

UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS  
LAUREATE INTERNATIONAL  
Facultad de Derecho

“El mal uso de la figura del Fideicomiso Mercantil en el Ecuador”

Ana Gabriela Acosta Valverde  
2007

# **UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS LAUREATE INTERNATIONAL**

Facultad de Derecho

## **“El mal uso de la figura del Fideicomiso Mercantil en el Ecuador”**

Trabajo de titulación presentado en conformidad a los requisitos, para obtener  
el título de Abogada

Profesor Guía: Doctora Miren Torrontegui

**Ana Gabriela Acosta Valverde  
2007**

### DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA

Yo, Miren Torrontegui, doctora en jurisprudencia y profesora de la Universidad de las Américas, declaro que el presente trabajo fue ejecutado por Ana Gabriela Acosta Valverde, bajo mi orientación y guía.

Doctora Miren Torrontegui

## **AGRADECIMIENTOS**

A Dios por darme fe y valor para cumplir mis sueños.

A mis padres y mis tías, quienes son y siempre han sido mi gran fortaleza e inspiración. Gracias por creer en mí y ser los pilares de mi vida.

A mi querida maestra, Miren Torrontegui, a quien admiro y agradezco infinitamente por su compromiso, enseñanzas, ayuda y guía.

A todos mis profesores que a lo largo de toda mi carrera estudiantil, dejaron en mi un inmenso legado de sabiduría y humanidad.

A mi mejor amiga Anita, por su valiosa amistad y por haberme acompañado durante estos cinco maravillosos años.

## **DEDICATORIA**

Este trabajo se lo dedico al gran héroe de mi vida, mi abuelito: José Eladio Acosta Sandoval, quién me enseñó el valor de vivir, luchar y esforzarme cada día por alcanzar mis metas.

Para ti Papito querido, toda la gratitud de mi alma y mi corazón por todas las bendiciones y por cada instante de magia, alegría y eterno amor que le regalas a tu niña

## RESUMEN

La palabra fideicomiso etimológicamente proviene de los vocablos latinos “fides” que significa fe o confianza; y, de “commissus” que quiere decir comisión o encargo.

El Fideicomiso ha tenido un desarrollo y crecimiento ascendente en el Ecuador, se ha convertido en una popular herramienta para el desarrollo de diversos proyectos, principalmente en el campo inmobiliario.

El presente trabajo realiza un análisis exhaustivo de la renombrada figura jurídica, centrándose en develar los elementos que hacen posible su mal uso.

Es así que a través del estudio de casos prácticos, como el de los Fideicomisos de la AGD, se hacen más visibles los ámbitos y las formas en las que este negocio fiduciario se puede distorsionar.

Finalmente se enfoca la propuesta de una actuación preventiva por parte de los Órganos de control, con el fin de proteger no sólo a terceros de buena fe, sino también la supervivencia de esta figura tan útil y versátil, denominada Fideicomiso Mercantil.

## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	5
<b>CAPITULO I: ASPECTOS GENERALES DE LOS FIDEICOMISOS MERCANTILES</b>	
<b>1.1 Marco Teórico</b>	9
1.1.1 Objeto	15
1.1.2 Características	18
1.1.3 Naturaleza Jurídica	25
<b>1.2 Patrimonio Autónomo</b>	30
1.2.1 Concepto	31
1.2.2 Naturaleza Jurídica	32
<b>1.3 Clases de Fideicomisos: Figuras más empleadas en el Ecuador</b>	34
1.3.1 Fideicomiso Inmobiliario	35
1.3.2 Fideicomiso de Administración	37
1.3.3 Fideicomiso de Garantía	38
1.3.4 Otros Fideicomisos	41
<b>CAPITULO II: EL FIDEICOMISO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO Y EL ORIGEN DEL MAL USO DE LA FIGURA</b>	
<b>2.1 Vacíos e Inconsistencias Jurídicas</b>	42

<b>2.2 Irretroactividad de la ley</b>	45
<b>2.3 Codificación de la Ley de Mercado de Valores</b>	47
<b>2.3.1 Definición de Fideicomiso</b>	48
<b>2.3.2 Patrimonio Autónomo: objeto del mal uso</b>	50
<b>2.3.3 El Constituyente</b>	52
<b>2.3.3.1 Papel que desempeña dentro del Fideicomiso</b>	53
<b>2.3.3.2 El constituyente como beneficiario</b>	56
<b>2.3.4 Indefensión de terceros</b>	56
<b>2.3.4.1 Caso práctico: El controversial Fideicomiso de Administración</b>	60
<b>2.4 Fideicomiso: salvación frente a la quiebra</b>	64
<b>2.4.1 Suspensión de Pagos</b>	64
<b>2.4.2 La famosa Ley de Concurso Preventivo</b>	65
<b>2.5 La Fiduciaria</b>	71
<b>2.5.1 Previsiones y mecanismos contra el lavado de dinero</b>	72
<b>2.6 El controversial avalúo de los Fideicomisos</b>	78
<b>2.7 Los Fideicomisos de la AGD</b>	81
<b>2.8 Análisis de Casos Prácticos</b>	83
<b>2.8.2 El fideicomiso como mecanismo para cometer el delito de PECULADO BANCARIO</b>	83
<b>2.8.2.1 Síntesis del CASO</b>	84
<b>2.8.2.2 Sustento Jurídico Segunda Sala de lo Penal</b>	85
<b>2.8.2.3 El Peculado Bancario en la Legislación Ecuatoriana</b>	86



