



FACULTAD DE DERECHO

"LA PROBLEMÁTICA DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA COMO RESPALDO DE LAS  
OPERACIONES DE CRÉDITO EN EL ECUADOR Y SU USO POR PARTE  
DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS".

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos  
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y juzgados de la República

Profesora Guía

Dra. Ximena Elizabeth Cano Escobar

Autor

Juan Francisco Román Mendoza

Año  
2015

## DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

---

Ximena Cano  
Doctora en Jurisprudencia  
C.C. 0401055306

### DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

---

Juan Francisco Román Mendoza  
C.C. 1713856654

## AGRADECIMIENTOS

Agradezco a todas las personas que han colaborado con conocimientos jurídicos, y la experiencia sobre el tema para concatenar este trabajo, en especial a mi familia.

## DEDICATORIA

Este trabajo está dedicado a mi padre y mi madre, quienes han sido las únicas personas que creyeron en mi proyecto de vida.

## RESUMEN

La presente tesis tratará sobre el Fideicomiso Mercantil de Garantía, figura que se ha constituido en una importante herramienta para respaldar el cumplimiento de obligaciones por su estructura fácil, ágil y eficaz al momento del cobro en el caso de un incumplimiento de la obligación, en consecuencia a su cláusula de ejecución de la garantía que simplifica el cobro de las obligaciones contraídas sin necesidad de un trámite judicial ordinario. Esta figura por su novedosa aparición, ha creado una serie de críticas por parte de las opiniones doctrinarias más clásicas del derecho, calificándola como ilegal e inconstitucional por supuestas violaciones a la ley y principios fundamentales del derecho; es aquí donde explicaremos detalladamente tanto la figura del Fideicomiso Mercantil de Garantía y sus ventajas en los negocios jurídicos. Analizaremos cada una de las posiciones contrarias a la figura tomando de base el proyecto de Ley para el fortalecimiento, y optimización del sector societario y bursátil el mismo que plantea limitaciones para su uso, en especial con el sector bancario, concluyendo así en los efectos jurídicos de limitar a la figura antes mencionada, y recomendaremos cambios para que el Fideicomiso Mercantil de Garantía no se vea desvirtuado.

**ABSTRACT:**

This thesis will focus on the Commercial Guaranty Trust, a figure which has become an important tool to support the fulfillment of obligations by its easy, flexible and effective at the time of collection in the event of a breach of the duty structure accordingly its enforcement clause of collateral that simplifies the collection of obligations without ordinary legal process. This figure for its novel appearance, has created a series of reviews by the more classical doctrinal views of the law, calling it illegal and unconstitutional for alleged violations of law and fundamental principles of law; this is where we will explain in detail both the figure of the Commercial Guaranty Trust and its advantages in the legal business. Analyze each of the anti-base figure taking positions the bill for strengthening and optimization of corporate and securities industry posed the same limitations on their use, especially the banking sector, thus concluding the legal effects limit from the above figure, and recommend changes to the Trade Guarantee Trust not look distorted.

# INDICE

Capítulo I: EL FIDEICOMISO MERCANTIL Y EL FIDEICOMISO MERCANTIL DE GARANTÍA .....	1
1.1. Aspectos Generales .....	1
1.1.1. Breves rasgos históricos del Fideicomiso Mercantil: .....	1
1.1.2. Concepto legal del Fideicomiso Mercantil y evolución en el Ecuador: .....	3
1.1.3. Características del Fideicomiso .....	7
1.1.4. Clasificación de los fideicomisos .....	11
1.1.4.1. Fideicomiso de administración .....	11
1.1.4.1.1. Fideicomiso Mercantil de administración con fines de lucro .....	12
1.1.4.1.2. Fideicomiso Mercantil de administración con fines de lucro .....	12
1.1.4.1.3. Fideicomiso inmobiliario .....	13
1.1.4.2. Fideicomiso de titularización .....	14
1.1.4.3. Fideicomiso de inversión .....	14
1.1.4.4. Fideicomiso testamentario .....	15
1.2. El Fideicomiso Mercantil De Garantía .....	16
1.2.1. Concepto legal .....	17
1.2.2. Características del Fideicomiso Mercantil de Garantía .....	21
1.2.3. Elementos Subjetivos. ....	23
1.2.3.1. Constituyente o Fiduciante .....	23
1.2.3.2. El fiduciario .....	25
1.2.3.3. El Beneficiario .....	27
1.3. OBJETO DEL FIDEICOMISO MERCANTIL DE GARANTÍA.....	29
1.3.1. Transferencia de dominio. ....	29
1.3.1.1. Transferencia temporal. ....	32
1.3.1.2. Transferencia irrevocable .....	32
1.3.2. Personalidad Jurídica .....	33
1.4. DERECHO COMPARADO: EL FIDEICOMISO	

MERCANTIL EN ARGENTINA, COLOMBIA Y MÉXICO .....	35
1.4.1. El Fideicomiso Mercantil en Argentina .....	35
1.4.2. Prohibiciones. ....	36
1.4.3. Derechos del constituyente.....	37
1.4.4. Deberes innegables del Fiduciario .....	37
1.4.5. Derechos del Beneficiario .....	38
1.4.6. Formalidades del contrato de Fideicomiso Mercantil. ....	38
1.5. El Fideicomiso Mercantil en Colombia.....	39
1.5.1. Prohibiciones: .....	40
1.5.2. Derechos del constituyente.....	40
1.5.3. Deberes innegables del Fiduciario .....	41
1.5.4. Derechos del Beneficiario .....	42
1.5.5. Formalidades del contrato de Fideicomiso Mercantil. ....	42
1.6. El Fideicomiso Mercantil en México .....	43
1.6.1. Prohibiciones. ....	44
1.6.2. Derechos del constituyente.....	45
1.6.3. Deberes innegables del Fiduciario .....	46
1.6.4. Derechos del Beneficiario .....	47
1.6.5. Formalidades del contrato de Fideicomiso Mercantil. ....	47
1.7. El Fideicomiso Mercantil frente a otras figuras de garantía en la legislación ecuatoriana: la prenda, la hipoteca, la compraventa con reserva de dominio .....	48
1.7.1. La caución o garantía .....	48
1.7.2. Garantías Personales. ....	49
1.7.3. La Fianza .....	50
1.7.3.1. Características de la Fianza .....	51
1.7.3.2. Diferencias entre la fianza y el contrato de Fideicomiso de Garantía .....	54
1.7.4. Garantías Reales .....	55
1.7.4.1. La prenda .....	55
1.7.4.1.1. Procedimiento de cobro .....	58

1.7.4.1.2. Diferencia entre la prenda y el Fideicomiso Mercantil de Garantía .....	59
1.7.4.2. La hipoteca .....	60
<b>1.8. El fideicomiso y su utilización en las instituciones financieras.....</b>	<b>62</b>
1.8.1. Definiciones .....	62
1.8.1.1. Definición de Instituciones Financieras .....	62
1.8.1.2. Tipos de Créditos .....	64
1.8.1.2.1. Créditos Comerciales .....	64
1.8.1.2.2. Créditos de consumo .....	66
1.8.1.2.3. Créditos para la vivienda .....	67
1.8.1.2.4. Microcrédito .....	67
1.8.1.2.5. Crédito educativo .....	68
1.8.1.2.6. Crédito de Inversión pública .....	69
1.8.2. Garantías en el Sistema Financieras .....	69
1.8.2.1.1. Garantía para créditos comerciales .....	69
1.8.2.1.2. Garantías para créditos de consumo .....	70
1.8.2.1.3. Garantías para créditos para la vivienda .....	71
1.8.2.1.4. Garantías para microcréditos .....	72
1.8.2.1.5. Garantías para créditos educativos .....	72
1.8.2.1.6. Garantías para créditos de inversión pública .....	73
1.8.3. El fideicomiso de garantía en las instituciones financieras .....	73
<b>CAPITULO II: “EL PROCESO DE EJECUCIÓN DEL FIDEICOMISO MERCANTIL DE GARANTÍA” .....</b>	<b>79</b>
2.1. El proceso de ejecución del Fideicomiso Mercantil de Garantía: Generalidades, estructura, uso y finalidad .....	80
2.1.1. Generalidades .....	80
2.1.2. Estructura .....	81
2.1.3. Uso y Finalidad .....	82
2.2. Ventajas del proceso de ejecución del Fideicomiso de Garantía .....	82
2.2.1. Ventajas para el deudor .....	83

2.2.2. Ventajas para el acreedor .....	83
2.3. Criticas al proceso de ejecución del Fideicomiso de Garantía .....	84
2.4. El debido proceso .....	87
2.4.1. Definición .....	87
2.4.2. El debido proceso y el proceso de ejecución del Fideicomiso .....	89
2.5. Derecho comparado: El proceso de ejecución en México ...	90
2.5.1. El proceso de ejecución en la legislación Mexicana .....	90
<b>CAPITULO III: “RÉGIMEN VIGENTE NORMATIVO Y LA LEY ORGANICA PARA EL FORTALECIMIENTO, Y OPTIMIZACIÓN DEL SECTOR SOCIETARIO Y BURSÁTIL” .....</b>	<b>93</b>
3.1. El fideicomiso de garantía en la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del sector Societario y Bursátil ...	93
3.1.1. Limitación al sector financiero en la Ley de Mercado de Valores .	96
3.1.2. Prohibición del Fideicomiso de Garantía para vehículos .....	98
3.1.3. Limitaciones por parte de opiniones de las resoluciones de la Junta Bancaria .....	99
3.2. Propuesta de reforma .....	100
3.2.1. Definición de Fideicomiso de Garantía .....	100
3.2.1.1. Propuesto de reforma a la Ley de Mercado de Valores .....	100
3.2.1.2. Propuesta de reforma a la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y Junta Bancaria .....	101
3.2.1.3. Comentario .....	101
<b>CAPITULO IV “CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES” .....</b>	<b>103</b>
4.1. <i>Conclusiones</i> .....	103
4.2. <i>Recomendaciones</i> .....	104
<b>REFERENCIAS .....</b>	<b>105</b>



## **Capítulo I: EL FIDEICOMISO MERCANTIL Y EL FIDEICOMISO MERCANTIL DE GARANTÍA.**

Para iniciar con el estudio del Fideicomiso Mercantil de Garantía, debemos analizar en un contexto general la figura del Fideicomiso Mercantil, importante figura del área legal mercantil, cuya validez defendemos en el presente trabajo.

### **1.1. Aspectos Generales.-**

#### **1.1.1. Breves rasgos históricos del Fideicomiso Mercantil:**

El *pactum fiduciae*, *fideicomisum*, *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico*.

Existen varias afirmaciones de cuando se creó o apareció la figura del Fideicomiso, pero es claro y un punto en el que todos los historiadores y doctrinarios del derecho coinciden es que apareció en el advenimiento del derecho romano.

Podemos encontrar las primeras manifestaciones del Fideicomiso, en el periodo inicial de las etapas del derecho romano, esto es en la República, cuando existía una transmisión de la propiedad de una persona a otra, con la obligación de esta última a devolver la cosa el momento en que se cumpla la finalidad, a este proceso se le llamaba *pactum fiduciae*, mediante formalidades contractuales mismas que se hacían conocer como *mancipatio* o la *in jure cesio*. (Rodríguez, 2005, pp.6)

En el transcurso de la evolución del derecho romano, el fideicomiso romano fue cambiando y modificándose por su utilización, pasando estrictamente a ser empleado como una manera de testar, es aquí donde nace el *fideicomisum*, para garantizar el traspaso de los inmuebles por un acuerdo entre vivos, a fin de que se realice la transferencia de los inmuebles de generación en generación a diferencia del *pactum fiduciae* el cual consistía en un acuerdo

entre partes con la obligación para el adquirente de retransmitir los bienes en determinadas circunstancias. (Rodríguez, 2005, pp.7)

De aquí nacen dos ramificaciones especializadas del citado *pactum fiduciae*, la *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico*.

La fiducia cum creditore consistía en un negocio oneroso para garantizar obligaciones, en el cual se le transfería la propiedad de un bien al acreedor, y el momento de que honraba la obligación, el acreedor tenía que devolver el bien entregado, siendo está una de las primeras formas de garantizar obligaciones antes del advenimiento de las prenda y la hipoteca.

La fiducia cum amico en cambio era un contrato no oneroso, el cual basado en la confianza que tenía una persona a otra, entregaba bienes para que el adquirente los pueda utilizar como señor y dueño, y cumplida la condición éste le devuelva el bien al fiduciante.

El esparcimiento del imperio romano por siglos en Europa hizo que la concepción del mismo llegue y “afecte” a las maneras de realizar negocios por todo el continente, en específico en los negocios por fiducias. Los países anglosajones acogieron al fideicomiso de una manera diferente a los de descendencia latina, y es donde nace el trust.

### **Los uses y el trust.**

El trust nace de los “uses”, que era la transmisión de bienes que hacia una persona a un tercero con la obligación de conciencia a favor del trasmisor u otro beneficiario, esta aplicación legal toma fuerza cuando se expide el estatuto de manos muertas (*statue of mortmain*), en los cuales se prohibió a las instituciones religiosas tener bienes inmuebles. Es por lo que los monjes transferían o adquirirían a través de un tercero llamado “*feoffe to use*” la propiedad de un inmueble destinado a beneficiar a la comunidad, a este último se lo denominaba “*cestui to use*”, al constituyente se lo denominaba “*feoffor to use o settlor*” (Rodríguez, 2005, pp.17)

El inconveniente sobre esta figura radicaba en que cuando a la persona que se le transmitía el dominio para que a su vez traspase el dominio no lo hacía los constituyentes no podía reclamar ante las cortes del rey por la prohibición antes mencionada, por lo que se crearon cortes en equidad o “*equity*”, las mismas que normaron estas relaciones bajo la ley común o “*common law*”, y así es como nació posteriormente el trust, fundado siempre en una relación de confianza entre las partes.

La diferencia entre el fideicomiso romano o “*pactum fiduciae*” y el “*trust*” es la relación naciente por este convenio, el primero crea una relación bilateral en la cual el constituyente y el fiduciario se obligan a beneficiar a un tercero, mientras que el trust es una relación unilateral que afecta a un bien en beneficio de un tercero.

#### **1.1.2. Concepto legal del Fideicomiso Mercantil y evolución en el Ecuador:**

El Fideicomiso Mercantil es una figura que nace en la normativa ecuatoriana en la Ley de Mercado de Valores del año 1993, la misma que reforma al código del Comercio introduciendo un título denominado “DEL FIDECOMISO MERCANTIL”, en el cual se define al Fideicomiso Mercantil como

“acto en virtud del cual una o más personas llamadas constituyente transfieren dineros u otros bienes a otra llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos por un plazo o para cumplir una finalidad específica.”

En aquel entonces la figura era innovadora y como tal poseía solo rasgos generales y no muy especializados. El inicio de la utilización por parte del mercado de capitales de la figura hace que esta comience a perfeccionarse, y así varias reformas a la misma empiezan a moldear un instrumento definitivo

que se materializa en la Ley de Mercado de Valores vigente a la fecha, la que define al Fideicomiso Mercantil de la siguiente forma:

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

El patrimonio autónomo, esto es el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, también se denomina fideicomiso mercantil; así, cada fideicomiso mercantil tendrá una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato a efectos de distinguirlo de otros que mantenga el fiduciario con ocasión de su actividad.

Cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal, quien ejercerá tales funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato.

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

Es decir, se lo dota de personalidad jurídica, define y concatena a que el único autorizado a ser fiduciario es una administradora de fondos y fideicomisos, numera de manera más específica que bienes pueden ser susceptibles a

formar parte del patrimonio autónomo, y numera las partes que forman a un Fideicomiso Mercantil, a saber, el constituyente, el fiduciario y el beneficiario.

Para especificar al Fideicomiso Mercantil en la normativa ecuatoriana vemos la necesidad de diferenciarlo de otra figura que forma parte del negocio fiduciario, como lo es el encargo fiduciario.

La normativa ecuatoriana define al encargo fiduciario como:

**“Art. 114.- Encargo fiduciario.-** Llamase encargo fiduciario al contrato escrito y expreso por el cual una persona llamada constituyente instruye a otra llamada fiduciario, para que de manera irrevocable, con carácter temporal y por cuenta de aquél, cumpla diversas finalidades, tales como de gestión, inversión, tenencia o guarda, enajenación, disposición en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

En este contrato se presentan los elementos subjetivos del contrato de fideicomiso mercantil, pero a diferencia de éste no existe transferencia de bienes de parte del constituyente que conserva la propiedad de los mismos y únicamente los destina al cumplimiento de finalidades instituidas de manera irrevocable. Consecuentemente, en los encargos fiduciarios, no se configura persona jurídica alguna.

Cuando por un encargo fiduciario se hayan entregado bienes al fiduciario, éste se obliga a mantenerlos separados de sus bienes propios así como de los fideicomisos mercantiles o de los encargos fiduciarios que mantenga por su actividad, aplicando los criterios relativos a la tenencia y administración diligente de bienes de terceros.

Son aplicables a los encargos fiduciarios el artículo 1464 del Código Civil y los artículos 2035, 2045, 2046, 2047, 2048, 2050, 2052, 2054, 2064, 2066, 2067, numerales 1, 2, 5, 6 y 7, 2072, 2073, 2074 del Título XXVII del Código Civil referentes al mandato y las normas de la Comisión Mercantil previstas en el Código de Comercio y, en cuanto unas y otras

sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en la presente Ley.

Quedan prohibidos los encargos fiduciarios y fideicomisos mercantiles secretos, esto es aquellos que no tengan prueba escrita y expresa respecto de la finalidad pretendida por el constituyente en virtud del contrato, sin perjuicio de la obligación de reserva del fiduciario en atención a características puntuales de determinadas finalidades así como a los negocios finales de estos contratos.”

Entonces, los encargos fiduciarios, poseen las mismas formalidades requeridas para la constitución de un fideicomiso, pero con la particularidad de que los encargos fiduciarios no tendrán personalidad jurídica, por lo que no existe una transferencia de los bienes fideicomitidos a un patrimonio autónomo, más bien estos cumplirán con la única finalidad de que cumpla con los distintos propósitos por los que fue constituido, pero no serán separados del patrimonio del constituyente, exclusivamente cumplirán un mero mandato legal sobre los bienes que formarán parte del contrato del encargo.

La diferencia con el mandato y el encargo fiduciario radica esencialmente en dos aspectos.

En primera instancia el mandato es gratuito, es decir el mandante no tiene la obligación de remunerar al mandatario por la gestión convirtiéndolo en un contrato unilateral, ya que solo el mandatario se obliga, mientras que en el encargo fiduciario, la gestión encomendada en dicho contrato genera una remuneración a la administradora de fondos y fideicomisos.

En segunda instancia, y como lo habíamos dicho en el párrafo anterior, el mandato es un contrato unilateral que obliga al mandatario, mientras que en el encargo fiduciario es bilateral, ya que el mandante se obliga a una remuneración a la gestión del fiduciario, y el fiduciario a cumplir con los mandatos estipulados en el contrato.

Vistas las dos figuras, es decir el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario, concatenaremos estas en el concepto de los negocios fiduciarios tal como los define y singulariza la ley cuando define de la siguiente manera:

**“Art. 112.- 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 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.”

Por lo que podemos decir, los Fideicomisos Mercantiles se diferenciarán de los encargos fiduciarios por su mercantilidad objetiva definido en la transferencia de patrimonio, el contrato de Fideicomiso tendrá transferencia y los encargos no.

### **1.1.3. Características del Fideicomiso:**

Las características del Fideicomiso Mercantil tomando de base la definición legal en la norma citada son los siguientes:

1. **Bilateral:** La relación que nace entre el constituyente y el fiduciario, genera obligaciones bipartitas, por cuanto el fiduciario se compromete a realizar los mandatos que el constituyente acuerda en el contrato, y así mismo el constituyente se obliga a remunerar al fiduciario por esta labor.
2. **Típico:** Está regulado y definido en la normativa, específicamente a partir del artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores.
3. **Confianza:** Se basará en una relación de confianza que tiene el constituyente con el fiduciario para las órdenes que éste le dé en el

contrato, es decir el constituyente confiará en la experiencia profesional de una administradora de fondos y fideicomisos para que se lleve el negocio a su mayor interés.

4. **Solemne:** Debe ser obligatoriamente bajo escritura pública tal como lo estipula la ley, según lo manda el Art. 10 de la Ley de Mercado de Valores. Así mismo esta norma regula el contenido del contrato de fideicomiso poniendo requisitos mínimos que debe contener el contrato.

**“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.

2.- Además, el contrato podrá contener elementos adicionales, tales como:

a) La facultad o no y la forma por la cual el fiduciario pueda emitir certificados de participación en los derechos personales derivados del contrato de fideicomiso mercantil, los mismos que constituyen títulos valores, de conformidad con las normas de titularización que dicte el C.N.V.; y,

b) La existencia o no de juntas de beneficiarios, de constituyentes o de otros cuerpos colegiados necesarios para lograr la finalidad pretendida por el constituyente.

