denominará mercantil, particular que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los que sólo existe la mera entrega de los bienes.”

Esto significa que la Fiduciaria tiene el encargo de una gestión de confianza en la administración del negocio de forma diligente y profesional, caso contrario esto implicaría sanciones legales por su manejo indebido; nuevamente citando al autor Sergio Rodríguez Azuero, afirma al respecto de este tema: “Su función es cardinal. De su competencia, de la diligencia que emplee en el cumplimiento de las instrucciones recibidas y del buen juicio con que tome las decisiones requeridas para el cumplimiento de la finalidad, dependerán la suerte y eficacia de la figura.”²⁰

Y la característica jurídica y originaria del fideicomiso mercantil, no ha pasado desapercibido para el órgano de control, que en el caso del Ecuador es la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; ya que la Doctrina II de la Intendencia de Mercado de Valores en sus párrafos tercero y cuarto determinan lo siguiente: “Considerando que en el fideicomiso mercantil, la calidad de constituyente con sus derechos y obligaciones se la adquiere mediante la manifestación de la voluntad de éste al comparecer y suscribir el respectivo contrato que debe ser otorgado mediante escritura pública, no se podría limitar a que dicha calidad se la adquiera a partir del momento en que se perfecciona la transferencia de los bienes al patrimonio autónomo, tal es así que la Ley prevé la posibilidad de transferir bienes que se espera que existan, y a pesar de no haber perfeccionado la transferencia, el constituyente ya ha contraído obligaciones y ostenta derechos, que son los previstos en el respectivo contrato. Lo contrario significaría que la suscripción de un contrato, no genera obligaciones para las partes, lo que se contrapone a las normas y principio de derecho civil.”

“Los negocios fiduciarios son contratos *intuitu personae*, es decir son negocios de confianza que se constituyen tomando en consideración las cualidades individuales de la persona a la cual el constituyente le concede la confianza para la real ejecución del contrato. La confianza que el constituyente otorga al fiduciario ha llevado a los tratadistas Regelsberger y Grassetti citados por el Doctor Sergio Rodríguez Azuero en

²⁰ Rodríguez Azuero, Sergio, 2005, “*Negocios Fiduciarios y su significación en América Latina*”, Legis Editores S.A, Quinta Edición, Bogotá, Págs. 807 – 809.

su obra “Contratos Bancarios” a definir a los negocios fiduciarios como “.....aquellos seriamente queridos, cuya característica consiste en la incongruencia o heterogeneidad entre el fin contemplado por las partes y el medio jurídico empleado para lograrlo...”, dado que el constituyente en razón de la confianza que le tiene al fiduciario, le otorga a éste desmedidas facultades para que mediante su actuación obtenga la finalidad establecida en el negocio fiduciario.”²¹

Esta facultad de la Fiduciaria en su calidad de representante legal y administradora del fideicomiso mercantil se encuentra tipificada en el artículo 119 de la Ley de Mercado de Valores:²²

Titularidad legal del dominio.- El fideicomiso mercantil será el titular de los bienes que integran el patrimonio autónomo. El fiduciario ejercerá la personería jurídica y la representación legal del fideicomiso mercantil, por lo que podrá intervenir con todos los derechos y atribuciones que le correspondan al fideicomiso mercantil como sujeto procesal, bien sea de manera activa o pasiva, ante las autoridades competentes en toda clase de procesos, trámites y actuaciones administrativas o judiciales que deban realizarse para la protección de los bienes que lo integran, así como para exigir el pago de los créditos a favor del fideicomiso y para el logro de las finalidades pretendidas por el constituyente.

Por lo tanto, la Fiduciaria al tener el traspaso de los activos en el patrimonio autónomo, se le confió la gestión de un negocio para la consecución de una finalidad específica, y dentro de su administración diligente y profesional, tiene la responsabilidad de cumplir con la gestión encomendada y no puede excluirse dada la confianza que se le otorgo para el presente negocio.

Y el tercer elemento que tenemos sobre la naturaleza del fideicomiso mercantil, se refiere a la separabilidad de los bienes transferidos al fideicomiso mercantil, para ello vamos a dar un vistazo al artículo 118 de la Ley de Mercado de Valores:²³

²¹ Ecuador, Doctrinas de Mercado de Valores, Doctrina II: Constituyentes de los Fideicomisos Mercantiles, Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

²² Ecuador, Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley de Mercado de Valores, Suplemento No. 215, Quito, 22 de febrero del 2006, y su última reforma, Quito, 12 de septiembre del 2014.

²³ *Ibídem*.

“Naturaleza individual y separada de cada fideicomiso mercantil.- El patrimonio autónomo que se origina en virtud del contrato de fideicomiso mercantil es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario.

Cada fideicomiso mercantil como patrimonio autónomo que es, estará integrado por los bienes, derechos, créditos, obligaciones y contingentes que sean transferidos en fideicomiso mercantil o que sean consecuencia del cumplimiento de la finalidad establecida por el constituyente. Consecuentemente, el patrimonio del fideicomiso mercantil garantiza las obligaciones y responsabilidades que el fiduciario contraiga por cuenta del fideicomiso mercantil para el cumplimiento de las finalidades previstas en el contrato.

Por ello y dado a que el patrimonio autónomo tiene personalidad jurídica, quienes tengan créditos a favor o con ocasión de actos o contratos celebrados con un fiduciario que actuó por cuenta de un fideicomiso mercantil, sólo podrán perseguir los bienes del fideicomiso mercantil del cual se trate mas no los bienes propios del fiduciario.

La responsabilidad por las obligaciones contenidas en el patrimonio autónomo se limitará únicamente hasta el monto de los bienes que hayan sido transferidos al patrimonio del fideicomiso mercantil, quedando excluidos los bienes propios del fiduciario.

Contractualmente el constituyente podrá ordenar que el fideicomiso se someta a auditoría externa; sin embargo el C.N.V., establecerá mediante norma general los casos en los que obligatoriamente los fideicomisos deberán contar con auditoría externa, teniendo en consideración el monto y naturaleza de los mismos.”

Esta es una peculiaridad que encontramos en el fideicomiso mercantil en el Ecuador, los bienes transferidos se encuentran separados de los patrimonios del constituyente, beneficiario y hasta de la misma fiduciaria, como hemos mencionado, el patrimonio autónomo está dotado de personalidad jurídica propia que le permite poseer autonomía propia para la consecución de sus fines.

En el caso del fideicomiso mercantil en garantía, este atributo es el que resalta más su característica, debido a que los bienes en garantía transferidos al patrimonio autónomo, cubren las obligaciones de un deudor específico y no causa la exposición

de dichos bienes a posibles acreedores adicionales que tenga el deudor, garantizando el bien dentro del patrimonio autónomo.

Sobre esta afirmación, el autor Sergio Rodríguez Azuero afirma lo siguiente: “(...) La separación es jurídica, pero debe, ante todo, reflejarse en los registros contables y busca que los bienes constituidos en fideicomiso no se confundan con los propios del fiduciario ni con aquellos correspondientes a otros fideicomisos en cabeza de la entidad, esto es, que en cualquier momento sea posible identificarlos todos de manera inequívoca. (...)”²⁴

Esto se da para temas de contabilidad, y que existan cuentas separadas para cada fideicomiso mercantil administrado por la fiduciaria, y estos registros reflejen de forma clara y precisa, los bienes propios de la administradora, diferenciándose de aquellos que le corresponden al patrimonio autónomo y por cuenta de terceros.

Por otro lado, es importante resaltar que las funciones de la fiduciaria son de medio, más no de resultado, esto quiere decir que los mecanismos que utilice la fiduciaria para la consecución de la finalidad deben orientarse a la debida administración de forma diligente y profesional; la Ley de Mercado de Valores establece esta pauta en el artículo 125:²⁵

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

Es decir que, si los bienes no son suficientes para cubrir las obligaciones del deudor, estos no pueden afectar de ninguna manera al patrimonio de la fiduciaria, ya que su labor solo es la administración conforme a las instrucciones impartidas por el constituyente y las determinadas en el contrato.

Esto se debe a que el fiduciario, no es propietario *per se* de los bienes objeto de transferencia al fideicomiso mercantil, además los frutos percibidos tampoco son a favor de la Administradora, ya que solamente realiza una gestión de confianza a

²⁴ Rodríguez Azuero, Sergio, 2005, “Negocios Fiduciarios y su significación en América Latina”, Legis Editores S.A, Quinta Edición, Bogotá, Págs. 198 – 199.

²⁵ *Ibidem*.

favor del constituyente y beneficiario, de conformidad a lo establecido en el contrato de constitución.

1.1.3. Derechos y Obligaciones de las Partes.

Dentro de la constitución del fideicomiso mercantil, existen tres partes esenciales para su conformación y son: constituyente, fiduciario y beneficiario.

➤ **Constituyente:** Como su nombre lo indica, es aquella persona que constituye el fideicomiso mercantil, de conformidad a la finalidad que busca conseguir a través de su administración por parte de la fiduciaria.

En el marco jurídico, la definición de constituyente se encuentra estipulada en el artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores,²⁶ y es aquella persona natural o jurídica ya sea nacional o extranjera, pública, privada o mixta, que dotada de personalidad jurídica transfiere el dominio de sus bienes sean corporales o incorporales a título de fideicomiso mercantil, sujetándose a las solemnidades de la ley.

La Ley en mención, determina los parámetros mínimos y necesarios para que una persona, pueda ser constituyente de un fideicomiso mercantil, y en el caso del Ecuador no existe discriminación alguna, ya que pueden ser personas naturales, jurídicas, nacionales, extranjeras, privadas y públicas.

Algo que también existe en relación al constituyente y menciona el artículo anterior, es el llamado constituyente adherente, que, a diferencia del constituyente como tal, este se adhiere posteriormente al fideicomiso mercantil, aceptando sus condiciones y aportando bienes al patrimonio autónomo, esta figura se encuentra estipulada en el artículo 20, de la sección IV, Capítulo I, Título XIII, Libro II de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros.²⁷

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Ecuador, Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, Libro II: Mercado de Valores, Registro Oficial Edición Especial No. 44, Quito, 24 de julio del 2017.

“Contratos de adhesión: Cuando un tercero se adhiera a un contrato de fideicomiso o de encargo fiduciario, deberá suscribir el respectivo instrumento, mediante el cual acepta las disposiciones del contrato original y sus modificaciones.

Si se tratare del aporte de un bien inmueble, se necesitará solemnidad de escritura pública.

En los casos de negocios fiduciarios que deban inscribirse, la fiduciaria deberá presentar copia del modelo del contrato de adhesión al solicitar la inscripción del contrato original.”

En lo que respecta a la doctrina, el concepto del constituyente es visto de esta manera por algunos autores, Silvio Lisoprowsky lo define como: “(...) el propietario del bien que se transmite en fideicomiso y a quienes instruyen al fiduciario acerca del encargo que debe cumplir (...)”²⁸

El autor Sergio Rodríguez Azuero define al constituyente de la siguiente manera: “(...) Puede decirse que toda persona capaz de disponer de sus bienes puede constituir un fideicomiso. Lo que no excluye a un incapaz que actúe a través de su representante legal, en cuanto éste llene los requisitos establecidos por la ley para hacer la mentada transferencia. A más de las personas físicas o naturales, las legislaciones aceptan la posibilidad de que las personas jurídicas sean fiduciantes, incluidas algunas de derecho público y aun ciertas autoridades judiciales o administrativas (...)”²⁹

Vemos que ambos autores, así como la legislación ecuatoriana, concuerdan en la capacidad y requisitos que necesitan para ser constituyente de un fideicomiso y encargar los bienes al fiduciario para su gestión y administración.

Los derechos que le corresponden al constituyente se encuentran determinados en el artículo 126 de la Ley de Mercado de Valores.³⁰

“Derechos del constituyente.- Son derechos del constituyente del fideicomiso mercantil:

²⁸ Kiper, Claudio, y Lisoprowsky, Silvio, 2004, “*Tratado del Fideicomiso*”, Depalma, Buenos Aires, Pág. 187.

²⁹ Rodríguez Azuero, Sergio, 2005, “*Negocios Fiduciarios y su significación en América Latina*”, Legis Editores S.A, Quinta Edición, Bogotá, Págs. 223 – 224.

³⁰ Ecuador, Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley de Mercado de Valores, Suplemento No. 215, Quito, 22 de febrero del 2006, y su última reforma, Quito, 12 de septiembre del 2014.

- a) Los que consten en el contrato;
- b) Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil;
- c) Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta el C.N.V., sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales; y,
- d) Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa leve en el desempeño de su gestión.

Desglosando el artículo precedente, los derechos del constituyente se reducen a lo siguiente:

- Aquellos derechos que consten en el contrato, conforme a la naturaleza del negocio.
- Designar al fiduciario y exigirle el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato, además que rinda cuentas de su gestión conforme a la ley y al contrato.
- Revocar el fideicomiso de no cumplirse el objeto establecido.
- Remover al fiduciario y sustituirlo por otro conforme lo establece el contrato y la ley.
- Ejercer las acciones judiciales pertinentes contra el fiduciario en caso de que su gestión haya ocasionado perjuicios.

Así como tiene derechos, también el constituyente se obliga con las partes intervinientes en el contrato de fideicomiso, la ley no dice de forma explícita cuales son los deberes del constituyente pero conforme a lo que se ha citado anteriormente y lo que se da en la práctica, entre las obligaciones del constituyente tenemos las siguientes:

- Pagar los honorarios acordados con el fiduciario por la gestión realizada conforme al contrato de fideicomiso.
- Reembolsar al fiduciario todos los gastos realizados por cuenta de él si el caso lo amerita.
- Sanear la evicción de los bienes aportados al patrimonio autónomo.

➤ **Fiduciario:** Es la persona jurídica calificada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, para administrar los negocios fiduciarios que tiene a su cargo.

La sociedad que se encarga de realizar la gestión y administración es la Administradora de Fondos y Fideicomisos, dicha atribución se encuentra estipulada en el artículo 97 de la Ley de Mercado de Valores:³¹

“Del objeto y constitución.- Las administradoras de fondos y fideicomisos deben constituirse bajo la especie de compañías o sociedades anónimas. Su objeto social está limitado a:

- a) Administrar fondos de inversión;
- b) Administrar negocios fiduciarios, definidos en esta Ley;
- c) Actuar como emisores de procesos de titularización; y,
- d) Representar fondos internacionales de inversión.

Para ejercer la actividad de administradora de negocios fiduciarios y actuar como emisora en procesos de titularización, deberán sujetarse a las disposiciones relativas a fideicomiso mercantil y titularización que constan en esta Ley.”

Respecto a lo que señala la doctrina, el autor Silvio Lisoprowsky define al fiduciario como: “quien asume la propiedad fiduciaria y la obligación de darle el destino previsto en el contrato.”³²

Al hablar de propiedad fiduciaria, el autor se refiere a los bienes que forman parte del fideicomiso mercantil, cuando han sido transferidos por el constituyente; pero un concepto más completo nos da Sergio Rodríguez Azuero al definir de la siguiente manera al Fiduciario: “El fiduciario es quien adquiere los bienes y se compromete a administrarlos o enajenarlos para la consecución de la finalidad señalada en el acto constitutivo. Es pues, no solo un propietario frente a terceros, sino el ejecutor de la voluntad del constituyente expresada por acto entre vivos o por testamento.”³³

Entre los derechos que tiene el fiduciario a su favor, dentro de la ley no existe una disposición específica pero dentro de la naturaleza del contrato de fideicomiso y la práctica, tiene los siguientes:

³¹ *Ibidem*.

³² Kiper, Claudio, y Lisoprowsky, Silvio, 2004, “*Tratado del Fideicomiso*”, Depalma, Buenos Aires, Pág. 187.

³³ Rodríguez Azuero, Sergio, 2005, “*Negocios Fiduciarios y su significación en América Latina*”, Legis Editores S.A, Quinta Edición, Bogotá, Págs. 225.

- Administrar el fideicomiso.
- Acción frente a terceros en defensa de los bienes fideicomitidos, y entablar las acciones legales necesarias para el efecto.
- Cobrar el reembolso de los gastos realizados por él a favor del fideicomiso.
- Percibir honorarios por su gestión conforme lo estipule el contrato.

En cuanto a sus obligaciones, la Ley de Mercado de Valores en su artículo 103 determina lo siguiente:³⁴

- Administrar de forma prudente y diligente los bienes transferidos al patrimonio autónomo, pudiendo celebrar todo contrato necesario para cumplir con la finalidad instruida por el constituyente.
- Mantener los bienes del fideicomiso mercantil separados del patrimonio de las partes que lo conforman.
- Rendir cuentas de su gestión.
- Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al contrato de constitución.
- Finalizar el contrato de fideicomiso mercantil por las causales previstas en la ley o por cumplimiento de su finalidad.
- Informa periódicamente a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros conforme a la ley.

El artículo citado expresa claramente las obligaciones del fiduciario en la administración y gestión de los negocios fiduciarios a su cargo y desglosando esta disposición, tenemos entre sus obligaciones las siguientes:

- Mantener separados los bienes del fideicomiso de su patrimonio personal.
- Hacer inventario de los bienes recibidos.
- Administrar los bienes recibidos e invertirlos conforme lo establece el contrato de fideicomiso.
- Llevar los registros contables de cada fideicomiso a su cargo.
- Rendir cuentas de las gestiones realizadas.

³⁴ *Ibidem*.

- Transferir los bienes a los beneficiarios cuando corresponda, según se haya previsto en el contrato y conforme a la Ley.
- **Beneficiario:** Es la persona natural o jurídica que por disposición de los constituyentes va a recibir los beneficios del contrato.

La Ley de Mercado de Valores en su artículo 116, nos brinda la definición del beneficiario:³⁵

“Beneficiarios.- Serán beneficiarios de los fideicomisos mercantiles o de los encargos fiduciarios, las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, de derecho privado con finalidad social o pública, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica designadas como tales por el constituyente en el contrato o posteriormente si en el contrato se ha previsto tal atribución. Podrá designarse como beneficiario del fideicomiso mercantil a una persona que al momento de la constitución del mismo no exista pero se espera que exista. Podrán existir varios beneficiarios de un contrato de fideicomiso, pudiendo el constituyente establecer grados de preeminencia entre ellos e inclusive beneficiarios sustitutos.

A falta de estipulación, en el evento de faltar o ante la renuncia del beneficiario designado y, no existiendo beneficiarios sustitutos o sucesores de sus derechos, se tendrá como beneficiario al mismo constituyente o a sus sucesores de ser el caso.

Queda expresamente prohibida la constitución de un fideicomiso mercantil en el que se designe como beneficiario principal o sustituto al propio fiduciario, sus administradores, representantes legales, o sus empresas vinculadas.”

Conforme nos indica la norma citada, el beneficiario de un fideicomiso puede ser una persona natural o jurídica que, en principio, dicha calidad recae en el propio constituyente, salvo que el contrato estipule a una tercera persona, pero la excepción a la regla es que la fiduciaria, sus administradores o empresas vinculadas, no pueden ser beneficiarios de un fideicomiso mercantil.