## **CAPÍTULO III: EL FIDEICOMISO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA**

<b>3.1 Legislación comparada sobre el Fideicomiso en América Latina</b>	<b>89</b>
<b>3.1.2 Caso: COLOMBIA</b>	<b>90</b>
<b>3.1.3 Caso: ARGENTINA</b>	<b>93</b>
<b>3.1.4 Caso: MÉXICO</b>	<b>96</b>
<b>3.2 ESTADOS UNIDOS: El Fideicomiso y la Ley de Quiebras</b>	<b>99</b>

## **CAPÍTULO IV: REFORMA-PROPUESTA EN MATERIA DE FIDEICOMISOS**

<b>4.1 Reforma de la Legislación relativa a los Fideicomisos</b>	<b>103</b>
<b>4.1.1 Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores</b>	<b>104</b>
<b>4.1.1.1 Reestructuración de la Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores</b>	<b>104</b>
<b>4.1.1.2 Reforma – Propuesta Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores</b>	<b>105</b>
<b>4.2 Propuesta para subsanar el problema del control</b>	<b>107</b>
<b>4.2.1 Consejo Regulador de los Negocios Fiduciarios</b>	<b>107</b>
<b>4.2.2 Creación de una base de datos para el Consejo Regulador de Negocios Fiduciarios</b>	<b>109</b>

4.2.2.1 Seguridad y resguardos para proteger la información de la base de datos	114
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>	116
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	121
<b>ANEXOS</b>	127

## INTRODUCCIÓN

Actualmente los Estados, se enfrentan a varios retos y dilemas, con el fin de aumentar la competitividad y potenciar el comercio e inversión.

Cada vez más, la creatividad de las personas, ambiciona cristalizar un sinnúmero de aspiraciones, sin embargo la realización de los mismos, está sujeta a la incertidumbre de su consecución.

Partiendo de estas evidentes necesidades y con el fin de encontrar la figura jurídica clave para la realización de un sinnúmero de proyectos de todas índoles, de forma más simple, eficiente y atractiva, se crea el moderno fideicomiso.

En el Ecuador, el Fideicomiso ha ganado mayor popularidad en los últimos años, como lo demuestra este cuadro comparativo, sobre el movimiento de capital, correspondiente a estos negocios fiduciarios, que en seis años, ha tenido un incremento del 100%.

*Movimiento de Capital: Fideicomisos*

<i>AÑO</i>	<i>MILLONES DE DÓLARES</i>
<i>1998</i>	<i>300</i>
<i>2004</i>	<i>3000</i>

*Datos correspondientes, Estudio Firma Fiducia, Pedro Ortiz*

Al respecto, también la Asociación de Administradoras de Fondos y Fideicomisos del Ecuador, maneja cifras relativamente altas sobre el incremento en la utilización de esta figura. Así, a finales del 2003 registra la creación de 1000 fideicomisos con un manejo de 2735 millones de dólares. Siendo, el crecimiento del 27 por ciento, con respecto al 2002, durante el cual se inscribieron 790 fideicomisos por un monto de 2103 millones de dólares.

Igualmente, el COMERCIO, ha afirmado en una investigación, que según los registros de la Superintendencia de Compañías, en el mercado local existen cerca de 1200 fideicomisos que acumulan un patrimonio autónomo de 3000 millones de dólares. Considerando que el uso que le dan a los mismos, varía desde la compra de cartera de los bancos hasta la administración de bienes<sup>1</sup>.

En cuanto a los antecedentes históricos de esta figura, existe un amplio debate sobre su verdadero origen. Entre los diversos criterios, se reconocen:

**a. Derecho Romano**

- i. *Fideicomissum*: Con el cual, un testador podía disponer de su propiedad en beneficio de una persona legalmente incompetente, mediante la transmisión de esta propiedad a un legatario capaz.

---

<sup>1</sup> *El mundo fiduciario modifica sus reglas, DIARIO EL COMERCIO, 6/15/2004*

- ii. *Pactum Fiduciae*: Se refiere al contrato de fiducia, pero celebrado entre vivos, mediante el cual dos personas acuerdan, la transferencia por parte de uno de ellos, de uno o más bienes, para cumplir una finalidad determinada.

Además entre las dos modalidades previstas por los Romanos, estaban:

- *Fiducia cum creditore contrata*, que se empleaba para garantizar una deuda, a través de la transferencia de un bien, cuya devolución estaba prevista al cumplimiento de la obligación pactada.
- *Fiducia cum amico*, para que el fideicomitente asegurara sus bienes, cuando no podía administrarlos.