3.- En los contratos no se podrán estipular cláusulas que signifiquen la imposición de condiciones inequitativas e ilegales, tales como:

a) Previsiones que disminuyan las obligaciones legales impuestas al fiduciario o acrecienten sus facultades legales en aspectos importantes para el constituyente y/o beneficiario, como aquellas que exoneren la responsabilidad de aquél o se reserve la facultad de dar por terminado el contrato anticipadamente o de apartarse de la gestión encomendada, sin que en el contrato se hayan indicado expresamente los motivos para hacerlo y se cumplan los trámites administrativos a que haya lugar;

b) Limitación de los derechos legales del constituyente o beneficiario, como el de resarcirse de los daños y perjuicios causados, ya sea por incumplimiento o por defectuoso cumplimiento de las obligaciones del fiduciario;

c) La determinación de circunstancias que no se hayan destacado con caracteres visibles en la primera página del contrato al momento de su celebración, a partir de las cuales se derive, sin ser ilegal, una

consecuencia en contra del constituyente o beneficiario, o que conlleve la concesión de prerrogativas a favor del fiduciario;

d) Previsiones con efectos desfavorables para el constituyente o beneficiario que aparezcan en forma ambigua, confusa o no evidente, y, como consecuencia, se le presenten a éste discrepancias entre los efectos esperados o previsibles del negocio y los que verdaderamente resulten del contenido del contrato;

e) La posibilidad de que quien debe cumplir la gestión encomendada sea otra persona diferente al fiduciario, sustituyéndose así como obligado, salvo que por la naturaleza del contrato se imponga la necesidad de hacerlo en personas especializadas en determinadas materias; y,

f) Las que conceden facultades al fiduciario para alterar unilateralmente el contenido de una o algunas cláusulas, como aquellas que permitan reajustar unilateralmente las prestaciones que correspondan a las partes contratantes.”

5. **Principal:** Su subsistencia no depende de otro contrato.
6. **Conmutativo:** Genera obligaciones tanto para el constituyente como para el fiduciario de hacer o dar algo.
7. **Oneroso:** El fiduciario recibirá una compensación económica por la administración del Fideicomiso Mercantil, tal como lo estipula la Ley de Mercado de Valores.

“**Art. 132.-** La actuación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos será siempre remunerada y constará en el contrato de fideicomiso mercantil.”.
8. **Sucesivo:** Se mantiene vigente por el paso el tiempo y no se limita a un solo acto, ya que terminará cuando cumpla con el objeto encomendado por el constituyente, o el acuerdo de las partes.

9. **Real:** Su vigencia depende de la entrega de los bienes fideicomitidos.
10. **Autónomo:** Por tener personalidad jurídica se independiza del patrimonio tanto del constituyente como del fiduciario y del beneficiario.
11. **Irrevocabilidad:** Dependerá de las instrucciones que el constituyente le dé sobre los bienes encomendados en contrato, y solo obedecerá a los mismos.
12. **Personalidad jurídica:** Es dotado de ésta, pues su representante legal es la administradora de fondos y fideicomisos.

Por su versatilidad y sus distintos usos en el mercado tanto para administración de bienes como para garantizar obligaciones, tal como lo vimos en los antecedentes históricos del fideicomiso, su utilización creó varias maneras de potenciar la figura para un sinnúmero de usos en el mercado. La opinión doctrinal ha creado varias hipótesis de como clasificar al fideicomiso, hay ciertos razonamientos que dictan a que todos los fideicomisos son de garantía y por otro lado se asevera que en todos los fideicomisos son de administración.

En nuestra posición existen dos grandes clases de fideicomisos, los de administración y los de garantía, pero de estos nace la clasificación de “productos fiduciarios” que encaja perfectamente con la clasificación que proponemos a continuación:

#### **1.1.4. Clasificación de los fideicomisos.**

##### **1.1.4.1. Fideicomiso de administración.-**

Esta clase de fideicomiso tiene como objetivo principal que el constituyente aporte al patrimonio autónomo bienes o dinero, con el fin de que el fiduciario los administre intentando acrecentar el patrimonio o manteniéndolo sin deterioro, o a su vez para el beneficio de un tercero sin retribución para el constituyente.

Esta definición encuentra dos subclases de fideicomisos, el fideicomiso de administración con fines de lucros y el fideicomiso de administración sin fines de lucro.

#### **1.1.4.1.1. Fideicomiso Mercantil de administración con fines de lucro.**

Este fideicomiso entiende a que el constituyente aporta bienes o derechos a su patrimonio autónomo, con el fin del beneficio de un tercero, por ejemplo un negocio fiduciario en el cual una entidad de caridad aporta dinero para que el fideicomiso encuentre los mejores promedios dentro de una unidad educativa y pueda otorgar becas.

Desglosando el ejemplo, el constituyente (entidad de caridad) aporta al fideicomiso cierta cantidad de dinero, y ésta sea administrada por el fiduciario (administradora de fondos y fideicomisos), para que, según sea la instrucción, encuentre a un alumno con promedios de notas altas y una vez cumplida esta condición se le otorgue una beca, es decir, su educación será financiada por el fideicomiso, dejando al constituyente sin ningún beneficio para él sino más bien para un tercero excluido absolutamente de una relación anterior con el constituyente.

Así nos los explica Malumián en su texto:

“Estos fideicomisos se podrían comparar con una donación cuya particularidad consiste en que en vez de agotarse a un único acto que transmite un bien, se prolonga en el tiempo. Sin embargo, esta particularidad no lo exime de cumplir con la normativa atinente a actos a título gratuito” (Malumián, 2001, pp. 41)

#### **1.1.4.1.2. Fideicomiso Mercantil de administración con fines de lucro.**

En contraposición los Fideicomisos Mercantiles con fines lucro, buscan un beneficio económico en las aportaciones y el objeto del fideicomiso, en suma este tipo de fideicomiso es creado por el constituyente para que la transferencia de bienes o dinero sea administrada por el fideicomiso, con la esperanza que

esta administración de acuerdo a las instrucciones fiduciarias generen réditos destinados al beneficiario, que en este caso puede ser el mismo constituyente.

Así nos aclara Malumíán cuando habla de este tipo de fideicomisos y los compara con el mandato y la inversión de fondos:

“En términos generales y sin abundar en las diferentes estructuras que podríamos imaginar, en los fideicomisos de administración el fiduciario tendrá por función esencial la gestión de los bienes fideicomitidos, el mantenimiento de los mismos y la obtención y distribución de los frutos a los beneficiarios. No está de más reiterar que este contrato debe distinguirse del simple mandato de administración por cuanto en el fideicomiso el fiduciario, entre otras diferencias, es propietario de los bienes actuando por cuenta del fiduciante pero a nombre propio, mientras que al mandatario no se le transfiere propiedad alguna actuando en nombre y representación del mandante” (2001, pp.42)

#### **1.1.4.1.3. Fideicomiso inmobiliario.**

Este producto fiduciario es uno de los más atractivos para el mercado, ya que el objeto de este contrato es la unificación de bienes y conocimientos para consolidar un proyecto inmobiliario, y en consecuencia que el proyecto inmobiliario como producto final, sea repartido a los constituyentes en virtud al porcentaje de participación que tuvieron como constituyentes del mismo, cuantificado desde un principio dependiendo a su aportación al fideicomiso.

Por ejemplo, una persona posee un terreno, otra parte posee el dinero para financiar un proyecto inmobiliario y otra parte tenga el conocimiento o “*know how*”, para que el contrato de fideicomiso unifique estos bienes y conocimientos y los administre para que, cumpliendo con las condiciones dadas se construya un proyecto inmobiliario, y al final se repartan los beneficios pactados en el contrato por medio de porcentajes o bienes terminados.

Así correctamente lo definió la Superintendencia Bancaria de Colombia en su circular OO6/91:

“Se entiende por fideicomiso de administración inmobiliaria de proyectos de construcción aquel negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la entidad fiduciaria para que administre y desarrolle un proyecto inmobiliario de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato.” (1994, pp.91)

#### **1.1.4.2. Fideicomiso de titularización.**

Este producto fiduciario, propone al negocio la transferencia de bienes y dinero por parte del constituyente, con el fin de generar rendimientos por la administración del patrimonio del fideicomiso por parte del fiduciario mediante la colocación de estas carteras contenidas por los bienes aportados al fideicomiso al Mercado de Valores. En consecuencia a esta colocación se emite papel comercial, es decir, títulos valores que respaldan la inversión de cualquier actor en la bolsa de valores sobre la compra de los mismos, provocando la captación de capital actual capitalizando al fideicomiso, para que en un futuro los adquirentes de estos papeles comerciales dependiendo al comportamiento del mercado puedan vender estos papeles comerciales con un interés más alto, es decir, que los beneficiarios del fideicomiso tendrán su ganancia obra del rendimiento que genere la emisión de estos títulos valores en el mercado.

#### **1.1.4.3. Fideicomiso de inversión.**

Este producto fiduciario posee una estructura en virtud del cual el constituyente aporta al fideicomiso bienes o dineros, con el objetivo de que el fiduciario invierta mediante instrucción fiduciaria estos bienes en negocios o coloque el dinero en el comercio, para que sus rendimientos sean a favor de mismo constituyente que posee la doble calidad de constituyente y beneficiario, o favor de un tercero.

Sergio Rodríguez lo define de la siguiente manera, tomando en cuenta el numeral dos del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero de Colombia:

“Todo negocio fiduciario que celebren entidades legalmente autorizadas para actuar en calidad de fiduciario con sus clientes, para beneficio de éstos o de los terceros designados por ellos, en el cual se consagre como finalidad principal o se prevea la posibilidad de invertir o colocar a cualquier título sumas de dinero, de conformidad con las instrucciones impartidas por el constituyente, con lo previsto en dicho Estatuto y con las normas reglamentarias aplicables” (2005, pp.385)

Es importante recalcar, que la diferencia con la normativa ecuatoriana es que solo las administradoras de fondos y fideicomisos podrán actuar en calidad de fiduciarios, diferencias que será debidamente analizada en numerales posteriores cuando se observen las similitudes y diferencias entre las normativas tendientes al fideicomiso en Latinoamérica.

#### **1.1.4.4. Fideicomiso testamentario.**

Este producto fiduciario conoce una estructura venida de la figura anteriormente mencionada cuando estudiamos los antecedentes históricos del fideicomiso, hablamos del *fideicommissum*. Éste se refiere a la estructura de un contrato en virtud del cual, una persona aporta al fideicomiso bienes o dinero, formando un patrimonio que es administrado por el fiduciario para que cumpla con la voluntad de constituyente una vez que éste haya muerto, es decir, la primera condición que debe contener es la muerte del constituyente con lo cual mediante las instrucciones dadas por éste se entreguen fondos o bienes a ciertas personas designadas por el constituyente llamados beneficiarios.

Es de especial análisis este tipo de fideicomiso en la normativa ecuatoriana, siendo que no existe en particular una figura denominada “fideicomiso testamentario”, las circunstancias pueden darse para que este contrato sea

plenamente válido, puesto que si bien es cierto existe una norma clara sobre las reglas de sucesión expuesta por el libro tercero del Código Civil.

En nuestra opinión las reglas de éste no podría haber el momento en que, en un acto entre vivos el causante haya dejado su patrimonio previamente designado, ya que para suceder por la regla del Código Civil, el patrimonio que será parte de la partición testamentaria o intestada, necesita el dominio sobre este patrimonio sea del causante, y como antes ya lo analizamos en las características del fideicomiso, este posee personalidad jurídica que separa los bienes del patrimonio tanto del constituyente como el fiduciario y del beneficiario, generando una obligación para el fiduciario de cumplirlas, dejando al derecho civil como norma suplementario.

Podríamos entrar en un debate de que si bien el fideicomiso se lo puede constituir bajo estas circunstancias, habría que empezar a analizar si este acto generó perjuicio a tercero por lo que podría haber una acción de nulidad por objeto ilícito, discusión que no la abordaremos por que desvía el objeto del presente trabajo.

La segunda clasificación de los fideicomisos, como antes lo anotamos son los fideicomisos de garantía, mismo que es de mucho interés para el presente estudio, es por eso que lo detallamos a continuación.

## **1.2. El Fideicomiso Mercantil De Garantía**

Esta figura, es una de las maneras de utilización más antiguas del fideicomiso mercantil, tal como lo estudiábamos al principio del presente trabajo con la explicación de la *fiduciae cum creditore*.

Consiste en que el constituyente aporta al patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil bienes o dinero, que dotado de personalidad jurídica, y siempre legalmente representado por su fiduciaria, es instruido por el constituyente con el fin de garantizar obligaciones propias o de un tercero. El fiduciario

administrará los bienes aportados al patrimonio autónomo según las instrucciones encomendadas a él, y devolverá los bienes al constituyente en caso de que éste haya honrado su deuda, o a su vez venderá los bienes aportados para pagar al acreedor y si existe remanente lo devolverá al constituyente.

### **1.2.1. Concepto legal**

A continuación detallamos algunas de las definiciones doctrinales de la figura.

La Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) lo define así:

“En un contrato por el cual la institución fiduciaria recibe de un deudor fideicomitente “uno o varios bienes muebles o inmuebles con el encargo de pasarlos al „acreedor fideicomisario“ ” en el evento de incumplimiento de la obligación, o de restituir al constituyente si esta última condición no se produce. El fiduciario banco o sociedad comercial de carácter fiduciario, actúa como un tercero de confianza sobre quien pesa el encargo de administrar el bien y luego restituir al fideicomisario o al fideicomitente según haya o no incumplimiento de la obligación que se busca garantizar.” (1981, pp.64)

Sergio Rodríguez en su obra “Negocios Fiduciarios su significación en América Latina” define al Fideicomiso de Garantía de la siguiente manera:

“Bajo noción sencilla puede decirse que mediante la fiducia de garantía una persona, normalmente el deudor, transfiere uno o más bienes al fiduciario con el propósito de que los administre y que proceda a venderlos para el pago de las obligaciones que con ellos se garanticen, de no ser estas satisfechas en su oportunidad. Por este aspecto presenta ventajas indudables en relación con las modalidades tradicionales de garantía, como la prenda y la hipoteca, por cuanto el acreedor no tiene que someterse a los procedimientos judiciales enderezados a rematar los bienes, sino que, en cumplimiento de la

orden recibida de su cliente, el banco procede a venderlos o liquidarlos y a satisfacer la obligación” (2005, pp.464)

Claramente el autor define la estructura de manera simplificada y el mecanismo de cobro, aparte de comparar brevemente con las facilidades que esta figura demuestra frente a las garantías típicas como lo son la prenda y la hipoteca, posición que la hacemos nuestra en el presente trabajo.

Malumián por su parte define al Fideicomiso de Garantía de la siguiente manera:

“En este sentido, podríamos definir al fideicomiso en garantía como aquél por el cual se transfiere al fiduciario bienes para garantizar o asegurar con cargo al fiduciante o un tercero, designado como beneficiario al acreedor o un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento se pagará una vez realizados los bienes, el valor de la obligación o el saldo impago de ella, de acuerdo a lo establecido en el contrato.” (2001, pp.43)

Carregal por su parte define al Fideicomiso de Garantía así:

“Aquellos fideicomisos por los cuales se transfiere al fiduciario un bien, con el encargo de que –en el supuesto de incumplimiento de la obligación del constituyente que se pretende garantizar- el fiduciario proceda a la venta del bien y entregue el producido obtenido, hasta la concurrencia del crédito, al acreedor en cuyo favor se ha constituido, cancelando así total o parcialmente la deuda impaga” (1982, pp. 140)

Por su parte Freire lo define la siguiente manera:

“La mayoría de las veces pueden conceptualizarse como aquel por los cuales se transfiere al fiduciario un bien con el encargo de que en el supuesto de incumplimiento de la obligación del constituyente que se pretende garantizar, el fiduciario proceda a la venta del bien y entregue el producto obtenido hasta la concurrencia del crédito al acreedor en

cuyo favor se ha constituido, cancelando así total o parcialmente la deuda impaga” (1997, pp. 143)

Así mismo Haysuz explica la figura de la siguiente manera:

“Se concibe, sin embargo, que el acuerdo de partes vaya más allá de la constitución de un gravamen sobre bienes cuya propiedad conserva el deudor. Se trata de bienes cuya propiedad conserva el deudor. Se trata de separar dichos bienes del patrimonio del deudor mediante una transferencia en propiedad al fiduciario, con el objeto de constituir el respaldo de las obligaciones que ha contraído el fiduciante respecto de terceros que serán los beneficiarios del fideicomiso.

Hay aquí un avance sobre las garantías clásicas (hipoteca y prenda con registro), por cuanto el deudor se desprende de parte de sus activos. Si fueran créditos, los cedería en forma definitiva. En consecuencia, los bienes en cuestión ya no podrán ser atacados por otros acreedores del mismo deudor y tampoco podrá éste enajenarlos, a diferencia de los bienes que son susceptibles de ser transferidos con sujeción al gravamen.” (2001, pp. 98-99)

Lisaprowski por su parte define al Fideicomiso de Garantía de la siguiente manera:

“Como primera aproximación, describimos el fideicomiso de garantía como 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 producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquél o de un tercero, designado 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.

Básica y simplificada, mediante el fideicomiso de garantía un deudor actual o potencial transfiere fiduciariamente uno o más bienes a

un fiduciario con la instrucción de mantener su propiedad, administrarla – por sí, un tercero o por el propio deudor- designado como beneficiario al acreedor o bien instruyendo al fiduciario para que se obligue, como garante, con los acreedores que indique el fideicomitente, a destinar los bienes o su producto a atender las obligaciones garantizadas que no sean cumplidas, sean ellas anteriores, concomitantes o futuras, respecto del fideicomiso de garantía.” (2004, pp.463-464)

Podemos ver que todos los autores, que proviene de distintas partes de América Latina coinciden en que el objeto por el que será instruido el Fideicomiso de Garantía será para resguardar obligaciones que hayan sido contraída por el constituyente o un tercero, así mismo vemos la acertada similitud en la opinión de los doctrinarios que este instrumento mejora las condiciones de cobro en el caso de incumplimiento de pago, liberándose de la carga de un proceso largo de cobro judicial cuando se aseguran las obligaciones bajo el régimen típico de garantizar obligaciones con figuras como la hipoteca y la prenda, dependiendo del tipo de bien que se ofrezca para dicha garantía.

Es así como esta facilidad la expone acerdadamente Malumián en su obra:

“Otra diferencia de gran importancia, que analizaremos con mayor profundidad en el apartado siguiente, es que en el contrato de fideicomiso de garantía existe la posibilidad de pactar la realización de los bienes cedidos en fidecomiso, mientras que en las garantías reales que enunciamos en el primer párrafo se requiere la intervención judicial a través del procedimiento de subasta pública. En este sentido se ha sostenido que en las relaciones con las garantías reales tradicionales cada vez son más los fallos en los cuales se dilata la órbita del reducido ámbito de excepciones con las que cuenta el demandado en los juicio ejecutivos, exorbitando de esta manera el campo de la ejecución”

### 1.2.2. Características del Fideicomiso Mercantil de Garantía.

Las características del Fideicomiso Mercantil de Garantía son los mismos que los explicados anteriormente de la figura del fideicomiso mercantil anteriormente visto, con la diferencia del objeto, ya que el Fideicomiso de Garantía tiene como único objeto que con los bienes aportados a éste, se garantizarán obligaciones del mismo constituyente o de un tercero.

De acuerdo a las definiciones anteriormente dadas podemos especificar que las características de los fideicomisos mercantiles son las siguientes:

**1. Afectación al patrimonio autónomo por parte del constituyente.-**

Con la única finalidad de asegurar obligaciones, guiadas por las instrucciones dadas al fiduciario, de a quién y que obligación asegurar.

**2. Caucionalidad.-** Este tipo de Fideicomiso cauciona obligaciones con las reglas estipuladas en el código civil como a continuación citamos:

**“Art. 31.-** Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca.”

Cabanellas de Torres define la caución de la siguiente manera:

“Puede definirse como la seguridad dada por una persona a otra de que cumplirá lo convenido o pactado; lo obligatorio aún sin el concurso espontáneo de su voluntad. En la presente caución es sinónimo de fianza, que cabe constituir obligando bienes o prestando juramento.”  
(2006, pp. 63)

Es decir, como la finalidad de todo fideicomiso de garantía, es asegurar obligaciones, una de sus características principales está entrañada en el significado de caución, proteger y asegurar obligaciones, en este caso particular del mismo constituyente o de un tercero.

- 3. Proceso de ejecución de la garantía.-** Es una de las principales características de este producto fiduciario, es decir, todo fideicomiso de garantía debe prever en su constitución cuál va a ser el procedimiento que el fiduciario tomará, y bajo qué condiciones se realizará el pago al acreedor por medio de los bienes afectados con el fideicomiso, definición que la ampliaremos con mayor detenimiento y profundidad en este trabajo.
- 4. Objeto particular.-** Definimos esta característica, como la diferenciación de un Fideicomiso de Garantía con los otros productos fiduciarios que nombramos anteriormente, puesto que, en particular este fideicomiso tiene como único objetivo garantizar obligaciones, caucionar bienes de cualquier naturaleza, para que, previamente acordado entre un deudor y un acreedor se afecten estos bienes y pasen a ser parte del patrimonio autónomo de un fideicomiso, que separados de los patrimonios del fiduciante, fiduciario y del beneficiario, mantengan una condición suspensiva condicional, y que una vez ejecutada la condición, esto es, el cumplimiento o incumplimiento de la obligación, activen los mecanismo anteriormente pactados y el fiduciario responda de acuerdo a estos acuerdos.
- 5. Doble condición de contrato principal o secundario.-** Es nuestra opinión que el Fideicomiso de garantía puede tener una condición doble sobre su existencia legal y dependencia con otros contratos.