³⁵ *Ibíd.*

Citando la doctrina, la autora Bettina Freire, define al beneficiario como: “(...) la persona que, en virtud del negocio fiduciario, debe recibir los beneficios del cumplimiento del encargo y, eventualmente, los bienes fideicomitidos al momento estipulado o al vencimiento del plazo legal. El beneficiario puede ser el mismo fiduciante (...)”.³⁶

Por otro lado, Sergio Rodríguez Azuero, define al beneficiario como: “(...) la persona que en virtud del negocio jurídico debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo y, eventualmente, los mismos bienes fideicomitidos al vencimiento del término estipulado (...)”³⁷

Conforme lo señalado por ambos autores, vemos que el beneficiario es aquella persona que percibirá los frutos del fideicomiso, una vez que este haya cumplido su finalidad de conformidad a lo dispuesto en el contrato.

El artículo 127 de la Ley de Mercado de Valores, establece los derechos que se le confieren al beneficiario; en cierta medida, la ley le confiere derechos similares a los del constituyente, pero desglosando la presente disposición, los derechos del beneficiario son los siguientes:

- Impugnar los actos de disposición de bienes del fideicomiso mercantil realizados por el fiduciario en contra de lo previsto en el contrato.
- Solicitar la sustitución o remoción del fiduciario en los casos que fuere aplicable.
- Recibir los bienes objeto del fideicomiso y sus frutos según corresponda.
- Las mismas que los constituyentes;

En cuanto a sus obligaciones, son las mismas si recae esta calidad en el constituyente, pero si se trata de una tercera persona, sus deberes dentro del fideicomiso mercantil son las siguientes:

- Cumplir con las estipulaciones del contrato de fideicomiso mercantil, para que tenga derecho a recibir los beneficios percibidos de la gestión realizada por la fiduciaria.
- Restituir el bien, en caso de que llegare a estar en su poder.

³⁶ Freire, Bettina. *El fideicomiso, sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, 1997.

³⁷ Rodríguez Azuero, Sergio, 2005, “*Negocios Fiduciarios y su significación en América Latina*”, Legis Editores S.A, Quinta Edición, Bogotá, Págs. 245.

1.1.4. Modalidades del fideicomiso mercantil en garantía.

Como se ha dicho anteriormente, el fideicomiso mercantil en garantía tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas entre personas distintas a la fiduciaria, quien tiene a su cargo la gestión de los bienes aportados para subsanar las obligaciones pendientes.

Cada fideicomiso tiene modalidades distintas, pero en lo que respecta al fideicomiso mercantil en garantía, estamos hablando de una figura *sui generis*, es por ello que se han desarrollado distintas teorías en relación al objeto de la garantía, los elementos subjetivos, el procedimiento de cobro, etc.

Para fines prácticos en el presente trabajo, las modalidades del fideicomiso mercantil en garantía se detallan a continuación:

- **Fideicomiso de títulos valores:** En este tipo de fideicomiso, su objeto es garantizar con los títulos valores transferidos al patrimonio autónomo, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo del constituyente o de terceros designando como beneficiario al acreedor de éstas, y con el producto de la venta, se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, según lo establecido en el contrato.
- **Fideicomiso de bienes muebles:** El objeto de este tipo de fideicomiso, es garantizar las obligaciones del constituyente con el beneficiario, a través de un bien que una vez transferido al patrimonio autónomo, se convierte en el objeto del fideicomiso hasta que con el producto de su venta en caso de no pago, se subsane la obligación pendiente por parte del constituyente.
- **Fideicomiso de bienes inmuebles:** En este tipo de fideicomiso, a diferencia del anterior, el constituyente garantiza sus obligaciones con el beneficiario, mediante la transferencia de un bien inmueble, hasta el monto determinado por él o los acreedores, basándose en el avalúo, pudiendo ser vendido en caso de no pago de las obligaciones que el constituyente ha contraído para el efecto.
- **Fideicomiso de cartera:** En cuanto al objeto de este tipo de fideicomiso, consiste en garantizar las obligaciones contraídas con el beneficiario, por parte del constituyente hasta por el monto determinado por el acreedor, sobre la base del valor presente de la cartera, menos un porcentaje previamente determinado que servirá para cubrir la cartera vencida e incobrable.

1.2.El fideicomiso mercantil en garantía frente a otras formas de garantía.

Dentro del presente capítulo, se realizará un breve estudio de las figuras de garantía tradicionales frente al fideicomiso mercantil en garantía. Para empezar, es necesario definir la garantía como tal, para ello vamos a citar el artículo 31 del Código Civil:³⁸

“Caución significa generalmente cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca.”

Vemos que la caución en la legislación del Ecuador constituye una garantía para asegurar obligaciones propias o ajenas y distingue tres tipos que son la fianza, hipoteca y prenda, que se los explicará brevemente más adelante.

Guillermo Cabanellas define a la caución de la siguiente manera: “Precaución, cautela. | Garantía. | Seguridad. | La ley 10, del tít. XXXIII, de la Pan. Villa definía: "Seguramiento que el deudor ha de hacer al señor del deudo, dándole fiadores valiosos o peñas". Puede definirse como la seguridad dada por una persona a otra de que cumplirá lo convenido o pactado; lo obligatorio aun sin el concurso espontáneo de su voluntad.”³⁹

Y, por otro lado, Manuel Ossorio, define a la caución como: “Prevención, precaución o cautela. | Seguridad personal de que se cumplirá lo pactado, prometido o mandado. Es una expresión equivalente a fianza (V.), ya que garantiza, con relación a uno mismo o a otra persona, el cumplimiento de una obligación, por lo general establecida judicialmente, sea de orden civil o de índole penal.”⁴⁰

Podemos percatarnos de la definición de ambos autores, que la caución constituye un medio de prevención, precaución o cautela, que sirve para brindar seguridad en las obligaciones contraídas por el deudor para garantizar su cumplimiento conforme lo pactado con el acreedor.

³⁸ Ecuador, Código Civil, Suplemento No. 46, Quito, 24 de junio del 2005, y su última reforma, Quito, 19 de junio del 2015.

³⁹ Cabanellas de Torres, Guillermo; 2003, “*Diccionario Jurídico Elemental*”, Buenos Aires, Editorial Heliasta, Pág. 69.

⁴⁰ Ossorio, Manuel; “*Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*”, Guatemala C.A., 1ra Edición Electrónica; realizada por Datascan S.A, Pág. 153.

Dentro del Derecho Civil, debemos tomar en cuenta que se deriva en dos clases: el derecho objetivo y el derecho subjetivo.

Derecho Objetivo: Es el conjunto de normas constitutivas de un determinado ordenamiento jurídico, es decir, es el conjunto de normas que regulan la convivencia humana y rigen de un modo coactivo, esto es que pueden imponerse por la fuerza, en caso necesario.

Derecho Subjetivo: Es el conjunto de facultades que conforme a las normas jurídicas tiene un sujeto frente a otro u otros sujetos para desarrollar su propia actividad o determinar la de estos conceptos.

Los Derechos Subjetivos se clasifican en: Derechos Extrapatrimoniales y Derechos Patrimoniales.

Derechos Extrapatrimoniales: Son aquellos derechos que no contienen una inmediata utilidad económica y, por consiguiente, no son valorables en dinero. Estos Derechos provienen de dos fuentes: la primera en consideración de la dignidad del ser humano y por tanto son absolutos esto es que los defendemos o hacemos valer frente a cualquier persona y por otra parte nacen y mueren con la persona, son imprescriptibles e intransferibles así por ejemplo el derecho a vivir, a pensar libremente, al honor, a la salud, a conservar la integridad física, etc.

Derechos Patrimoniales: Son los que tienen un contenido económico y por consiguiente son valorables en dinero. Este grupo está integrado por los derechos reales y los derechos personales de estos nacen acciones reales y acciones personales según el caso, el fundamento legal de esta afirmación, consta en los artículos 583 y 594 del Código Civil:⁴¹

“**Art. 583.-** Los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales.

Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

Incorporeales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas.

⁴¹ Ecuador, Código Civil, Suplemento No. 46, Quito, 24 de junio del 2005, y su última reforma, Quito, 19 de junio del 2015.

Art. 594.- Las cosas incorporales son derechos reales o personales.”

Conforme el artículo citado, dentro de nuestra legislación, para hablar de la garantía de las obligaciones, debemos referirnos a los tipos de derechos que existen en nuestra legislación, y son los derechos reales y derechos personales.

Derecho Real: La palabra real proviene de la raíz latina *res*, que significa cosa y su definición la encontramos en el artículo 595 del Código Civil:⁴²

“Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen acciones reales.”

Claramente, la ley define que el derecho real, recae sobre los bienes sin determinar a las personas en general y dentro de su clasificación, tenemos los derechos de prenda e hipoteca; de ello derivan también acciones reales.

Acción: Facultad que tiene una persona para acudir a los jueces, se exterioriza mediante una demanda.

Acción Real: Conocida como reivindicación (*rei* = cosa, *vindicatio* = reclamo) es la facultad que tienen las personas para exigir judicialmente, que los bienes propios en manos de tercero pasen a poder del titular, facultad determinada en el artículo 933 del Código Civil:⁴³

“La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla.”

Derechos Personales: Facultad otorgada al acreedor, para exigir al deudor que se responsabilice de sus obligaciones personales, definición establecida en el artículo 596 del Código Civil:⁴⁴

⁴² *Ibidem.*

⁴³ *Ibidem.*

⁴⁴ *Ibidem.*

“Derechos personales o créditos son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales.”

En base a la definición citada, dentro de los derechos personales encontramos a la fianza, de la cual se hablará posteriormente en el presente trabajo, también hace mención que, de la derivación de los derechos personales, nacen las acciones personales.

Acciones Personales: Es la facultad que se tiene de exigir en vía judicial las obligaciones pendientes del deudor.

Diferencias entre derecho real y derecho personal:

- En el derecho real intervienen dos elementos: sujeto – cosa, en cambio en el derecho personal existen tres elementos: acreedor – deudor – cosa.
- Los derechos reales son absolutos porque los puedo hacer frente a cualquier persona, es decir toda la sociedad tiene el deber de abstenerse de violentar ese derecho; en cambio los derechos personales son relativos, es decir relacionados con una persona determinada.
- Los derechos reales son en número limitado, en cambio los derechos personales son en número ilimitado.
- Los derechos reales están protegidos por acciones reales, en tanto que los derechos personales están protegidos por acciones personales.

Una vez analizado los derechos personales (fianza) y los derechos reales (prenda e hipoteca), vamos a realizar una breve descripción de las garantías tradicionales que están tipificadas y son alternas al fideicomiso mercantil en garantía.

1.2.1. Prenda.

La prenda viene de la raíz latina *pignus*, que significa puño; es un contrato por medio el cual, se entrega una cosa mueble como garantía de un crédito, donde intervienen dos partes, una denominada deudor prendario quien da la cosa en

prenda, y otro acreedor prendario quien recibe el bien en prenda como garantía de respaldo de la obligación contraída por ambos.

El Código Civil, en el Título XXXV, establece las disposiciones generales relativas al contrato de prenda, su concepto lo tenemos estipulado en el artículo 2286:⁴⁵

Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de su crédito.

La cosa entregada se llama prenda.

El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario.

El autor Manuel Ossorio, nos brinda un concepto más claro de lo que respecta al contrato de prenda: “Contrato por el cual el deudor de una obligación, cierta o condicional, presente o futura, entrega al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de que la obligación ha de ser cumplida. Faltando el deudor, el acreedor puede hacerse cobro de su crédito con el precio que produzca la venta en remate público de la cosa dada en prenda y con citación del deudor. La garantía prendaria es corriente en el contrato de préstamo. Desde el punto de vista del acreedor, prenda es la cosa prendada. Desde el punto de vista del acreedor pignoraticio o prendario (v.), la prenda integra además un derecho real sobre lo prendado.”⁴⁶

De lo que podemos concluir que la prenda es el gravamen que soporta un bien mueble en respaldo de una obligación propia o ajena, y conforme lo estipula la ley, este contrato se perfecciona mediante escritura pública o documento privado debidamente reconocido por autoridad competente, ya sea el juez o notario y debe ser inscrito en el Registro Mercantil.

Características:

- a) Es un contrato real, ya que recae sobre un bien mueble objeto de la obligación y se perfecciona con la entrega de la cosa.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Ossorio, Manuel; *“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Guatemala C.A., 1ra Edición Electrónica; realizada por Datascan S.A, Pág. 760.*

- b) Es un contrato solemne, ya que debe cumplir los requisitos que la ley establece para su perfeccionamiento y ejecución.
- c) Es un contrato unilateral, porque obliga a una de las partes, que en este caso es el deudor prendario, al pago de la obligación principal que adquirió con el acreedor prendario, no obstante, una vez cumplida la obligación, el acreedor está obligado a la devolución del bien objeto de garantía.
- d) Es un contrato oneroso, exige la utilidad de ambas partes, pero la carga de la obligación recae en el deudor prendario.
- e) Es un contrato accesorio, ya que existe una obligación principal para que pueda ser garantizado con un bien mueble.
- f) La prenda es un derecho real, es decir, es un derecho que se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona.
- g) La prenda es indivisible, es decir no se la puede determinar por partes o cuotas en el bien mueble objeto de la garantía, conforme lo estipula el artículo 2307 del Código Civil.⁴⁷

“La prenda es indivisible. En consecuencia, el heredero que ha pagado su cuota de la deuda, no podrá pedir la restitución de una parte de la prenda, mientras exista una parte cualquiera de la deuda; y recíprocamente, el heredero que ha recibido su cuota del crédito, no puede remitir la prenda, ni aún en parte, mientras sus coherederos no hayan sido pagados.”

Extinción de la Prenda:

El artículo 2308 del Código Civil, señala la manera en que se termina la obligación del contrato de prenda y, en resumen, la prenda se extingue por los siguientes motivos:

- a) Por la destrucción del bien mueble prendado que fue objeto para garantizar la obligación.
- b) Cuando la propiedad del bien empeñado pasa a ser propiedad del acreedor por cualquier título.
- c) En virtud de una condición resolutoria, se pierde el dominio del bien prendado.
- d) Por el pago o cumplimiento de la obligación principal.

⁴⁷ *Ibidem*.

1.2.2. Hipoteca.

En lo que se refiere al contrato de hipoteca, este se encuentra estipulado en el Título XXXVI, y su definición consta en el artículo 2309 del Código Civil:⁴⁸

“Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.”

Para complementar la definición de la norma citada, es necesario mencionar el artículo 2320 del Código Civil:⁴⁹

“La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo, o sobre naves.”

En lo que respecta a estas definiciones, la hipoteca es un gravamen que soporta una bien raíz en respaldo de una obligación propia o ajena, es una garantía real que sirven para respaldar el cumplimiento de las obligaciones propias o ajenas.

El autor Manuel Ossorio, nos brinda una definición más detallada de lo que es el contrato de hipoteca: “Derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles, para garantizar con ellos la efectividad de un crédito en dinero a favor de otra persona. Generalmente el inmueble gravado es propiedad del deudor, pero también una persona que no es la deudora puede constituir hipoteca sobre un inmueble suyo para responder de la deuda de otra persona. A efectos hipotecarios, los buques y las aeronaves son considerados como bienes inmuebles.

En cualquier supuesto, el bien hipotecado no sale del poder del propietario hasta el momento del vencimiento de la deuda (que puede no ser el de vencimiento de la hipoteca). Si el deudor no paga, el acreedor tiene el derecho de obtener el pago de su crédito sobre el inmueble hipotecado, mediante un procedimiento judicial ejecutivo.

Con el importe de la venta del bien se cubren la deuda principal, los intereses y las costas; queda el remanente, si los hubiere, a favor del propio deudor. Si la deuda es pagada a su vencimiento, queda levantada la hipoteca; como también si, pendiente la

⁴⁸ *Ibidem.*

⁴⁹ *Ibidem.*

deuda, transcurriese un determinado plazo (veinte años en la Argentina) desde la inscripción del gravamen en el-Registro correspondiente.⁵⁰

De todas las cauciones, tanto reales como personales, ninguna ofrece mayor seguridad al acreedor que la hipoteca, lo que justifica que sea la principal fuente de crédito en el mundo de los negocios. Los bienes inmuebles tienen un valor estable de escasa fluctuación.

Esto debido a que la hipoteca, grava el bien, dando mayor prioridad al cobro que tiene derecho el acreedor hipotecario, en caso de ejecutarse la garantía, debido a que no existe algún tipo de desplazamiento del bien inmueble a manos del acreedor, aspecto que no sucede con el contrato de prenda.

Características:

- a) Es un contrato solemne, ya que el Código Civil se establece que debe otorgarse por escritura pública y además debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad.
- b) Es un derecho inmueble, siempre recae sobre un bien raíz. De esta característica surgen varias consecuencias importantes como la inscripción del contrato en el Registro de la Propiedad del cantón en que se encuentra el bien, sin este requisito la hipoteca no tiene valor alguno.
- c) Es un contrato unilateral, ya que el deudor hipotecario está obligado a transferir al acreedor hipotecario, el derecho real de hipoteca.
- d) Es un contrato accesorio, porque presupone la existencia de una obligación principal cuyo cumplimiento se está garantizando.
- e) Es un contrato oneroso, este último por la utilidad que implica para ambas partes; el acreedor obtiene una seguridad en el pago de la obligación y al deudor le es posible obtener un crédito que quizás sin la garantía hipotecaria se lo habrían negado.
- f) Es indivisible, ya que cada parte del inmueble hipotecado garantiza la totalidad del crédito. Desde el punto de vista del crédito, si queda una parte insoluble, por pequeña que sea, subsiste la totalidad de la garantía hipotecaria, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2310:⁵¹

⁵⁰ Ossorio, Manuel; *“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Guatemala C.A., 1ra Edición Electrónica; realizada por Datascan S.A, Pág. 458.*

⁵¹ *Ibidem.*

“La hipoteca es indivisible.

En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella.”

Extinción de la Hipoteca:

El artículo 2336 del Código Civil, señala la manera en que se termina la obligación del contrato de hipoteca, y, en resumen, la hipoteca se extingue por los siguientes motivos:

- a) Por el pago o cancelación de la obligación principal.
- b) Por la resolución de la obligación constituida o el cumplimiento de la condición resolutoria establecida por las partes.
- c) Por el cumplimiento del plazo por el cual fue constituida la hipoteca.