## **b. Derecho Inglés**

A decir del Autor Avini Avishek en su obra “ The origins of the modern English Trust”, esta institución es introducida por primera vez en Inglaterra por los eclesiásticos, con el fin de evadir restricciones gubernamentales a la

propiedad de los inmuebles<sup>2</sup>. Después reaparecerían en 1535 en el Estatuto de los Usos, para posteriormente adquirir el famoso nombre TRUST, concebido como una relación fiduciaria de confianza, entre una persona natural, el trustee (fiduciaria) y el tercero beneficiario, con respecto a determinados bienes

En base a la preeminencia de esta interesante, cada vez más difundida pero no totalmente conocida figura, decidí estructurar este trabajo, con el principal objetivo de plantear soluciones efectivas para el correcto uso del Fideicomiso, con el fin de subsanar las brechas legales, que desvirtúan el auténtico significado y uso de este negocio jurídico.

Paralelamente, la forma en la cual se abordará el tema será a través de recursos metodológicos-investigativos como el método científico en cuanto al ámbito investigativo de mi trabajo concierne; y principalmente el método exploratorio en cuanto al análisis, comparación y desarrollo del tema.

---

<sup>2</sup> Avini, Avishek, The origins of the modern English trust revisited, Editorial Tulane Law Review, Tulane University, Marzo 1996 citado por Rodríguez Azuero Sergio, Negocios Fiduciarios su significación en América Latina, pág 17, Editorial Legis, 2005

# **CAPITULO I**

## **ASPECTOS GENERALES DE LOS FIDEICOMISOS**

### **MERCANTILES**

#### **1.1 Marco Teórico**

En Ecuador, varias de las leyes condicionaban su existencia a la subordinación de las mismas a cuerpos jurídicos principales. Tal es el caso del Fideicomiso, cuya participación en la Legislación Ecuatoriana, se reducía a un capítulo del Código Civil. Sin embargo, con el paso del tiempo se vio indispensable delimitar la figura, en virtud de su naturaleza, al campo del Comercio. Pero es en 1993 que se incluye esta figura en la Ley del Mercado de Valores, la cual fue reformada en 1998. Finalmente, y tras una larga peregrinación, se unifican todas las leyes conexas sobre el tema en la Codificación de la Ley de Mercado de Valores en febrero del 2006.

En este sentido, es indiscutible que con el paso del tiempo, la figura tuvo su mayor apogeo, al punto de convertirse en una de las herramientas estelares del moderno ordenamiento jurídico ecuatoriano, debido no sólo a su practicidad sino también a la versatilidad que le permite fusionar figuras jurídicas para la consecución de un determinado fin.

La Codificación de la Ley de Mercado de Valores, destina el Título XV denominado: Del Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario, al estudio de estas dos formas de negocio Fiduciario. Para el complemento de la mencionada Ley existen también dos cuerpos jurídicos esenciales:

1. Reglamento de la Codificación de la Ley de Mercado de Valores
2. Resoluciones del Consejo Nacional de Valores no codificadas

***Evolución Jurídica de la Figura en la Legislación Ecuatoriana<sup>3</sup>***

<b>Año</b>	<b>NORMATIVA JURÍDICA</b>
1963	Ley de Operaciones de Crédito
1993	Ley de Mercado de Valores
1998	Reforma a la Ley de Mercado de Valores
2001	Reglamento sobre Negocios Fiduciarios
2001	Reglamento de Participación del Sector Público en el Mercado de Valores
2006	Codificación de la Ley de Mercado de Valores Resoluciones del consejo nacional de valores no codificadas

En cuanto a la definición de Fideicomiso existe una clara diferencia sobre las percepciones y criterios emitidos por los diversos autores.

Diego Garcés, ex - intendente del Mercado de Valores de Quito, define de una manera al fideicomiso en el ámbito financiero: "El fideicomiso es un mecanismo por el cual se puede facilitar un negocio. Se encarga a otro su administración. Así, a través de un tercero se pueden evitar los problemas que se pudieran suscitar entre dos personas".

<sup>3</sup> Cuadro tomado de Seminario Taller "Negocios Fiduciarios y Titularización" dictado por la Superintendencia de Compañías, 2006



El artículo 109 de la Codificación de la Ley de Mercado de Valores, configura una “definición”, un tanto imprecisa y ambigua, del contrato de fideicomiso mercantil.

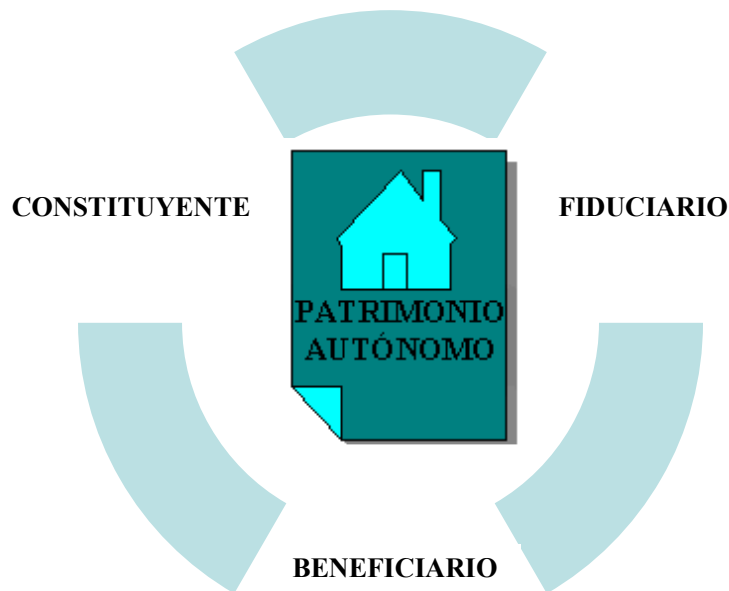
*Artículo 109 “Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles e inmuebles corporales e incorporables, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado 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 a favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario”*

De lo que se puede inferir que su existencia se configura bajo la participación de varias partes, según las circunstancias.