  - 5.1. Cuando es contrato principal:** La existencia de un Fideicomiso de Garantía es principal, cuando en el mismo contrato la condición resolutoria depende de una obligación que se encuentra pactada en el contrato de constitución del Fideicomiso. Por ejemplo, pactar el pago de un préstamo, en el cual el constituyente acepta una cantidad de dinero por parte de un tercero llamado beneficiario, y que por este préstamo se afecte un

inmueble avaluado en un valor similar a la cantidad proporcionada por el beneficiario, acordando en una condición temporal, si el constituyente no cumple con el reembolso de esta cantidad, el fiduciario automáticamente trasladará el dominio del bien al beneficiario, haciendo así que el contrato de Fideicomiso subsista sin más que los acuerdos pactados en su constitución.

**5.2. Cuando es contrato secundario:** Esta característica puede cumplirse en el momento en el cual el Fideicomiso dependerá de un contrato principal que será mencionado dentro de los antecedentes por los cuales se constituye, y el cumplimiento o incumplimiento del mencionado contrato principal será la condición por la cual el Fideicomiso subsistirá.

Por ejemplo, un contrato de mutuo acordado y perfeccionado anteriormente, en cual el mutuante tiene el derecho de cobro sobre el mutuado, pero para garantizar las obligaciones pactadas en este contrato se constituye un Fideicomiso de Garantía, el cual dependerá del cumplimiento o incumplimiento del contrato de mutuo, para que una vez cumplida la condición se ejecute la garantía en dependencia a las estipulaciones del contrato de Fideicomiso, convirtiéndose así en un contrato secundario.

### **1.2.3. Elementos Subjetivos.**

El fideicomiso mercantil de garantía, se constituye mediante los elementos subjetivos básicos de todo Fideicomiso Mercantil, estos son: un constituyente, un fiduciario, y un beneficiario, así se afina la triangulación de las partes para perfeccionar el objeto de la figura.

A continuación explicaremos cada uno de ellos:

#### **1.2.3.1. Constituyente o Fiduciante:**

Así exponen y definen algunos autores al constituyente o fiduciante:

“Es la parte que transmite la propiedad de un bien y le encomienda el cumplimiento de una tarea al fiduciario relacionada con ese bien. La doctrina nacional e internacional es conteste en que la regla general es que el fiduciante solo tiene poderes de disposición sobre los bienes fideicomitidos hasta el momento de la transferencia de la propiedad fiduciaria.” (Malumián, 2001, pp. 19)

“a) constituyente, fiduciante o fideicomitente: es el propietario del bien que se transmite en fideicomiso y a quienes instruyen al fiduciario acerca del encargo que debe cumplir.” (Lisaprowski, 2004, pp.187)

“La creación de un fideicomiso parte de la iniciativa del dueño de los bienes y de su decisión de disposición de ellos a favor de un fiduciario, para cumplir un fin determinado. El primer paso es dado por el fiduciante, quien busca y elige un fiduciario en vista de pactar con él las condiciones de un acuerdo que puede tener extensas proyecciones en el tiempo” (Hayzus, 2001, pp. 107)

La Ley de Mercado de valores lo define de la siguiente manera:

**“Art. 115.-** Pueden actuar como constituyentes de fideicomisos mercantiles las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, quienes transferirán el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil.

Las instituciones del sector público que actúen en tal calidad, se sujetarán al reglamento especial que para el efecto expedirá la Junta de Regulación del Mercado de Valores.

El fiduciario en cumplimiento de encargos fiduciarios o de contratos de fideicomiso mercantil, puede además transferir bienes, sea para constituir nuevos fideicomisos mercantiles para incrementar el patrimonio de otros ya existentes, administrados por él mismo o por otro fiduciario.

Para la transferencia de bienes de personas jurídicas se observarán lo que dispongan los estatutos de las mismas y las disposiciones previstas en la Ley de Compañías.

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

Las entidades del sector público únicamente pueden adherirse a contratos de fideicomisos mercantiles cuyos constituyentes sean también entidades del sector público.

El patrimonio autónomo únicamente podrá obtener financiamiento para el cumplimiento de su finalidad a través de instituciones del sistema financiero y a través de los mecanismos establecidos en esta ley.”

Es decir, el constituyente es toda persona natural o jurídica que siendo propietario de bienes tanto muebles como inmuebles, tiene la voluntad de buscar a un fiduciario para que mediante un fideicomiso se transfieran los bienes de su propiedad de los cuales se encargará con un fin en específico al fiduciario.

#### **1.2.3.2. El fiduciario:**

A continuación varias definiciones del fiduciario:

“b) fiduciario o fideicomitido: es quien asume la propiedad fiduciaria y la obligación de darle el destino previsto en el contrato” (Lisaprowski, pp. 187, 2004)

“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.

Su función cardinal. De su competencia, de la diligencia que emplee en el cumplimiento de las instrucciones recibidas y del buen juicio con que toma las decisiones requeridas para el cumplimiento de la finalidad, dependerán la suerte y la eficacia de la figura.” (Azüero, pp. 224, 2005)

“el fiduciario es la parte que ejerce la propiedad fiduciaria para cumplir el encargo fiduciario” (Malumián, pp. 20, 2001)

La Ley de Mercado de Valores del Ecuador define en el artículo correspondiente al fiduciario y lo limita especificando quien puede ser en el contrato un fiduciario:

**“Art. 97.-** 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.”

**“Art. 100.-** De las entidades autorizadas.- Las entidades del sector público podrán actuar como fiduciarios de conformidad con lo previsto en sus propias leyes.

En sujeción a las disposiciones legales, contenidas en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, para que la administradora de fondos y fideicomisos sea considerada como parte de un grupo financiero, empresarial o empresas vinculadas, cualquier persona natural

o jurídica perteneciente a los grupos o empresas antes citados, deberá poseer, directa o indirectamente al menos el quince por ciento de las acciones con derecho a voto. Sin embargo, el grupo financiero o empresarial, las empresas vinculadas y sus integrantes podrán participar de otras administradoras de fondos y fideicomisos, siempre y cuando su participación sea inferior al diez por ciento en conjunto.”

Es decir, el fiduciario es una de las partes del contrato de Fideicomiso Mercantil que ejercerá la potestad de administrar los bienes que sean aportados y transferidos al patrimonio autónomo por el constituyente, sujetándose siempre a las disposiciones del contrato.

En el Ecuador como podemos ver de la definición legal, los únicos que pueden ser fiduciarios son las administradora de fondos y fideicomisos legalmente constituidas, y por excepción si sus reglamentos lo permiten también podrán tener la calidad de fiduciarios las entidades públicas.

Los fiduciarios entonces son personas jurídicas que tienen como objeto social el administrar contratos fiduciarios con la obligación de seguir todos los mandatos entregados por el constituyente a favor de un beneficiario.

### **1.2.3.3. El Beneficiario**

Por último el beneficiario como parte receptora de los frutos de un fideicomiso, los autores los definen de la siguiente manera:

“Es 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.” (Freire, pp. 113, 1997)

“El fideicomiso genera una división de la propiedad en propiedad formal en cabeza del fiduciario, y beneficios emergentes de la misma o propiedad económica, en cabeza del beneficiario. En esta línea de razonamiento, beneficiario es quien tiene el derecho a los beneficios

económicos que emerjan del patrimonio fiduciario.” (Malumián, pp. 22, 2001)

“El fiduciante es el promotor e impulsor del fideicomiso y aporta la dotación de bienes que le confieren sustancia. Además, indica en el contrato quienes serán destinatarios del activo fideicomitado, sujeto a las cláusulas que establecen la forma y el tiempo en que la entrega ha de ocurrir. Se puede vislumbrar a esta altura que la causa final del fideicomiso es la creación de un interés económico a favor del beneficiario, plasmado en el contrato.” (Hayzus, pp. 121, 2001)

La Ley de Mercado de Valores define al beneficiario de la siguiente manera:

**“Art. 116.- 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 prohibido 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.”

Entonces, entendemos al beneficiario como la persona natural o jurídica que serán la que le correspondan los frutos o bienes que, una vez que el fiduciario haya cumplido con su encargo trasladará lo estipulado en el contrato.

Por lo que podemos decir que el beneficiario es el fin del fideicomiso, es por lo que fue creado y para quien se ha constituido el contrato.

En la normativa, como podemos concluir, el beneficiario es tan amplio como personas y calidad existen con la única prohibición que el fiduciario jamás podrá ser beneficiario de un fideicomiso que él administre.

### **1.3. OBJETO DEL FIDEICOMISO MERCANTIL DE GARANTÍA.**

Una vez definido el Fideicomiso Mercantil de Garantía jurídicamente, podemos ahora empezar a analizar los aspectos objetivos de este contrato.

El Fideicomiso Mercantil de Garantía tiene por objeto la transferencia de bienes muebles o inmuebles, que existan o se espera que existan a un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica que administrado por un fiduciario, que es una administradora de fondos y fideicomisos legalmente constituida, garantizará con estos obligaciones propias del constituyente o de un tercero.

Dicho esto empezaremos a desglosar cuales con las partes que caracterizan objetivamente al Fideicomiso Mercantil de Garantía, para así tener una visión más amplia y concreta de este contrato.

#### **1.3.1. Transferencia de dominio.**

Una vez que el constituyente ha decidió realizar un Fideicomiso Mercantil con objeto de garantizar las obligaciones, debe realizar los aportes de los bienes que garantizarán la obligación principal.

Esta transferencia de dominio entiende que los bienes dejan de pertenecer al “haber” o al patrimonio del constituyente, y se transfiere al patrimonio autónomo del Fideicomiso Mercantil, toda vez que dentro del contrato de Fideicomiso se ha instruido, como parte fundamental de este instrumento, que en caso de falta

de pago o incumplimiento del régimen de pago al acreedor, el Fideicomiso iniciará un procedimiento para solventar esta deuda, o por otro lado, el fideicomiso restituirá estos bienes aportados inicialmente al constituyente una vez saldada la acreencia garantizada, cumpliendo así con su objetivo principal que es afianzar las obligaciones contraídas por el constituyente.

Por lo que, el Fideicomiso Mercantil tendrá por definición una titularidad en el dominio de los bienes aportados. Es nuestra posición y cuestión de un breve análisis decir que esta titularidad sobre los bienes viene a ser un dominio a medias, nos explicamos a continuación.

La ley por medio del Código Civil, en el libro segundo, título segundo define al dominio o propiedad de la siguiente manera:

**“Art. 599.-** El dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social.”

Entonces, entendido y analizado esta definición podemos decir que, los elementos del dominio de los bienes son el uso, el goce y la libre disposición, lo que nos obliga a analizar si la transferencia del patrimonio de una persona a un Fideicomiso le otorga estos elementos constitutivos de dominio a un Fideicomiso.

Si bien el Fideicomiso por su naturaleza administrativa de un bien supeditada a la voluntad del constituyente tiene el uso y el goce de los bienes afectador por el contrato, siempre estará indispuerto a la voluntad del Fiduciario quien viene a representar legalmente a un Fideicomiso, por lo que en una simple conclusión lógica, el Fideicomiso forma parte de una patrimonio autónomo que no puede ser usada, gozado y estar a disposición de su temporal dueño, el fiduciario, ya que se encuentra sujeto a una disposición indirecta del mandato fiduciario dibujado en el contrato de constitución del Fideicomiso.

Por lo que debemos citar a Lisoprowski cuando nos habla del tema:

“Se cuestiona que el dominio fiduciario sea un verdadero derecho de dominio teniendo en cuenta que el fiduciario puede ser removido, que debe obrar en beneficio de otra persona, que percibe una retribución, que sus facultades para disponer de la cosa se encuentran restringidas, que los bienes fideicomitidos no pasan a sus herederos, etc. (...)

Además, prescindiendo de las denominaciones legales, que no siempre son exactas, no puede soslayarse que el fiduciario puede disponer de la cosa; más aún, hará adquirir a los terceros el dominio pleno y no restringido, lo que revela su condición de dueño. Justamente, gozar de esta facultad es lo que distingue al dominio de los demás derechos reales.” (pp.40, 2004)

Entonces, una de las características más importantes del Fideicomiso de Garantía para cumplir con su fin, es que los bienes que son parte del acuerdo anterior a la constitución del mismo dejen de ser parte del patrimonio del constituyente, y sean transferidos al patrimonio autónomo del Fideicomiso con el fin de que su representante legal, una compañía de administración de fondos y fideicomisos, los gestione hasta que de acuerdo a los sucesos ocurridos en el transcurso del tiempo, cumpla con las instrucciones dadas por el constituyente en beneficio de un tercero.

Esta transferencia es la base del perfeccionamiento del contrato de Fideicomiso Mercantil, tal como lo expone la Ley de Mercado de Valores el momento en que define al Fideicomiso Mercantil:

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

constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario (...)"

Bajo esta definición podemos decir que para ley, en el caso concreto de la característica objetiva de la transferencia de dominio deben existir ciertas condiciones que detallamos a continuación.

#### **1.3.1.1. Transferencia temporal.**

Es decir, se realizará un traspaso en la titularidad del bien, para que una vez cumplidas con las disposiciones fiduciarias, sea transferido a un tercero. Por lo que el Fideicomiso jamás puede ser el dueño de bien de manera perpetua o permanente, la ley exige que esta transferencia tenga un límite sea este condicional o temporal.

Así correctamente lo expone Hayzus en su obra cuando nos dice:

“La propiedad de los bienes, puesta en cabeza del fiduciario, dura el tiempo necesario para que éste realice el encargo de acuerdo con lo previsto en el contrato. Dicha propiedad está destinada a cesar para que los bienes pasen a terceros, aunque sea incierto el momento en que ellos han de ocurrir. En el lenguaje abstracto de la ley, transcurrido el plazo o cumplida la condición, el fiduciario dejará de ser dueño, en virtud de la transferencia de los bienes a quien corresponda.” (pp. 54, 2001)

#### **1.3.1.2. Transferencia irrevocable.**

La irrevocabilidad definida en el diccionario jurídico de Cabanellas nos dice:

“Lo que no cabe revocar o deshacer jurídicamente. Dícese de la decisión contra la cual no existe recurso. Inmodificable, y por tanto ejecutivo, o definitivamente denegatorio.” (pp.206, 2006)

Por lo que debemos decir, que la transferencia de dominio no debe estar expuesta a una retracción por parte del constituyente, una vez que se haya aportado y por tanto transferido al patrimonio de un Fideicomiso.

Entonces, la ley lo que pretende el momento de exponer esta característica dentro de la definición del contrato de Fideicomiso Mercantil, es que una vez que se haya hecho el aporte, es sólido y de última instancia sin opción a petición de reclamo alguno dicha transferencia, esto para precautelar que la obligación en el caso del Fideicomiso de Garantía, o el fin por el que se haya hecho el Fideicomiso, sea cumplido, y así precautelar que el constituyente incumpla retirando a los bienes aportados al Fideicomiso.

### **1.3.2. Personalidad Jurídica**

Una de las características esenciales de todo Fideicomiso Mercantil es la personalidad jurídica con la que se dota al patrimonio autónomo donde estarán ubicados y protegidos todos los bienes que se aporten a este.

La personalidad jurídica es definida por Cabanellas de la siguiente manera:

“Aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones, condición de las personas jurídicas; la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones” (pp. 291, 2006)

Es decir el Fideicomiso Mercantil está dotado de la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones, es una ficción jurídica con capacidad absoluta para contratar libremente y disponer de todo lo que se encuentre en su haber, así mismo como de responsabilizarse de todas sus acciones tanto civiles como penales.

Esta capacidad que la ley le otorga al Fideicomiso Mercantil se encuentra estipulada en la Ley de Mercado de Valores cuando dice:

**“Art. 109.- Del contrato de fideicomiso mercantil.-** Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos

y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.”

La ley le otorga personalidad jurídica, para que de acuerdo con el mandato fiduciario expuesto en el contrato de Fideicomiso, cumpla con todo lo mandado por el o los constituyentes en la finalidad planteada.

Esta aptitud que le dota la ley obliga a su vez que el Fideicomiso tenga necesariamente un representante legal, que como lo estudiamos anteriormente es siempre una fiduciaria legalmente constituida, entonces el Fideicomiso siempre actuará representado el representante de la Fiduciaria, el mismo que actuará en todos los actos de disposición que el Fideicomiso esté mandado a realizar.

Cabe puntualizar la necesidad de la personalidad jurídica al patrimonio autónomo o Fideicomiso, ya que como se ha explicado anteriormente, se debe realizar una transferencia de dominio hacia el Fideicomiso, puesto que esa es una de las características esenciales para la protección de los bienes en contra de acciones de acreedores tanto para el constituyente del Fideicomiso así como para el Fiduciario.

Anteriormente explicamos que el patrimonio autónomo del Fideicomiso no será parte del patrimonio del constituyente y peor aún del fiduciante. Éste tendrá un patrimonio autónomo y aislado, y este efecto solo se puede causar si el Fideicomiso tiene la capacidad de subsistir jurídicamente, este efecto es el que crea una personalidad jurídica, que independiza al Fideicomiso y lo reconoce como una persona jurídica capaz jurídicamente de subsistir, y por lo tanto de tener su propio patrimonio.

## **1.4. DERECHO COMPARADO: EL FIDEICOMISO MERCANTIL EN ARGENTINA, COLOMBIA Y MÉXICO.**

### **1.4.1. El Fideicomiso Mercantil en Argentina.**

En Argentina el Fideicomiso nace sin reforma alguna a sus cuerpos legales, sino más bien se introduce como una manera de interpretar a la norma tal como nos lo explica Sergio Rodríguez cuando dice.

“Bastó la existencia de una sola norma para que un destacado jurista argentino hubiese demostrado que era posible realizar negocios fiduciarios, sin un regulación completa en el Código Civil. Esto fue posible con base a las previsiones del artículo 2662, que hace parte del Título VII “Del dominio imperfecto” y éste, a su turno, del Libro Tercero, “De los derechos reales”, según los cuales, “dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto la cosa de un tercero”.

En primera instancia la legislación argentina se manifiesta en la figura del Fideicomiso Mercantil, para facilitar el préstamo hipotecario, y la garantía bancaria mediante esta figura, la misma que encontraba en el entorno argentino muy propicio para este fin. (Rodríguez, pp. 77,2005)

La reforma fundamental en la legislación argentina sucede en la Ley 24.441 de 1994, cuando promovido el mercado de la construcción y la vivienda, se regula perfectamente a la figura del Fideicomiso Mercantil, pero hace distinción entre el fideicomiso financiero y el fideicomiso ordinario.

Esta distinción anteriormente citada subyace en la forma y definición de cada una de las partes que conciben y perfeccionan al contrato de fideicomiso como tal, es decir, el fideicomiso ordinario comúnmente llamado y no así por la ley, permite que el fiduciario sea una persona natural o jurídica, estipulado en el artículo 5 de la ley 24.441 anteriormente citada explica que la Comisión Nacional de Valores, será el ente rector que dictará la normativa que regulará

los requisitos para que una persona natural pueda ser fiduciario, debemos denotar que la normativa argentina define al fiduciario como “fiduciante”.

Por otra parte el Fideicomiso Financiero que se encuentra regulado por la ley 25.516, denota claramente su restricción respecto a la actuación del “fiduciante”, en la que claramente limita a que solo podrá ser fiduciario o “fiduciante” una persona jurídica del sector financiero.

A continuación presentamos un breve resumen de las características más llamativas del contrato de Fideicomiso en la normativa argentina.

#### **1.4.2. Prohibiciones.**

Dentro de la legislación Argentina se prohíben los siguientes actos fiduciarios:

1. Una de las particularidades principales dentro de las prohibiciones en cuanto al Fideicomiso mercantil en la legislación argentina se trata, es el castigo en el ámbito penal respecto a la defraudación por medio de un Fideicomiso.

Mientras que en varios países como el nuestro, el utilizar la figura del Fideicomiso se pena con la anulación del contrato del fideicomiso y retrotraer las cosas como estaban antes de la constitución de este, en Argentina se castiga este acto con mucha más rigurosidad.

“La defraudación cuando el titular fiduciario, en beneficio propio o de un tercero dispone, grava o perjudica los bienes fideicomitidos y de esta manera defrauda los derechos de los co-contratantes.”  
(Rodríguez, pp. 77, 2005)

2. Se prohíbe al fiduciario adquirir los bienes fideicomitidos según lo establece el artículo 7 de ley que prohíbe al “Fiduciante” o fiduciario, adquirir los bienes fideicomitidos, y que después de leer la doctrina, aseguramos ha merecido varias llamadas de atención por parte de los doctrinarios argentinos, aludiendo una innecesaria advertencia por

intento de fraude de los fiduciarios, en especial cuando se trata de Fideicomiso ordinario.