Diferencias entre la prenda e hipoteca y el fideicomiso mercantil en garantía:

Dentro de lo que se ha dicho tanto del contrato de prenda e hipoteca, como del fideicomiso mercantil en garantía, encontramos las siguientes diferencias entre ambas figuras:

- a) La prenda e hipoteca se constituyen entre dos partes solamente que son el acreedor y el deudor prendario e hipotecario según sea el caso, mientras que el fideicomiso mercantil se constituye entre tres partes que son el constituyente, fiduciaria y beneficiario, y de existir estipulación en el contrato de fideicomiso, interviene una cuarta parte que es el constituyente adherente.
- b) En la prenda e hipoteca existe un solo acreedor y un solo deudor, mientras que en el fideicomiso mercantil en garantía, existen tantos deudores como bienes a ser aportados al patrimonio autónomo, siendo el fideicomiso el acreedor de todos ellos, sin existir la necesidad de realizar tantos contratos conforme a la cantidad de deudores existentes para el efecto.
- c) La prenda recae sobre un bien mueble ajeno, mientras que la hipoteca recae sobre un bien raíz, que sirve para garantizar el cumplimiento de una obligación principal contraída por el deudor, mientras que el fideicomiso mercantil en garantía se

constituye en base a las instrucciones estipuladas en el contrato de constitución y en las instrucciones impartidas por el constituyente.

- d) Para la ejecución del contrato de prenda e hipoteca, se debe acudir a la vía judicial, mientras que, en el contrato de fideicomiso mercantil en garantía, el procedimiento de ejecución, lo estipulan las partes en el contrato de constitución del patrimonio autónomo.
- e) En el contrato de prenda, solamente sirven como garantía bienes muebles, como en el de hipoteca sobre bienes inmuebles, debido a que en ellos recae un derecho real, mientras que, en el contrato de fideicomiso mercantil en garantía, no existe limitación alguna de los bienes que pueden ser transferidos al patrimonio autónomo y ser objeto de caución.

1.2.3. Fianza.

En lo que respecta al contrato de fianza, este se encuentra estipulado en el Título XXXIV, y su definición consta en el artículo 2238 del Código Civil:⁵²

“Fianza es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple.

La fianza puede constituirse, no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador.”

El autor Manuel Ossorio, nos brinda una definición más detallada de lo que es el contrato de fianza: “Obligación accesoria que uno contrae para seguridad de que otro pagará lo que debe o cumplirá aquello a que se obligó, tomando sobre sí el fiador (V.) verificarlo él en el caso de que no lo haga el deudor principal, el que directamente estipuló para sí.

También, la prenda que da el contratante en seguridad del buen cumplimiento de su obligación.

La cosa que se sujeta a esa responsabilidad, especialmente cuando es dinero, que pasa a poder del acreedor o se deposita y consigna.”⁵³

⁵² Ibidem.

Por consiguiente, la fianza es un contrato por el cual una persona denominada fiador se obliga a responder por la obligación del deudor principal, es decir, el fiador se convierte en deudor solidario, una vez perfeccionado el contrato conforme lo establece la ley.

Características:

- a) Es un contrato consensual, ya que, para su perfeccionamiento, es necesario el acuerdo entre las partes, es decir debe ser expreso, caso contrario se entiende como no existente.
- b) Es un contrato unilateral, ya que el fiador es la persona obligada a cumplir con la obligación contraída en todo o en parte.
- c) Es un contrato accesorio, ya que garantiza la existencia de una obligación principal.
- d) Es un contrato gratuito, ya que el fiador como tal, no percibe remuneración y además en caso de resarcir la obligación, tiene el derecho de repetir el pago contra el deudor.
- e) Es un derecho personal, ya que recae en la calidad de una persona determinada para garantizar la obligación.

Extinción de la Fianza:

El artículo 2283 del Código Civil, señala la forma de extinguir la obligación del contrato de fianza, y termina por los siguientes motivos:

- a) Por cumplimiento del contrato conforme a la ley.
- b) Por relevo del acreedor concedido al fiador.
- c) Por hecho o culpa del acreedor provoco la perdida de las acciones de subrogación al fiador.
- d) Por la extinción en todo o en parte de la obligación principal.

Diferencias entre la fianza y el fideicomiso mercantil en garantía:

Dentro de lo que se ha dicho del contrato de fianza, como del fideicomiso mercantil en garantía, encontramos las siguientes diferencias entre ambas figuras:

⁵³ Ossorio, Manuel; *“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Guatemala C.A., 1ra Edición Electrónica; realizada por Datascan S.A, Pág. 414.*

- a) La fianza se constituye de tres partes que son el acreedor, el deudor y el fiador, mientras que el fideicomiso mercantil se constituye entre tres partes que son el constituyente, fiduciaria y beneficiario, y de existir estipulación en el contrato de fideicomiso, interviene una cuarta parte que es el constituyente adherente.
- b) El contrato de fianza es accesorio, y garantiza una obligación principal, mientras que el fideicomiso mercantil en garantía, es un contrato que tiene ambas calidades, es principal porque en el mismo contrato de constitución, el acreedor y deudor pueden determinar como objeto la obligación crediticia y fruto de esta, el bien que será objeto de garantía en caso de no pago; y, es accesoria porque previamente si ya existe un contrato que derivó en obligaciones crediticias, se puede constituir un fideicomiso en garantía que lo ate para transferir el bien en un patrimonio autónomo, ya que garantiza la obligación y tiene establecido el procedimiento de ejecución de la garantía.
- c) El contrato de fianza es dependiente, porque requiere que exista una obligación principal y se constituya conforme los requisitos que señala la ley para el efecto; mientras que el fideicomiso mercantil en garantía es autónomo, ya que requiere de la voluntad de las partes para su constitución y además tiene personalidad jurídica, por lo que su patrimonio se encuentra separado del de las partes que lo constituyen.
- d) El procedimiento de ejecución de la fianza es mediante vía judicial; mientras que en el fideicomiso mercantil en garantía, el procedimiento de ejecución, se determina en el contrato de constitución.

1.3.El uso del fideicomiso mercantil en garantía hasta antes de las reformas introducidas por la L.O.F.O.S.S.B.

En lo que respecta a la figura del fideicomiso mercantil en garantía, antes de la reforma a la Ley de Mercado de Valores con la expedición de la L.O.F.O.S.S.B, este tipo de fideicomisos, no tenían la obligatoriedad de ser inscritos en el Registro de Mercado de Valores en ese entonces.

Para ello es necesario citar el artículo 6, de la Sección II, Capítulo I, Título XII, Libro II de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros:⁵⁴

“Inscripción: En el Catastro Público del Mercado de Valores se inscribirán los fideicomisos mercantiles que sirvan como mecanismos para realizar un proceso de titularización, los fideicomisos de inversión con adherentes, los fideicomisos mercantiles inmobiliarios; los negocios fiduciarios que directa o indirectamente tengan relación con un proyecto inmobiliario cuyo financiamiento provenga de terceros; y los negocios fiduciarios en los que participa el sector público como constituyente, constituyente adherente o beneficiario y aquellos en los que de cualquier forma se encuentren integrados en su patrimonio con recursos públicos o que se prevea en el respectivo contrato esta posibilidad. (El énfasis no corresponde a la norma)

La solicitud de inscripción deberá ser presentada por el representante legal de la Fiduciaria en un plazo de quince días contados desde la constitución del negocio fiduciario.”

Como vemos, los fideicomisos en garantía como tal, no necesitaban ser inscritos, la excepción a esta regla se daba cuando tenían injerencia directa o indirecta con proyectos inmobiliarios o cuando existiese la participación del sector público como parte en la constitución del patrimonio autónomo,

Pero el hecho de que no haya sido estipulada su inscripción no implicaba que estén exentos del control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, si el caso lo ameritaba.

El fideicomiso mercantil en garantía constituía una alternativa más eficaz a las garantías tradicionales que analizamos anteriormente, y es por ello que se daban negocios masivos en relación a este tipo de fideicomiso.

⁵⁴ Ecuador, Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, Libro II: Mercado de Valores, Registro Oficial Edición Especial No. 44, Quito, 24 de julio del 2017.

Hasta el mes de diciembre del año 2014, en el Ecuador existían alrededor de 1.658 fideicomisos, que manejan un patrimonio de USD 5502,7 millones de dólares según datos de la Superintendencia de Compañías y conforme a la gráfica que se detalla a continuación:⁵⁵



(Este contenido ha sido publicado originalmente por **Diario EL COMERCIO**)

En lo que respecta al fideicomiso mercantil en garantía, en el Ecuador hasta diciembre del 2014, se constituyeron alrededor de 536 fideicomisos de este tipo, que manejan un patrimonio de USD 2663 millones de dólares, es decir, el 32.33% de la totalidad de fideicomisos constituidos en general.

Esto quiere decir que la figura del fideicomiso mercantil en garantía es la segunda más utilizada por las instituciones del sistema financiero y demás empresas privadas y en menor rango públicas, después de los fideicomisos de administración.

Este hecho para nada es aislado, ya que antes de las reformas, el fideicomiso mercantil en garantía, constituía una alternativa eficaz, frente a las garantías tradicionales, ya que los clientes optaban por utilizar las diferentes características que la misma ofrece como son:

- Proceso de legalización privado y ágil.
- Costos de implementación y manejo competitivos.
- Y mayor agilidad en el proceso de ejecución en comparación con otras figuras tradicionales (prenda, hipoteca y fianza).

⁵⁵ Araujo, Alberto. Grupo EL COMERCIO. 7 de junio de 2015. <http://www.elcomercio.com/actualidad/fideicomisos-impuestoalherencia-levorganicaparalaredistribuciondelariqueza-impuestos-negocios.html>.

Esta última característica no sólo representaba ventajas para los clientes por mantener la calidad y valor de las garantías a la hora de ser utilizado como segunda fuente de repago; sino también a los deudores por cuanto pueden mitigar rápidamente el crecimiento de la deuda con su ágil entrega y liquidación, en caso de verse afectada su original capacidad de pago.

Con estos antecedentes, el propósito que existía para constituir el fideicomiso mercantil en garantía tiene los siguientes fundamentos:

- Otorgar a los usuarios un servicio diferenciado frente a otras figuras de garantía real.
- Mantener bases de datos de las garantías y deudores actualizadas.
- De darse un incumplimiento de pago, iniciar el proceso de ejecución de la garantía conforme las estipulaciones del contrato de fideicomiso.
- Ser una ágil fuente de pago para créditos que han demostrado una grave complicación en su amortización.
- La Fiduciaria como tal no debía ser vista como agencia de cobranza o intimidación a los deudores, ya que, para proceder con la ejecución de la garantía, primero debía agotarse toda gestión de cobranza convencional y remitir a la fiduciaria el caso para ejecución con la mayor cantidad de información actualizada, para maximizar la efectividad en la ejecución de la garantía.

Por lo tanto, esta alternativa de financiamiento y cobro representaba agilidad y celeridad en caso de darse el incumplimiento por parte del deudor, además que los bienes estaban resguardados dentro del patrimonio autónomo en caso de que existiesen otros acreedores.

Dentro de los procesos llevados a cabo a través de la fiduciaria para la constitución del fideicomiso mercantil en garantía, se contemplaban los siguientes:

- a) **Constitución:** Proceso por el cual, el constituyente y la fiduciaria, conformaban el fideicomiso mercantil con el objeto de garantizar el pago de las obligaciones que el constituyente buscaba resarcir.
- b) **Adhesión:** Proceso por el cual un constituyente se adhiere al fideicomiso y transfiere la propiedad de los bienes objeto de garantía a favor del patrimonio autónomo.

- c) **Restitución:** Proceso por el cual, una vez cumplido el pago de la obligación, se devuelve la propiedad y dominio de los bienes dados en garantía al deudor por haberse liquidado la totalidad de la deuda originalmente adquirida por el mismo.
- d) **Ejecución:** Proceso que se activa por la notificación que el beneficiario hace al administrador del fideicomiso del incumplimiento y mora de la deuda adquirida por el constituyente adherente.

Algo que es necesario recalcar que era muy común en los fideicomisos en garantía de vehículos y de bienes raíces, es la figura del comodato precario, para ello vamos a citar los artículos 2097 y 2098 del Código Civil:⁵⁶

“**Art. 2097.-** El comodato toma el título de precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada, en cualquier tiempo.”

“**Art. 2098.-** Se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular, ni se fija tiempo para su restitución.

También lo constituye precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.”

Dentro del Contrato de Fideicomiso se establece que en cada contrato de adhesión se ha facultado la transferencia en custodia y mera tenencia de los bienes previamente adheridos al fideicomiso, para que los adherentes hagan uso de los mismos de acuerdo a su naturaleza.

Es el adherente el responsable del buen uso del bien ante el fideicomiso, el beneficiario y las autoridades. Por tratarse de un comodato precario, se establece que puede ser revertido en cualquier momento por solicitud del comodante (fiduciaria).

Bajo esta premisa, la fiduciaria actuaba a la hora del incumplimiento o mora en pago de las deudas de los adherentes. En otras palabras, al ser el fideicomiso el propietario del bien fideicomitado y objeto de la garantía constituida, al producirse el incumplimiento, se revocaba el permiso de uso del bien por haberse incumplido el pago de la deuda.

⁵⁶ Ecuador, Código Civil, Suplemento No. 46, Quito, 24 de junio del 2005, y su última reforma, Quito, 19 de junio del 2015.

Por ende, en el caso de los constituyentes adherentes, confluían dos actos jurídicos:

- a) Las transferencias del bien (y por ende su propiedad) por parte del constituyente adherente al patrimonio autónomo.
- b) El comodato precario por parte del fideicomiso del bien fideicomitado y objeto de la garantía a favor del propio constituyente adherente.

Una vez que se señalaron las generalidades que se daban en la constitución y funcionamiento del fideicomiso mercantil en garantía antes de las reformas a la Ley de Mercado de Valores, es necesario señalar las ventajas de la figura que se daban al respecto y las responsabilidades que generaban al respecto.

Ventajas del Fideicomiso Mercantil en Garantía:

Frente a otros tipos de garantías utilizadas, la garantía fiduciaria se presenta como una figura legal:

- Menos compleja, por cuanto no requiere de litigación; de procesos judiciales que ratifiquen el incumplimiento de la deuda. Por el sometimiento de las partes, principalmente del adherente, basta la presentación del incumplimiento de pago para que se active las instrucciones ejecución de la garantía, tal como lo establece el contrato de fideicomiso.
- Menos costosa, al no tener que incurrir en costas judiciales y al no tener que transcurrir meses de incremento de la deuda impaga, tanto el beneficiario como el adherente se libran de mayores costos para liquidar capital e intereses acumulados.
- Mayor seguridad y menor riesgo para los beneficiarios, que evitan la depreciación de los bienes objeto de garantía como el crecimiento de posibles créditos irrecuperables, y su deterioramiento con el paso del tiempo.

También no debemos olvidar que la gestión de la fiduciaria es de confianza, por ende, su administración diligente en especial para este tipo de fideicomisos tenía las siguientes obligaciones además de las señaladas por la ley:

- Mantener una base de datos digital y documental de todas las adhesiones de manera actualizada para cada fideicomiso constituido.
- Proceder dentro de los plazos establecidos dentro de los contratos.

- Mantener una comunicación fluida y puntual con los usuarios sobre el estado de los bienes objeto de garantía.
- Gestionar con diligencia y agotar todos los mecanismos para la ejecución de la garantía previa notificación, y por haberse agotado toda gestión de cobranza previa por parte del beneficiario.
- Proceder ágilmente con la venta o dación en pago de los bienes en garantía cuando así lo establezca el contrato.
- Brindar todo el soporte necesario a los equipos – departamentos de cobranza de los usuarios. Atendiendo sus requerimientos, actualización de información y hasta capacitaciones necesarias para el manejo del producto.
- Procesar las cesiones de derechos fiduciarios a nuevos beneficiarios y cumplir con las instrucciones del fideicomiso con los nuevos beneficiarios.
- Las establecidas por la ley de mercado de valores y los contratos de fideicomiso.
- La rendición de cuentas del fideicomiso en los plazos establecidos.

También las responsabilidades no solo se limitaban para la fiduciaria, los usuarios ya sean los beneficiarios, constituyentes y/o constituyentes adherentes siendo parte de las obligaciones contraídas, además de las señaladas en la ley, la fiduciaria como gestor y administrador del fideicomiso, señalaba la responsabilidad que tenían los usuarios dentro de esta figura:

- Adjuntar toda la documentación habilitante en cada uno de los procesos relevantes del fideicomiso (adhesión, restitución, ejecución).
- Brindar la información y documentos solicitados por el beneficiario y la fiduciaria.
- Mantener una base de datos actualizada de los deudores y las garantías y que se comparta con la fiduciaria conforme al plazo establecido en el contrato.
- En los procesos de ejecución definir la suspensión o su continuación conforme a los plazos del contrato y acuerdos alcanzados con los adherentes.
- Gestionar con las compañías de seguros la ejecución de las pólizas endosadas a su favor en casos de siniestros; y mantener una oportuna comunicación con la fiduciaria de los mismos.

- Cancelar oportunamente los honorarios estipulados en los contratos, como también cubrir los gastos ocasionados en los procesos de ejecución que luego serán recargados a los deudores.
- Mantener regularizado y en orden la matrícula, seguro y dispositivo de rastreo satelital por seguridad del cliente adherente, beneficiario y fiduciaria.
- Responder frente a terceros y autoridades por daños ocasionados en uso del bien fideicomitado en garantía.
- En caso de iniciar un proceso de ejecución y no poder cubrir sus obligaciones, debe de forma voluntaria entregar el bien fideicomitado en garantía.

Conforme al análisis realizado, el fideicomiso mercantil en garantía es una figura jurídica muy aceptada y utilizada por sus ventajas, además ocupan un gran sector del movimiento económico en varios ámbitos, en especial el financiero y automotriz, y con la reforma realizada, se limitó el campo de acción, afectando la producción de un importante sector, en el siguiente capítulo se analizará a detalle la reforma vigente y su afectación en general.

Capítulo Segundo: Las limitaciones a la figura del fideicomiso mercantil en garantía introducidas por la L.O.F.O.S.S.B.

Una vez que se ha analizado a la figura del fideicomiso mercantil en garantía en el Ecuador, con la expedición de la L.O.F.O.S.S.B, se introdujeron reformas a tal nivel que produjeron ciertas restricciones y cambios dentro del sector fiduciario, y por ende vamos a analizar los motivos de estas reformas y en que consiste cada una al respecto.

2.1.Los objetivos que motivaron a las reformas.

En el marco normativo bursátil, ya se pensaba realizar una reforma a la Ley de Mercado de Valores que tenía como finalidad potenciar y agilizar las transacciones como alternativa a la intermediación financiera por parte de las Instituciones del Sistema Financiero.

Una de las prioridades que se buscaba, es difundir y poner en práctica, todo el conocimiento que el mercado de valores podía ofrecer en el Ecuador, para impulsar el mismo en su utilización como alternativa de financiamiento para las personas naturales y jurídicas pertenecientes al sector público y privado del país.

Pero, sobre la materia fiduciaria y respecto a los negocios fiduciarios en general, el proyecto de ley dentro de la exposición de motivos no señala nada específico al respecto, tomando en cuenta que los fideicomisos, son un segmento regulado por la Ley de Mercado de Valores.