En una primera aproximación, existe el CONSTITUYENTE o Fideicomitente (puede ser persona natural o jurídica), que transfiere la propiedad de bienes muebles o inmuebles, a un patrimonio autónomo, el cual será representado legalmente por la FIDUCIARIA, quien tendrá la obligación de cumplir con las finalidades determinadas en el contrato de constitución, a favor de un tercero

llamado BENEFICIARIO o del mismo Constituyente (si se determina), que será quién recibirá los beneficios del negocio jurídico.

### ***Esquema gráfico del Fideicomiso***



Además de los intervinientes principales dentro del contrato de Fideicomiso, y por la evidente necesidad de darle a esta figura un desempeño más provechoso, la Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores en el Artículo 20, acordó la creación del Constituyente Adherente, el cual se adhiere y acepta las disposiciones previstas en un contrato de Fideicomiso Mercantil.

Por ello, a través de dos cláusulas especiales dentro del contrato de constitución, se prevé la posible existencia de este nuevo participante:

## CLÁUSULA 1

- Contrato de Adhesión

*“ Es el instrumento mediante el cual terceros distintos al Constituyente y a la Fiduciaria, personas naturales o jurídicas, privadas o públicas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, se adhieren y aceptan las disposiciones previstas en este contrato de Fideicomiso, y por el que transferirán recursos dinerarios u otros bienes al patrimonio autónomo que se constituye por el presente instrumento”*

## CLÁUSULA 2

- Constituyentes Adherentes

*“Los terceros distintos del Constituyente y de la Fiduciaria, personas naturales o jurídicas, privadas o públicas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, que se adhieran y acepten las disposiciones previstas en este contrato de Fideicomiso, mediante la suscripción de un Contrato de Adhesión, por el que transferirán recursos dinerarios u otros bienes al patrimonio autónomo que se constituye por el presente instrumento”*

De tal forma, se viabiliza la participación de terceros distintos al Constituyente y a la Fiduciaria.

La realidad demuestra, que la versatilidad de esta figura, ha permitido que se configuren otras formas de constituyentes dentro del Contrato. Este es precisamente el caso de los Fideicomisos Inmobiliarios.

Por medio de este complejo Fideicomiso, y debido a la multiplicidad de temas concernientes al desarrollo de un proyecto inmobiliario de gran escala, se establece dentro del Contrato la participación de estas nuevas partes:

- Constituyente Inmobiliario, el cual transfiere un bien inmueble. Además, su participación puede o no terminar en la transferencia, pues es permisible convenir, que sea el fideicomitente, el Beneficiario Inmobiliario del proyecto.
  
- Constituyentes promotores, quienes aportan al fideicomiso recursos, líneas de crédito directo; es usual que sean éstos los que participen directamente con la Fiduciaria en la Junta del Fideicomiso, encargándose de dirigir y vigilar el desarrollo del proyecto para con ello cumplir con el objeto del Fideicomiso

Una vez establecidos y delimitados los roles de cada uno de los participantes de estos Contratos, se debe considerar la vigencia del Contrato, traducida en el carácter temporal del Fideicomiso, esto en virtud del Artículo 110 de la Codificación de la Ley de Mercado de Valores, donde se estipula que el fideicomiso tendrá un plazo de vigencia no mayor a 80 años.

Esta circunstancia tiene sus respectivas excepciones en cuanto a la naturaleza del Fideicomiso. Ya que si éste fue creado con una finalidad cultural,

social, altruista, existirá indefinidamente, hasta verificarse la consecución del fin.

Por otro lado, la vigencia del Fideicomiso también está sujeta, en los casos generales, además del plazo resolutorio detallado en el párrafo anterior, a una condición, que supone el cumplimiento de la finalidad prevista o la verificación de una condición determinada por el fideicomitente.

### **1.1.1 Objeto**

El Diccionario Jurídico de Cabanellas<sup>4</sup>, define al objeto en dos sentidos principales:

- a. Finalidad
  
- b. Objeto de derecho o de las relaciones jurídicas: personas, cosas, acciones en toda su complejidad

#### ***Objeto como finalidad***

Para obtener una aproximación más completa sobre el Fideicomiso, es preciso recalcar, que etimológicamente proviene del latín FIDUCIA, que quiere decir confianza y de FIDEICOMISSUN, que significa fe. Considerando estos

---

<sup>4</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, Argentina 1979, 275-276

caracteres psicológico-emocionales, es posible analizar el objeto primordial de la figura. Pues, es de estos elementos, que deriva la decisión del fideicomitente de constituir un Fideicomiso, creando así un vínculo de confianza tan estrecho, que viabiliza la gestión de un negocio, administración de ciertos bienes u otras actividades por él definidas, para conseguir una finalidad determinada.