3. El Fideicomiso no podrá tener una duración mayor a los 30 años, según el artículo 4 en su literal c de la ley 24.441:

“c) El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad”

#### **1.4.3. Derechos del constituyente.**

1. Rendición de cuentas por parte del fiduciario en la regularidad establecida en el contrato, o lo que imponga la ley.
2. Reembolso por parte del fiduciario de los bienes fideicomitidos según lo que estipula el artículo 8 de la Ley 24.441

“Salvo estipulación en contrario, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución. Si está no hubiese sido fijada en el contrato, la fijará el juez teniendo en consideración la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir”.

3. Ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario.
4. En general todos los derechos expresamente estipulados y que no sean incompatibles con los del fiduciario o del beneficiario o con la escancia de la institución.

#### **1.4.4. Deberes innegables del Fiduciario.**

1. La citada Ley 24.441 en su artículo 6 estipula.

“El fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.”

Es decir, la Ley contempla una valiosa apertura a la actuación del Fiduciario, llamado a que pueda realizar cuanto negocio se le sea encomendado, siempre y cuando este realice su trabajo de manera profesional y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

#### **1.4.5. Derechos del Beneficiario.**

1. Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el cumplimiento de ellas.
2. Ejercicio de activar al aparato judicial con el fin de cesar actos de disposición o contratos a la voluntad de las partes o la ley por parte del fiduciario.
3. Pedir la remoción del Fiduciario motivando su causa.

#### **1.4.6. Formalidades del contrato de Fideicomiso Mercantil.**

La legislación Argentina, al igual que la ley ecuatoriana exige que los contratos de Fideicomiso Mercantil sean mediante escritura pública, tal como lo dice el artículo 16 de la Ley 35 de 1993, pero donde también se detalla excepciones a esta exigencia diferenciándola del tratamiento de este contrato en el Ecuador cuando dice el artículo 80 de la ley 24.441:

“Cuando la ley lo autorice pueden ser inscritos los instrumentos privados, siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público.”

Es decir, la regla para la constitución del Fideicomiso será por escritura pública, a excepción de la normativa citada donde para su inscripción requerirá simplemente de un reconocimiento ante Notario de la firmas de los comparecientes.

### **1.5. El Fideicomiso Mercantil en Colombia.**

Como breve antecedente histórico, el Fideicomiso aparece en Colombia mediante la Ley 45 de 1923, donde se encontraba dibujada como una adaptación del trust anglosajón, pero aún no perfeccionada. A consecuencia de la expedición de la ley, se tipifica en el código del comercio donde se le permitía a los bancos tener una sección fiduciaria y no fue antes de la Ley 45 de 1990 donde se eliminó esta disposición y se autorizó a la sociedad fiduciarias quienes sean las únicas que puedan realizar actividades relacionadas con la fiducia mercantil.

La ley colombiana define al Fideicomiso Mercantil en su Código de Comercio (Decreto-Ley 410 de 1971) de la siguiente manera.

“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 este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”

Es decir, en comparación con la normativa ecuatoriana, la definición del contrato de Fideicomiso Mercantil es casi fiel a la de la ley colombiana, ya que conceptualiza a cada una de las partes de la misma forma que la ley ecuatoriana lo hace.

Así mismo, la legislación Colombiana define al fideicomiso mercantil de garantía de la siguiente manera en la circular externa número 6 de 1991 de la Superintendencia Bancaria:

“Aquel negocio en virtud del cual una persona transfiere, generalmente de manera irrevocable, la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil, o entrega en encargo fiduciario irrevocable a una entidad fiduciaria, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo de terceros, designando beneficiario al acreedor de estas, quien puede solicitar a la entidad

fiduciaria la realización o venta de los bienes fideicomitidos para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo de ella, de acuerdo con la instrucciones previstas en el contrato. Las obligaciones así garantizadas gozan, para efectos de la calificación de cartera que corresponde efectuar a las instituciones financieras, de asimilación a garantía real”

A continuación presentamos un breve resumen de las características más llamativas del contrato de Fideicomiso en la normativa colombiana, según Malumián en su obra.

### **1.5.1. Prohibiciones**

Dentro de la legislación Colombiana se prohíben los siguientes actos fiduciarios:

1. Lo negocios fiduciarios secretos.
2. Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente.
3. Aquellos cuya duración sea mayor a 20 años. En caso de que exceda tal término, solo será válido hasta dicho límite. Se exceptúan los fideicomisos constituidos a favor de incapaces u entidad de beneficencia pública o utilidad común.

### **1.5.2. Derechos del constituyente.**

1. Los que se hubieren reservado para ejecutarlos directamente sobre los bienes fideicomitidos.
2. Revocar la fiduciaria, cuando se hubiere reservado esa facultad esa facultad en el acto constitutivo, pedir la remoción del fiduciario y nombrar al sustituto, cuando a ello haya lugar.
3. Obtener la devolución de los bienes al extinguirse el negocio fiduciario, si cosa distinta no se hubiere previsto en el acto de constitución.
4. Exigir rendición de cuentas.

5. Ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario.
6. En general todos los derechos expresamente estipulados y que no sean incompatibles con los del fiduciario o del beneficiario o con la esencia de la institución.

### **1.5.3. Deberes innegables del Fiduciario.**

1. Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia.
2. Mantener los bienes objeto de la fiducia separado de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios.
3. Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca.
4. Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente.
5. Pedir instrucciones al superintendente bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario.
6. Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto de negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo.
7. Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario.
8. Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.

#### **1.5.4. Derechos del Beneficiario.**

2. Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el cumplimiento de ellas.
3. Impugnar los actos anulables por el fiduciario, dentro de los 5 años contados desde el día que el beneficiario hubiera tenido noticia del acto que da origen a la acción, y exigir la devolución de los bienes dados en fideicomiso a quien corresponda.
4. Oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes en fiducia o por obligaciones que no los afecten, en caso de que el fiduciario no lo hiciera.
5. Pedir al superintendente bancario por causa justificada, la remoción del fiduciario y, como medida preventiva, el nombramiento de un administrador interino.

#### **1.5.5. Formalidades del contrato de Fideicomiso Mercantil.**

La legislación colombiana, al igual que la ley ecuatoriana exige que los contratos de Fideicomiso Mercantil sean mediante escritura pública, tal como lo dice el artículo 16 de la Ley 35 de 1993, pero donde también se detalla excepciones a esta exigencia diferenciándola del tratamiento de este contrato en el Ecuador cuando dice Malumian cuando define la forma del Fideicomiso Mercantil en Colombia de la siguiente manera:

“En lo referente a la forma del contrato, el Código de Comercio establece que la fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes. Por su parte, la fiducia constituida mortis causa, deberá serlo por testamento.

De acuerdo con el artículo 16 de la Ley 35 de 1993 podrán celebrarse contratos de fiducia mercantil sin que para tal efecto se requiera solemnidad de la escritura pública, en todos aquellos casos en que así lo autorice mediante norma de carácter general el gobierno nacional. En tal

sentido el Poder Ejecutivo dictó el Decreto 847 de 1993 que establece que "los contratos de fiducia mercantil que celebren las sociedades fiduciarias no requerirán de la solemnidad de la escritura pública cuando los bienes fideicomitados sean exclusivamente bienes muebles." (2001, pp. 75)

Obligando así solo a que cumplan con las solemnidades registrales mediante un documento privado en el que reposará el contrato de Fideicomiso Mercantil.

Es decir, en lo referente a las formalidades que el contrato deberá cumplir según la ley, la escritura pública es una regla general que solo con las excepciones citadas anteriormente podrá constituirse un fideicomiso, y se inscribirá según el objeto del contrato.

## **1.6. El Fideicomiso Mercantil en México.**

El Fideicomiso Mercantil, se encuentra regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito sancionada en 1932. En el artículo 381 define al fideicomiso de la siguiente forma:

"En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria."

En contexto con todos los países suramericanos, y su tradición legal respecto al derecho fiduciario, México encabeza la lista de los que más ha utilizado al Fideicomiso Mercantil como herramienta legal para la creación y regulación de negocios.

Dentro de la legislación mexicana podemos ver los aspectos que lo diferencian de la legislación ecuatoriana, tomando en cuenta cuáles son sus particularidades dentro del contrato en sí.

A continuación detallamos cuales son los aspectos que lo diferencian.

### 1.6.1. Prohibiciones.

Como es ya referencia dentro de la legislación latinoamericana, el derecho mexicano toma en cuenta las prohibiciones que por contravenir con su legislación las implementa, contempladas en el artículo 46 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares y estas son:

1. Realizar por cuenta propia cualquier clase de operaciones, salvo las que puedan llevar a cabo con su capital y reservas.
2. Responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes, del incumplimiento de los deudores, por los créditos que se otorguen, o de los emisores, por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

Si al término del fideicomiso, mandato o comisión constituidos para el otorgamiento de créditos, éstos no hubiere sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al fideicomitente o fideicomisario, según el caso, o al mandante o comitente, absteniéndose de cubrir su importe.

Cualquier pacto en contrario a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, no producirán efecto legal alguno.

En los contratos de fideicomiso, mandato o comisión se insertará, en forma notoria, esta fracción y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes para su inversión.

3. Efectuar operaciones con otros departamentos de la misma institución financiera. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá autorizar, mediante acuerdos de carácter general, la realización de determinadas operaciones.
4. Utilizar fondos o valores de los fideicomisos, mandatos o comisiones a que se refiere el segundo párrafo de la fracción IV del artículo 45, para

realizar operaciones en virtud de las cuales resulten deudores sus delegados fiduciarios; los miembros de su consejo de administración, tanto propietarios como suplentes, estén o no en funciones; el accionista o accionistas que posean la mayoría en las asambleas de la institución o que la gobiernen; los directores generales o gerentes generales; los propietarios o suplentes, estén o no en funciones; los auditores externos de la institución; los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo, los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de todas las personas citadas, o las sociedad en cuya asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas instituciones.

5. Celebrar contratos de fideicomisos que tengan por objeto el pago periódico de primas o cuotas destinadas a integrar el precio de compra de casa habitación, o celebrar los mismos contratos con empresas, constructoras, cuando tengan por objeto las ventas de casas o plazos o con pagos anticipados para completar las garantías.
6. Transmitir lo créditos o valores que sean materia de alguna operación e las mencionadas en el segundo párrafo de las fracciones VI del artículo 45, a otro fideicomiso mandato o comisión manejado por la propia fiduciaria, salo que se trate del mismo fideicomitentes, mandante o comitente.

#### **1.6.2. Derechos del constituyente.**

Mediante el artículo 386 de la Ley Cambiaria Mexicana, el constituyente o como se o conoce en México el fideicomitente, tienes los siguientes derechos:

1. Reserva de los derechos fiduciarios para sí mismo.
2. Puede constituir el Fideicomiso sin señalar beneficiario, esto expresa que la beneficiaria sería el propio constituyente.
3. Designación de varios fideicomisarios para que reciban simultáneamente o sucesivamente el provecho del fideicomiso.
4. Puede modificar el fideicomiso o reformar el mismo.

5. Designar varios fiduciarios, es decir varias instituciones fiduciarias que administren en parte un mismo fideicomiso.
6. Suspender el fideicomiso.
7. Requerir cuentas al fideicomiso en cualquier momento.
8. Remover al Fiduciario en cualquier momento.
9. Transmitir los derechos fiduciarios en cualquier momento.
10. Nombrar un Comité Técnico que supervigile la administración del Fideicomiso.

### **1.6.3. Deberes innegables del Fiduciario.**

Así mismo, el artículo 391 la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Mexicana establece las obligaciones del Fiduciario de la siguiente manera:

1. Aceptación del fideicomiso en todo momento, siempre y cuando cumpla con un objeto y una causa lícita.
2. Cumplir fielmente las instrucciones fiduciarias.
3. Acatar las órdenes del Comité Técnico.
4. Actuar con la responsabilidad de un buen padre de familia.
5. Inscribir y realizar avisos sobre la inscripción de los bienes aportados a su patrimonio en los Registros Públicos que correspondan.
6. Registrar contablemente todo acrecentamiento patrimonial al su patrimonio.
7. Conservar el patrimonio entregado, y será responsable de la pérdida o deterioro del mismo.
8. Pagar intereses e impuestos que le correspondan.
9. No delegar funciones a otra institución fiduciaria.
10. Guardar secreto profesional de los negocios encargados a él.
11. Realizar estados mensuales y balance general de su patrimonio al constituyente.
12. Retener los impuestos correspondientes a aquellas personas con que contrate.

#### **1.6.4. Derechos del Beneficiario.**

En este caso los derechos del Beneficiario o fideicomisario se encuentran estipuladas en el artículo 390 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Mexicana, la misma que señala:

1. Exigir el cumplimiento del Fideicomiso.
2. Exigir la protección de los bienes fideicomisitos.
3. Atacar la validez de los actos que el fiduciario cometa en su perjuicio de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan.
4. Reivindicar los bienes que a consecuencia de actos que la institución fiduciario haya cometido en su perjuicio de mala fe exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan.
5. Modificar el fideicomiso.
6. Transmitir los derechos fiduciarios a un tercero.
7. Requerir cuentas al Fideicomiso cuando así lo estime.
8. Terminar anticipadamente el contrato de fideicomiso.

#### **1.6.5. Formalidades del contrato de Fideicomiso Mercantil.**

- a. Los contratos de fideicomiso siempre deben estar por escrito.
- b. Debe ser realizado bajo escritura pública.
- c. Tienen que estar inscritos en los Registros públicos que los obliguen los bienes aportados al mismo.
- d. Será administrado siempre por una institución fiduciaria debidamente acreditada.

## **1.7. El Fideicomiso Mercantil frente a otras figuras de garantía en la legislación ecuatoriana: la prenda, la hipoteca, la compraventa con reserva de dominio.**

Tomando en cuenta que el presente trabajo tiene como uno de sus objetivos identificar al Fideicomiso Mercantil, es necesario compararlos con las distintas figuras de garantizar obligaciones en la normativa ecuatoriana con el fin de dejar en claro la utilidad de la figura fiduciaria y sus ventajas con las otras maneras de garantizar obligaciones.

### **1.7.1. La caución o garantía.**

Para iniciar con el análisis de los diferentes instrumentos que la ley nos da para poder garantizar obligaciones entre las partes, debemos primero definir que son las garantías.

El artículo 31 del Código Civil ecuatoriano nos dice:

“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.”

Así mismo el tratadista Kelly en su obra, “Derecho de Garantía sobre bienes muebles”, nos ilustra con la siguiente definición:

“Como se indicó brevemente en la introducción de este capítulo, las formas de crear o evidenciar una garantía varía entre los distintos países, Puede ser creada mediante convenios o documentos suscritos por ambas o solo una de las partes. Sin embargo, en todos los casos estos documentos deben cumplir con ciertas condiciones mínimas: todos deben ser documentos escritos, firmados por lo menos por una de las partes, suscritos con el fin de crear una garantía que incluyan una descripción de los bienes” (pp. 129, 1989)

Así mismo tomamos la definición del tratadista Raúl Díez Duarte que nos dice:

“Ahora bien, la facultad de los acreedores para hacer efectivos sus créditos sobre el patrimonio del deudor, denominase por la doctrina, derecho de prenda general, tomándose por prenda en el sentido general de garantía.” (pp.16, 2012)

Por lo que podemos concluir mediante la definición dentro de la normativa ecuatoriana, como de la definición de los tratadista vistos, las garantía son medios por el cual el acreedor se respalda, por medio de un convenio o acuerdo escrito, que la obligación pactada principalmente va a ser honrada en el tiempo y en las condiciones pactadas inicialmente, y si este hecho no sucede la garantía entra a ser ejecutada para el cumplimiento de las obligaciones, a saber, el poder garantizar sus obligaciones nacerá no de un bien en específico, sino del patrimonio del acreedor a esto se lo define como el derecho o garantía general de prenda.

Para poder comparar al Fideicomiso Mercantil de Garantía con os diferentes tipos de garantía que la ley prevé, debemos señalar los tipos de garantías.

Para la clasificación de las garantías tomaremos en cuenta la manera en la que se garantizan las obligaciones, entre las que se encuentran las garantías personales como la fianza, y las garantías reales como la hipoteca, la prenda entre otras.

### **1.7.2. Garantías Personales.**

El Doctor Wilson Ojeda, nos muestra con una definición de garantías personales:

“En la garantía personal o intercesión, una o varias personas se comprometen a cumplir por el deudor, si éste no satisface la obligación principal. Se llama intercessio, en término generales, la intervención de una persona en beneficio de otra” (pp.12, 2011)

Visto esto podemos decir que las garantías personales son aquellas en las cuales un tercero, que no es parte del contrato principal es decir la obligación

garantizada, entra en el contrato de garantía con el fin de que mediante su patrimonio avalice el fiel cumplimiento de la obligación principal.

Este tercero puede ser llamado garante o co deudor, según sea el caso de la obligación principal.

Por lo que las garantías personales perseguirán el patrimonio de una persona el momento en el que no se haya honrado la obligación principal, este patrimonio le pertenecerá siempre a un tercero el que no será parte en el contrato o acuerdo principal de la obligación.

Una de las garantías personales más utilizadas es la fianza, que analizaremos a continuación.

### **1.7.3. La Fianza.**

La fianza es un tipo de garantía en la cual una persona natural o jurídica avala el pago de la obligación pactada anteriormente y que es principal al contrato accesorio de la garantía.

La fianza se encuentra tipificada en la normativa ecuatoriana en el artículo 2262 del Código Civil vigente en la que estipula:

“...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...”

Por lo que el fiador será perseguido por su patrimonio una vez que el deudor principal incumpla con su obligación de pago, este tipo de garantía debemos recalcar sigue a la persona en forma de su patrimonio.

El fiador se convierte automáticamente en un deudor solidario una vez cumplidos los requisitos legales expuestos en la normativa.

Así nos los explica el Doctor Wilson Ojeda en su obra:

“El contrato de fianza cumple una función de garantía, en cuanto que tiende a dar la seguridad a un acreedor frente al riesgo que para él representa la posible insolvencia de su deudor, mediante la obligación asumida por otro de pagar o cumplir en el caso de hacerlo el deudor.” (pp. 26, 2011)

#### **1.7.3.1. Características de la Fianza.**

Por definición la fianza enmarca con una serie de características las mismas que detallamos a continuación.

- a. Contrato consensual:** Para que se pueda perfeccionar un contrato de fianza, debe existir la voluntad del fiador de convertirse como tal, su simple aceptación en el contrato produce los efectos que la ley requiere para que sea exigible sus obligaciones tal como lo señala el artículo 1459 del Código Civil, por consiguiente esta aceptación debe ser expresa, no existe aceptación tácita de la fianza. (Ojeda, pp. 39, 2011)
- b. Contrato unilateral:** La fianza comprende como tal la obligación por parte del fiador a garantizar la obligación del deudor principal, más no existen derechos u obligaciones por parte del acreedor a favor del fiador.
- c. Contrato gratuito:** Dentro del contrato de fianza se estipula, como ya se lo ha dicho, que el fiador garantice al deudor principal en caso de incumplimiento de su obligación, pero esta obligación solo genera un derecho de repetición del fiador en contra del deudor, esto no significa que recibirá acrecimiento patrimonial alguno por este hecho.
- d. Contrato accesorio:** Como se lo definió anteriormente, el contrato de fianza subsiste siempre y cuando exista un contrato principal en la que exista un deudor y un acreedor.

#### **Procedimiento de cobro.**

La fianza se volverá ejecutable toda vez que el deudor haya incumplido con su obligación frente a un acreedor, el acreedor podrá perseguir judicialmente al fiador una vez demostrado el incumplimiento por parte del deudor principal.

El fiador tiene derecho a pedir al acreedor se le requiera con el pago al deudor antes de que se le exija el cumplimiento de la garantía aquí estudiada.

Una vez que el fiador ha sido demandado por el acreedor, tendrá derecho a presentar el beneficio de excusión u orden, el beneficio de división y el beneficio de subrogación respectivamente tomando en cuenta los requisitos para proponer estas acciones que nombramos a continuación. (Ojeda, pp. 69, 2011).

### **Casos en los que el fiador no podrá proponer el beneficio de excusión u orden.**

Determinadas en el artículo 2260 del Código Civil, que establece:

“Para gozar del beneficio de excusión son necesarias las condiciones siguientes:

- 1) Que no se haya renunciado expresamente;
- 2) Que el fiador no se haya obligado como codeudor solidario;
- 3) Que la obligación principal produzca acción;
- 4) Que la fianza no haya sido ordenada por el juez;
- 5) Que se oponga el beneficio luego que sea requerido el fiador; salvo que el deudor, al tiempo del requerimiento, no tenga bienes y después los adquiera; y,
- 6) Que se señalen al acreedor los bienes del deudor principal.”.