En lo que respecta a la figura del fideicomiso mercantil en garantía, el proyecto de la L.O.F.O.S.S.B en primera instancia, remitido por la Función Ejecutiva a la Asamblea Nacional el 5 de abril del 2013, en el artículo 48 mencionaba lo siguiente:⁵⁷

“Añádase a continuación del último inciso del artículo 122 el siguiente inciso:”

"Queda prohibida la constitución de fideicomisos que garanticen operaciones crediticias otorgadas por las instituciones del sistema financiero”

⁵⁷ Ecuador. «Proyecto de Ley para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil.» Quito: Presidencia de la República, 5 de abril de 2013. Pág. 31.

Vemos que en principio ya se contemplaba una limitación al fideicomiso mercantil en garantía, pero solamente para las instituciones del sistema financiero, esto quiere decir que no podía constituirse esta figura si una de las partes lo conformaba una institución del sistema financiero.

Y al ser una norma general, su alcance iba hacia las instituciones financieras públicas, privadas, nacionales y extranjeras, además que toda operación crediticia constituida bajo el fideicomiso mercantil en garantía queda prohibida; por ende, en un primer planteamiento a la norma, se configuraba prácticamente la eliminación de este tipo de fideicomiso.

Avanzando en las motivaciones para la reforma introducida al fideicomiso mercantil en garantía, en el informe para primer debate del proyecto de la L.O.F.O.S.S.B, remitido a la Presidenta de la Asamblea Nacional por la Comisión especializada Permanente del Régimen Económico y Tributario y de Regulación y Control el 15 de julio del 2013, introdujo la siguiente disposición en el artículo 49:⁵⁸

Añádase a continuación del último inciso del artículo 122 el siguiente inciso:

“Queda prohibida la constitución de fideicomisos que garanticen operaciones crediticias otorgadas por las instituciones del sistema financiero.”

“Las instituciones públicas con jurisdicción coactiva, acreedoras del constituyente o beneficiario de un fideicomiso mercantil, podrán dictar como medida precautoria que el ejercicio de los derechos personales emanados de un contrato de fideicomiso mercantil, corresponderán a dicha institución. El funcionario ejecutor o juez de coactivas será responsable, civil y penalmente, por las decisiones adoptadas dentro del mencionado negocio fiduciario que ocasionaren perjuicios a la propia entidad acreedora y al constituyente o beneficiario del fideicomiso mercantil.”

En el informe del primer debate, además de ratificar la norma citada en el proyecto remitido a la Asamblea Nacional, otorga además la jurisdicción coactiva a favor de las instituciones del Estado que sean acreedoras del constituyente y beneficiario del fideicomiso mercantil, con capacidad de dictar medidas precautelatorias

⁵⁸ —. «*Proyecto de Ley para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil.*» Informe Primer Debate, Quito: Asamblea Nacional, 2013. Pág. 39.

de ser necesario, así como también responder civil, penal y administrativamente en caso de perjuicios a las partes y a la entidad acreedora.

Hasta aquí podemos notar que no existe un fundamento técnico para las reformas propuestas al respecto; continuando con la cronología de la reforma realizada a la Ley de Mercado de Valores, en el Informe de Segundo Debate del L.O.F.O.S.S.B, remitido a la Presidenta de la Asamblea Nacional por la Comisión especializada Permanente del Régimen Económico y Tributario y de Regulación y Control el 3 de octubre del 2013, realiza el siguiente cambio con la siguiente norma expresada en el artículo 52: ⁵⁹

“Los fideicomisos de garantía deberán inscribirse en el Registro de Mercado de Valores y su contenido lo establecerá la Junta de Regulación de Mercado de Valores.”

En este informe para segundo debate el cambio sustancial es notorio, pasó de ser un negocio prohibido y con limitación a las instituciones financieras, para ser un fideicomiso que sea inscrito obligatoriamente y cuyos lineamientos los establecería la Junta de Mercado de Valores, esto hubiese provocado la inscripción y publicidad del fideicomiso en garantía como analizaremos más adelante.

Pero este artículo hubiera sido beneficioso de alguna manera para preservar este negocio fiduciario con los requisitos que la Junta de Mercado de Valores dicte para el efecto, a pesar del cambio sustancial, el informe de segundo debate tampoco especifica el motivo de la inscripción del fideicomiso en garantía, por lo que la falta de análisis técnico persiste, siendo todavía una motivación política lo que conlleva a la reforma.

A pesar de haberse aprobado la L.O.F.O.S.S.B en segundo debate, la objeción parcial por parte de la Función Ejecutiva, introdujo cambios sustanciales que son los matices que se generaron para la limitación al fideicomiso mercantil en garantía, es así que mediante Oficio No. T.4494-SGJ-14-276 del 14 de abril del 2014, el Presidente de la República Rafael Correa Delgado, presenta su objeción parcial al proyecto de la L.O.F.O.S.S.B, y en el artículo 53 propone la siguiente disposición: ⁶⁰

⁵⁹ —. «Proyecto de Ley para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil.» Informe Segundo Debate, Quito: Asamblea Nacional, 2013. Pág. 44.

⁶⁰ —. «Proyecto de Ley para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil.» Objeción Parcial, Quito: Presidencia de la República, 2014. Págs. 16 – 17.

“Añádase a continuación del artículo 120 el siguiente artículo innumerado:

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

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

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

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

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

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

La objeción parcial presentada por el Presidente de la República, responde a varios fundamentos para limitar el uso del fideicomiso mercantil en garantía, cada uno será analizado posteriormente, pero de preámbulo como lo afirma en su informe, habla

de la complejidad del fideicomiso en garantía para respaldar obligaciones crediticias o de consumo.

También menciona el desconocimiento de la figura por parte de los usuarios que no cuentan con la debida formación jurídica o financiera para solicitar un crédito, lo cual se convierte en una relación asimétrica entre la institución financiera y el usuario, causando perjuicio al consumidor.

Hay que tomar en cuenta como se mencionó en el primer capítulo, que la función de la fiduciaria es de confianza, por ende, en la gestión de sus negocios está la debida comunicación con sus consumidores para evitar posibles abusos, este aspecto es algo que no se toma en cuenta para realizar la reforma al fideicomiso mercantil en garantía, y ello conlleva a su restricción.

Posteriormente mediante Oficio No. PAN-GR-2014-0411 de 18 de marzo del 2014, la Asamblea Nacional remite a la Presidencia de la República, el texto aprobado de la L.O.F.O.S.S.B en cuyo artículo 53 establece lo siguiente:⁶¹

“Añádase a continuación del artículo 122 el siguiente artículo innumerado:

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

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

⁶¹ —. «*Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil.*» Texto Aprobado en el Pleno de la Asamblea, Quito: Asamblea Nacional, 2014. Págs. 40 – 41.

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

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

El texto aprobado por la Asamblea Nacional elimina los dos últimos incisos del artículo innumerado posterior al artículo 120, en este punto no se prohíbe expresamente la constitución del fideicomiso mercantil en garantía automotriz, y la nulidad en caso de eludir o burlar lo dispuesto en el presente artículo.

Pero el texto definitivo emitido por la Asamblea Nacional el 29 de abril del 2014, cuya publicación se expidió mediante Registro Oficial Suplemento No. 249 el 20 de mayo del 2014, ratificó la disposición que objetó parcialmente el Presidente de la República, y cuyo texto final es el siguiente:⁶²

“Añádase a continuación del artículo 120 el siguiente artículo innumerado:

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

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

⁶² —. *Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil*. Quito: Registro Oficial Suplemento No. 249, 20 de mayo de 2014. Pág. 18

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

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

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

Cualquier estipulación contractual cuyo objeto o efecto sea eludir o burlar el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se entenderá no escrita.⁶³

De ahí, con la expedición del Código Orgánico Monetario y Financiero mediante Registro Oficial Suplemento No. 332 del 12 de septiembre del 2014, la Ley de Mercado de Valores fue incorporada como Libro II del mencionado cuerpo normativo y además de ratificar las expedidas por la L.O.F.O.S.S.B, en la disposición reformativa décimo séptima, numerales 1 y 2 del Libro I, dispone las siguientes reformas a la Ley de Mercado de Valores: “Sustituir en todo el texto de la Ley: “Registro de Mercado de Valores” por “Catastro Público del Mercado de Valores”; “Junta de Regulación del Mercado de Valores” por “Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera”.

Además, la Junta Bancaria mediante Resolución No. JB-2014-3036 del 6 de agosto del 2014; y, la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera con Resolución No. 213-2016-F del 22 de febrero del 2016, estas ratifican la disposición contenida en el artículo innumerado posterior al artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores, por lo que las limitaciones al fideicomiso mercantil en garantía fueron confirmadas y siguen en vigencia; resoluciones que además fueron incorporadas dentro de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, expedidas en el Registro Oficial Edición Especial del 24 de julio del 2017.

⁶³ —. *Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil*. Quito: Registro Oficial Suplemento No. 249, 20 de mayo de 2014. Pág. 18

Conforme a los antecedentes citados, el problema con la reforma y normas posteriores emanadas por los organismos públicos competentes es la falta de análisis técnico y estudios de mercado realizados para configurar el verdadero funcionamiento e incidencia tanto para las partes que constituían el fideicomiso mercantil en garantía, como a los usuarios que se beneficiaban del mismo.

Lo que conlleva a pensar que más bien se le otorgó un tratamiento ideológico y político, carente del sustento necesario, provocando consecuencias en el mercado fiduciario y financiero dado que las instituciones financieras, concesionarias de vehículos y otras sociedades comerciales, se beneficiaban de esta figura.

Por ello es necesario analizar los puntos importantes que configuran la disposición legal vigente del fideicomiso mercantil en garantía, y ver que incidencia tiene actualmente en el mercado, si es viable todavía o que problemas ha causado actualmente.

2.2. Análisis de las limitaciones introducidas y de los problemas técnicos que éstas han suscitado.

Examinadas las motivaciones que conllevaron a las reformas del fideicomiso mercantil en garantía, vamos a realizar un estudio analítico de las limitaciones introducidas y sobre todo, los problemas técnicos que han ocasionado las nuevas disposiciones que constan actualmente en la Ley de Mercado de Valores.

2.1.1. Las limitaciones relativas a la calidad que pueden asumir las instituciones del sistema financiero en la conformación de fideicomisos mercantiles en garantía.

Partiendo de la norma jerárquica superior, la Constitución de la República, el sistema financiero nacional se compone de tres sectores: público, privado y popular y solidario, que intermedian recursos del público, cuyo fundamento legal se encuentra estipulado en el artículo 309:⁶⁴

“El sistema financiero nacional se compone de los sectores público, privado, y del popular y solidario, que intermedian recursos del público. Cada uno de estos sectores contará con

⁶⁴ Ecuador. *Constitución de la República*. Quito: Registro Oficial Suplemento No. 449, 20 de octubre de 2008.

normas y entidades de control específicas y diferenciadas, que se encargarán de preservar su seguridad, estabilidad, transparencia y solidez. Estas entidades serán autónomas. Los directivos de las entidades de control serán responsables administrativa, civil y penalmente por sus decisiones.”

Con ello, la ley vigente que regula el sistema monetario y financiero en el Ecuador es el Código Orgánico Monetario y Financiero (en adelante COMF) expedido mediante Registro Oficial Suplemento No. 332 del 12 de septiembre del 2014; en concordancia con la carta magna, el artículo 160 determina lo siguiente: ⁶⁵

“Sistema financiero nacional. El sistema financiero nacional está integrado por el sector financiero público, el sector financiero privado y el sector financiero popular y solidario.”

Además, el objeto del COMF es regular las políticas monetarias y financieras, no solamente del sistema financiero nacional, también de los regímenes del Mercado de Valores, cuya ley fue incorporada como Libro II; y, el de Seguros que se incorporó como Libro III, y para ello es necesario citar el artículo 1:”

“**Objeto.** El Código Orgánico Monetario y Financiero tiene por objeto regular los sistemas monetario y financiero, así como los regímenes de valores y seguros del Ecuador.”

Una vez que hemos visto la conformación del sistema financiero nacional del Ecuador y su alcance, podemos fijarnos en la repercusión que tiene en la economía del país, en especial por la captación y manejo de recursos bajo su responsabilidad, y busca fortalecer la sociedad a través de la circulación y financiamiento de dinero, por medio de su función principal, la intermediación.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define como intermediario “a quien media entre dos o más personas y especialmente entre el productor y el consumidor de géneros o mercancías”. ⁶⁶

⁶⁵ —. «Libro I.» *Código Orgánico Monetario y Financiero*. Quito: Registro Oficial Suplemento No. 332, 12 de septiembre de 2014.

⁶⁶ <http://dle.rae.es>

La intermediación financiera se refiere entonces a la persona o entidad que actúa como agente mediador entre dos sujetos, movilizándolo dinero e instrumentos de pago; es así que el intermediario financiero recibe los recursos del público para a su vez trasladarlos a otros agentes que lo requieren en ese momento.

La intermediación supone la interrelación entre tres sujetos, siendo el intermediario el que efectúa operaciones directas con los otros sujetos, provocando con ello la movilización del dinero y de valores, al captarlos del público para utilizarlos total o parcialmente en operaciones de crédito o inversión.

Es por ello que el artículo innumerado posterior al 120 de la Ley de Mercado de Valores, respecto a la calidad que otorga a las instituciones del sistema financiero nacional, se limita solo a la de beneficiarios, esto repercute en gran medida en la economía del país, ya que las instituciones financieras son captadoras de recursos para generar créditos y de esa manera movilizar la economía del país.

Conforme a la naturaleza de las instituciones financieras, estas tienen a su cargo tres funciones que se detallan a continuación:

- La intermediación en el crédito, es decir son receptores y colocadores de recursos.
- La intermediación en los pagos entre el pagador y el cobrador dentro de una obligación determinada.
- La administración de capitales, esto tiene que ver con la emisión y colocación de obligaciones; y, la administración de patrimonios.

Es necesario recordar conforme lo citado en el primer capítulo, que antes de la expedición de la Ley de Mercado de Valores del año de 1998, las instituciones financieras tenían la calidad de fiduciarias, atribución que hoy en día le corresponde a las Administradoras de Fondos y Fideicomisos.

El fideicomiso mercantil en garantía es una figura atractiva para el sistema financiero, porque permite asegurar un crédito con mayor flexibilidad y desplazar a las garantías tradicionales por temas de costos, celeridad y ventajas al negocio.

Si bien existe una limitante, ello no significa que las instituciones del sistema financiero no sean competentes para configurar un negocio fiduciario de esta calidad, de

por si el fideicomiso tiene presente un componente de tipo económico, con el cual se busca la circulación de capitales y fomentar las inversiones.

El jurista ecuatoriano Juan Carlos Peralvo Molina, cita tres elementos de suma importancia, que favorecen la calidad económica del fideicomiso mercantil y son los siguientes:⁶⁷

- “El primer elemento distintivo consiste en que dentro del Fideicomiso Mercantil esté presente un marcado componente económico, en virtud del cual, las instrucciones fiduciarias guardan relación con el manejo y la administración de recursos, el destino que se les debe dar a esos recursos está encaminado a la realización de inversiones, y existe la expectativa de que dichas inversiones generen un retorno de contenido económico a favor de los Beneficiarios.”
- “El segundo elemento radica en que el Fideicomiso Mercantil reconozca derechos a favor de los Beneficiarios, los que constituyen los denominados derechos fiduciarios, es decir derechos personales que dichos sujetos pueden reclamar ante el Fideicomiso, cuando los retornos se hayan verificado.”
- “Y el tercer y último elemento consiste en que tales derechos fiduciarios sean ofrecidos al público en general o a un sector del mismo, es decir a un número múltiple de sujetos (Fideicomitentes adherentes, Beneficiarios o terceros en general), lo que configura una oferta pública.”

Lo que significa que el fideicomiso mercantil en garantía no solamente servía como respaldo de obligaciones adquiridas por los deudores, también implicaba una inversión que realizaba la institución financiera a través de un gestor, que es la fiduciaria, para obtener un rendimiento económico y favorable en la circulación de capitales.

Independientemente de la práctica que se haya dado antes de las reformas, este tipo de garantía es favorable y eficaz para un sistema económico como el del Ecuador; entrando en materia de Derecho Comparado, México va más allá, el artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, determina lo siguiente:⁶⁸

⁶⁷ Peralvo Molina, Juan Carlos. «Fideicomisos del Mercado de Valores y fideicomisos de titularización en el Ecuador.» *Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores*. Editado por Revista Iberoamericana de Mercado de Valores. No. 30. Julio de 2010. <http://www.rimv.org>. Pág. 2.

⁶⁸ México. «Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.» México D.F.: Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 1932, última reforma publicada el 20 de agosto del 2008.

“Sólo podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos que tengan como fin garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, previstos en esta Sección Segunda, las instituciones y sociedades siguientes:

- I.** Instituciones de crédito;
- II.** Instituciones de seguros;
- III.** Instituciones de fianzas;
- IV.** Casas de bolsa;
- V.** Sociedades financieras de objeto múltiple a que se refiere el artículo 87-B de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito;
- VI.** Almacenes generales de depósito, y
- VII.** Uniones de crédito.”

La legislación mexicana otorga la facultad de fiduciaria, a las instituciones financieras, de valores y seguros, en cuanto a los fideicomisos en garantía se refiere, esto quiere decir que la confianza depositada en el sistema financiero en México permite la gestión de negocios y garantías para la circulación de capitales.

Además, debemos tomar en cuenta que las instituciones financieras como se ha mencionado, son captadores de recursos monetarios de personas naturales y jurídicas, que poseen capitales y a su vez lo ponen a disposición de terceras personas; esto con la finalidad de orientar sus actividades sean de producción, consumo o distribución, y a cambio obtiene un lucro o rendimiento además que realiza una función social como servicio al público.

Con este fundamento, podemos concluir que el relevo de las instituciones financieras a la calidad de fiduciarias se debe a factores de confianza, debido al antecedente de la crisis económica bancaria ocurrida en el Ecuador en el año de 1999 y conllevó al proceso de dolarización en la política monetaria del país.

Esto no significa que la función de las instituciones financieras como captadores de recursos por medio de la intermediación, sean ineficaces a la hora de cumplir sus funciones, debemos recordar que la Ley establece requisitos mínimos para constituir un fideicomiso mercantil a través de un acuerdo de voluntades.

Dicho acuerdo que está sujeto a lo que determina la ley, es un resguardo para las partes al momento de buscar una alternativa para garantizar sus obligaciones crediticias para viabilizar el cobro y asegurar la deuda de un modo adecuado a sus necesidades,

cubriendo en mayor grado la obligación adquirida por el deudor, siendo eficaz frente a otras garantías tradicionales, que provocaban demora en la ejecución de la garantía y un mayor costo en las transacciones a cambio de la depreciación del bien objeto de la obligación.

2.1.2. Las limitaciones en las operaciones de crédito que pueden ser garantizadas mediante la figura del fideicomiso mercantil en garantía.