Por lo tanto, el objeto del Fideicomiso independientemente del tipo de figura que utilicemos tiende a variar.

En relación al Fideicomiso Inmobiliario, el cual resulta ser uno de los más usados en Ecuador, principalmente en Quito, se crea frecuentemente, para el desarrollo de ambiciosos proyectos inmobiliarios.

Otra nota básica sobre el objeto del fideicomiso es en cuanto a su resultado. Según Rodríguez Ruíz<sup>5</sup>, se refiere al fin o meta de la figura jurídica, en cuyo acto constitutivo el fideicomitente expresa lo que el fiduciario debe hacer para alcanzar ese fin que tiene que ser lícito, deduciéndose este como no contrario a la ley ni a las buenas costumbres.

Este elemento finalista se traduce en la transferencia misma de los bienes y el encargo de confianza.

---

<sup>5</sup> citado por Acosta Romero, Miguel, *Tratado Teórico Práctico del Fideicomiso*, Editorial Porrúa 1997 en Mora Villegas José Benito, *El Fideicomiso Privado*, artículo online [sgp.guanajuato.gob.mx/PortalSGP/upload/ElFideicomisoprivado.pdf](http://sgp.guanajuato.gob.mx/PortalSGP/upload/ElFideicomisoprivado.pdf)

La meta en general, es el cumplimiento del fin para el cual el Fideicomiso ha sido constituido.

### ***Objeto dentro de la relación Jurídica***

Dentro de esta consideración de objeto, cabe destacar que el mismo concierne también al contenido del propio contrato, entendiéndose por las obligaciones, que según nuestro mismo Código Civil en su Artículo 1454, se refieren a dar, hacer o no hacer.

Paralelamente, existe una prerrogativa en cuanto al objeto, pues de acuerdo a lo determinado por la nueva Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, Subtítulo III, Artículo 14, “La Fiduciaria, no deberá, aceptar la constitución de un fideicomiso sin contar con una declaración juramentada del constituyente, en el sentido de que los bienes transferidos han sido adquiridos legítimamente; permitir que el fideicomiso adolezca de causa u objeto ilícito; ni que con su constitución exista intención de irrogar perjuicio a terceros”.

Es por ello que en la escritura de constitución, en el Capítulo de Tránsito de Bienes a favor del Fideicomiso, existe un párrafo que señala: “El constituyente declara que los bienes transferidos a este patrimonio autónomo se hallan libres de embargos, prohibiciones de enajenar, demandas civiles, anticresis, condiciones resolutorias y todo gravamen. El constituyente

se obliga al saneamiento de los bienes transferidos en los términos establecidos en la Ley, y responderá frente a la Fiduciaria y/o terceros, en virtud de la declaración juramentada de que los bienes aportados o que aporten en el futuro al fideicomiso han sido objetivos legítimamente y no tiene intención de irrogar perjuicio a sus acreedores a terceros, ni tampoco tienen causa u objeto ilícito”,

Por otro lado, la ley permite en cuanto a lo expresado en el Artículo 117 de la Codificación de la Ley de Mercado de Valores, que se comprometan bienes que no existen pero que se espera que existan, con el fin de que los mismos sean destinados al incremento del patrimonio del fideicomiso mercantil, una vez que se verifique su existencia.

### **1.1.2 Características**

La figura del Fideicomiso gira sobre un elemento básico, que es la confianza, la misma que deposita el fideicomitente, en una suerte de mandato, a un fiduciario para el cumplimiento de una finalidad específica.

Entre las características esenciales, a decir del Doctor Víctor Cevallos Vásquez se encuentran<sup>6</sup>:

---

<sup>6</sup> CEVALLOS VASQUEZ, Víctor, “Contratos Civiles y Mercantiles”, Tomo II, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición, 2005, Quito- Ecuador, págs. 774- 776.



- a. **Independencia**, pues en virtud de ella, se separa totalmente el patrimonio y las respectivas cuentas y deudas del Fiduciario, de los bienes entregados por los fideicomitentes. Esto con la finalidad de evitar que los bienes no se confundan entre sí.
  
- b. **Transparencia**, este particular está estrechamente ligado con la confianza, por cuanto todo acto efectuado por el Fiduciario debe ser totalmente transparente. Su prioridad será el velar por los intereses de los intervinientes.