En relación a ésta disposición, el artículo siguiente establece:

“No se tomarán en cuenta para la excusión:

- 1) Los bienes existentes fuera del territorio del Estado;

- 2) Los bienes embargados o litigiosos, o los créditos de dudoso o difícil cobro;
- 3) Los bienes cuyo dominio, está sujeto a una condición resolutoria;
- 4) Los hipotecados a favor de deudas preferentes, en la parte que pareciere necesaria para el pago completo de éstas; y,
- 5) Los inembargables.”

### **Casos en los que el fiador puede proponer el beneficio de división.**

Este beneficio lo propondrá el fiador siempre que existan dos o más fiadores sobre el mismo deudor, tal como lo cita el Código Civil en el artículo 2269.

*“Si hubiere dos o más fiadores de una misma deuda, que no se hayan obligado solidariamente al pago, se entenderá dividida la deuda entre ellos, por partes iguales; y no podrá el acreedor exigir a ninguno sino la cuota que le quepa.*

*La insolvencia de un fiador gravará a los otros; pero no se mirará como insolvente aquel cuyo subfiador no lo está.*

*El fiador que inequívocamente haya limitado su responsabilidad a una cantidad o cuota determinada, no será responsable sino por dicha cantidad o cuota”*

### **Casos en los que el fiador puede proponer la excepción de subrogación.**

Esta excepción está contemplada en el artículo 2257 del Código Civil donde la define de la siguiente manera:

*“Cuando el acreedor ha puesto al fiador en el caso de no poder subrogarse en sus acciones contra el deudor principal o contra los otros fiadores, el fiador tendrá derecho para que se le rebaje de la demanda del acreedor todo lo que dicho fiador hubiere podido obtener del deudor principal o de los otros fiadores, por medio de la subrogación legal.”*

En conclusión el procedimiento para efectivizar la garantía, debe primero existir un documento que pruebe el incumplimiento principal, por lo que para que el acreedor pueda acometer en contra del fiador, primero debe probar el incumplimiento del deudor principal provocando así un doble procedimiento para hacer la garantía efectiva.

#### **1.7.3.2. Diferencias entre la fianza y el contrato de Fideicomiso de Garantía.**

- a.** La fianza se compone de un acreedor, un fiador y un deudor, mientras que en el contrato de Fideicomiso de Garantía se requiere de un constituyente y un fideicomitente.
- b.** En la fianza, el proceso de cobro es más largo y requiere de varios pasos que la Ley exige para hacer ejecutable la garantía, mientras que en el Fideicomiso de Garantía se requiere de un proceso establecido dentro del mismo contrato de Fideicomiso.
- c.** El contrato de fianza es accesorio como característica principal, es decir que para su subsistencia necesita de un contrato principal, mientras que el Fideicomiso goza de ambas calidades ya que en el mismo contrato puede contener la obligación y el procedimiento de ejecución de garantía.
- d.** El contrato de fianza no es autónomo, es decir, requiere de procedimientos exteriores a la creación del mismo para que pueda ser ejecutable, mientras que el contrato de Fideicomiso de Garantía es autónomo y solo requiere de la voluntad de las partes para su creación, así mismo goza de personalidad jurídica por lo que depende solo de sí mismo y del cumplimiento de los procedimientos ahí acordados por las partes para que se ejecuten, es decir goza de la facultad de poder autoliquidarse en el momento de incumplimiento de la obligación, es decir sin intermediación judicial.

#### **1.7.4. Garantías Reales.**

Este tipo de garantías por otra parte, son aquellas que atañen no a las personas dueñas de un bien, sino al bien en sí.

Es así como las define el doctor Raúl Diez Duarte en su tratado:

“En cambio, las cauciones reales consisten en afectar al cumplimiento de una obligación, propio o ajena, un bien específico, determinado, sea de naturaleza mueble o inmueble. Estas cauciones son la prenda y la hipoteca. Estas cauciones reales atribuyen al acreedor el derecho de perseguir en poder de un tercero el bien dado en garantía y de pagarse preferentemente con el producto del remate, valor de la expropiación o monto del seguro contratado.” (pp. 20-21, 2012)

Dicho esto debemos entrar a una breve explicación de las garantías anteriormente mencionadas y que son de uso común dentro del comercio.

##### **1.7.4.1. La prenda.**

La prenda es una garantía real, que garantiza por medio de bienes muebles obligaciones pactadas por dos o más personas.

Esta se encuentra regulada por el Código del Comercio en la Sección III del Título XV del Libro II del Código de Comercio, del artículo 576 al 600.

Existen tres clases de prendas reguladas por la legislación ecuatoriana, la prenda agrícola e industrial, la prenda especial de comercio y la prenda comercial ordinaria.

La prenda agrícola, pretende garantizar obligaciones con bienes muebles, en específico maquinaria con el propósito de ser útil en el comercio agrícola, pero con la peculiaridad que el deudor mantiene para sí el dominio del bien materia de la garantía.

Tal como como nos dice el Código del Comercio en su parte pertinente:

**“Art. 578.-** La prenda agrícola puede constituirse únicamente sobre los siguientes bienes:

- a) Animales y sus aumentos;
- b) Frutos de toda clase, pendientes o cosechados;
- c) Productos forestales y de industrias agrícolas; y,
- d) Maquinarias y aperos de agricultura.”.

Por otra parte la prenda industrial toma en cuenta para garantizar obligaciones sobre bienes muebles que pertenecen al sector industrial del comercio, tal como lo dicta el Código del Comercio en su artículo pertinente:

**“Art. 579.-** *La prenda industrial puede constituirse únicamente sobre los siguientes bienes:*

- a) Maquinarias industriales;*
- b) Instalaciones de explotación industrial;*
- c) Herramientas y utensilios industriales;*
- d) Elementos de trabajo industrial de cualquier clase;*
- e) Animales destinados al servicio de cualquier industria; y,*
- f) Productos que hayan sido transformados industrialmente.”.*

La prenda especial de comercio se encuentra regulada en el Código del Comercio en el artículo I. 575.1, donde se la define de la siguiente manera:

“La prenda especial de comercio sólo podrá establecerse a favor de un comerciante matriculado y sobre los artículos que vende para ser pagados mediante concesión de crédito al comprador. El contrato prendario se hará constar por escrito e dos ejemplares, que corresponden el uno para el vendedor y acreedor y el otro al comprador o deudor”

Es decir, este tipo de prenda solo podrá ser constituida a favor de un comerciante, y exclusivamente sobre los artículos que vende.

Por último, la prenda comercial ordinaria está regulada en el Código del Comercio y no define específicamente ninguna peculiaridad, ya que está se puede constituir a favor de una persona que tenga la calidad de comerciante o no, y sobre cualquier bien mueble.

Para el perfeccionamiento de este tipo de contrato de garantía la Ley exige que se la realice por medio de escritura pública o documento privado reconocido judicialmente, y así mismo que sea inscrita en los Registro Públicos creados para estos fines.

Debemos recordar, que este contrato surtirá sus efectos legales, el momento que se inscriba en el Registro Público del cantón donde se sitúe el bien.

#### **1.7.4.1.1. Características de la prenda.**

- a) Como estipula el artículo 2314 del Código Civil la prenda es un contrato ya que necesita del acuerdo de dos partes, estos son el acreedor prendario y el deudor prendario.
- b) Es unilateral ya que solo le obliga el deudor prendario con el acreedor prendario al pago de la obligación principal, asegurada por este contrato de garantía.
- c) Es oneroso ya que exige utilidad de las dos partes, sin embargo se puede pactar gratuidad el momento que la prenda se haya constituido después de que constituida y aceptada la obligación.
- d) Es real, porque para que se perfeccione el contrato requiere de la entrega de la cosa prendada.
- e) Es accesorio ya que requiere de un contrato principal donde se pacte la obligación, para que la prenda como contrato accesorio entre a garantizarlo.

f) Se refiere a un derecho real, ya que la acción de ejecución de la garantía recae sobre el bien prendado.

g) Es un derecho mueble, de conformidad a lo estipulado en el artículo 616 del Código Civil:

“Los derechos y acciones se reputan muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe...”.

h) La prenda tiene la característica de ser indivisible tal como reza de los artículos 1564, 2322 y 2331 del Código Civil. El artículo 2331 del Código Civil cuando nos dice:

“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 han sido pagados.”

#### **1.7.4.1.2. Procedimiento de cobro:**

Para que una prenda pueda ser cobrada por el deudor, en el caso que se demuestre que el acreedor ha incumplido con su obligación de pagar la deuda pactada, el Código del Comercio prevé cual debe ser el procedimiento que tendrá que realizar el acreedor para ejecutar la garantía prendaria.

Respecto a lo anteriormente dicho el Código del Comercio nos dice:

“**Art. 596** Si no se paga el crédito a su vencimiento, el acreedor puede pedir al juez el remate de los objetos empeñados. Acompañará a su solicitud el respectivo contrato y un certificado del Registrador de la Propiedad que acredite que aún no ha sido cancelado.

Cumplidos estos requisitos, el juez ordenará el embargo de la prenda y su venta en pública subasta conforme al artículo 573. Si los frutos empeñados no se han cosechado todavía, ni se han realizado los aumentos dados en prenda, se embargarán las sementeras, los animales, las máquinas, los árboles y demás objetos cuyos productos son materia de la prenda.

Se notificará al deudor la orden de embargo. El procedimiento no podrá suspenderse, si el deudor no consigna en pago el valor de la deuda, intereses y costas.”.

Es decir, el momento que se haya incumplido con la obligación de pago por parte del deudor el acreedor en los plazos y términos acordados debe concurrir a sede judicial para que un juez pueda atender su demanda de cobro, y una vez que se haya corrido con todos los plazos y procedimiento que exige el trámite, un juez dictaminará el embargo y por consiguiente el remate del bien mueble por medio de una subasta pública.

#### **1.7.4.1.3. Diferencia entre la prenda y el Fideicomiso Mercantil de Garantía.**

En consecuencia las dos figuras tiene un mismo objetivo que es el de garantizar el pago de una obligación contraída por una o más personas llamadas deudor a favor de otra llamada acreedor.

Así nos lo ilustra Malumián es su obra:

“Si bien la propiedad fiduciaria comparte la cualidad de ser un derecho real (dominio imperfecto) no necesariamente tiene la finalidad de garantía, sino que por el contrario puede tener muchas otras posibilidades (...). Asimismo, en los derechos reales en garantía que se comparan en este punto, el derecho recae sobre una cosa ajena sobre la cual se genera un privilegio en relación con otros acreedores del deudor, a diferencia del contrato de fideicomiso en el cual se es propietario (fiduciario) del bien. Lo dicho se refleja en los distintos métodos de

ejecución y facultades que el fiduciario posee y que lo diferencian de los titulares.” (2001, pp.104)

A continuación enumeraremos las diferencias que encontramos entre las figuras aquí analizadas:

1. **Cantidad de sujetos garantizados:** La prenda industrial como anteriormente lo explicamos, garantizará la obligación entre dos partes un deudor y un acreedor, sobre un mismo bien mueble.

En contraposición el Fideicomiso Mercantil de Garantía puede tener tantos deudores como bienes se aporten a su patrimonio autónomo siendo el Fideicomiso el acreedor de todos ellos, agilitando en un mismo instrumento la cantidad de deudores sin la necesidad de realizar cuantos contratos sean necesarios por cada deudor.

2. **Procedimiento de ejecución de la garantía:** La prenda recae sobre una cosa ajena de la cual se pretende ejecutar un pago por el incumplimiento de una obligación principal, mientras que en el contrato de fideicomiso el procedimiento de ejecución es dado sobre las instrucciones de un constituyente sobre cosa propia del fideicomiso por lo que la ejecución de la garantía es más efectiva y rápida.
3. **Cosas sujetas a la prenda:** Los objetos que pueden ser garantizados por medio de una prenda son bienes muebles enumerados anteriormente en este capítulo, mientras que el fideicomiso mercantil no tiene limitación en las cosas que puede ser parte del contrato.

#### 1.7.4.2. La hipoteca.

La hipoteca es así mismo, un contrato en virtud del cual un acreedor garantiza una obligación principal mediante una derecho preferencial de cobro sobre un bien inmueble a favor de un deudor, por el cual se interpondrá este derecho inscribiéndolo en los registros públicos donde se encuentre el bien.

En la legislación ecuatoriana el artículo 2333 del Código Civil ecuatoriano nos dice:

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

Es decir este tipo de garantía recae únicamente sobre bienes inmuebles, el mismo que se verá afectado en su dominio con la inscripción de este contrato tal como nos dice el Código Civil en el artículo 2344 del Código Civil:

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

*Las reglas particulares relativas a la hipoteca de las naves pertenecen al Código de Comercio.”*

Una de las cualidades específicas que tiene la hipoteca, como bien lo define la ley, es que el bien materia del contrato no pasa al patrimonio del deudor, ni existe ningún tipo de desplazamiento, tal como lo indicamos cuando hablamos de la prenda. Es decir, la hipoteca grava al bien, dando la prioridad en el cobro al que tenga el derecho como acreedor hipotecario en el caso de ejecutarse la caución.

Esta característica hace que sea muy atractivo el negocio en el cual se basa este tipo de garantía, ya que por el valor de los inmuebles que son altos este tipo de contratos garantiza cantidades grandes de dinero, así mismo le permite al deudor aprovechar el bien hasta la cancelación de la obligación.

#### **1.7.4.2.1. Características de la hipoteca:**

- a) Es accesorio, es decir depende un contrato principal para su subsistencia y validez, por lo que podemos decir que requiere de una obligación aceptada e instrumentada a cual sería garantizada por la hipoteca.

Este contrato principal puede ser cualquier obligación instrumentada, que demuestre una obligación entre dos partes, llamamos partes a las

personas naturales o jurídicas que hayan intervenido dentro de esta operación mercantil instrumentada de manera legal.

- b) La hipoteca puede garantizar obligaciones de un tercero, es decir, el dueño del bien puede ceder su derecho de hipoteca a un deudor con el fin de garantizar la obligación de alguien más tomando a su propio riesgo el cumplimiento del pago de la obligación principal.
- c) Es unilateral, ya que la obligación solo reporta para una de las partes, esto es para el acreedor hipotecario, quien accede a ceder el derecho de hipoteca a un tercero para que sea afectado el dominio sobre su bien para garantizar una obligación.
- d) Es oneroso ya que reporta utilidad para una de las partes.
- e) Es consensual ya que requiere del consentimiento del dueño del bien.

## **1.8. El fideicomiso y su utilización en las instituciones financieras.**

### **1.8.1. Definiciones.-**

Una vez que hemos analizado al fideicomiso como contrato, y como manera de asegurar obligaciones como método efectivo de garantía, ahora debemos ver cuál es su utilización dentro del Sistema Financiero por lo que procedemos a definir legalmente, que son las Instituciones del Sistema financiero, que son los créditos y analizamos las garantías.

#### **1.8.1.1. Definición de Instituciones Financieras:**

La Ley General de Instituciones del Sector Financiero las define de la siguiente manera:

“Art. 2.- (Reformado por el Art. 1 de la Ley 2007-81, R.O. 135-S, 26-VII-2007; por la Disposición Reformatoria Tercera de la Ley s/n, R.O. 444, 10-V-2011; y, por el Art. 1 de la Ley s/n, R.O. 659-S, 12-III-2012).- Para los propósitos de esta ley, son instituciones financieras privadas los bancos, las sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo, las

asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda. Los bancos y las sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo se caracterizan principalmente por ser intermediarios en el mercado financiero, en el cual actúan de manera habitual, captando recursos del público para obtener fondos a través de depósitos o cualquier otra forma de captación, con el objeto de utilizar los recursos así obtenidos, total o parcialmente, en operaciones de crédito e inversión.

Las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda son instituciones cuya actividad principal es la captación de recursos del público para destinarlos al financiamiento de la vivienda, la construcción y al bienestar familiar de sus asociados, para lo cual podrán invertir previa autorización de la Superintendencia en instituciones de servicios auxiliares del sistema financiero de giro inmobiliario o en otras instituciones de servicios auxiliares calificadas por la Superintendencia cuyo objeto exclusivo se relacione con las actividades propias del giro del negocio, las que deberán evidenciarse en la composición de los activos de la asociación mutualista.

Las sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo no podrán realizar las captaciones previstas en la letra a) ni las operaciones contenidas en la letra g) del artículo 51 de esta Ley.

Las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda, no podrán efectuar las siguientes operaciones:

- a) Las mencionadas en las letras j), m), t) y v) del artículo 51 de esta ley; y,
- b) Las cooperativas de ahorro y crédito, que realizan intermediación con el público, quedan prohibidas de realizar las operaciones constantes en las letras i) y q) del artículo 51 de esta ley.”

Por lo que dentro del Sistema Financiero, solo las enumeradas en el artículo citado anteriormente serán consideradas Instituciones del Sistema Financiero, esto es importante tenerlo claro, ya que para poder analizar a las garantías

explicadas anteriormente así como al Fideicomiso de Garantía, debemos tomar en cuenta y tener muy claro, que instituciones pueden captar recursos y así mismo generar créditos los mismos que serán respaldados con las garantías explicadas en este capítulo, debemos aclarar que no todas las instituciones nombradas en la normativa citada son de crédito.,

A continuación veremos cuáles son los tipos de créditos, y como la ley los clasifica para el Sistema Financiero.

#### **1.8.1.2. Tipos de Créditos:**

La ley a su vez, evalúa y dictamina las políticas por las cuales las instituciones financieras podrán dar créditos, cada uno de estos créditos son clasificados según el monto y el destino del crédito, a continuación explicamos cada uno de ellos:

##### **1.8.1.2.1. Créditos Comerciales:**

La Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria los define de la siguiente manera:

“CRÉDITOS COMERCIALES (Reformado por el Art. 1 de la Res. JB-2011-2034, R.O. 582-S, 23-XI-2011).-

Se entiende por créditos comerciales todos aquellos otorgados a personas naturales o jurídicas destinados al financiamiento de actividades de producción y comercialización de bienes y servicios en sus diferentes fases, cuya fuente de pago constituyen los ingresos por ventas u otros conceptos redituables, directamente relacionados con la actividad financiada. Asimismo, se incluirán los créditos concedidos a gobiernos seccionales y otras entidades del sector público.

Además, son las operaciones otorgadas a través de tarjetas de crédito con destino comercial, los créditos entre instituciones del sistema financiero y las operaciones de arrendamiento mercantil.”

Es de entender, que los créditos comerciales son clasificados por su destino final, que vendría a ser la utilización que el deudor afirma le dará a la obligación pactada, y la fuente de pago que es el producto de las ventas relacionadas con su actividad productiva.

El mismo artículo los subdivide más específicamente tomando en cuenta ahora el tamaño de la compañía a la que se otorga la obligación.

“(...) Los créditos comerciales se dividen en tres subsegmentos: corporativos, empresariales y a pequeñas y medianas empresas, cuyas características cualitativas y cuantitativas se detallan a continuación:

**Comerciales corporativo.-** Son créditos directos y/o contingentes otorgados a personas naturales o jurídicas, destinados a financiar diversas actividades productivas y de comercialización a gran escala, con ingresos por ventas u otros conceptos redituables anuales, directamente relacionados con la actividad productiva y/o de comercialización, que en conjunto sean iguales o superiores a cinco millones de dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 5.000.000,00) y cuya fuente de pago provenga de dicha actividad.”

Entonces, los créditos comerciales corporativos serán para personas naturales o jurídicas, que tengan un fin de financiamiento para actividades de producción y comercialización. Y serán pagados con los créditos de estas inversiones desde 5 millones de dólares en adelante.

**“Comerciales empresariales.-** Son créditos directos y/o contingentes otorgados a personas naturales o jurídicas, destinados a financiar diversas actividades productivas y de comercialización a una menor escala que las empresas corporativas, con ingresos por ventas u otros conceptos redituables anuales, directamente relacionados con la actividad productiva y/o de comercialización, que en conjunto sean mayor o igual a un millón de dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 1.000.000,00) y menores a cinco millones de dólares de los

Estados Unidos de América (US \$ 5.000.000,00) y cuya fuente de pago provenga de dicha actividad.

Con la misma característica analizada anteriormente, estos créditos están dirigidos para proyectos de ventas y comercialización, y serán pagados con los réditos de esta inversión que empiecen en un millón de dólares hasta cinco millones de dólares.

**“Comerciales PYMES - Pequeñas y medianas empresas.-** Son créditos directos y/o contingentes otorgados a personas naturales o jurídicas, destinados a financiar diversas actividades productivas y de comercialización a una menor escala que el segmento empresarial, con ingresos por ventas u otros conceptos redituables anuales, directamente relacionados con la actividad productiva y/o de comercialización, que en conjunto sean mayor o igual a cien mil dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 100.000,00) y menor a un millón de dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 1.000.000,00) y cuya fuente de pago provenga de dicha actividad.”

Y por último, la clasificación termina en los créditos otorgados al mismo fin de comercializar en este caso en menor escala, y que será pagado con los réditos de esta inversión, por un monto mínimo de cien mil dólares, y que llegue hasta el millón de dólares.