Dentro de las limitaciones que se determinaron para las operaciones garantizadas ante la figura del fideicomiso en garantía, el COMF en su artículo 214 establece lo siguiente:⁶⁹

“Garantías de operaciones de crédito. Todas las operaciones de crédito deberán estar garantizadas. La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, en forma motivada, establecerá los casos en los cuales las operaciones de crédito deban contar con garantía mínima, en cuanto a su calidad y mínima cobertura.”

Si analizamos a profundidad la norma citada, de plano toda operación crediticia debe estar garantizada, y anteriormente vimos los tipos de garantías tradicionales y sus diferencias con el fideicomiso en garantía, hasta ahí entenderíamos que los créditos cuales fueren estos, pueden garantizarse con un fideicomiso conforme su mecanismo citado en el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores que lo vimos con anterioridad.

Ahora la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, al ser el cuerpo colegiado con máxima potestad para regular los mecanismos necesarios en materia monetaria y financiera, no se quedó atrás en este punto, ya que mediante Resolución No. 209-2016-F del 12 de febrero del 2016, (resolución actualmente incorporada dentro del Libro I de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros) expide la Norma para la Calificación de Activos de Riesgo y Constitución de Provisiones por parte de las Entidades de los Sectores Financiero Público y Privado bajo el control de la Superintendencia de Bancos.

⁶⁹ Ecuador. «Libro I.» *Código Orgánico Monetario y Financiero*. Quito: Registro Oficial Suplemento No. 332, 12 de septiembre de 2014.

La razón de que la Junta expidió esta norma, fue para adecuar las disposiciones normativas vigentes para las entidades de los sectores financiero público y privado a las disposiciones del Código Orgánico Monetario y Financiero y a la nueva segmentación de la cartera de crédito, conforme lo cita el considerando séptimo de la Resolución No. 209-2016-F del 12 de febrero del 2016, actualmente incorporada en la sección II, Capítulo XVIII, Título II, Libro I de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros⁷⁰, el artículo 5 de la Resolución mencionada, determina lo siguiente:⁷¹

“Los elementos generales que deben tomarse en cuenta para calificar a los activos de riesgo en las distintas categorías e indicar los rangos de requerimiento de provisiones, se detallan a continuación:

Para los efectos de la clasificación de la cartera de las entidades de los sectores financiero público y privado, los créditos se dividirán en diez segmentos: comercial prioritario, comercial ordinario, productivo, consumo prioritario, consumo ordinario, inmobiliario, vivienda de interés público, microcrédito, educativo y de inversión pública.

Conforme el citado artículo, los tipos de créditos que existen en el sistema financiero del Ecuador, hay que tomar en cuenta que para acceder a ellos es necesario un factor común, y ese es la garantía.

Para ello, la institución financiera para precautelar el cobro del crédito solicitado por una persona sea esta natural o jurídica, toma en cuenta el historial crediticio del usuario para verificar el riesgo que representa; es decir a mayor riesgo menor es la cantidad prestada y ello crea la necesidad de presentar garantías por parte del cliente para que la institución financiera asegure el retorno de los fondos otorgados a favor del prestamista.

Antes de la reforma constante en la L.O.F.O.S.S.B, no existía prohibición alguna en la ley para constituir un fideicomiso en garantía, por cualquier tipo de crédito

⁷⁰ Ecuador, Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, Libro I: Sistema Monetario y Financiero, Registro Oficial Edición Especial No. 44, Quito, 24 de julio del 2017.

⁷¹ Ecuador. «Resolución No. 209-2016-F.» Quito: Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, 12 de febrero de 2016.

otorgado por parte de una institución financiera, ello lo demuestra la gran cantidad de negocios fiduciarios constituidos bajo esta modalidad que, en su momento, su uso beneficiaba a los constituyentes, en especial a los sectores inmobiliario y automotriz.

Como se mencionó, la preocupación de otorgar un crédito es la devolución del mismo además de las garantías que el usuario debía otorgar para que la operación tenga efecto, y ello exigía una garantía mayor para que el cliente pueda acceder a dicho crédito, es ahí donde el fideicomiso en garantía es más efectiva, porque es adaptable conforme lo estipula el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores.

Para las instituciones financieras, el fideicomiso en garantía es más saludable económicamente porque sus condiciones son adaptables al tipo de crédito solicitado por el usuario, además la recuperación de cartera es el punto primordial y el proceso para el mismo lo estipulan las partes en los tiempos, plazos y condiciones en caso de incumplimiento, evitando así el proceso judicial que es más costoso y toma más tiempo. Para analizar este punto, es necesario recurrir al artículo 1567 del Código Civil:⁷²

“El deudor está en mora:

1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;
2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y,
3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.”

El numeral primero del artículo precedente es la esencia con la que se lleva a cabo el proceso convencional de ejecución dentro de un fideicomiso mercantil en garantía, porque su contrato constitutivo, señala un tiempo determinado para cumplir la obligación, por lo tanto, vemos que existe legalidad dentro de esta figura que ha resultado muy controvertida para ser reformada de esta manera.

Sobre las garantías tradicionales, como en el caso de la prenda, el artículo 2299 del Código Civil, señala lo siguiente:⁷³

⁷² Ecuador, Código Civil, Suplemento No. 46, Quito, 24 de junio del 2005, y su última reforma, Quito, 19 de junio del 2015.

⁷³ *Ibidem*.

“El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, para que se le pague, con el producto, o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta el valor de su crédito; sin que valga estipulación en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios.”

Mientras que, en el caso de la hipoteca, el artículo 2326 del mismo cuerpo legal, determina lo siguiente:⁷⁴

“El acreedor hipotecario tiene para hacerse pagar con las cosas hipotecadas los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda.”

Conforme a las normas citadas, independientemente de su concordancia, podemos notar que, en ambos casos, de darse el incumplimiento, el acreedor puede solicitar que el bien dado en garantía se venda en pública subasta pasado el tiempo señalado para que el deudor cancele sus obligaciones.

Bajo el mismo precepto legal trabaja el fideicomiso en garantía dentro del proceso de ejecución, es decir existe similitud procedimental, lo que nos lleva a concluir que no solamente hay fundamento legal en este procedimiento para el cobro de garantía, también existe relación con las garantías tradicionales, lo que guarda semejanza a la hora de respaldar las obligaciones que el deudor ha contraído.

Lo que hace diferente al fideicomiso en garantía, es que dicho proceso de ejecución, lo determinan las partes conforme a los objetivos perseguidos y cuyo gestor es la fiduciaria, esto por brindar temas de seguridad y confianza para evitar que demás acreedores exijan el bien dado en garantía como eventual fuente de pago, y esto lo vuelve un negocio personalísimo, que es atractivo para quienes lo constituyen.

Solamente es necesario comparar la figura del fideicomiso en garantía con las demás figuras de garantía tradicional y ello nos brindará una pauta de las ventajas que se obtienen, y las cuales se comparan en el cuadro detallado a continuación:

⁷⁴ *Ibidem.*

FIDEICOMISO MERCANTIL EN GARANTÍA:	GARANTÍAS TRADICIONALES:
<ul style="list-style-type: none"> • Los bienes en garantía aportados al Fideicomiso no pueden ser perseguidos o embargados por terceros acreedores u otras obligaciones propias del deudor, del beneficiario, o de la fiduciaria. 	<ul style="list-style-type: none"> • Los bienes no se excluyen o salen del patrimonio general del deudor, permanecen en propiedad del mismo, con una limitación de dominio (prohibición de enajenar). podrían ser perseguidos por terceros acreedores, ser objeto de medidas cautelares, acciones legales, etc.
<ul style="list-style-type: none"> • Los bienes aportados al fideicomiso, sirven exclusivamente para garantizar las obligaciones contraídas, y no podrán ser requeridas o perseguidas por otras obligaciones que el deudor haya contraído. Ejemplo: coactivas, trabajadores, obligaciones IESS, SRI, etc. <p>En el caso que el objeto de garantía de un fideicomiso sean bienes inmuebles, estos constan registrados en el Registro de la Propiedad a nombre del Fideicomiso, no es susceptible de medidas o acciones de terceros.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Los bienes podrían ser perseguidos por terceros y podrían ser objeto de embargos, medidas cautelares, etc. <p>Los acreedores de los bienes objetos de la garantía no son los únicos que pueden reclamarlos para el pago o pago de obligaciones, existe un orden de prelación de créditos establecido en la Ley para el efecto. Ejemplo: trabajadores, IESS, etc.</p> <p>En cualquier proceso, el acreedor debe presentar y demostrar su calidad de tal y someterse al orden y prelación de créditos en relación al deudor.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Se establece un proceso convencional de ejecución de garantía, que es consensuado, privado, e independiente de la vía judicial. <p>Al ser un proceso mucho más rápido y expedito, se beneficia tanto al deudor como al acreedor.</p> <p>No existe devaluación exagerada del bien aportado como garantía al fideicomiso.</p> <p>Se cubre en mayor grado el monto de la obligación crediticia.</p> <p>Por tanto los costos en este proceso son menores para el deudor respecto a la obligación contraída.</p> <p>El proceso de ejecución convencional no</p>	<ul style="list-style-type: none"> • La ejecución de la garantía en estos casos debe ser demandada y realizada a través de un proceso judicial, interviene: juez, depositario, perito, etc. <p>El proceso de venta (remate) implica un plazo mucho más largo, disminución del valor del inmueble, incremento de intereses y costos, tiene dos momentos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Por las 2/3 partes. 2. Por el 50% y esto cuando no hay postor en el primer señalamiento. <p>El remate debe ser publicado en la prensa mediando 8 días término por cada publicación en total son 3 publicaciones, y también poner carteles en los parajes más populares de la ciudad.</p> <p>El remate se hace en el día señalado entre</p>

<p>puede ser obstaculizado y terceros no pueden oponerse al mismo.</p> <p>Este proceso se encuentra amparado en el contrato, que es Ley para las partes, eficiente y expedito, no requiere de órganos o entidades externas para su ejecución, es controlado por las partes y amparado en su voluntad.</p>	<p>las 13h00 hasta las 17h00, en la que se receptan las ofertas de los postores y debe acompañarse el 10% de lo ofertado en efectivo o en cheque certificado.</p> <p>En este proceso los costos que debe asumir el deudor son mayores y por tanto aumenta el monto de las obligaciones.</p> <p>El deudor puede presentar excepciones, incidentes dentro del proceso de ejecución de la garantía.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Interviene un tercero en calidad de Fiduciario, que es gestor de las obligaciones y vela por el cumplimiento de las instrucciones impartidas por el constituyente y aquellas que constan en el contrato, no se pueden cambiar disposiciones en perjuicio de las partes y sin consentimiento de todas éstas. 	<ul style="list-style-type: none"> • El contrato de garantía es celebrado entre deudor y acreedor y la ejecución de la misma depende y debe ser llevada a cabo a través de la función judicial, con las consecuentes demoras, retrasos en el sistema, dependencia de entidades públicas, etc.
<ul style="list-style-type: none"> • El avalúo que se realiza los bienes objeto de la garantía, para efectos de su venta y pago de obligaciones responden a un precio real de mercado, son realizados por peritos en la materia calificados por el Acreedor. <p>Un mejor valor de mercado posibilita cancelar o abonar en mayor grado la obligación crediticia.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El avalúo que se realiza dentro de un proceso judicial podría no responder a precios de mercado, se rematan a precios bajos, disminución exagerada del valor de los bienes objeto de garantía, lo cual ocasiona un incremento de obligaciones, desgaste del bien y endeudamiento excesivo. <p>El Acreedor tiene mayores posibilidades de pérdida en la ejecución de la garantía (no cubre el valor del crédito concedido).</p>
<ul style="list-style-type: none"> • El proceso de enajenación y venta del bien consta detallado y pactado contractualmente, la venta se realiza en plazos menores y a un valor de mercado. <p>Se procura una venta rápida y en la que todos los involucrados puedan participar, presentar oferentes, y buscar el mejor precio posible para honrar las obligaciones.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Proceso de liquidación de los bienes requiere una sentencia judicial, remate del bien, esto conlleva un proceso largo y poco conveniente tanto para el deudor como el acreedor.

Pero en la actualidad, la Junta Bancaria mediante Resolución No. JB-2014-3036 del 6 de agosto del 2014; y, la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera con Resolución No. 213-2016-F del 22 de febrero del 2016 ambas actualmente

incorporadas en el Libro I de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, además de ratificar las reformas de la L.O.F.O.S.S.B, limitaron el uso y adaptabilidad que se puede constituir a través del fideicomiso en garantía.

Siendo esta una figura flexible que se puede adecuar conforme a los objetivos que las partes buscan obtener como finalidad y debemos recordar que este negocio se basa en la confianza, y al limitarlo, demuestra que no existe seguridad en constituir un fideicomiso debido al desconocimiento y temor que existe en relación al fideicomiso.

2.1.3. Los límites y restricciones para considerar a los fideicomisos mercantiles en garantía como garantía adecuada.

Dentro de los límites y restricciones aplicado por la L.O.F.O.S.S.B a la Ley de Mercado de Valores en lo que respecta al fideicomiso en garantía, y citando los tipos de crédito que rigen al sistema financiero en el Ecuador, las limitaciones trascienden a la adecuación de la figura para las garantías.

Para especificar lo afirmado, es necesario citar el artículo 210 del COMF, incisos primero y segundo que determinan:⁷⁵

“Límites para las operaciones activas y contingentes.

Las entidades financieras públicas, privadas y las del segmento 1 del sector financiero popular y solidario no podrán realizar operaciones activas y contingentes con una misma persona natural o jurídica por una suma que exceda, en conjunto, el 10% del patrimonio técnico de la entidad. Este límite se elevará al 20% si lo que excede del 10% corresponde a obligaciones caucionadas con garantía de bancos nacionales o extranjeros de reconocida solvencia o por garantías adecuadas, en los términos que dicte la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Los límites de créditos establecidos se determinarán a la fecha de aprobación original de las operaciones o de cada reforma efectuada. En ningún caso la garantía adecuada podrá tener un valor inferior al valor total del exceso.

El conjunto de las operaciones del inciso anterior, tampoco podrá exceder en ningún caso del doscientos por ciento (200%) del patrimonio del sujeto de crédito, salvo que existiesen

⁷⁵ Ecuador, Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro, Suplemento No. 215, Quito, 12 de septiembre del 2014.

garantías adecuadas que cubran, en lo que excediese por lo menos el ciento veinte por ciento (120%), de conformidad con las regulaciones que emita la Junta.”

La norma citada establece parámetros generales para determinar garantías adecuadas en las operaciones crediticias, el punto específico para adecuar los colaterales se encuentra determinado en el artículo 1, Sección I, Capítulo XXI, Título II, Libro I de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros.⁷⁶

A modo de resumen, el artículo citado determina que para aplicación de lo dispuesto en el Art. 210 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro I, las garantías adecuadas son las siguientes:

- 1) Garantías constituidas en el país:** Estas comprenden las siguientes:
 - a) La pignoración sobre depósitos en dinero en efectivo u otras inversiones financieras.
 - b) Hipotecas sobre bienes inmuebles.
 - c) Hipotecas sobre naves, buques y aviones, siempre que estén asegurados.
 - d) Los certificados de depósito de mercaderías.
 - e) Las prendas comerciales, agrícolas e industriales.

- 2) Garantías constituidas en el exterior:** Estas comprenden las siguientes:
 - a) La pignoración sobre depósitos en dinero en efectivo u otras inversiones financieras.
 - b) Hipotecas sobre naves, buques y aviones, siempre que estén asegurados.

- 3) Otras garantías:** Estas comprenden las siguientes:
 - a) Las fianzas solidarias otorgadas por bancos o instituciones financieras del exterior con reconocida solvencia internacional.
 - b) Las fianzas otorgadas por sociedades constituidas en el exterior, con reconocida solvencia internacional.

⁷⁶ Ecuador, Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, Libro I: Sistema Monetario y Financiero, Registro Oficial Edición Especial No. 44, Quito, 24 de julio del 2017.

- c) Los créditos documentarios irrevocables y las letras de cambio emitidos por bancos o instituciones financieras del exterior con reconocida solvencia internacional.
- d) Las cartas de crédito o *stand by* emitidos por bancos con reconocida solvencia internacional.
- e) Las mercaderías a importar mediante un crédito documentario abierto por la entidad financiera, en el que se establezca que los conocimientos de embarque estarán consignados a su orden y con el correspondiente endoso del seguro a favor de la entidad acreedora.
- f) Las fianzas solidarias de cualquier naturaleza.
- g) Los conocimientos de embarque de petróleo, siempre y cuando se refieran a compras de petróleo previamente negociadas (vendidas) por el cliente de la entidad financiera; y su respectiva póliza de seguro, debidamente endosada a favor de la entidad acreedora.
- h) Los documentos de crédito debidamente endosados con responsabilidad a favor de la entidad acreedora por parte de otra entidad financiera.
- i) El fideicomiso mercantil en garantía, cuyos lineamientos deben estar acorde a lo dispuesto en el Artículo Innumerado posterior al Art. 120 de la Ley de Mercado de Valores.
- j) Para el caso de las operaciones de arrendamiento mercantil, la póliza de seguro contra todo riesgo, de acuerdo al bien arrendado, endosada a favor de la entidad financiera.
- k) Las facturas comerciales negociables.
- l) Las fianzas otorgadas por una entidad del sistema de garantía crediticia.

Es necesario tomar en cuenta que las garantías adecuadas citadas anteriormente, no necesariamente aplican a las garantías tradicionales, cuyo análisis fue expuesto en el Capítulo Primero del presente trabajo, esto implica que, en este tipo de garantías, aquellos bienes susceptibles de ser dispuestos como mecanismos de no pago, se toma en cuenta su valoración de comercial conforme a bienes de similares características y condiciones dentro de los mercados donde puedan ser enajenados.

En el caso de bienes cuya garantía constituida a través de instrumentos financieros esté cotizada en bolsa, su valoración, se tomará en cuenta el precio promedio de su cotización durante los tres meses inmediatos anteriores, en el momento de la valoración, esto de conformidad a lo dispuesto en la sección II, Capítulo XXI, Título II, Libro I de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros.

En el ámbito financiero, debemos tomar en cuenta que la garantía es un colateral, y esta no representa una base sobre la que se fundamenta para el otorgamiento del crédito a través de una institución financiera; por lo tanto, el requerimiento de garantías para respaldar los créditos que se otorgan no está basado en la previsión de tener que recurrir a un procedimiento judicial para obtener el reembolso.

Lo que diferencia a las garantías tradicionales de las garantías adecuadas es lo siguiente, en las primeras la clasificación como hemos dicho anteriormente, son en reales y personales, estas se generan a través de las relaciones entre particulares conforme los requerimientos mínimos que dictaminan las leyes para el efecto.

En cuanto a las segundas, las garantías adecuadas como su nombre lo indica, se adecua el bien susceptible de garantizar el pago de una obligación, a precio real de mercado mediante un perito calificado para el otorgamiento de un crédito a través de una institución financiera.