Análogamente, esta característica se relaciona con la obligación que tiene la Fiduciaria, de acuerdo a la Codificación de la Ley de Mercado de Valores Artículo 103 inciso C, de rendir cuentas de su gestión. Esta rendición se hará conforme a lo dispuesto en el contrato, su periodicidad suele ser trimestral, y el documento se desarrolla a partir de los siguientes puntos:

1. Datos Generales del Fideicomiso (detalla nombre del fideicomiso, fecha de constitución, RUC, Constituyentes, Fiduciaria, Beneficiarios, Plazo).
2. Descripción de actividades realizadas (es un cuadro comparativo de las instrucciones dadas frente a la Gestión Realizada)
3. Estado de la situación jurídica de los bienes fideicomitados (es la evolución histórica y detallada sobre los bienes aportados al Fideicomiso)

4. Estados Financieros actualizados, sobre el desarrollo de la labor encomendada.
5. Gestiones Programadas, sobre situaciones pendientes a realizar por parte de la Fiduciaria, como la verificación de los bienes.
6. Observaciones.

c. **Solemnidad**, el contrato de Fideicomiso Mercantil, se otorga mediante suscripción de Escritura Pública ante el Notario<sup>7</sup>. El contrato deberá ser redactado en términos sencillos para su clara comprensión, los elementos fundamentales de los contratos de negocios fiduciarios, según el artículo 4 de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, son:

1. Objeto y Finalidad del negocio fiduciario (además de especificar el tipo de Fideicomiso que se constituye).
2. Instrucciones, sobre las labores y actividades que desempeñará la Fiduciaria para la consecución de los fines.
3. Información de los intervinientes, información básica de las partes que comparecen.
4. Bienes, características y condiciones de los mismos.
5. Obligaciones y Derechos de las Partes contratantes.
6. Remuneración de la fiduciaria por su gestión.

---

<sup>7</sup> “El Artículo 6, Título V, Capítulo I, Sección I de la Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores afirma que tan sólo los fideicomisos que sirvan como mecanismos para realizar un proceso de titularización y los fideicomisos de inversión con adherentes deberán ser inscritos en el Registro de Mercado de Valores”

7. Transferencia de activos a la terminación del contrato.
8. Órganos del negocio Fiduciario, para el más eficiente desarrollo del proyecto, entre los están: Juntas, Comités.
9. Gastos varios, generados por el proceso.
10. Rendición de Cuentas
11. Reformas al contrato.
12. Exclusión de la responsabilidad de la Superintendencia de Compañías.

d. **Irrevocabilidad**, la Codificación de la Ley de Mercado de Valores, le da esta condición, en virtud de la cual sus disposiciones no pueden ser cambiadas, salvo se determine en el Contrato, a través de la respectiva cláusula, la posibilidad de Reforma del Fideicomiso.

e. **Indelegabilidad**, deriva del carácter *intuitu personae* del Fideicomiso, por el cual, la Fiduciaria está obligada a desempeñar y ejercer su cargo por sí misma.

Esta característica se constituye en verdadera garantía para el Fideicomitente, pues éste contrató la ejecución del Fideicomiso con la Fiduciaria, y no con otro órgano.

f. **Onerosidad**, por cuanto, un contrato de este tipo, definitivamente gira en torno al factor económico, pues genera rédito a las partes.

En el caso de la Fiduciaria, ésta cobra por sus servicios ciertos montos, que dependen del tipo de fideicomiso y su respectivo desarrollo. Por ejemplo, en el Fideicomiso de Administración, existen ciertos rubros a considerar, entre los cuales se puede detallar:

- a. Comisión por estructuración
- b. Comisión por administración
- c. Comisión por cesión de derechos fiduciarios: se determina una cantidad por cada cesión de derechos fiduciarios

Estas comisiones no contemplan los gastos legales derivados de la constitución del Fideicomiso, cesiones de derecho fiduciarios, perfeccionamiento de las restituciones de los bienes que conforman el patrimonio autónomo, salvo acuerdo expreso entre las partes.

- g. **Responsabilidad Fiscal.** La Ley de Régimen Tributario Interno en su Artículo 9 inciso 15, determina que los Fideicomisos están exonerados del pago del impuesto a la renta. Sin embargo, existen dos momentos claves para la existencia del Fideicomiso, que tienen un tratamiento tributario disímil:

- Transferencia a título de Fideicomiso Mercantil por parte del Fideicomitente al Fiduciario, acto exento de todo tipo de impuestos, tasas, contribuciones e impuestos indirectos.
  
- Transferencia que realiza el Fiduciario a favor de los Beneficiarios, la misma que sí se encuentra gravada cuando la ley lo determine.
  
- h. **Separación absoluta de bienes**, por ende los bienes del Constituyente, pero principalmente de la Fiduciaria son completamente independientes de los bienes del Fideicomiso.

El dominio que posee el fiduciario sobre los bienes, no es perpetuo, lo que impide categóricamente que el fiduciario incluya los bienes fideicomitidos en su contabilidad, ni que los mismos sean considerados parte de sus activos. Por ello, la Fiduciaria tiene la obligación de llevar una contabilidad separada de cada Fideicomiso.

- i. **Consecución de un Resultado**, el Fideicomiso es una herramienta de medio más que de resultados, pues éstos son desconocidos. Aún cuando el Fiduciario hará todo lo que se encuentre en su poder para cumplir con la tarea encomendada, es imposible determinar si efectivamente logrará desarrollarla. Por ello la Fiduciaria, se limita a realizar lo dispuesto por el Fideicomitente, y más no a garantizar resultados concretos.