#### **1.8.1.2.2. Créditos de consumo.**

En el mismo artículo de la Codificación de Resoluciones de la Junta Bancario define a estos créditos de la siguiente manera:

“Son créditos otorgados a personas naturales destinados al pago de bienes, servicios o gastos no relacionados con una actividad productiva, cuya fuente de pago es el ingreso neto mensual promedio del deudor, entendiéndose por éste el promedio de los ingresos brutos mensuales del núcleo familiar menos los gastos familiares estimados mensuales

obtenidos de fuentes estables como: sueldos, salarios, honorarios, remesas y/o rentas promedios.”

Este tipo de créditos son guiados específicamente a personas naturales y su destino debe ser para el pago de servicios o gastos no relacionados con ningún tipo de actividad comercial.

#### **1.8.1.2.3. Créditos para la vivienda.**

La Codificación que venimos analizando en su numeral 1.3. define a estos créditos como:

“Son los créditos otorgados a personas naturales para la adquisición, construcción, reparación, remodelación y mejoramiento de la vivienda propia, siempre que se encuentren amparados con garantía hipotecaria, que abarca a la hipoteca directa a favor de una institución del sistema financiero y a los fideicomisos mercantiles de garantía de vivienda propia; y, que hayan sido otorgados al usuario final del inmueble, independientemente de la fuente de pago del deudor; caso contrario, se considerarán como créditos comerciales, consumo o microcrédito, según las características del sujeto y su actividad.

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

En este caso se regula a este crédito solo a personas naturales, que tengan como fin adquirir un bien inmueble, y solo se acepta como garantía aplicable para este tipo de créditos la garantía hipotecaria y el fideicomiso mercantil de garantía.

#### **1.8.1.2.4. Microcrédito.**

La Codificación aquí estudiada define al micro crédito de la siguiente manera:

“Es todo crédito no superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 20.000,00) concedido a un prestatario, persona

natural o jurídica, con un nivel de ventas inferior a cien mil dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 100.000,00), o a un grupo de prestatarios con garantía solidaria, destinado a financiar actividades en pequeña escala de producción, comercialización o servicios, cuya fuente principal de pago la constituye el producto de ventas o ingresos generados por dichas actividades, adecuadamente verificada por la institución del sistema financiero; y, cuyo saldo adeudado en el sistema financiero, incluyendo la operación que está siendo calificada o evaluada para su otorgamiento, no supere los cuarenta mil dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 40.000,00).”

Este tipo de crédito se proyecta hacía empresario, sin diferenciar entre persona natural o jurídica que no tenga ingresos mayor al monto designado, y el fin de este crédito está dirigido a la producción, comercialización o servicios, permitiendo dar garantía solidaria.

#### **1.8.1.2.5. Crédito educativo.**

La Codificación define a este tipo de crédito como:

“1.5. CRÉDITO EDUCATIVO (Reformado por el Art. 1 de la Res. JB-2011-2034, R.O. 582-S, 23-XI-2011).-

Es el destinado a financiar el desarrollo del talento humano a fin de promover el fortalecimiento de la educación de los ecuatorianos.

Las operaciones de crédito educativo se caracterizan por estar estructuradas conforme las necesidades de financiamiento de los sujetos, las cuales principalmente se derivan de la adecuada identificación del ciclo de pago en que los receptores podrán atender sus obligaciones.”

Este tipo de crédito se direcciona directamente a personas naturales, con el único propósito de un fin educativo.

#### **1.8.1.2.6. Crédito de Inversión pública.**

Por último la codificación nos dice lo siguiente respecto a este tipo de crédito:

“1.6 CRÉDITO DE INVERSIÓN PÚBLICA (Agregado por el Art. 1 de la Res. JB-2011-2034, R.O. 582-S, 23-XI-2011).-

Es el destinado a financiar programas, proyectos, obras y servicios encaminados a la provisión de servicios públicos, cuya prestación es responsabilidad del Estado, sea directamente o a través de empresas; y, que se cancelan con cargo a los recursos presupuestarios o rentas del deudor fideicomitidas a favor de la institución financiera pública prestamista.”

Es decir, este tipo de crédito está direccionado a financiar solo al servicio público y que los sujetos dentro de este tipo de crédito solo serán las empresas públicas como acreedoras y deudoras.

#### **1.8.2. Garantías en el Sistema Financieras.**

Cuando las personas naturales o jurídicas entran a ser sujetos de calificación por parte de las instituciones financieras, para que pueda ser viables la acreditación de créditos se debe pasar por los procedimientos que la ley por medio de la Codificación de Resoluciones de Junta Bancaria exige.

Cada uno de este tipo de créditos requiere una garantía, que se encuentra estipulada dentro de la Codificación de Resoluciones de la Junta Bancaria para cada uno de los tipos de crédito anteriormente mencionados y estos son:

##### **1.8.2.1.1. Garantía para créditos comerciales:**

Dentro de los criterios que evalúan el criterio de las instituciones financieras en los créditos comerciales, existen puntos como la experiencia de pago de crédito anteriores, al apalancamientos de la deudas, y un sin número de información que crean un criterio de la viabilidad de la emisión de créditos a tal o cual persona natural o jurídica.

Dentro de este criterio existen también ciertos requisitos que necesita una entidad del sector financiero para asegurar los créditos, estas son las garantías.

El historial crediticio, como el contable de la compañía califica a cada persona natural o jurídica por un riesgo, es decir bajo qué condiciones la institución financiera espera recuperar los fondos dados en crédito, a mayor riesgo menor es la cantidad prestada y mayores son la garantías que se exigirá, todo esto para precautelar la cartera de retorno que tendrá la institución financiera.

Así nos lo explica la resolución cuando estipula:

“1.1.3. COBERTURA DE LA CALIFICACIÓN PARA CRÉDITOS COMERCIALES.- (Reformado por el Art.

1 de la Res. JB-2011-2034, R.O. 582-S, 23-XI-2011; y, por el Art. 1, num. 1.16 y 1.17 de la Res. JB-2012-2217, R.O. 738-2S, 4-VII-2012)

Las garantías pagadas por las entidades pertenecientes al sistema de garantía crediticia y registradas en la cuenta 1609 “Garantías pagadas pendientes de recuperación”, por las fianzas otorgadas a pequeñas y medianas empresas, según la clasificación prevista en el artículo 106 del “Reglamento a la Estructura de Desarrollo Productivo de Inversión”, contenido en el Decreto Ejecutivo No. 753, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 450 de 17 de mayo de 2011, se calificarán con los criterios establecidos para los créditos comerciales empresariales y créditos comerciales PYMES, utilizando los rangos de morosidad descritos en la tabla precedente para la constitución de provisiones.”.

Podrá aceptarse cualquier tipo de garantía real o personal, hasta fianzas según el rango de morosidad que la empresa tenga.

#### **1.8.2.1.2. Garantías para créditos de consumo.**

Así como en los créditos comerciales, los indicadores que dan las pautas de la calificación de los créditos por parte de las Resoluciones de la Junta Bancaria,

exigen que las garantías para los créditos de consumo sean igualmente en base a la calificación del riesgo de las personas que son sujetas a calificación.

Tal como lo expone el numeral que citamos a continuación:

“1.2.2. METODOLOGÍAS Y/O SISTEMAS INTERNOS DE CALIFICACIÓN DE CRÉDITOS DE CONSUMO (Reformado por el Art. 1 de la Res. JB-2011-2034, R.O. 582-S, 23-XI-2011; y, por el Art. 1, num. 1.18 de la Res. JB-2012-2217, R.O. 738-2S, 4-VII-2012).-

En la evaluación crediticia de los deudores existentes y de los potenciales clientes, como requisito previo para la aprobación, instrumentación y desembolso de las operaciones crediticias, las instituciones del sistema financiero deberán utilizar metodologías o sistemas internos tales como los previstos en el numeral 7.1 del artículo 7, del Capítulo II “De la administración del riesgo de crédito”, del Título X “De la gestión y administración de riesgos”, de este libro; y, otros procedimientos que fueren necesarios para la asignación de cupos y demás condiciones crediticias, en función del perfil de los clientes, naturaleza, tamaño y complejidad de las operaciones de la institución controlada y su estrategia de negocio.

Los sustentos de las metodologías o sistemas internos implementados por las entidades a los que hace referencia el inciso anterior, deberán ser evaluados por la Superintendencia de Bancos y Seguros.”

#### **1.8.2.1.3. Garantías para créditos para la vivienda.**

Para la calificación de este tipo de créditos, como lo explicamos anteriormente el fin único será la adquisición de unidades de vivienda, y solo para personas naturales obviamente, dentro de estos tipos de créditos la garantía aceptada es la hipotecaria y el fideicomiso de garantía para la vivienda propia tal y como nos lo dice la misma definición del tipo de crédito:

“1.3. CRÉDITOS PARA LA VIVIENDA

Son los créditos otorgados a personas naturales para la adquisición, construcción, reparación, remodelación y mejoramiento de la vivienda propia, siempre que se encuentren amparados con garantía hipotecaria, que abarca a la hipoteca directa a favor de una institución del sistema financiero y a los fideicomisos mercantiles de garantía de vivienda propia; y, que hayan sido otorgados al usuario final del inmueble, independientemente de la fuente de pago del deudor; caso contrario, se considerarán como créditos comerciales, consumo o microcrédito, según las características del sujeto y su actividad.”

#### **1.8.2.1.4. Garantías para microcréditos.**

En el caso de los microcréditos se tomarán en cuenta los mismos parámetros anteriormente mencionados, según esta calificación se pedirá por parte de la institución financiera, la Codificación da las siguientes opciones:

“1.4.2.3.3 En caso de que se requieran garantías reales y registrables, copia de los contratos, pagarés y otros documentos que las respalden, tales como títulos de propiedad, pagos de impuestos, certificado de gravámenes y constancia de su inscripción en el Registro de la Propiedad o Mercantil, según corresponda; y, copia de las pólizas de seguros contratadas, las cuales deben encontrarse vigentes y endosadas a favor de la institución del sistema financiero prestamista.”

Es decir, si se van a garantizar las obligaciones estas podrán ser garantías reales o registrales como la hipoteca y la prenda.

#### **1.8.2.1.5. Garantías para créditos educativos.**

En este tipo de créditos definidos anteriormente, las instituciones del sistema financiero podrá utilizar cualquier tipo de garantía que pidan y el deudor pueda ofrecer, tal como nos dice la Codificación cuando define a este crédito:

“1.5.3. CRÉDITO DE DESARROLLO EDUCATIVO

Es el destinado a financiar el desarrollo del talento humano a fin de promover el fortalecimiento de la educación de los ecuatorianos.

La institución financiera pública que opere con créditos de desarrollo educativo deberá mantener la información que establezca su propia tecnología crediticia, la que debe considerar la información requerida en los manuales de crédito de la propia institución, que por lo menos contendrá la descripción de la estructura organizacional del área de crédito y sus procedimientos, en función de las características del sujeto; y, la información específica de cada operación y producto, en la que se incluirá la copia del documento de aprobación, de los contratos y otros documentos, así como de las garantías recibidas.”

#### **1.8.2.1.6. Garantías para créditos de inversión pública.**

En este tipo de crédito como es dado entre entidades del sector público, no se pide una garantía específica por lo que no se puede definir qué tipo de garantía puede darse para estos casos.

#### **1.8.3. El fideicomiso de garantía en las instituciones financieras.**

Como podemos analizar de lo anteriormente dicho, la ley no prohíbe la aceptación de una garantía fiduciaria para ningún tipo de crédito otorgado por el sector financiero, más bien especifica las garantías mínimas aceptables para el desembolso crediticio según los estándares anteriormente planteados.

La utilización del fideicomiso de garantía en el sector financiero es por demás aceptable, y así lo demuestran varios fideicomisos constituidos por entidades del sector financiero que a la fecha se mantienen vigentes y en uso, en especial en sector inmobiliario y en el sector automotriz.

Como bien lo detalla la normativa anteriormente citada, el sector financiero deberá garantizar sus operaciones crediticias en los distintos ámbitos del comercio, siendo este un tema de control estricto para este tipo de entidades.

Dicho esto, debemos recordar las ventajas que el fideicomiso de garantía tiene en contra posición con las garantías típicas analizadas en su momento en el presente trabajo, puesto que como podemos analizar de la normativa citada, una de las mayores preocupaciones es el poder recuperar de manera efectiva el crédito otorgado, y como se expuso anteriormente una de las mayores virtudes del fideicomiso de garantía es la rapidez y bajo costo que un fideicomiso cumple para este propósito.

Las instituciones del sector financiero mantienen un interés alto en la recuperación de su cartera, lo que provoca que se exija más garantía dependiendo al monto y fin del préstamo, es por esto que la figura del fideicomiso es utilizada constantemente para inversión crediticia masiva y de valores significativos, lo que nos hace concluir que es la más efectiva entre las maneras de garantizar obligaciones.

Bien lo dice Sergio Rodriguez Azuero, cuando topa el advenimiento de la actividad fiduciaria en el sector financiero cuando nos dice:

“Lo anterior no ha bastado. De hecho, en buena parte de los países y siguiendo el ejemplo mexicano, el negocio se ha profesionalizado reservándolo a entidades financieras vigilada por el Estado, bien sean bancos o aseguradoras, ya sociedades de objeto especial que, normalmente, se someten al régimen general de las entidades financieras y que en Colombia, pueden ser filiales de aquellos.

Cuando tal cosa ocurre se producen evidentes efectos positivos para la figura, especialmente por la mayor y general confianza que por tal motivo se genera en la comunidad. En efecto, como lo veremos en su momento, el Estado suele hacerse presente desde su nacimiento hasta su muerte, si es que la empresa llega a su fin. Y como la confianza, que identifica filológicamente la expresión fiducia, es la base fundamental de este negocio y lo ha sido a lo largo de la historia, no escapará al analista el apoyo que resulta de contar con la vigencia omni presente del Estado en el desarrollo de la actividad.

Ahora bien, como el banquero vive en el mundo de los negocios, nada le resulta más espontáneo que integrar a la gama de sus servicios un mecanismo hecho para facilitarlos. En efecto, la banca evoluciona desde hace muchos años de la sola o preponderante tarea de intermediar en el crédito a la más demandada y moderna de prestar servicios financieros, como se aprecia sin dificultad al revisar sus balances, por lo tanto, si la intermediación crediticia genera intereses y la prestación de servicios comisiones, fácil será advertir el mayor y progresivo peso relativo que estas han ganado en los estados de resultados de los bancos en los últimos tiempos. Propósito en el cual el fortalecimiento del negocio fiduciario puede contribuir, sin duda, pues el fiduciario, como gestor profesional de intereses de terceros es un natural prestador de servicios.” (pp. 130, 2005)

Por lo anteriormente dicho, la utilización del fideicomiso de garantía es más que saludable para el desenvolvimiento del sector financiero en la sociedad, y su utilización por demás está probada como efectiva, es por esto que el 30 por ciento de la actividad fiduciaria total en el Ecuador se enmarca en garantizar las obligaciones del sector automotriz, teniendo un gran éxito tanto en la recuperación de la cartera como en el otorgamiento de créditos.

#### **1.8.4. El fideicomiso de garantía y su utilización en el sector financiero.**

Como lo hemos venido analizando en el presente capítulo, dentro del sector financiero es de mucha importancia la manera de asegurar obligaciones, ya que el descontrol dentro de esta área puede generar iliquidez de la institución y por consiguiente el cierre de la misma.

Dentro de los tipos de créditos analizados anteriormente en este capítulo, como se lo dijo anteriormente, se encuentra prohibido el fideicomiso de garantía como fuente de garantizar obligaciones, con excepción de las últimas reformas legales que han afectado a este segmento de la norma y que serán analizadas con posterioridad.

A continuación analizamos los tipos de crédito y por que el fideicomiso es idóneo para garantizarlos:

#### **1.8.4.1. El fideicomiso de garantía para créditos de consumo.**

Con esta premisa, el fideicomiso de garantía por su alta efectividad de cobro es idóneo para asegurar obligaciones de bajo monto, como lo son los créditos de consumo, por la sencilla razón que por el monto prestado no sería lógico utilizar figuras que con un alto costo de constitución con la prenda o la hipoteca, así mismo la efectividad en el proceso de recuperación genera una ventaja tanto para el deudor, como para el acreedor a quien tendría más facilidad en acceder a este crédito.

Es decir, para un institución financiera el utilizar un fideicomiso de garantía para garantizar crédito de consumo es ventajoso por las siguientes razones.

1. Puede garantizar en un mismo instrumento a muchos deudores.
2. Recuperación de cartera a bajo costo.
3. Recuperación de cartera efectiva y en poco tiempo.
4. Generar más préstamos sin tantas trabas a sus usuarios.
5. No afectar a los buenos pagadores frente a los malos pagadores.

#### **1.8.4.2. El fideicomiso de garantía para créditos para la vivienda.**

El crédito para la vivienda por excelencia siempre estará garantizado por la misma hipoteca del bien inmuebles que por su constante avalúo es beneficioso para el deudor, pero cuando no se cumple con la obligación pactada y por el monto la ejecución de la misma no es muy fácil, es por eso que uno de las mayores ventajas frente a la hipoteca por parte del fideicomiso es la efectividad de recuperar la cartera con la venta del bien inmueble, ya que pertenece al patrimonio autónomo del fideicomiso hasta que se haya cubierto la obligación, siendo mas fácil su ejecución que con una hipoteca donde el comprado tiene la calidad de mero tenedor.

#### **1.8.4.3. El fideicomiso de garantía para créditos comerciales.**

Como lo analizamos anteriormente, los créditos comerciales apuntan al sector empresarial en todas sus fases, tomando en cuenta el tamaño de la empresa la calificación será y así mismo sus condiciones de garantía, tal como lo analizamos con anterioridad.

Una de las características del sector empresarial es la rapidez con la que las personas jurídicas requieren se les desembolsen sus créditos, es por eso que muchas veces las instituciones del sector financiero desembolsan sus créditos sin antes perfeccionar las garantías típicas con sus deudores.

El fideicomiso de garantía genera una gran utilidad al poner a disposición fideicomiso de garantía de flujos, o garantías aportadas al mismo fideicomiso con muchas empresas, esto facilita la recuperación por parte de las instituciones financieras, y así mismo rapidez en el desembolso y liquidez de las empresas.

Las condiciones de pago también se pueden ser concatenadas con mayor facilidad y flexibilidad dentro de una figura fiduciaria que garantice las obligaciones, ya que se pueden correlacionar el estado de pérdidas y ganancias de las empresas con la forma de pago, y el momento de ejecutar la garantía, dándoles mejores condiciones de pago y negociación a la institución financiera como al acreedor.

#### **1.8.4.4. El fideicomiso de garantía para microcréditos.**

Es importante analizar que estos créditos están direccionados a financiar actividades en pequeña escala, pues es difícil que un negocio de este tamaño tenga bienes inmuebles que hipotecar o bienes muebles que preñar, es por eso que el fideicomiso puede adaptarse a este tipo de empresas con modalidades establecidas en el contrato para que este tipo de empresarios pueda acceder más fácilmente a un crédito.

Así mismo, la institución financiera se puede asegurar y supervigilar el cumplimiento de las condiciones de pago, y como lo dijimos anteriormente el

contrato se puede modificar al negocio del deudor con el fin de prestar mejores condiciones de cobro y pago para las partes,

En conclusión, la importancia y beneficio del fideicomiso de garantía dentro de las instituciones financieras es ilimitado, y por demás de demuestra que su uso es fundamental para la salud económica en la relación de las instituciones financieras con la sociedad.

Como se ha visto en el presente capítulo, la recuperación de la cartera por parte de las instituciones financieras es primordial, puesto que ahí es donde se califica el riesgo de la cartera prestada, por lo que es importante saber cuál es el proceso para ejecutar una garantía dentro de un fideicomiso, siendo este una de las ventajas principales de la figura fiduciaria en contra posición con las garantías típicas, mismo que lo explicamos a continuación.

## **CAPITULO II: “EL PROCESO DE EJECUCIÓN DEL FIDEICOMISO MERCANTIL DE GARANTÍA”**

Una vez analizado el Fideicomiso de garantía tanto como concepto general así como su estructura particular, y comparándola con los modelos típicos para garantizar obligaciones, ahora entramos en el análisis específico de uno de las mayores ventajas de la figura.

Esto es, su facilidad de cobro y ejecución para efectivizar el pago de la obligación cuando el deudor ha incumplido con su obligación principal.

Para entrar en análisis debemos recordar que el Fideicomiso es un contrato principal, es decir no depende de otro contrato para su subsistencia, diferencia sustancial con las otras formas de garantizar obligaciones.

Así mismo es característica principal del Fideicomiso, como lo estudiamos anteriormente, que los bienes aportados por los constituyentes al Fideicomiso entran a ser parte del patrimonio autónomo de esta figura, haciendo que la disposición sobre estos bienes se apeguen a las instrucciones del contrato.

También debemos hacer mención que el Fideicomiso de Garantía es irrevocable, por lo que todas las estipulaciones ahí pactadas no pueden ser modificadas sino con el consentimiento de las partes contratantes, es decir se apegan al mandamiento jurídico que dice todo lo que en ley se hace de la misma manera se deshace.

Dicho todo esto comenzamos a analizar la parte fundamental del Fideicomiso de Garantía que es la cláusula de proceso de ejecución, es decir, cual es la manera que el Fideicomiso actuará toda vez que se hayan cumplido con los requisitos que las partes pactaron para que se proceda al pago.