Conforme a la normativa citada en el presente acápite, las garantías adecuadas van más allá de las garantías tradicionales, porque estas se respaldan también en instrumentos de crédito, esto implica que, dentro de la obligación generada, el garante responde hasta por un importe máximo, por tiempo determinado, de la consecución de un resultado económico. La garantía se caracteriza por ser una obligación independiente de la obligación garantizada.

Bajo estos preceptos podemos definir a la garantía adecuada como el mecanismo cuya característica es independiente del contrato mediante la cual el garante que generalmente es un Banco, Institución Financiera o Aseguradora, se obliga ante el acreedor de una obligación cuya calidad es ser beneficiario de la garantía, a pagar una suma de dinero desde el momento en que éste le notifique el incumplimiento del deudor sin que el beneficiario tenga la necesidad de acreditar de ningún modo dicho incumplimiento.

Por lo tanto, lo característico de estas garantías es la independencia o autonomía respecto de la obligación garantizada. El hecho que origina la ejecución de la garantía no es propiamente el incumplimiento del deudor, sino la mera notificación de este incumplimiento al garante por el beneficiario de la garantía, una vez recibida la reclamación del beneficiario el pago del banco es automático, inmediato y efectivo.

El objetivo de las garantías adecuadas es proteger al acreedor precisamente en los casos en los que la acreditación por su parte del incumplimiento del deudor es complicada o se puede complicar por las exigencias del banco garante. Con estas garantías, el pago es seguro e inmediato con la mera notificación del acreedor.

Y conforme a la normativa citada en el presente acápite, el fideicomiso mercantil en garantía constituye una garantía adecuada, ya que, en virtud del contrato constitutivo, le permite al deudor transferir bienes a un patrimonio autónomo cuya gestión le corresponde a la Fiduciaria, que esta tiene instrucciones precisas de carácter irrevocable, en sentido de vender los bienes y pagar una obligación preexistente en caso de incumplimiento.

Por lo tanto, en la práctica antes de la limitación a las instituciones financieras, el fideicomiso mercantil en garantía, constituye una fuente de pago viable, adecuado y accesible para el cumplimiento de obligaciones pendientes; y sus patrimonios cubren hasta el 100% del patrimonio sobre el valor del crédito constituido de conformidad a lo dispuesto en el, Capítulo XXI, Título II, Libro I de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros.

Si bien hay una apertura con respecto al crédito a otorgarse por medio del fideicomiso en garantía, su limitación, provoca inflexibilidad a la hora de buscar un respaldo adecuado a una obligación crediticia, porque su adecuación se someterá a las garantías tradicionales de crédito y ello limita también la funcionalidad al momento de ejecutar la garantía porque se somete a un procedimiento judicial.

Por ese motivo las repercusiones existentes mediante la reforma de la L.O.F.O.S.S.B a la Ley de Mercado de Valores, son trascendentales que el fideicomiso en garantía, en la práctica se vuelve inexistente, salvo para el caso de bienes inmuebles que para ello si se fomenta este tipo de mecanismo siempre y cuando cumpla con los requisitos de la Ley.

La crítica que cabe realizar es la siguiente; el fideicomiso en garantía es un mecanismo para garantizar obligaciones y como tal su funcionamiento depende de lo que estipulen las partes contratantes, es tan flexible la figura que se puede adecuar conforme a las necesidades y finalidad que se busca para garantizar el cumplimiento de las obligaciones.

Las limitaciones respecto a las garantías adecuadas para las obligaciones contraídas por las partes no solo vuelven ineficaz a la figura, también rompen el principio de confianza con el que el fideicomiso trabaja para cumplir con su finalidad.

Lo que sucede en la práctica es un temor generalizado por el desconocimiento que existe alrededor del fideicomiso, es importante este punto porque una solución para evitar la limitación es promover el uso adecuado de la figura que la misma Ley de Mercado de Valores como lo hemos citado en el presente trabajo señala para el efecto.

Cuando existe la debida información y comunicación a los usuarios de las opciones financieras que tiene a su favor para respaldar las obligaciones contraídas, tiene seguridad jurídica y financiera además de conocer las reglas a las que se somete para adquirir un crédito y respaldarlo en un patrimonio autónomo e independiente.

Pero en la práctica posiblemente no se daba una adecuada comunicación o también no existe mayor comprensión de lo que realiza un fideicomiso en garantía, y esto deriva a los cuestionamientos existentes a pesar del respaldo jurídico, práctico y doctrinario que sustenta su aplicación.

Esta crítica es la que plasmó el Presidente de la República cuando presentó la objeción parcial al proyecto de ley de la L.O.F.O.S.S.B en la que afirma: “Los efectos económicos y jurídicos del reseñado instrumento jurídico son generalmente desconocidos para los usuarios, que no cuentan con formación financiera o jurídica, que han solicitado un crédito, y por esto se puede afirmar que **existe en la relación banco-usuario asimetría de la información en perjuicio de los consumidores del servicio bancario.**”⁷⁷

Sobre la opinión vertida por parte del Presidente de la República, es necesario recordar que en el ámbito monetario y financiero, las instituciones deben actuar con

⁷⁷ Ecuador. *Proyecto de Ley para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil*. Objeción Parcial, Quito: Presidencia de la República, 2014. Pág. 16.

debida diligencia, esto quiere decir que deben informar adecuadamente a sus clientes de los mecanismos que estos utilizarán para poder realizar inversiones o préstamos.

Por ello si bien es cierto que el usuario promedio no cuenta con información jurídica o financiera suficiente, es deber y obligación de la fiduciaria y de las instituciones financieras, comunicar de forma clara y precisa, la composición del negocio y método que el usuario utilizará para invertir o respaldar las obligaciones que ha adquirido.

Y en el caso del fideicomiso en garantía, la Administradora de Fondos y Fideicomisos, no está exenta de responsabilidad y su sustento lo tenemos en el 103, literal a) de la Ley de Mercado de Valores:⁷⁸

“a) Administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos en fideicomiso mercantil, y los bienes administrados a través del encargo fiduciario, pudiendo celebrar todos los actos y contratos necesarios para la consecución de las finalidades instituidas por el constituyente;”

Por otro lado, cabe mencionar que, en los negocios de la actualidad, el fideicomiso en garantía minimiza los riesgos del negocio propiamente hablando, inversión o cualquiera otro como hemos señalado anteriormente, toda vez que por la propia naturaleza de la figura, proporciona a las partes contratantes certeza jurídica; al ser de estricta aplicación por la Fiduciaria autorizada y supervisada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Esto otorga la tranquilidad de que las cosas que se instruyeron sucederán, el fideicomiso en garantía es un instrumento Jurídico-Financiero tan versátil que se adapta a las necesidades de negocios de cada cliente ya sea para simplemente construir una casa, realizar una compraventa, garantizar la entrega de una herencia o bien hacer el más complejo de los negocios.

⁷⁸ Ecuador, Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley de Mercado de Valores, Suplemento No. 215, Quito, 22 de febrero del 2006, y su última reforma, Quito, 12 de septiembre del 2014.

2.1.4. La obligación de inscripción y registro del fideicomiso mercantil en garantía.

Citando nuevamente la opinión del Presidente de la República, Rafael Correa Delgado, dentro de la objeción parcial al proyecto de ley de la L.O.F.O.S.S.B, afirmó lo siguiente: “(...) para evitar la utilización abusiva del fideicomiso mercantil en garantía, **hay que racionalizar su uso mediante la regulación** (...).”⁷⁹

No solamente se trata de evitar el abuso del fideicomiso en garantía, es necesario que exista el control y monitoreo adecuado por parte del órgano de control, potestad que le corresponde a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; por ello no es de extrañar que se haya propuesto la inscripción y registro de los fideicomisos en garantía.

Para ello la Ley crea el Catastro Público del Mercado de Valores, que se encarga de tener la información de los entes y participantes de este segmento para su control y regulación, y su fundamento legal se encuentra tipificado en el artículo 18 de la Ley de Mercado de Valores.⁸⁰

“Del alcance y contenido.- Créase dentro de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros el Catastro Público del Mercado de Valores en el cual se inscribirá la información pública respecto de los emisores, los valores y las demás instituciones reguladas por esta Ley.

La inscripción en el Catastro Público del Mercado de Valores, constituye requisito previo para participar en los mercados bursátil y extrabursátil.

En el Catastro Público del Mercado de Valores deberán inscribirse:

11. Los contratos de fideicomiso mercantil y de encargos fiduciarios, de conformidad con las normas de carácter general que para el efecto dicte el C.N.V.;”

⁷⁹ Ecuador, Proyecto de Ley para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil 2014, Objeción Parcial, 16.

⁸⁰ Ecuador, Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley de Mercado de Valores, Suplemento No. 215, Quito, 22 de febrero del 2006, y su última reforma, Quito, 12 de septiembre del 2014.

Que a la vez tiene concordancia con lo determinado en el artículo 6, Sección II, Capítulo I, Título XIII, Libro II de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros:⁸¹

“En el Catastro Público del Mercado de Valores se inscribirán los fideicomisos mercantiles que sirvan como mecanismos para realizar un proceso de titularización, los fideicomisos de inversión con adherentes, los fideicomisos mercantiles inmobiliarios; los negocios fiduciarios que directa o indirectamente tengan relación con un proyecto inmobiliario cuyo financiamiento provenga de terceros; y los negocios fiduciarios en los que participa el sector público como constituyente, constituyente adherente o beneficiario y aquellos en los que de cualquier forma se encuentren integrados en su patrimonio con recursos públicos o que se prevea en el respectivo contrato esta posibilidad.

La solicitud de inscripción deberá ser presentada por el representante legal de la Fiduciaria en un plazo de quince días contados desde la constitución del negocio fiduciario.”

La inscripción en el Catastro Público del Mercado de Valores es obligatoria y ello sirve para promover la participación dentro de este segmento económico; también conlleva a cumplir estos dos objetivos:

- a) Otorgar publicidad a los actos y contratos relacionados con la negociación de valores; esto tiene como finalidad que todos los documentos e informaciones existentes en el Catastro Público, se encuentren a disposición del público excepto aquellos que sean categorizados como reservados;
- b) Garantizar y transparentar la seguridad y autenticidad de los documentos e instrumentos que deban inscribirse y registrarse; es por ello que las leyes pertinentes en la materia establecen solemnidades sustanciales para las inscripciones, para que el público interesado puede identificar las características para cada ente o valor inscrito que participa en el Mercado de Valores.

Antes que se expida la reforma a la Ley de Mercado de Valores a través de la L.O.F.O.S.S.B, los fideicomisos en garantía no se inscribían, excepto aquellos en los que hubiere participación del sector público o tengan relación con proyectos

⁸¹ Ecuador, Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, Libro II: Mercado de Valores, Registro Oficial Edición Especial No. 44, Quito, 24 de julio del 2017.

inmobiliarios, en cuyo caso debían cumplir con este requisito; ya que su verificación procedía a que cumpla con los requerimientos mínimos que la Ley exige para constituir este tipo de negocio fiduciario.

Según los datos arrojados por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros a través de la funcionaria Katiushka Solórzano Rey, con corte al año 2015 existen alrededor de 7081 negocios fiduciarios registrados en el Ecuador, de los cuales 5.999 no están inscritos conforme al cuadro detallado a continuación:⁸²

Figura 2
Número de fichas registrales por tipo de Partícipe con corte a diciembre del 2015

Emisores de Valores	360
Valores de oferta pública	710
Administradoras de fondos	30
Fondos de inversión	26
Negocios fiduciarios inscritos	1.082
Negocios fiduciarios no inscritos	5.999
Valores de procesos de titularización	184
Auditoras Externas	117
Bolsas de Valores	2
Calificadoras de riesgo	8
Casas de Valores	39
Operados de Valores	155
Depósitos centralizados	2
Originadores de procesos de titularización	44
Instituciones Públicas	4
Inversionistas Institucionales	3
Emisores nos inscritos	377
Valores no inscritos	398
TOTAL FICHAS REGISTRALES INGRESADAS:	9.540

Además, conforme los datos que reposan en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, existen en total 2061 fideicomisos en garantía constituidos a nivel nacional, de los cuales 1792 no se encuentran inscritos, pero si existe el registro respectivo conforme la información que se detalla a continuación:⁸³

⁸² Solórzano Rey, Katiushka del Rocío. «Experiencia en el nuevo sistema de control y supervisión del Mercado de Valores Ecuatoriano.» *Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores*. Editado por Revista Iberoamericana de Mercado de Valores. No. 47. Marzo de 2016. <http://www.rimv.org>. Pág. 7.

⁸³ www.supercias.gob.ec

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS.	
Datos con corte a Diciembre 2015	
NEGOCIOS FIDUCIARIOS INSCRITOS	1082
NEGOCIOS FIDUCIARIOS NO INSCRITOS	5999
TOTAL	7081
TOTAL FIDEICOMISOS EN GARANTÍA	2061
FIDEICOMISOS EN GARANTÍA NO INSCRITOS	1792

Esta estadística demuestra que el fideicomiso en garantía es uno de los negocios masivos más grandes que se pueden constituir dentro de esta modalidad, lo que implica una incidencia y confianza en la figura por parte de los usuarios, por ello no es de extrañar que se haya buscado como finalidad su regulación.

En este punto es preciso señalar que la inscripción obligatoria para el fideicomiso en garantía es necesaria dado el movimiento de flujos y capitales que este acarrea y ello hace necesario su control y regulación, pero ello no implica la necesidad de restricción y limitación dada por las reformas de la L.O.F.O.S.S.B, lo cual hace innecesario el control debido a la baja que va a existir en este tipo de negocios.

Es fundamental el control que se otorga al movimiento de capitales en cualquier forma y por ello se necesita la publicidad de información hasta para temas de transparencia, es por ello que lo planteado en el informe del segundo debate en el proyecto de la L.O.F.O.S.S.B, era lo más adecuado para la regulación y funcionamiento del fideicomiso en garantía, y no debió extenderse más allá de la inscripción.

De esta manera se conservaba la flexibilidad que este negocio fiduciario otorgaba a las partes para cumplir la finalidad específica objeto del contrato, como vía alternativa para garantizar las obligaciones perseguidas como finalidad.

2.1.5. La prohibición de fideicomisos en garantía automotrices.

Este es el punto focal por el cual se dio la reforma al fideicomiso en garantía y su posterior restricción, citando nuevamente el informe del Presidente de la República en su veto parcial, afirmó lo siguiente: “(...) la redacción actual del artículo impugnado es incompleta, ya que nada se ha dicho sobre los fideicomisos en garantía sobre vehículo, lo cual me parece un error inexcusable, teniendo en cuenta que sobre aquellos bienes se

constituyen la mayoría de este tipo de contratos, según datos oficiales de la Superintendencia de Compañías.

Desde el plano estrictamente jurídico, **el fideicomiso en garantía sobre vehículos no tiene justificación ya que existen otros mecanismos jurídicos como la compraventa con reserva de dominio o la prenda especial de comercio,** que cumplen con el mismo propósito de fungir como caución. La diferencia de lo que sucede con el fideicomiso en garantía, ejercitar su legítimo derecho a la defensa (...).”⁸⁴

Este tipo de pronunciamiento no es ajeno a la figura del fideicomiso en garantía, ya que siempre ha despertado mucha controversia y repudio, debido a la afirmación que violaba los derechos de la legítima defensa que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran consagrado en el artículo 76, numeral 7 de la Constitución de la República bajo la figura de los derechos de protección, esto implica conforme lo determina la carta magna, que los derechos y garantías son de inmediata aplicación por o ante cualquier funcionario administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, siempre respetando las normas del debido procesos consagradas tanto en la Constitución como en los tratados o convenios internacionales.

En varios países, esta figura ha sido motivo de debate y discusión por el procedimiento alternativo que se puede estipular en el contrato y es extrajudicial, que lo hace más discutible todavía, para analizar la evolución de esta figura a nivel internacional es necesario citar las afirmaciones de varios autores.

El autor Sergio Rodríguez Azuero, cita en su obra la opinión de la Superintendencia Bancaria de Colombia a través del Oficio No. OJ-416-21887 del 4 de noviembre de 1974, y en que se fundamentaron en ese entonces para rechazar la figura del fideicomiso en garantía:⁸⁵

“a) De conformidad con los artículos 6, 16, 1518, 1519, 1523 y 1602 del C.C. el contrato de fiducia comercial con fines de garantía es un contrato que por su contenido y finalidades adolece de ilicitud por ser contrario a las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.”

⁸⁴ Ecuador, Proyecto de Ley para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil 2014, Objeción Parcial, 17.

⁸⁵ Rodríguez Azuero, Sergio; “*Negocios Fiduciarios y su significación en América Latina*”, Legis Editores S.A.; Primera Edición 2005; Bogotá – Colombia; Pág. 468.

“b) La fuente u origen de licitud del contrato mencionado se encuentra en la contravención de todos los criterios que el legislador ha indicado para enmarcar la libre acción de particulares en la autorregulación de intereses. En efecto por razón de su contenido y especial destinación, es nuestra opinión que se trata de un contrato en fraude a la ley en el sentido de que implica objetivamente una violación indirecta de las leyes que entre nosotros prohíben el pacto comisorio con irrefutables fundamentos inequitativos y morales que hemos intentado resumir.”

El fideicomiso en garantía siempre fue motivo de controversia por la forma de llevar a cabo su procedimiento de ejecución y además por la flexibilidad que tiene para garantizar las obligaciones que el deudor determinaría en este tipo de contratos a diferencia de las garantías tradicionales, dado que para la venta no media un proceso judicial.

Para aclarar este punto, es necesario entender lo que significa el debido proceso, tanto Guillermo Cabanellas ⁸⁶ como Manuel Ossorio ⁸⁷ lo definen como: “Cumplimiento con los requisitos constitucionales en materia de procedimiento, por ejemplo en cuanto a posibilidad de defensa y producción de pruebas.”

Esto implica que las normas del debido proceso son instrumentos de resolución de controversias con un contenido de orden jurídico, ya que estos determinan reglas mínimas para conseguir el objetivo principal de la disputa, que es lograr la justicia mediante una resolución judicial.

El Doctor José García Falconí, señala que el objetivo del debido proceso: “(...) quiere una justicia adecuada a la medida de la dignidad humana, pues el proceso se realiza entre seres humanos y no la subordina a nada, de tal modo que si finalmente se condena a alguien, se condena a una persona entera y no a un guiñapo humano como bien dice el Preámbulo del Programa de Justicia para Centro América (...).”⁸⁸

⁸⁶ Cabanellas de Torres, Guillermo; 2003, “*Diccionario Jurídico Elemental*”, Buenos Aires, Editorial Heliasta, Pág. 121.

⁸⁷ Ossorio, Manuel; “*Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*”, Guatemala C.A., 1ra Edición Electrónica; realizada por Datascan S.A, Pág. 258.