- j. **Conformación Patrimonio Autónomo**, pues los bienes entregados por el constituyente, dejan de ser parte de su patrimonio y pasan a ser parte del patrimonio del Fideicomiso.
  
- k. **Inembargabilidad**, este elemento es correlativo con el anterior pues ningún bien del fideicomiso puede ser embargado o sometido a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, del fiduciario, ni por los del beneficiario.

Doctrinariamente, se presume a ésta como una institución de excepción, pues deriva de ser un privilegio establecido por el legislador, para asegurar los fines establecidos en el contrato de Fideicomiso Mercantil.

Para concluir este apartado, cabe señalar también que la Codificación de la Ley de Mercado de Valores en el Artículo 121, prevé una excepción a la inembargabilidad:

- o Cuando en el contrato se haya estipulado que los bienes que integran el patrimonio autónomo si puedan ser sujetos de embargos o medidas precautelatorias o preventivas, por los acreedores del Constituyente.

### 1.1.3 Naturaleza Jurídica

El Contrato de Constitución de un Fideicomiso considera como una cláusula más, la especificación de la Naturaleza Jurídica del negocio fiduciario que van a emprender, señalando: “El presente contrato es un contrato de fideicomiso mercantil regulado por la Ley de mercado de Valores y demás disposiciones aplicables a la materia”.

Suele existir confusión con respecto a si un Fideicomiso se denomina Mercantil o no; al respecto la Codificación de la Ley de Mercado de Valores en su Artículo 112, expresa que si en el contrato existe la transferencia de la propiedad de los bienes el fideicomiso será mercantil.

En la práctica tal diferenciación no incide en nada sobre la naturaleza del Fideicomiso, ni sobre su existencia jurídica.

En cuanto a los caracteres jurídicos del contrato de Fideicomiso, éstos son:

***Bilateral***, considerando a los intervinientes que suscriben el Contrato de Fideicomiso, quienes suelen ser:

- Constituyente: obligado a transmitir en propiedad el bien fiduciario

- Fiduciario: obligado a ejercer el derecho real sobre el bien, cumpliendo con el mandato.

**Solemne**, el Artículo 1459 del Código Civil y el Artículo 110 de la Ley de Mercado de Valores determinan la naturaleza del Fideicomiso, señalando como requisito sustancial de forma, su constitución mediante instrumento público abierto, bajo sanción de inexistencia del contrato si se lo instrumenta en documento privado.

**Oneroso**, ya que a través de este contrato se genera una utilidad para las partes, en el caso de la Fiduciaria claramente determinada, mientras que para el Fideicomitente o Beneficiario, según el caso, depende de los resultados obtenidos de la ejecución del Fideicomiso.

**Conmutativo**, al existir una equivalencia evidente en las prestaciones de las partes.

**Principal**, su existencia no se encuentra condicionada ni depende de otro contrato para subsistir, por cuanto tiene sustantividad propia.

**Nominativo**, al encontrarse plenamente identificado, previsto y reglado, dentro de nuestro Derecho Positivo.



**Intuito Personae**, puesto que el Fideicomiso surge en virtud de las características y cualidades intrínsecas del Fiduciario, esto expresado bajo el factor psicológico de la confianza.

**Tracto Sucesivo**, debido a la complejidad de estas Figuras, su ejecución no puede efectuarse a través de un solo acto, sino que las diferentes prestaciones, cumplimiento de obligaciones y actos en general, que se van realizando en forma paulatina, siempre bajo los parámetros establecidos por las partes en el Contrato.

Doctrinariamente, existe una discrepancia entre los diferentes autores, respecto a la explicación de la naturaleza jurídica del fideicomiso. Sin embargo son tres teorías, las que ellos determinan como favorables, al instante de explicar este negocio jurídico:

- **Teoría del mandato irrevocable<sup>8</sup>:**

Se le suele dar al Fideicomiso el estatus de Mandato irrevocable, asemejándole a esta figura civil y dotándola de una de las características sine qua non del Fideicomiso que es la irrevocabilidad.

---

<sup>8</sup> Rocca Ival, Griffi Omar Eugenio, Sabbatiello Gerardo, MANDATO IRREVOCABLE CIRCUNSTANCIADO, e-book Editorial García Alonso, website [http://www.garciaalonso.com.ar/de\\_interes/recursos/mandato%20irrevocable%20circunstanziado.htm](http://www.garciaalonso.com.ar/de_interes/recursos/mandato%20irrevocable%20circunstanziado.htm)

El Mandato según nuestro Código Civil en su Artículo 2020, es un contrato, por el cual una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

Pese a que es frecuente confundir al fideicomiso con el mandato, lo cierto es que en el mandato, se actúa en relación con bienes que son y continúan siendo del mandante. En cambio en el fideicomiso los bienes se transfieren al "Fideicomiso", quién dispone de ellos a través de la Fiduciaria.