Este procedimiento puede ser comparado con el proceso que debe de seguir un acreedor que mantenga documentos que prueben una garantía contra los bienes o la persona que se obligó con ellos, hablando de los mecanismos de garantía típicos estudiados anteriormente.

Una vez que un Fideicomiso se ha instrumentado de la manera en la que la ley ha mandado, y cumpliendo con todas las formalidades estipuladas con los organismos de control, el Fideicomiso entra en funcionamiento para continuar con el objeto por el cual se creó, es decir, el seguimiento y aseguramiento de la obligación pactada ahí.

Así lo afirma Rodríguez Azuero en su obra:

“Bajo una noción sencilla puede decirse que mediante la fiducia en garantía una persona, normalmente el deudor, transfiere uno o más bienes al fiduciario con el propósito de que los que los administre y que proceda a venderlos para el pago de las obligaciones que con ellos se garanticen, de no ser estas satisfechas en su oportunidad. Por este aspecto presenta ventajas indudables en relación con las modalidades tradicionales de garantía, como la prenda y la hipoteca, por cuanto el acreedor no tiene que someterse a los procedimientos judiciales enderezados a rematar los bienes, sino que, en cumplimiento de la orden recibida de su cliente, el banco procede a venderlos o liquidarlos y a satisfacer su obligación” (pp. 464, 2005)

A continuación realizamos un análisis del procedimiento, sus partes, consecuencias, ventajas desventajas, y comparación con el procedimiento de cobro de los instrumentos típicos de garantía.

## **2.1. El proceso de ejecución del Fideicomiso Mercantil de Garantía: Generalidades, estructura, uso y finalidad.**

### **2.1.1. Generalidades.**

El proceso de ejecución no es más que una parte del contrato de Fideicomiso, en la cual se estipula cual va a ser el procedimiento en virtud el cual el Fideicomiso actuará si las condiciones ahí acordadas se cumplen.

Es decir, el procedimiento de ejecución respecto específicamente al contrato de Fideicomiso Mercantil de Garantía, se activa el momento que se ha incumplido con la obligación de pago pactada en el mismo instrumento, por lo que

efectiviza la garantía aportada a favor del acreedor por incumplimiento del deudor.

Por ejemplo, si dentro de un contrato de Fideicomiso se estipuló que el Fideicomiso venderá un bien, sea mueble o inmueble, y del producto de esa venta entregará al acreedor el valor que tenga pendiente de cobro según los documentos presentados al mismo Fideicomiso.

### **2.1.2. Estructura.**

La estructura de la cláusula de ejecución, explicada anteriormente, es la cual entrará para dirimir el pago de la garantía pactada, y en nuestro análisis requiere de los siguientes requisitos:

#### **1. Verificación del cumplimiento de los requisitos previstos para la ejecución.**

El Fideicomiso debe ser oportunamente notificado con el supuesto incumplimiento, por parte de los beneficiarios o del constituyente como en el caso proceda, así el Fideicomiso como la costumbre lo manda, emite una notificación en virtud la cual se le hace saber al deudor que se le está requiriendo con el pago de la obligación pactada en el contrato, siendo esta notificación parte de la apertura de información con el cual el Fideicomiso respaldará la eventual ejecución de la garantía. (Rodríguez, pp. 491, 2005).

#### **2. Petición formal por parte del acreedor en la parte del fideicomiso que comparezca (Constituyente y/o Beneficiario).**

Para iniciar el procedimiento de venta de los bienes fideicomitados, el acreedor debe indicar dentro de comunicación escrita, cual es el incumplimiento en el cual el deudor ha recaído, y citar textualmente el incumplimiento dentro del contrato de Fideicomiso, así mismo todo esto en virtud al cual el Fideicomiso respalde su acción de ejecución. (Díaz, pp. 133, 2005).

### **3. Comunicación a las partes de la decisión de ejecutar las garantías por parte del Fideicomiso.**

El Fideicomiso debe respaldar con los documentos requeridos anteriormente su decisión de ejecutar las garantías de la forma, y la manera en la cual se realizará la ejecución de las garantías, poniendo un tiempo prudencial en la cual el deudor acredite una petición de prórroga, o sustente el supuesto incumplimiento, todo conforme a lo pactado en el contrato.

### **4. Venta de los bienes fideicomitidos, ejecución de la garantía.**

Una vez requerida toda la información señalada anteriormente, el Fideicomiso procederá, conforme lo estipulado en el contrato a la venta de los bienes fideicomitidos, toda vez que se haya acreditado el incumplimiento de lo pactado en el contrato.

#### **2.1.3. Uso y Finalidad.**

El uso y la finalidad de la cláusula de ejecución del Fideicomiso de Garantía, es abreviar el proceso para ejecutar una garantía por un posible incumplimiento de una obligación pactada en el mismo instrumento fiduciario.

El poder abreviar el procedimiento de cobro, genera un atractivo comercial para la figura, provocando que se pueda evitar los posibles retrasos en el pago de la obligación.

#### **2.2. Ventajas del proceso de ejecución del Fideicomiso de Garantía.**

Una vez descrito el proceso de ejecución del Fideicomiso de Garantía, podemos numerar según nuestro criterio y análisis, cuales son las principales ventajas que un procedimiento de ejecución genera para las personas que usan la figura como medio de aseguramiento de obligaciones, mismas que numeramos a continuación:

### **2.2.1. Ventajas para el deudor**

1. Cuando se aporta un bien al Fideicomiso, el deudor tiene la facilidad de poder avaluar a su bien por un perito a su elección, este que por su parte es más idóneo que un público, puesto que da un valor real de mercado del bien, haciendo que para el deudor pueda beneficiarse de este avalúo en caso de que se efectivice la garantía.
2. El deudor puede, dentro del Fideicomiso de garantía, hacerse de arias obligaciones sobre un mismo bien, con distintos acreedores, siendo que con la garantía tradicional solo se grava para un mismo acreedor, y en el caso de entrar en el procedimiento de ejecución, puede subsanar varias obligaciones en un mismo trámite.
3. El costo procesal para un deudor es menor en un proceso de ejecución en un Fideicomiso de Garantía, ya que dentro de un mismo proceso puede solventar varias obligaciones, en el caso de las garantías reales, el costo es más alto ya que su defensa debe ser por cuenta separada.
4. En caso de incumplimiento del deudor, el fideicomiso mercantil de garantía baja el costo del crédito, pues su rápida realización no permite que los intereses sigan aumentando el valor del crédito.
5. El fideicomiso mercantil de garantía permite dividir o separar los derechos sobre los bienes. Un ejemplo es la transferencia de acciones a un patrimonio autónomo, por el cual el constituyente se reserva el derecho a percibir los dividendos de la compañía emisora de las acciones mientras sean propiedad del fideicomiso.

### **2.2.2. Ventajas para el acreedor**

1. El acreedor no correrá con los gastos de la realización de la garantía. Los gastos estarán a cargo del patrimonio autónomo.

a) Facilita la rotación del riesgo. En caso de iliquidez del deudor, le permite contraer nuevas obligaciones con distintos acreedores que quedarán garantizados con el fideicomiso mercantil, una vez que con los recursos entregados por estos al deudor cancele su obligación al acreedor anterior.

b) Por la ventaja del fideicomiso mercantil de garantía que permite que los acreedores compartan la garantía de un mismo cliente es posible para las instituciones financieras aumentar la oferta de crédito.

c) La siniestralidad de los bienes que garantizan la obligación es menor, pues están cuidados por un fiduciario que tiene responsabilidad hasta la culpa leve en el cumplimiento de su gestión, a diferencia de la mala administración de que pueden ser objeto por auxiliares de la administración de justicia.

d) Habrá mayor información sobre la solvencia del deudor, pues la fiduciaria sabrá los incumplimientos o atrasos respecto de otros acreedores vinculados al negocio fiduciario.

### **2.3. Críticas al proceso de ejecución del Fideicomiso de Garantía.**

Así como existe una gran parte del mercado que defiende al Fideicomiso de garantía como mecanismo efectivo del cobro de las obligaciones, existe una parte que lo critica, tachándolo como ilegal e inconstitucional, opiniones que las ponemos en su consideración y así mismo las analizamos y desvirtuamos legalmente.

#### **1. El Fideicomiso como negocio simulado.**

Se ha considerado que el Fideicomiso es un instrumento legal en el cual los constituyentes intentan por medio de este instrumento guardar, o desviar de la vista de sus acreedores sus bienes, ya que pasan a ser parte de un patrimonio separado, negándole así a los acreedores de los constituyentes

poder hacerse de esos bienes para poder cobrar con sus obligaciones. El tratadista Carregal no ilustra con su definición del tema.

“El fideicomiso es un negocio jurídico realizado públicamente, sin ocultamiento ni simulación. No existe una apariencia distinta al fin que se proponen las partes, que por el contrario resulta patente de la negociación. Por esa Razón, para nosotros no es fideicomiso el negocio simulado que formalmente aparenta, por ejemplo una compraventa, aun cuando exista entre las partes un contradocumento –oculto por supuesto- que contenga el alcance real de la transmisión de la propiedad” (Malumian, pp.32, 2001).

## **2. El Fideicomiso afecta y violenta al derecho constitucional a la defensa.**

Varias voces dentro del mundo legal, hablan que el Fideicomiso de Garantía y específicamente su procedimiento de ejecución, afectan directamente al derecho de los deudores de poder defenderse ante autoridad pública sobre el cobro inmediato de los bienes aportados para garantizar la obligación pactada.

Hecho que nos parece irrisorio, pues el contrato de Fideicomiso como lo explicamos anteriormente cuando hablamos del proceso de ejecución, toma las precauciones del caso dándole oportunidad al deudor para que presente los documentos de descargo que demuestren el cumplimiento o en el caso del acreedor el incumplimiento de los pagos pactados en el contrato.

El derecho a la defensa nos habla de un procedimiento en el cual es Estado garantizará el respeto a la defensa de los derechos y garantizará la debida aplicación de los principios para la correcta administración de justicia, hecho que jamás se ve afectado por parte del contrato de Fideicomiso, ya que cumple con todos los requisitos que la ley exige, sobretodo la voluntad de las partes leídas y entendidas frente a un Notario Público.

Por lo que podemos descartar que el Fideicomiso Mercantil, específicamente el de garantía, se ha un instrumento inconstitucional y en contra del orden judicial del país, sobre todo como lo hemos repetido varias veces en el presente, por

los múltiples requisitos que la ley le exige a un Fideicomiso para poder constituirse.

Así nos lo expone el tratadista Manrique en su obra:

“El derecho de defensa no está vulnerado en la fiducia de garantía como no lo está en las garantías de primera demanda, en cuanto que no se pacta la renuncia a las acciones legales emanadas del contrato garantizado a las del contrato de garantía. Lo que se pacta es una diferente condición de hecho para litigar. En efecto en las garantías accesorias o vinculadas como son las tradicionales el conflicto judicial se da antes de ejecutarse la garantía y por tanto el riesgo patrimonial de parte del acreedor...En las garantías abstractas o a primera demanda, en las que el acreedor recibe las garantías sin discusión o antes del ejercicio de las acciones judiciales, es el deudor quien asume el riesgo de la insolvencia del acreedor, durante el término necesario para que se logre la culminación del proceso de restitución de lo pagado, si el pago de la garantía se hizo y no había causa real y lícita para ello.” (pp.32, 1998)

Aparte de esto, según el artículo 8 del código civil expresamente le permite al ámbito privado a realizar cuanto no esté expresamente prohibido en la normativa.

### **3. El Fideicomiso como pacto comisorio.**

Así mismo se asevera que el Fideicomiso Mercantil, es un pacto comisorio, es decir cuando dos partes (constituyente y fiduciario) llegan a un acuerdo para perjudicar a un tercero (acreedores de los constituyentes).

Primero debemos tomar en cuenta, que todo contrato se ve en vestido por la buena fe de sus constituyentes, decir que los fideicomisos son instrumento de pactos comisorios, es asegurar que todos los que constituyan un fideicomiso son culpables, contraviniendo a la propia constitución ecuatoriana que hablar

de la presunción de inocencia para los ciudadanos, así como reza del numeral 3 del artículo 76 de la constitución del Ecuador:

“2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.”

Siendo estas las mayores y más importantes críticas al Fideicomiso Mercantil, queda por demás demostrado la validez de la figura, y la fundamentación en la que se puede notar la falta de argumentos para desvirtuar al Fideicomiso.

#### **2.4. El debido proceso.**

Uno de los mayores enemigos del proceso de ejecución del Fideicomiso de Garantía, es la supuesta inconstitucionalidad del Fideicomiso por tomar atribuciones que no le corresponden, en específico el violentar el debido proceso de cobro de las obligaciones aseguradas.

Iniciamos nuestro análisis sobre el derecho al debido proceso, su estructura, y continuaremos con el análisis en el cual demostraremos que el proceso de ejecución jamás toma atribuciones legales, peor aún violenta al debido proceso.

##### **2.4.1. Definición.**

El debido proceso se encuentra enmarcado en la constitución de la República del Ecuador en el artículo 76 de la constitución política del Ecuador:

“Artículo 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirán:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no este tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.
4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación a la Constitución o la ley no tendrá validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.
5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable para la persona infractora.
6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.
7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías (...).

Es decir el derecho constitucional a debido proceso protege, en nuestra opinión los siguientes fundamentos para precautelar los derechos de los ciudadanos:

1. Ser juzgado por un juez imparcial.
2. Derecho a la defensa.
3. Procedimientos establecidos con anterioridad supuestas infracciones a la ley.
4. Tipificación de leyes con anterioridad.
5. Presunción de inocencia.

Es decir la garantía constitucional del debido proceso, asegura que las personas tendrán garantizados sus derechos emanados por la constitución, con el análisis que perseguimos notamos las críticas al Fideicomiso como supuesto instrumento de violación a dichas garantías.

#### **2.4.2. El debido proceso y el proceso de ejecución del Fideicomiso.**

Una vez definido el debido proceso como garantía constitucional a continuación puntualizamos las supuestas violaciones a esta garantía por parte del Fideicomiso, lo analizamos y desmentimos según nuestro análisis.

##### **1. El fiduciario asume competencia de juzgador.**

El fiduciario jamás toma esa posición, puesto que la misma definición del Fideicomiso nos dice que este tiene una obligación nacida por el contrato autónoma con el acreedor, que son pactadas y aceptadas con anterioridad dentro de las instrucciones del contrato.

Dicho esto es irrisorio pensar que el fiduciario tenga la facultad de dirimir conflicto dentro de un contrato de fideicomiso, ya que sus acciones tienen como base instrucciones fiduciarias mismas que son aceptadas con anterioridad, y su deber es verificar que no exista un abuso por parte del acreedor sobre el incumplimiento de lo estipulado en el contrato, y así mismo verificar que se hayan dado todas las condiciones para proceder a realizar el procedimiento de ejecución.

La protección constitucional que tiene el Fideicomiso, se fundamenta en el artículo 66 numeral 16 donde se habla de la libertad de contratación, como todo contrato las partes tienen el derecho constitucional de poder realizar cuanto contrato se les pueda ocurrir respetando sus partes.

En conclusión, el debido proceso jamás se ve afectado por el procedimiento de ejecución de un fideicomiso, ya que no contempla un acto dirimente por parte del fiduciario a favor o en contra de ninguna de las partes del contrato, tan solo sigue estrictamente el mandato dado por las partes una vez que se cumplan los presupuestos contractuales pactados con anticipación.

##### **2. El Procedimiento de Ejecución violenta el derecho a la defensa.**

En sentido estricto, el Fideicomiso de Garantía es un contrato por la conjugación de dos o más voluntades que conllevan a un fin en común, en

específico y en el caso que tratamos es el de asegurar obligaciones, por lo que el derecho a la defensa jamás se ve afectado ya que antes de la constitución del contrato se cuenta con la plena autorización de la parte que es dueña de los bienes, a que una vez cumplidas las condiciones se enajenen estos bienes con el fin de pagar la obligación pactada.

Así nos lo explica el doctor Roberto González Torre en su obra:

“Considero que los argumentos en contra del fideicomiso en garantía no tienen una validez jurídica sólida. El fideicomiso de garantía emana de un contrato bilateral cuya validez se funda en el principio de la autonomía de la voluntad privada, siempre que esté libre de vicios del consentimiento y siempre que el mismo contemple un procedimiento claro de enajenación de los bienes. De ninguna manera posible puede admitirse que los efectos del mismo violen el derecho de defensa procesal, ni tampoco que toda obligación de pago requiera de una intervención judicial. Existen muchos casos en el derecho mercantil moderno en que el deudor, ante la primera petición del acreedor, está obligado a efectuar pagos.” (pp. 140, 2000)

Es decir, el fideicomiso por su naturaleza jurídica no afecta al derecho a la defensa, peor aun cuando el mismo consentimiento de las partes generan las obligaciones y derechos, mismos a los que se someten el momento de constituir un fideicomiso, siempre y cuando no se encuentren vicios al consentimiento.

## **2.5. Derecho comparado: El proceso de ejecución en México.**

### **2.5.1. El proceso de ejecución en la legislación Mexicana.**

En la legislación mexicana en el año 2000, se creó específicamente la figura del contrato de fideicomiso de garantía estipulado en las reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, donde se divide el Fideicomiso en su sección primera y el Fideicomiso de Garantía en la sección segunda.

Dentro de este Título se estipula que las partes podrán concordar con un procedimiento de ejecución siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. El texto se incluya una sección del fideicomiso de garantía, la que debe constar con la firma del fideicomitente que será adicional a aquella con que se haya suscrito dicho fideicomiso.
2. La fiduciaria inicie el procedimiento cuando reciba comunicación por escrito del fideicomisario, precisando el incumplimiento de las obligaciones garantizadas.
3. La fiduciaria lo comunique por escrito al fideicomitente en su domicilio, con copia de la solicitud.
4. El fideicomitente únicamente podrá oponerse a la enajenación si exhibe el importe de adeudo, acredita el cumplimiento de la obligación o presenta documento que compruebe la prórroga del plazo o la novación de la obligación.
5. Si no se prueba lo anterior, se procede a la enajenación en los términos y las condiciones pactadas en el fideicomiso.

Estos requisitos son dados por la ley, y a su vez la misma ley regula cual es el procedimiento el momento en que no se cumplan los requisitos la legislación prevé lo siguiente:

Artículo 83.- A falta de procedimiento contenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicarán los procedimientos establecidos en el Título Tercero Bis del Código de Comercio, a petición del fiduciario.

Por lo que en la legislación mexicana han avanzado y especializado al contrato de fideicomiso de garantía, tipificándolo y definiendo exactamente cuáles son los requisitos para su constitución en especial cual es el procedimiento de ejecución, lo que ayuda al sistema financiero a poder identificarlo y

categorizarlo como un instrumento de garantía de obligaciones, criterio que compartimos plenamente.

### **CAPITULO III: “RÉGIMEN VIGENTE NORMATIVO Y LA LEY ORGANICA PARA EL FORTALECIMIENTO, Y OPTIMIZACIÓN DEL SECTOR SOCIETARIO Y BURSÁTIL”.**

El 20 de Mayo del 2014 se publicó en el Registro Oficial la Ley Orgánica para el fortalecimiento y optimización del sector societario y bursátil, donde se encuentran varias reformas en las que nos atrae el cambio y restricciones a contrato de fideicomiso mercantil.

#### **3.1. El fideicomiso de garantía en la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del sector Societario y Bursátil**

Dentro de las disposiciones que reforman varios cuerpos legales, esta Ley Orgánica nos habla del Fideicomiso de garantía dentro del artículo que citamos a continuación:

“Art. 53.- 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 de garantía que respalden las siguientes operaciones crediticias:

1. Créditos de vivienda;
2. Para el desarrollo de proyectos inmobiliarios;
3. Para el financiamiento de infraestructura, circunscritos a la formación bruta de capital fijo;
4. De inversión pública;
5. Créditos sindicados conjuntamente con banca pública o instituciones financieras multilaterales;
6. Con respaldo de los Fondos de Garantía Crediticia;

y,

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

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

Estos fideicomisos de garantía deberán inscribirse en el 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.”

Es decir, la ley pone una restricción al sistema financiero de cuáles serán las operaciones que podrá un fideicomiso ser objeto de una garantía válida.

Esta restricción afecta directamente al negocio fiduciario, y por ende a las instituciones del Sistema Financiero y del mercado que utilizan este tipo de figura para sus operaciones comerciales.

En el Ecuador tuvo hasta el 31 de octubre del 2013, 4.390 Fideicomisos constituidos, con un patrimonio total del siete mil setecientos noventa y cuatro dólares millones de dólares de los Estados Unidos de América, entre los cuales el treinta y ocho por ciento de estos son Fideicomisos de Garantía, lo que nos da un valor estimado y en crecimiento hasta la actualidad de dos mil

novecientos sesenta y seis millones de dólares de los Estados Unidos de América en patrimonio, según la gráfica que vemos a continuación.