⁸⁸ García Falconí, José; “*Qué es el debido proceso*”, Revista Judicial DerechoEcuador.com, Quito, 24 de noviembre del 2005 y su última actualización el 28 de abril del 2008, <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientopenal/2005/11/24/que-es-el-debido-proceso>

Esta afirmación agrega otro componente importante a las normas del debido proceso en las que se incluyen el derecho a la legítima defensa, ya que no solamente se componen reglas mínimas de tipo jurídico procedimentales, sino que también busca la seguridad y el bien común para los particulares.

El debido proceso tiene su amparo con la tutela efectiva, está atado a las normas mínimas constitucionales tendientes al orden justo, esto conlleva a la necesidad del respeto a los derechos fundamentales que la misma Constitución consagra al respecto; esto implica asegurar que los poderes públicos constituidos sujeten sus actos mediante sentencias, actos o resoluciones administrativas no solamente a las normas orgánicas constitucionales sino a los valores y principios reconocidos por la ética y las buenas costumbres.

La Constitución como Ley Fundamental de cada Estado, en este caso la Carta Magna del Ecuador, a través del debido proceso, busca velar por la tutela efectiva de los ciudadanos en ejercicio de sus derechos fundamentales, esto obliga a que el Estado de forma motivada al aplicar cualquier tipo de resolución conforme al proceso, garantice el cumplimiento de estos derechos.

Respecto a esta afirmación, el autor ecuatoriano Rodrigo Borja Cevallos señala lo siguiente; “Sean cualquiera los principios doctrinales subyacentes, es lo cierto que las Constituciones consagran buena parte de sus normas a la función de declarar los derechos que asisten a las personas y a garantizar su ejercicio. En la formulación de esas normas que, como hemos dicho, integran la parte dogmática de la Constitución – generalmente prevalece una actitud de desconfianza con respecto al poder público, al que se lo considera como la fuente principal de los peligros contra la libertad de los individuos. Por eso los derechos individuales están principalmente destinados a defender determinados aspectos de la personalidad humana frente al poder. Esos aspectos de la personalidad humana jurídicamente protegidos, mirados desde el punto de vista de los favorecidos por aquella protección se llaman derechos subjetivos, y mirados desde el punto de vista del Estado, se llaman garantías constitucionales. En todo caso, ellos consisten en valores humanos jurídicamente amparados por las normas

constitucionales, así frente al Estado como frente a particulares.”⁸⁹ (El énfasis me corresponde)

Esta afirmación es bien importante al hablar del fideicomiso mercantil en garantía, porque uno de los derechos subjetivos yacentes dentro del Art. 66 de la Carta Magna del Ecuador, se encuentra la libertad de contratación, esto implica la manifestación de voluntad de las partes para crear, modificar o extinguir obligaciones conforme a los intereses pactados, siempre y cuando haya el respeto a las leyes y los derechos constitucionales, al buen vivir, la moral y buenas costumbres de la sociedad.

Esto nos lleva a la conclusión, que la motivación del debido proceso, y entre sus preceptos, la legítima defensa, es de carácter procesal, es decir, nace de una petición ante la autoridad pública conocida como Juez, por ende, la afirmación de que el fideicomiso mercantil en garantía contraviene este derecho, resulta ser errónea como lo veremos más adelante.

Con el paso del tiempo el fideicomiso en garantía, logro ser aceptado y obtener consagración legal, no sin antes pasar por un proceso de estudio teórico y práctico para que en las diferentes legislaciones puede ser una figura legítima.

Entre las acepciones a favor, el autor Carlos Gilberto Villegas, quien a su vez cita a Juan Suayfeta, señala lo siguiente: “Este tipo de fideicomiso a sustituido con ventaja a la prenda y a la hipoteca como forma de garantizar créditos u obligaciones, pues ante la demostración de incumplimiento, no se está obligado como en esas formas de gravamen a promover ningún juicio, que muchas veces pueden ser muy prolongados y costosos, ni a solicitar la autorización ni la intervención judicial para la venta de los bienes fideicomitados, sino que basta con la demostración del incumplimiento ante el fiduciario para que proceda sin más trámite conforme a las facultades que al efecto se dan en el contrato, a la venta de los bienes mediante el procedimiento que hayan establecido convencionalmente las partes.”⁹⁰

El mismo autor cita varias veces en su obra, la improcedencia de inconstitucionalidad del fideicomiso en garantía, en especial porque la Suprema Corte

⁸⁹ Borja Cevallos, Rodrigo; 1971, “*Derecho Político y Constitucional*”, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Tomo II, Quito, Págs. 260-261.

⁹⁰ Suayfeta, Juan, “El fideicomiso al servicio del individuo y de la familia”, en Revista Banco de la Nación Argentina No. 50, Pág. 36; obra citada por el autor Villegas, Carlos Gilberto en “Las garantías del crédito”, Buenos Aires: Editorial Rubinzal – Calzoni, 1998, Pág. 38.

de Justicia en México, ha aceptado varias veces que no existe violación al derecho de legítima defensa que se afirma por distintos autores o autoridades.

Otro caso que también desestimó este argumento de inconstitucionalidad lo encontramos en Argentina, en este caso citamos el fallo dictado por la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina del año 2006, respecto al juicio de escrituración cuyos participante son: Darío Donolo y el Banco Hipotecario S.A., sobre el fideicomiso de garantía, señaló que si bien su validez fue cuestionada de alguna manera, la legitimidad de este figura hoy en día no es un tema que tiene cabida para una discusión de tipo judicial.

Y así varias legislaciones a nivel internacional de a poco, aceptaron la legitimidad del fideicomiso en garantía, y no es de sorprenderse que en Ecuador con la reforma dada en la L.O.F.O.S.S.B, se ponga en tela de duda el procedimiento establecido.

En este sentido, los autores Claudio Kiper y Silvio Lisoprawski, consideran que la ejecución de la garantía por parte del fiduciario no es más que el cumplimiento de una obligación contractual establecida por las partes en el contrato de constitución del fideicomiso, cuyo objetivo es saldar la obligación garantizada en caso de incumplimiento.

Bajo este precepto, ambos autores señalan: “Cabe considerar que el fiduciario no resuelve controversia alguna, limitándose a comprobar una situación de hecho; la falta de pago por parte del deudor. Supuesto, este último, previamente convenido por las partes para el desahogo del fideicomiso en una de sus alternativas de cumplimiento. Es decir, para proceder a la realización del bien fideicomitado y pagar al acreedor. Y si una vez satisfecho este último hubiese un remanente, le pertenecerá al deudor como beneficiario o fideicomisario. Desde otra perspectiva es importante subrayar que el fideicomitente (deudor) no instruye al fiduciario para que dirima un conflicto, sino que, verificado el hecho externo y objetivo – descrito como condición del contrato -, cumple con el acreedor garantizado (el beneficiario o un tercero) en función de una relación crediticia ajena al fideicomiso y cuya insatisfacción —dispara el cumplimiento (ejecución) de este último. Por ese motivo es necesario que en el clausulado del contrato de fideicomiso el fiduciante (deudor) establezca expresa y claramente la instrucción al fiduciario para que, frente a la comprobación de un hecho o manifestación objetiva y

externa (suficientemente descripta), del incumplimiento de la obligación garantizada, proceda (más bien cumpla) a disponer de los bienes fideicomitidos y pague la obligación garantizada. Este punto es esencial, porque si el fiduciario, por ausencia de una condición precisa y objetiva, debe hacer un juicio o recurrir a su criterio para establecer si ha habido o no incumplimiento de la obligación insoluta, se sujeta al riesgo de que ejecutado el contrato se lo haga responsable por su evaluación errada o se cuestione el fideicomiso mismo por implicar, presuntamente, funciones de naturaleza judicial.”⁹¹

Por su parte citando nuevamente al autor Sergio Rodríguez Azuero, coincide con esta postura anterior, afirmando que no existe en la fiduciaria una potestad de tipo jurisdiccional, más bien una mera constatación de un supuesto de hecho, es decir, la verificación de un hecho objetivo, que habilita o no la ejecución de la garantía: “(...) se ha hecho notar que no es una situación de controversia la que debe ser juzgada por el fiduciario, sino la simple circunstancia de hecho de que, en una cierta fecha, no se haya producido un pago. No hay pues en la gestión que debe cumplir el fiduciario ningún campo para la calificación subjetiva sobre la conducta de las partes sino simple y llanamente, sobre la circunstancia de no haberse realizado el pago. Pero además no se trata de que el acreedor disponga por sí y ante sí del bien recibido en garantía, sino que tal bien ha sido transferido previamente por parte del deudor al fiduciario, en forma deliberada y consciente, encomendándole una determinada gestión que pueda traducirse, seguramente, en la venta del bien o en el pago al acreedor, pero incluso, al cumplimiento de otras finalidades, si la suma lo permite.”⁹²

Hay que tener en cuenta lo siguiente, las normas del debido proceso consagradas en la Constitución de la República son de carácter judicial, mientras que el procedimiento dictaminado en el fideicomiso en garantía es de tipo convencional, es decir las partes determinan los pasos a seguir en caso de incumplimiento de la obligación contraída por parte del deudor.

Y es importante resaltar lo que las partes han determinado, puesto que una de ellas, es el deudor mismo quien pone a disposición sus bienes para garantizar las

⁹¹ Kiper, Claudio, y Lisoprowsky, Silvio, 2004, “*Teoría y práctica del fideicomiso*”, Depalma, 2da Edición, Buenos Aires, Págs. 10-11

⁹² Rodríguez Azuero, Sergio, 2005, “*Contratos Bancarios y su significación en América Latina*”, Legis Editores S.A, Quinta Edición, Bogotá, Pág. 865.

obligaciones, dentro de un patrimonio separado e independiente como es el fideicomiso, y por instrucciones de este, la fiduciaria procede en su actuación.

Y este proceder no es ajeno a la ley, porque debemos recordar que el contrato como tal es una de las fuentes de las obligaciones, tal como lo señala el Código Civil en su artículo 1453:⁹³

“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, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.” (El énfasis no corresponde a la norma)

El contrato al ser ley para las partes, sus estipulaciones actúan de conformidad con las normas vigentes siempre que confluyan los cuatro elementos para su formalización que son: capacidad legal, consentimiento, objeto lícito y causa lícita. (Artículo 1461 Código Civil)

Por ende, no se puede despreciar a la figura cuando las mismas partes ponen las condiciones necesarias para garantizar el cumplimiento de una obligación, este acuerdo de voluntades tiene fuerza legal, esto también lo dispone la ley a través del Código Civil en el artículo 1561:⁹⁴

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

Como vemos, el fideicomiso en garantía goza de causa legítima para su conformación y es improcedente las declaraciones de inmoralidad e inconstitucionalidad no solo por las razones citadas en el presente acápite, también como hemos afirmado en el presente trabajo, el fideicomiso para su desenvolvimiento se basa en la confianza para su accionar.

⁹³ Ecuador, Código Civil, Suplemento No. 46, Quito, 24 de junio del 2005, y su última reforma, Quito, 19 de junio del 2015.

⁹⁴ *Ibidem*

Y la fiduciaria como administradora, tiene como funciones, la rendición de cuentas de su gestión que también se encuentra tipificada en la ley, fundamentalmente en el artículo 128 de la Ley de Mercado de Valores:⁹⁵

“De la rendición de cuentas.- La rendición de cuentas es indelegable a terceras personas u órganos del fideicomiso, por lo que corresponde al fiduciario rendir las cuentas comprobadas de sus actuaciones. Es a la sociedad administradora de fondos y fideicomisos a quien le compete demostrar su cumplimiento en la labor ejecutada, de acuerdo con lo dispuesto en el contrato constitutivo y las normas de carácter general que determine el C.N.V.”

Por lo tanto, ninguna de las partes queda exenta de responsabilidad en su accionar, cuando constituyen el fideicomiso en garantía, por ser un mecanismo para respaldar las obligaciones contraídas.

En este sentido, claramente la suscripción de un contrato de constitución del fideicomiso en garantía es una opción más con que cuentan las partes dentro de una relación crediticia, como resultado tenemos el ejercicio del principio de libertad contractual, mismo que permite a los sujetos realizar todos aquellos actos o negocios jurídicos que no estén prohibidos por la ley, la moral y buenas costumbres aceptados por la sociedad.

En conclusión, el fideicomiso de garantía no implica *per se* una violación al debido proceso. Será de la valoración propia de las cláusulas dentro del contrato lo que determine el quebranto o no de los principios generales del derecho en la relación fiduciaria.

Pero en este punto hay que aclarar la desventaja que por tal motivo se puso en tela de duda al fideicomiso en garantía en la reforma dada en la L.O.F.O.S.S.B, y esto nos lleva a los constituyentes adherentes, para ello nuevamente vamos a citar el inciso quinto del artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores:⁹⁶

“Cuando un tercero distinto del constituyente se adhiere y acepta las disposiciones previstas en un contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios se lo denominará

⁹⁵ Ecuador, Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley de Mercado de Valores, Suplemento No. 215, Quito, 22 de febrero del 2006, y su última reforma, Quito, 12 de septiembre del 2014.

⁹⁶ *Ibidem*.

constituyente adherente. Cabe la adhesión en los contratos en los que se haya establecido esa posibilidad.”

Que tiene concordancia con la norma estipulada en el artículo 20, de la sección IV, Capítulo I, Título XIII, Libro II de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros:⁹⁷

“Contratos de adhesión: Cuando un tercero se adhiera a un contrato de fideicomiso o de encargo fiduciario, deberá suscribir el respectivo instrumento, mediante el cual acepta las disposiciones del contrato original y sus modificaciones.” (El énfasis no corresponde a la norma)

Si se tratare del aporte de un bien inmueble, se necesitará solemnidad de escritura pública.

En los casos de negocios fiduciarios que deban inscribirse, la fiduciaria deberá presentar copia del modelo del contrato de adhesión al solicitar la inscripción del contrato original.

Y además guarda relación con el artículo 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor:⁹⁸

“Contrato de Adhesión.- Es aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo, haya discutido su contenido.”

El constituyente adherente tiene la atención en el presente acápite, porque es quien en mayor parte ha tenido participación masiva en los fideicomisos en garantía, debido a que al obtener un crédito para la compra de un bien sea mueble o inmueble, u obtener algún préstamo de una institución financiera, se adhiere a las condiciones determinadas en el contrato de constitución del fideicomiso mercantil en garantía.

⁹⁷ Ecuador, Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, Libro II: Mercado de Valores: Mercado de Valores, Registro Oficial Edición Especial No. 44, Quito, 24 de julio del 2017.

⁹⁸ Ecuador, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Suplemento No. 116, Quito, 10 de julio del 2000, y su última reforma, Quito, 16 de enero del 2015.

Pero si bien es cierto que el constituyente adherente no puede alterar o modificar las condiciones del contrato de adhesión, si tiene derecho a ser informado de las condiciones por las cuales se constituyó la garantía a través del fideicomiso, esto tiene su sustento en el artículo 47 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor:⁹⁹

“Sistemas de Crédito.- Cuando el consumidor adquiera determinados bienes o servicios mediante sistemas de crédito, el proveedor estará obligado a informarle en forma previa, clara y precisa.”

Es decir que para la aceptación en su calidad de adherente a los términos y condiciones señalados en el artículo 20, de la sección IV, Capítulo I, Título XIII, Libro II de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros citado anteriormente, primero debe haber sido correctamente informado de las obligaciones que adquirirá al momento de suscribirse como adherente al fideicomiso.

Pero esto no es ajeno a que, en su participación como constituyente adherente en el fideicomiso en garantía, no tenga la facultad de reformar al contrato principal, cuando sus estipulaciones carezcan de claridad o practicidad en el cumplimiento de la obligación determinada.

Se hace énfasis en el contrato de adhesión, porque en la práctica, varios de los procedimientos de ejecución de la garantía a través de este fideicomiso, tenía participación los constituyentes adherentes, y a través de ellos, existió la protesta y repudio a la figura.

Por ello no es de extrañarse que se haya cometido ciertos abusos, en lo que se refiere a la falta de información y comunicación al constituyente adherente sobre las condiciones en las que acepta dejar el bien objeto de garantía en un patrimonio autónomo para adquirir la calidad de deudor para respaldar sus obligaciones con el acreedor, haciendo caso omiso a lo señalado en el artículo 47 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, señalado anteriormente.

Por lo tanto, es equivocada la afirmación de que el fideicomiso en garantía viola el derecho a la legítima defensa, porque el mismo deudor pacta las condiciones para ejecutar la garantía, solamente si dicha ejecución se da con violación al contrato y a la

⁹⁹ Ibidem.

ley, existe el perjuicio al mismo deudor y por ende se podría afirmar el abuso, que en la práctica, no se ha conocido que se de este tipo de arbitrariedad contra la ley y el contrato.

Conforme a lo afirmado en el presente acápite, es necesario realizar un análisis a la Resolución No, 340-2017-V, expedida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera el 06 de marzo del 2017¹⁰⁰, la que posteriormente fue incorporada en el Capítulo II del Título XIII, Libro II, de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, su artículo 1 determina lo siguiente:¹⁰¹

“Art. 1.- Prohibición de la constitución de fideicomisos mercantiles en garantía: Las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, no podrán constituir fideicomisos mercantiles en garantía sobre vehículos livianos, esto es, los que tienen un peso menor a 3.5 toneladas y están destinados al transporte de personas o bienes.”

Esta reforma jurídicamente hablando supondría un avance para dejar de lado ciertas limitaciones para la constitución del fideicomiso mercantil en garantía sobre vehículos, esto con la finalidad de propender la actividad comercial dentro del país y esto sea un incentivo para la producción.

Esto según el considerando séptimo de la mencionada resolución, afirma que la prohibición determinada en el artículo innumerado al Art. 120 de la Ley de Mercado de Valores no se compadecería con el término en general y esto además se ratifica en el Art. 3 de la misma:

“Art. 3.- Sobre las maquinarias y equipos: La prohibición referida en esta resolución no abarca a las maquinarias o equipos que se utilicen en actividad productiva.”

Podría afirmarse que existe cierta flexibilidad al respecto de la figura desde el punto de vista legal y regulatorio, pero hay que tomar en cuenta que esto genera efectos en el ámbito comercial y de negocios, el principal es el encarecimiento de costos para la

¹⁰⁰ Ecuador. «Resolución No. 340-2017-V.» Quito: Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, 06 de marzo de 2017

¹⁰¹ Ecuador, Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, Libro II: Mercado de Valores, Registro Oficial Edición Especial No. 44, Quito, 24 de julio del 2017.

Fiduciaria, esto implica que, en el caso de incumplimiento, al ejecutarse la garantía y como acción deba aprehenderse el vehículo, requerirá de personal técnico especializado para hacerlo.

Esto quiere decir, que el costo por mantener la figura, comercialmente hablando no lo hace viable, porque además de encarecerlo, abre el camino para una posible vulneración de derechos y deba acudirse ante un juez competente para solicitar la reivindicación de los vehículos aportados al fideicomiso y esto ralentiza el procedimiento de ejecución de garantías, volviéndolo inviable para su aplicación.