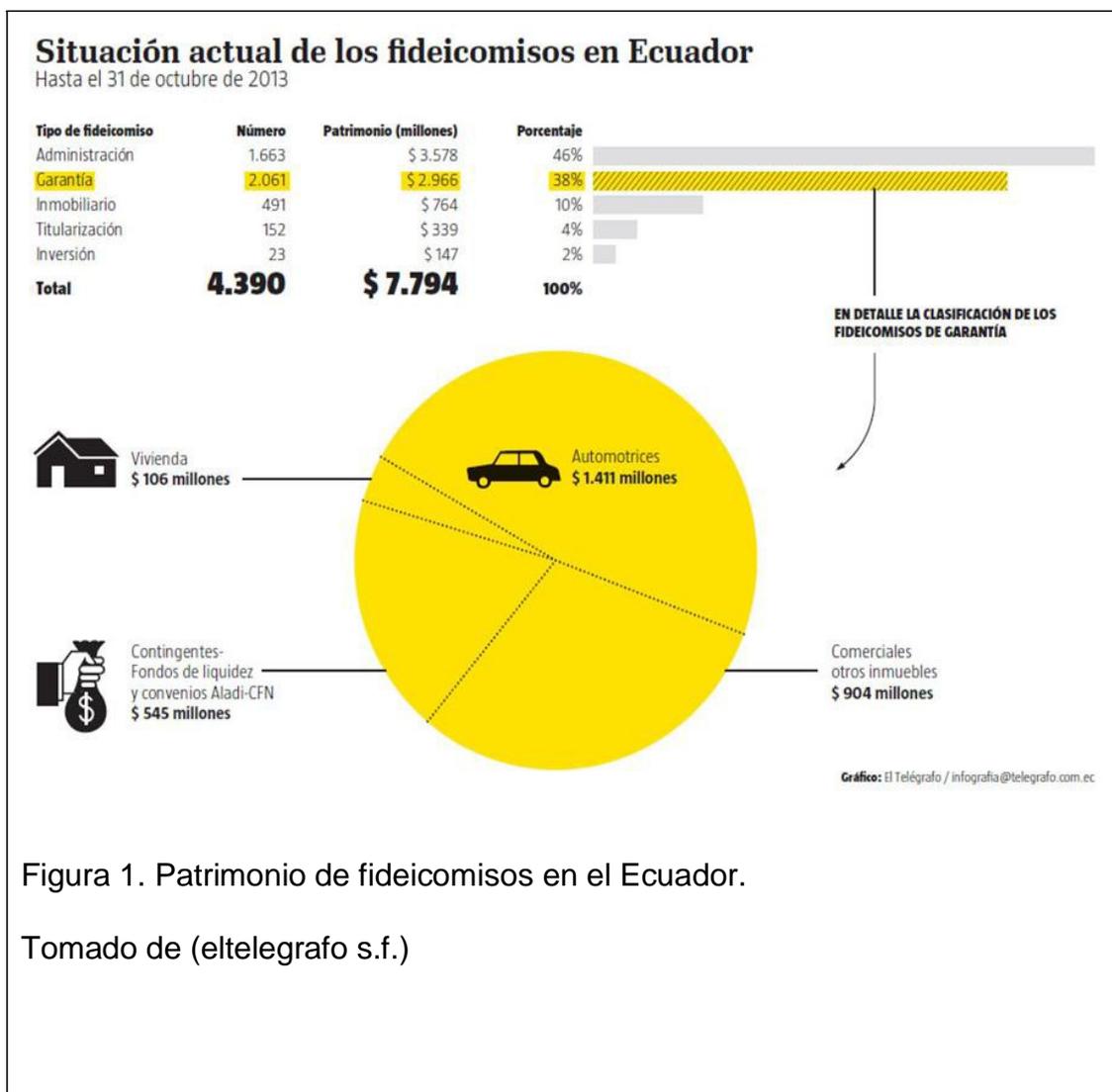


Figura 1. Patrimonio de fideicomisos en el Ecuador.

Tomado de (eltelegrafo s.f.)

Es decir, dentro del mercado ecuatoriano los fideicomisos de garantía ocupan un gran sector del movimiento económico en distintos ámbitos, en especial el automotriz.

Lo que quiere decir que este instrumento jurídico es muy aceptado, y por demás utilizado por sus ventajas, mismas que hemos explicado en el presente trabajo.

Es así entonces, que la privación de esta figura mediante una norma restrictiva, no solo afecta a sector fiduciario, sino también a quienes utilizan el fideicomiso para poder garantizar sus obligaciones y movilizar su negocio, de manera que la afectación al fideicomiso de garantía poco a poco va cambiando al mercado dependiente de este tipo de formas de garantizar obligaciones.

De todo esto se desprende, que la afectación al sector fiduciario con la limitación de la figura del fideicomiso mercantil con fines de garantizar obligaciones afecta a gran cantidad de proyectos que son sustentados por la figura, en especial con la ayuda que este proceso le ofrece a las personas que no poseen historial crediticio, el aseguramiento y constitución de negocios con varios deudores entre otros.

Comenzamos con el análisis del artículo en mención, y nuestra crítica, las soluciones a todas nuestras críticas serán analizadas en la propuesta de reforma que plantearemos en el presente capítulo:

### **3.1.1. Limitación al sector financiero en la Ley de Mercado de Valores.**

Uno de los mayores problemas que vemos en el artículo de la Ley Orgánica en mención, es que dentro de la Ley de Mercado de Valores según nuestra opinión no se debe regular a una figura mercantil solo para un aspecto, pues la Ley de Mercado de valores discrimina al sector financiero siendo este de su poca injerencia.

Creemos que el fideicomiso de garantía debió ser regulado conceptualmente, y con requisitos mínimos dentro de la Ley de Mercado de Valores separándolo del fideicomiso mercantil, tal como se lo hizo en México, y los requisitos del sector financiero debieron ser por vía resolución de las Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y Junta Bancaria, quienes dan las opiniones dentro del sector financiero.

Ya que si nos ponemos analizar la manera en la que se “reguló” al fideicomiso, prohibiéndolo en ciertos ejemplos puntuales como el automotriz, hace que la figura se venga a menos, en el sentido de que si por los supuestos problemas y

“abuso” que causaba dentro de este sector del mercado, da un camino libre a que si este tipo de fideicomiso se lo utilice dentro de otro sector del mercado, y comience a ser más popularizada por su buen uso y generen abusos, este tipo de faltas no sean regulados sino que simplemente, como ha pretendido la Ley analizada, es prohibir su uso.

El sector financiero ha utilizado al Fideicomiso de garantía como un instrumento de salvamento para varias personas que no poseen historial crediticio, lo que en primera instancia se le prohibiera ser parte o acceder a un producto del mercado financiero, mientras que el fideicomiso de garantía como se regula por el acuerdo de las partes es mucho más flexible para acceder a préstamos garantizados por el fideicomiso, dándole una facilidad a la entidad financiera para que pueda entregar recursos sin asumir un riesgo de no pago por parte de acreedor, más bien se beneficia con un procedimiento de ejecución controlado en el cual el bien entregado en garantía sea manejado por el propio fideicomiso y se pueda recuperar fácilmente la cartera sin un procedimiento judicial largo y costos.

Así mismo, el sistema financiero se ha visto afectado por este tipo de normativa que ha discriminado al sector público del privado, siendo que es altamente permisivo para que el sector público pueda hacer uso del fideicomiso de garantía mientras que al privado se le ha denegado, esto correspondiente a la prohibición expresa de los fideicomiso de garantía automotrices que eran de gran facilidad para la adquisición de este producto, ya que como se ha explicado anteriormente, lo aportado al fideicomiso no le pertenece al deudor hasta que haya cubierto sus obligaciones, dándole la opción de recuperar el bien sin mediación y dilatación alguna por parte del deudor.

Debemos tomar en cuenta que quien está en desventaja en la generación de obligaciones entre dos partes, es quien entrega el dinero, es decir el acreedor ya que no puede prever exactamente si el deudor honrará su obligación, peor aun cuando el sector financiero depende de esta devolución de lo prestado.

Es decir, el fideicomiso de garantía iguala las condiciones de préstamos entre un deudor y un acreedor, dándole condiciones más rápidas y oportunas de recuperar el capital que en los procesos judiciales al acreedor, en los cuales el deudor se ve beneficiado a poder alargar el tiempo de no pagar sus obligaciones, toda vez que se cumplan con todas las instancias que un proceso ejecutivo de esta calidad exige, peor aún si según lo explicado en este trabajo la misma ley le ha demandado al sector financiero acatar estrictamente las condiciones de préstamos según sea el caso.

Por lo que vemos la necesidad actual de poner al fideicomiso de garantía como una figura regulada más no prohibida para poder garantizar obligaciones, explicada de una manera más concreta, y condicionada para evitar abusos pero moldeable para el beneficio de los consumidores, y las personas que deseen acceder a productos financieros cuando no cumplan las exigencias de un préstamo regular, dándole espacio y oportunidad al sector financiero para que cree nuevos productos de fácil acceso, y así mismo se vea renovada la figura de crédito, esto también para aumentar la capacidad de consumo e inversión que las personas requieren, que a la final termina generando proyectos, empresas, prestación de servicios y más trabajo.

### **3.1.2. Prohibición del Fideicomiso de Garantía para vehículos.**

En el caso de la prohibición expresa del Fideicomiso de Garantía para vehículos, vemos que la prohibición es general, tanto para el sector privado como público e instituciones financieras.

Entendemos que la figura del fideicomiso de garantía automotriz, fue la figura utilizada con un volumen mayor dentro del sector comercial, y el mismo que ha provocado algunos abusos por parte de los acreedores que constituían este instrumento.

Esta explicación no puede ser válida para prohibir el uso del fideicomiso de garantía para este sector del mercado, más bien se debió regular al fideicomiso de garantía automotriz, cubriendo las falencias de la utilización de la misma por medio de una resolución, puesto que este tipo de prohibiciones dejan un

precedente legal en virtud el cual una vez que otro tipo de fideicomiso de garantía comience a tener una aceptación y utilización en esas cantidades, por la falta de normativa y el inicio del mal uso de sus constituyentes, la única respuesta será la prohibición del uso de la figura, generándose así el nacimiento de la muerte del fideicomiso de garantía.

Por consiguiente, y como lo hemos venido repitiendo varias veces en el presente trabajo, la prohibición y fragmentación del fideicomiso de garantía no genera más que incertidumbre de una manera válida de garantizar obligaciones, lo que conlleva a que nos ajustemos estrictamente a la forma típica de garantizar obligaciones.

Esto a su vez verá afectado a una gran parte del comercio, como se lo explico al inicio del presente capítulo, donde el mercado garantizado con esta figura representan millones de dólares de inversión que se encuentra ya circulante y procesada.

En la empresa automotriz que es de vital importancia para la economía del país, el fideicomiso de garantía representaba agilidad dentro de sus procesos crediticios para el acceso a un automóvil, puesto que no requería de la intermediación de una institución financiera para poder vender y financiar sus productos.

La prohibición expresa de la figura mercantil, afectará a este inmenso patrimonio invertido por parte de las casas de automotores, lo que a su vez pondría el riesgo de acrecentar estas empresas, generando así el cierre de la mayoría de ellas, y dándole oportunidad al sector más fuerte que se pueda monopolizar dentro del mercado automotriz, haciendo menos empleo, y precios y maneras de financiamiento mucho más altas y difíciles para las personas que quieran acceder a esta.

### **3.1.3. Limitaciones por parte de opiniones de las resoluciones de la Junta Bancaria.**

Cuando el artículo nos dice:

“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.”

Si bien es cierto que la Junta Bancaria tiene esa potestad, y es su deber controlar el buen funcionamiento del sector financiero, creemos que es mejor definir al fideicomiso de garantía en un artículo aparte en la Ley de Mercado de Valores, y la Junta Bancaria defina los parámetros mínimos para que se pueda gestar un negocio garantizado con la figura, así no afectar a la rapidez de cobro del procedimiento de ejecución.

Es decir, siguiendo el ejemplo mexicano, el fideicomiso de garantía debe ser discriminado de la definición general de la Ley de Mercado de Valores que anteriormente citamos, y así que la Junta Bancaria pueda dirimir y especificar cuáles serían las condiciones de la constitución de este tipo de fideicomisos para cada sector del mercado financiero.

Esto nos llevaría a poder abrir el campo de ejecución de la figura mercantil en todo sus ámbitos, no solo en el sistema financiero, sino que con el cumplimiento de ciertos requisitos tanto en las relaciones privados con privados, así como privados con las instituciones financieras puedan verse más abiertos a poder constituir fideicomisos con el fin de garantizar obligaciones, dinamizando más el flujo de negocios respaldados.

### **3.2. Propuesta de reforma.**

#### **3.2.1. Definición de Fideicomiso de Garantía:**

Nuestra propuesta es que la Ley de Mercado de Valores defina al fideicomiso mercantil de garantía, separándolo de la definición general del Fideicomiso Mercantil:

##### **3.2.1.1. Propuesto de reforma a la Ley de Mercado de Valores.**

**Art. Fideicomiso Mercantil de Garantía:** Será fideicomiso mercantil de garantía todo aquel contrato de fideicomiso que, cumpliendo con las

formalidades expuestas en esta ley para su constitución tengan como fin único garantizar obligaciones.

**Art.** Los Fideicomiso de garantía en los que sean beneficiarios y/o constituyentes Instituciones del Sistema Financiero, se regirán por las Resoluciones de sus limitaciones y requisitos mínimos de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y Junta Bancaria.

### **3.2.1.2. Propuesta de reforma a la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y Junta Bancaria:**

Los fideicomisos de Garantía, en los que sean constituyentes y/o beneficiarios, cualquier Institución de Sector Financiero deberán tener los siguientes requisitos mínimos:

1. El texto se incluya una sección del fideicomiso de garantía, la que debe consta con la firma del fideicomitente que será adicional a aquella con que se haya suscrito dicho fideicomiso.
2. La fiduciaria inicie el procedimiento cuando reciba comunicación por escrito del fideicomisario, precisando el incumplimiento de las obligaciones garantizadas.
3. La fiduciaria lo comunique por escrito al fideicomitente en su domicilio, con copia de la solicitud.
4. El fideicomitente únicamente podrá oponerse a la enajenación si exhibe el importe de adeudo, acredita el cumplimiento de la obligación o presenta documento que compruebe la prórroga del plazo o la novación de la obligación.
5. Si no se prueba lo anterior, se procede a la enajenación en los términos y las condiciones pactadas en el fideicomiso.

### **3.2.1.3. Comentario.**

En conclusión al presente capítulo, este tipo de reformas se apega a todo lo que hemos venido proponiendo desde un principio, evitar la prohibición de la

figura, sino más bien aperturandola e incentivando su utilización para los fines financieros propuestos, pero siempre siendo vigilada y controlada sobre todo en el sector financiero con resoluciones de los entes de control designados, lo que produciría efectos positivos y sobre todo seguridad jurídica a la personas naturales o jurídicas de cualquier sector del mercado al momento de su utilización

## CAPITULO IV “CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES”

### 4.1. Conclusiones.

Después de todo lo analizado realizamos nuestras conclusiones:

1. El Fideicomiso de garantía está probado como un método válido de asegurar obligaciones.
2. El Fideicomiso de Garantía no violenta ningún derecho constitucional, como procesal, lo que hace que su validez legal sea enteramente aceptable para darle un uso más protagónico dentro del comercio.
3. El procedimiento de ejecución de un Fideicomiso de Garantía dentro del Sistema Financiero hemos probado que un método legal y oportuno de cobrar obligaciones, bajando drásticamente los tiempos de recuperación de cartera, mismos que son motivo de prevenir los prestamos tanto a personas naturales o jurídicas, lo que significa que con la aplicación de esta herramienta para asegurar obligaciones el riesgo de recuperación disminuye.
4. Las reformas y restricciones al fideicomiso de garantía, provocan el declive de la figura como se lo explicó oportunamente, ya que si por la excesiva utilización del fideicomiso de garantía automotriz en vez de regularlo se prohibió, cualquier fideicomiso que empiece a tener mayor aceptación deberá ser prohibido también, lo que se le estaría quitando una opción tanto al sector financiero como al privado de esta figura tan útil.
5. Dentro de las definiciones de créditos, el fideicomiso solo aparece para un sector del mercado crediticios que es el inmobiliario, por lo que se debe implementar al fideicomiso de garantía para todo el sector, ya que como en repetidas ocasiones hemos mencionado y privado, el fideicomiso de garantía es un instrumento valido por encima de las formas típicas de garantizar obligaciones.

#### **4.2. Recomendaciones.**

Toda vez que hemos expuesto nuestras conclusiones recomendamos lo siguiente:

Tal como lo expusimos en nuestra propuesta de reforma, el fideicomiso de garantía debe ser definido como una figura singularizada tanto para personas naturales o jurídicas dentro de la Ley Orgánica para el Fomento del Sector Societario y Bursátil, y para el Sistema Financiero se deben poner reglas para la utilización de la figura dentro de este mercado, así poder dotar al Sistema Financiero de esta herramienta tan útil que disminuye considerablemente una de las mayores preocupaciones que es la recuperación de cartera.

## REFERENCIAS

- Asociación Bancaria de Colombia (1981). Fideicomiso; Cuaderno de la Biblioteca de la Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) No. 11. Bogotá Colombia: Editorial Kelly.
- ACOSTA, Miguel. (2002). Tratado Técnico práctico del fideicomiso. México D.F. México. Editorial Porrúa.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. (2006). Diccionario Jurídico Elemental. Santa Fé Colombia: Editorial Heliasta.
- CARREGAL, Mario A. (1982). El Fideicomiso: Regulación Jurídica y Posibilidades Prácticas. Buenos, Aires Argentina: Universidad de Buenos Aires.
- CLUSELLAS. Eduardo G. (2003). Contratos con garantía fiduciaria. Buenos Aires Argentina: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Circular OO6/91 de la Superintendencia Bancaria de Colombia, ASOCIACION DE FIDUCIARIAS DE COLOMBIA; Nociones Fundamentales de Fiducia; Bogotá - Colombia; 1994.
- Codificación de la Junta Bancaria. Reformado por el Art. 1 de la Res. JB-2011-2034, R.O. 582-S, 23-XI-2011.
- DÍAZ, Arturo. (2005). Operaciones de crédito. México D.F., México: Impresos y Acabados Editoriales.
- DÍEZ, Raúl. (2012). La hipoteca, el derecho de prenda general y las cauciones, antecedentes históricos y regulación civil. Santiago de Chile Chile: Editorial el Jurista.
- Eltelegrafo. (s.f.). Patrimonio de los fideicomisos en el Ecuador. Recuperado el 14 de abril del 2014 de <http://www.telegrafo.com.ec/economia/item/patrimonio-de-fideicomisos-acumula-7-794-millones.html>.
- FREIRE, Bettina V. (1997). El fideicomiso, sus proyecciones en los negocios inmobiliarios. Buenos Aires Argentina: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- GARCIA, Manuel. (1995). Teoría general de las obligaciones y contratos. Madrid España: MacGraw-Hill.

- GONZALEZ T. Roberto. (2000). El fideicomiso. Guayaquil, Ecuador. EDINO Editorial.
- HAYZUS, Jorge R. (2001). Fideicomiso, finalidades en los ámbitos familiar, de negocio, funciones del fiduciario. Patrimonios separados. Protección de los beneficiarios. Administración. Buenos Aires Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- KELLY, Julio A. (1989). Derechos de garantía sobre bienes muebles. Buenos Aires Argentina: Editorial Heliasta.
- LARREA, Juan. (2008). Manual elemental de derecho civil del Ecuador. Quito Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones.
- Ley 24.441 República de Argentina.
- LISAPROWSKI, Silvio V. (2004). Tratado de Fideicomiso. Buenos Aires Argentina: Ediciones Depalma.
- MALUMIAN N. (2001). Fideicomiso y securitización, análisis legal, fiscal y contable. Buenos Aires Argentina: Fondo editorial de derecho y economía.
- MANRIQUE N. Carlos E. (1998). La Fiducia de Garantía. Bogotá, Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez
- MÁRQUEZ, José F. (2008). Fideicomiso de administración y disposición del fiduciario, deudas del Fideicomiso, Insolvencia, acciones de fraude y simulación. Buenos Aires Argentina: Fondo editorial de derecho y economía.
- OJEDA, Cuenca W. (2011). Los contratos de Garantía Fianza, Prenda e Hipoteca. Loja Ecuador: Ediciones jurídicas Andinagráfika.
- Registro oficial sección 449: 20 de octubre del 2008, Constitución Política del República del Ecuador, profesional Editores.
- Registro oficial suplemento 199: 28 de Mayo de 1993, Ley de Mercado de Valores, Profesional Editores.
- Registro oficial suplemento 215: 22 de Febrero de 2006, Ley de Mercado de Valores, Profesional Editores.
- RODRÍGUEZ, A S. (2005). Negocios fiduciarios su significación en América Latina. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.

TARTIÉRE, Gabriel. (2010). Contratos Civiles y Comerciales. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta.

VILLEGAS, Carlos G. (2005). Contratos mercantiles y bancarios. Buenos Aires Argentina: Edición del Autor.