El segundo aspecto a tomarse en cuenta es la limitación definitiva a las instituciones financieras tal como lo señala el Art. 2 de la presente Resolución:

“Art. 2.- Prohibición de la constitución de fideicomisos mercantiles en garantía para las instituciones del sistema financiero: En ningún caso las instituciones del sistema financiero, podrán constituir fideicomisos mercantiles en garantía sobre todo tipo de vehículos, sin distinción de tonelaje o finalidad, sea para transporte público o privado de personas o bienes.”

Como hemos señalado anteriormente, esta prohibición responde más a un tema de tipo político que técnico, por lo que además de limitar la flexibilidad, atenta contra la libertad de contratación de los usuarios que buscan mecanismos flexibles y céleres al momento de constituir garantías.

Y el tercer punto a tomar en cuenta a modo de análisis y reflexión, el Artículo Innumerado posterior al Art. 120 de la Ley de Mercado de Valores en sus últimos incisos determina lo siguiente:

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

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

Es importante recalcar esta disposición porque la Resolución emitida por la Junta de Política y de Regulación Monetaria y Financiera, es de carácter jerárquico inferior, mientras que lo dispuesto en el Artículo Innumerado antes citado, al estar incorporado

dentro de una ley jerárquica superior, esta última prevalece sobre cualquier disposición, por lo que constitucionalmente, resultaría inaplicable en la práctica, para ello vamos a citar lo dispuesto en el Art. 425 de la Constitución de la República:¹⁰²

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. (El énfasis no corresponde a la norma)

En consecuencia, la Ley de Mercado de Valores al encontrarse incorporada como Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, tiene carácter de Ley Orgánica y prevalece sobre la presente Resolución, por lo tanto esta sería inaplicable. Yendo más allá, según lo determinado en el Art. 14 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero, las funciones de la Junta de Política y de Regulación Monetaria y Financiera, se limitan solamente a la regulación, aplicación, aclaración y determinación de políticas regulatorias en materia monetaria y financiera.

La atribución de interpretar o aclarar las normas jurídicas vigentes, es potestad de la Asamblea Nacional del Ecuador, conforme las funciones determinadas en el Art. 120 de la Constitución de la República, por lo tanto la presente resolución además de ser inflexible en el ámbito comercial, es inconstitucional porque se interpreta una norma de carácter orgánico a través de un órgano que no es competente para tal efecto, y es recomendable que sea derogado, o modificado conforme a los principios determinados en la Carta Magna del Ecuador.

2.3.Una propuesta de reforma técnica a la institución del fideicomiso mercantil en garantía.

Hemos analizado las opiniones a favor y en contra, además de los fundamentos legales que soportan la figura del fideicomiso mercantil en garantía, en este acápite

¹⁰² Ecuador. *Constitución de la República*. Quito: Registro Oficial Suplemento No. 449, 20 de octubre de 2008.

vamos a sugerir ciertas modificaciones a favor que pueden darse para la conformación de este tipo de fideicomiso.

En primer lugar, es necesario derogar el artículo innumerado posterior al Art. 120 de la Ley de Mercado de Valores incorporada a través de la L.O.F.O.S.S.B, dado que las limitaciones establecidas, no ayudan al cumplimiento de la finalidad que conlleva constituir un fideicomiso en garantía y al ser una figura tan flexible para las partes al momento de constituirlo, no coadyuva para que se un negocio de gran incidencia a nivel financiero.

Una vez derogado dicho artículo, es necesario que sea formalizado a través de su inscripción y registro, esto coadyuvará a que exista un control y monitoreo por parte de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, dicha reforma se puede agregar al artículo 6, de la Sección II, Capítulo I, Título V de la Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores y que daría de esta manera:

“Inscripción.- En el Catastro Público del Mercado de Valores se inscribirán los fideicomisos mercantiles que sirvan como mecanismos para realizar un proceso de titularización, los fideicomisos de inversión con adherentes, *los fideicomisos en garantía con adherentes*, los fideicomisos mercantiles inmobiliarios; los negocios fiduciarios que directa o indirectamente tengan relación con un proyecto inmobiliario cuyo financiamiento provenga de terceros; y los negocios fiduciarios en los que participa el sector público como constituyente, constituyente adherente o beneficiario y aquellos en los que de cualquier forma se encuentren integrados en su patrimonio con recursos públicos o que se prevea en el respectivo contrato esta posibilidad.”

Más que regular al fideicomiso mercantil como tal, la propuesta va encaminada a regular la actuación de las partes que constituyen este negocio fiduciario, debemos recordar que el objeto inmediato de las obligaciones no son las cosas materiales, sino la conducta o comportamiento que deben observar las partes; esta conducta o comportamiento se llama prestación consistir en: dar, hacer o no hacer, conforme las normas que determina el Código Civil.

Por ende, en relación al accionar de las partes, se agregaría el siguiente texto adicional al quinto inciso del artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores que establezca lo siguiente:

“Cuando un tercero distinto del constituyente se adhiere y acepta las disposiciones previstas en un contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios se lo denominará constituyente adherente, siempre y cuando haya sido debidamente informado de forma clara, concisa y transparente sobre las condiciones del contrato de fideicomiso. Cabe la adhesión en los contratos en los que se haya establecido esa posibilidad.”

Esto obliga a que el constituyente adherente sea debidamente informado al momento de realizar la constitución del fideicomiso mercantil en garantía, además de reforzar la cláusula de aceptación de las condiciones del fideicomiso mercantil que se da en la práctica tanto para la constitución y la adhesión, sea reforzada.

Además, se agregaría también a los constituyentes adherentes en el artículo 126 de la Ley de Mercado de Valores y quedaría de la siguiente manera:

“Derechos de los constituyentes.- Son derechos del constituyente y de los constituyentes adherentes del fideicomiso mercantil:”

La propuesta enmarcada a los constituyentes adherentes tiene como motivo reforzar su accionar dentro del fideicomiso, no solamente en garantía, sino en general, ya que también es una parte fundamental en el desarrollo de los negocios fiduciarios y en la práctica se ha visto como ellos son partes fundamentales en el contrato.

También para evitar las limitaciones vigentes al fideicomiso en garantía, es necesario derogar la Resolución No. JB-2014-3036 del 6 de agosto del 2014 expedida por la Junta Bancaria; y, las Resoluciones No. 213-2016-F del 22 de febrero del 2016, 340-2017-V del 06 de marzo del 2017, de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, que ratifican la disposición contenida en el artículo innumerado posterior al artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores.

Y se debe enmarcar nuevamente a nivel financiero, al fideicomiso mercantil en garantía, como una de las garantías adecuadas, ya que como hemos analizado, las instituciones financieras se benefician de esta figura y además a nivel financiero promueve el movimiento de capitales a través de la constitución de obligaciones como lo hacen las garantías tradicionales.

Si bien la legislación mexicana nos ha dado un ejemplo de la regulación del fideicomiso mercantil en garantía separado del resto de negocios fiduciarios, en el

Ecuador es necesario dar requisitos mínimos para llevar a cabo el proceso de ejecución, este seguiría siendo convencional, pero tendría como punto de partida la norma para que se lleve a cabo y de esta manera se evite posibles perjuicios para las partes.

En este punto se puede plantear agregar un cuarto numeral al artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores que señale lo siguiente:

“4.- Si el fin del contrato del fideicomiso mercantil es garantizar obligaciones, se establecerá una cláusula para su ejecución que deberá contener al menos lo siguiente:

- a) Instrucción expresa por parte del acreedor para iniciar con el proceso de ejecución de garantía, en el que conste el aviso de incumplimiento de la obligación contraída por parte del deudor;
- b) Término para que el deudor responda por las obligaciones pendientes;
- c) Notificación expresa al deudor por parte de la fiduciaria, respecto de las obligaciones pendientes, que no excederá de 10 días término;
- d) Término por el cual el deudor demuestre el cumplimiento de las obligaciones adquiridas, que no excederá de 10 días;
- e) Condiciones en las que se retirará la autorización del uso del bien en garantía de haberla, con la sola presentación del contrato;
- f) Condiciones para la venta de los bienes objeto de garantía y la autorización expresa a la fiduciaria para que emplee los medios de publicidad necesarios para el proceso de subasta;
- g) Proceso de avalúo de los bienes objeto de garantía y los términos establecidos para el efecto; y,
- h) Plazo para la venta de los bienes objeto de garantía que no excederá de 60 días y será por valor igual o mayor al determinado en el avalúo correspondiente, en caso que no existan compradores en un primer momento, determinar un segundo plazo para la venta que no excederá de 30 días, si a pesar de esto no existieren compradores, establecer el procedimiento para dar en dación en pago los bienes objeto de garantía.”

La ventaja que ofrece la legislación ecuatoriana en cuanto a los negocios fiduciarios se refiere, es la flexibilidad y las solemnidades establecidas para su creación, y la práctica ha demostrado su eficacia, por lo que la propuesta va dirigida al monitorio a través de su inscripción y a la figura del constituyente adherente porque actualmente se lo deja de lado.

Por lo demás el fideicomiso en garantía debe ser incentivado para los fines propuestos siempre y cuando sea vigilado, conllevando a que existan efectos positivos y seguridad jurídica en cualquier sector sea de mercado o financiero para su correcta y adecuada utilización.

Conclusiones

Una vez analizada la figura del fideicomiso mercantil en garantía dentro del presente trabajo, cabe realizar las siguientes conclusiones al respecto:

1. El fideicomiso en garantía es una figura que en la práctica ha probado ser eficaz para asegurar las obligaciones determinadas por las partes y cerciorar su cumplimiento.
2. La propiedad transferida al fideicomiso en garantía es separada e independiente del patrimonio de las partes que lo conforman y la gestión de la fiduciaria es de confianza y debe cumplir con las instrucciones impartidas en su actuar diligente y profesional, además que existen solemnidades claras y concretas en la ley para la constitución de negocios fiduciarios.
3. El fideicomiso mercantil en garantía no violenta el debido proceso ni otras normas de carácter constitucional, debido a que las partes ejercen su autonomía con sujeción a la ley.
4. El procedimiento de ejecución de garantía contemplado en el fideicomiso es un proceso legal aceptado, dado que hay voluntad de las partes y esto brinda seguridad al momento de ejecutar la garantía objeto de la obligación, y es un método que disminuye el riesgo de depreciación de los bienes a diferencia de las garantías tradicionales ya que entre las ventajas que ofrece, tenemos las siguientes:
 - Proceso de legalización privado y ágil.
 - Costos de implementación y manejo competitivos.
 - Y principalmente mayor agilidad.

Estas características mantienen la calidad y el valor de las garantías a la hora de ser utilizado como segunda fuente de pago; también es ventajoso para las partes en especial el deudor, por cuanto puede mitigar rápidamente el crecimiento de la obligación contraída, con su ágil entrega y liquidación, en caso de verse afectada su original capacidad de pago.

5. Los constituyentes adherentes en el fideicomiso mercantil en garantía no tienen el mismo trato que el constituyente principal en el fideicomiso, y por ello es proclive a que sufra abusos al momento de aceptar los términos y condiciones del negocio fiduciario en garantía.
6. El contrato de adhesión al fideicomiso mercantil en garantía ha probado ser un instrumento masivo y eficaz al momento de garantizar las obligaciones contraídas por el deudor a través de instituciones financieras.
7. Las reformas dadas al fideicomiso mercantil en garantía, están provocando el declive de la figura, además resta alternativas viables y eficaces al momento de buscar opciones para garantizar las obligaciones.
8. Los problemas que se presentan en el fideicomiso mercantil en garantía no son propios de la figura, sino del desconocimiento que existe, y esto ha degenerado en desconfianza a la hora de constituir garantías para respaldar obligaciones, por ello con la debida información y comunicación a los usuarios al respecto, se podría evitar interpretaciones equivocadas del fideicomiso en garantía, además de promover mayor seguridad a la hora de constituirlo.

Recomendaciones

1. Si bien no existe un marco legal específico que regule a la figura del fideicomiso mercantil en garantía que por ello existe desconfianza o desconocimiento, se debe implementar su difusión a través de información transparente, porque su versatilidad y flexibilidad, hace que las partes adecuen su uso para el fin perseguido a la hora de garantizar obligaciones.
2. Al constituyente adherente debe darse un trato más equitativo y personalizado, ya que a diferencia de otros convenios de adhesión para distintos servicios de consumo, en el fideicomiso mercantil en garantía, estamos hablando de una figura que busca garantizar obligaciones y automáticamente el constituyente adherente adquiere la calidad de deudor, por lo que es necesaria la transparencia y claridad al momento de otorgarle la calidad de adherente a la obligación principal objeto de constitución del fideicomiso.
3. Debe derogarse el artículo innumerado posterior al Art. 120 de la Ley de Mercado de Valores incorporada a través de la L.O.F.O.S.S.B, la Resolución No. JB-2014-3036 del 6 de agosto del 2014 expedida por la Junta Bancaria, las Resoluciones Nos. 213-2016-F del 22 de febrero del 2016; y, 340-2017-V del 06 de marzo del 2017, expedidas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, todas ellas actualmente incorporadas en la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, porque limitan a cabalidad el uso del fideicomiso mercantil en garantía y además no promueve su flexibilidad a la hora de determinar sus condiciones.
4. Debe existir control y regulación por parte de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a través de su inscripción y registro, ello brindará mayor seguridad y monitoreo a esta figura, además porque existe buen movimiento de capitales y ello puede ser susceptible de fraudes, es por eso que con la debida inspección, además el contrato al inscribirse, automáticamente es monitoreado para verificar el cumplimiento de los términos y condiciones determinados por las partes, y su accionar este sujeto tanto al contrato y la Ley, para evitar posibles perjuicios que en la práctica puedan generarse al momento de su conformación.

Bibliografía

- Araujo, Alberto. *Grupo EL COMERCIO*. 7 de junio de 2015.
<http://www.elcomercio.com/actualidad/fideicomisos-impuestoalherencia-leyorganicaparalaredistribuciondelariqueza-impuestos-negocios.html>.
- Balda Santistevan, Rafael Enrique. «Principales cambios en la legislación ecuatoriana de Mercado de Valores. Un análisis en tres ejes.» *Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores*. Editado por Revista Iberoamericana de Mercado de Valores. No. 42. Julio de 2014. <http://www.rimv.org>.
- Borja Cevallos, Rodrigo. *Derecho Político y Constitucional - Tomo II*. Quito: Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1971.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2003.
- Colombia. «Decreto 410.» *Código de Comercio*. Bogotá, 1971.
- Diario El Comercio. *Grupo EL COMERCIO*. s.f.
<http://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/correa-presentara-ley-regular-fideicomisos.html>.
- Ecuador. *Constitución de la República*. Quito: Registro Oficial Suplemento No. 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil*. Quito: Registro Oficial Suplemento No. 249, 20 de mayo de 2014.
- . *Código Civil*. Suplemento No. 46, Quito, 24 de junio del 2005, y su última reforma, Quito, 19 de junio del 2015, s.f.
- . «Ley de Mercado de Valores.» Registro Oficial Suplemento No. 199. Quito, 26 de mayo de 1993, s.f.
- . «Ley de títulos de crédito.» 9 de diciembre de 1963.
- . «Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.» Suplemento No. 116, Quito, 10 de julio del 2000, y su última reforma, Quito, 16 de enero del 2015, s.f.
- . *Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil*. Texto Aprobado en el Pleno de la Asamblea, Quito: Asamblea Nacional, 2014.

- . *Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil*. Texto Definitivo, Quito: Asamblea Nacional, 2014.
 - . «Libro I.» *Código Orgánico Monetario y Financiero*. Quito: Registro Oficial Suplemento No. 332, 12 de septiembre de 2014.
 - . «Libro I: Sistema Monetario y Financiero.» *Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros*. Registro Oficial Edición Especial No. 44, Quito, 24 de julio del 2017, s.f.
 - . «Libro II Ley de Mercado de Valores.» *Código Orgánico Monetario y Financiero*. Registro Oficial Suplemento No. 215, Quito, 22 de febrero del 2006, última reforma, Registro Oficial Suplemento No. 332, Quito, 12 de septiembre del 2014, s.f.
 - . «Libro II: Mercado de Valores.» *Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros*. Registro Oficial Edición Especial No. 44, Quito, 24 de julio del 2017, s.f.
 - . «Proyecto de Ley para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil.» Quito: Presidencia de la República, 5 de abril de 2013.
 - . *Proyecto de Ley para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil*. Informe Segundo Debate, Quito: Asamblea Nacional, 2013.
 - . *Proyecto de Ley para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil*. Informe Primer Debate, Quito: Asamblea Nacional, 2013.
 - . *Proyecto de Ley para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil*. Objeción Parcial, Quito: Presidencia de la República, 2014.
 - . «Resolución No, 340-2017-V.» Quito: Junta de Política y de Regulación Monetaria y Financiera, 06 de marzo de 2017.
 - . «Resolución No. 209-2016-F.» Quito: Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, 12 de Febrero de 2016.
 - . «Resolución No. 213-2016-F.» Quito,: Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, 22 de Febrero de 2016.
- El Telégrafo. 06 de marzo de 2014.
<http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/1/patrimonio-de-fideicomisos-acumula-7-794-millones>.

- Freire, Bettina. *El fideicomiso, sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, 1997.
- García Falconí, José. *derechoecuador.com*. 28 de abril de 2008. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientopenal/2005/11/24/que-es-el-debido-proceso> .
- Kiper, Claudio, y Lisoprowsky, Silvio. *Teoría y práctica del fideicomiso*. Buenos Aires: Depalma. 2da edición, 2004.
- . *Tratado del Fideicomiso*. Buenos Aires: Depalma, 2004.
- Martorell, Ernesto. *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2010.
- México. «Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.» México D.F.: Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 1932, última reforma publicada el 20 de agosto del 2008, s.f.
- Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Guatemala C.A.: 1era Edición Electrónica; realizada por Datascan S.A., s.f.
- Peralvo Molina, Juan Carlos. «Fideicomisos del Mercado de Valores y fideicomisos de titularización en el Ecuador.» *Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores*. Editado por Revista Iberoamericana de Mercado de Valores. No. 30. Julio de 2010. <http://www.rimv.org>.
- Real Academia Española* © Todos los derechos reservados. s.f. <http://dle.rae.es>.
- Rodríguez Azuero, Sergio. *Contratos Bancarios y su significación en América Latina*. Bogotá: Legis Editores S.A., Quinta Edición, 2005.
- . *La responsabilidad del Fiduciario*. Medellín: Ediciones Rosaristas, 1997.
- . *Negocios fiduciarios y su significación en América latina*. Primera Edición. Bogotá: Editorial Legis S.A., Primera Edición, 2005.
- Solorzano Rey, Katuska del Rocío. «Experiencia en el nuevo sistema de control y supervisión del Mercado de Valores Ecuatoriano.» *Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores*. Editado por Revista Iberoamericana de Mercado de Valores. No. 47. Marzo de 2016. <http://www.rimv.org>.
- Villegas, Carlos Gilberto. *Las garantías de crédito*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal – Calzoni, 1998.