- ***Teoría del patrimonio de afectación***

Al respecto, los Doctores Osvaldo H. Soler, Enrique D. Carrica, Ernesto Nieto Blanc y José A. Moreno Gurrea, en su obra "Fideicomiso" página 12, consideran que, el patrimonio fideicomitado, carece de titularidad real, igual como lo sostuvo Pierre Lepaulle<sup>9</sup>, pues el patrimonio fiduciario formado por los bienes transferidos en fideicomiso, constituye un patrimonio de afectación autónomo y distinto del patrimonio del constituyente, del fiduciario o del beneficiario, sobre el cual ninguno de ellos tiene un derecho real".

Se considera interesante este análisis, aún cuando, el derecho real se define según algunos autores, por aquel derecho que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona; resulta paradójico pensar que los

---

<sup>9</sup> Lepaulle Pierre, citado por Soler Osvaldo H., Carrica Enrique D., Blanc Ernesto Nieto y Moreno Gurrea José A., "Fideicomiso" página 12 (documento electrónico)

intervinientes en el contrato de Fideicomiso tengan efectivamente un derecho real sobre el patrimonio autónomo.

Este patrimonio deja de ser de propiedad del Constituyente, y se convierte en “patrimonio del Fideicomiso”. En tal caso, sería este Fideicomiso, el que ostentaría, aún sin ser persona natural o jurídica, el “verdadero” derecho real sobre este patrimonio. De esto último, se colige que, ante este evento la ley haya otorgado a la Fiduciaria la representación del Fideicomiso, adoptando indirectamente los efectos jurídicos de este derecho.

- **Titularidad doble**

Esta es una teoría derivada del régimen propio del TRUST anglo-americano, habiendo sido adaptada, por varios autores, a nuestro sistema normativo.

Se ha dicho que hay en el Fideicomiso una doble titularidad, en cuanto a dos temas esenciales: legal, económico. Ahora bien, la titularidad legal, la ejerce el Fiduciario (desempeña el papel de representante legal del Fideicomiso) y la titularidad económica, la ejerce el Beneficiario.

Aún cuando esta teoría resulte práctica al instante de analizar y reconocer los roles que desempeñan las partes dentro del Contrato, tiende a tener poco

sustento jurídico, en virtud de que es contraria al carácter propio del dominio, que es la exclusividad.

Además cualquier eventual derecho que tenga el Beneficiario, es tan sólo una mera expectativa, que adquiere carácter real al momento de efectivizarse las ganancias producto del negocio jurídico.

## **1.2 Patrimonio Autónomo**

Según el acertado criterio de Sergio Rodríguez Azuero, en su obra *Negocios Jurídicos su significación en América Latina*: “ el aporte conceptual más novedoso, desde el punto de vista jurídico, ha sido la calificación en virtud de la cual los bienes transferidos en fiducia constituyen un patrimonio independiente, sustraído de las vicisitudes o riesgos que puedan afectar los de las partes intervinientes y vinculado a la consecución de la finalidad, que sólo responde por las obligaciones contraídas en desarrollo de la gestión”<sup>10</sup>.

Alicia Puerta de Chacón comparte el pensamiento de Rodríguez Azuero, al afirmar en su libro “*El Dominio Fiduciario*”<sup>11</sup> que, el aspecto verdaderamente innovador del Fideicomiso es que sobre los bienes fideicomitidos, se constituye un patrimonio separado del patrimonio del Fiduciario y del Constituyente o Fideicomitente.

---

<sup>10</sup> *Rodríguez Azuero Sergio, Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina, página 45, LegisEditores, Primera edición Bogotá (Colombia) 2005.*

<sup>11</sup> *Puerta de Chacón Alicia, Artículo “El dominio Fiduciario, en la Ley 24441 ¿Nuevo Derecho Real?, pág 830, Buenos Aires*

### 1.2.1 Concepto

El patrimonio autónomo se entiende por el conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas pertenecientes a una persona que tenga una utilidad económica y sean susceptibles de estimación pecuniaria.

Igualmente, la ley de Mercado de Valores en su artículo 109, ha afirmado, que el patrimonio autónomo se identifica con un conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato. Además enuncia que cada patrimonio autónomo está dotado de personalidad jurídica, siendo el Fiduciario su representante legal, el mismo que ejercerá tales funciones de acuerdo con las instrucciones detalladas por el Fideicomitente o Constituyente en el contrato. Sin embargo, detenta, una cierta prohibición en cuanto a su situación jurídica, al señalar, que no es ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, pues tan sólo es una ficción jurídica dotada de la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones a través de su representante legal.

Otro de los elementos de este patrimonio autónomo, implica que los bienes que entrega el constituyente, se aíslan de su patrimonio, de tal forma que los acreedores de éste, salvo excepciones, no pueden perseguirlos para cobrar las deudas contraídas. Por ende, los bienes que conforman este patrimonio autónomo, son excluidos de la garantía general de prenda de los acreedores del Fideicomitente, Fiduciario y del Beneficiario.

### 1.2.2 Naturaleza Jurídica

El patrimonio autónomo nace a través del proceso de constitución del Fideicomiso, así, el fideicomitente transfiere la titularidad de ciertos bienes derechos y obligaciones al fiduciario, quien no los fusiona con su patrimonio propio, sino que integra una masa patrimonial independiente (PATRIMONIO AUTÓNOMO) sobre la que ejerce la titularidad, con el único objeto de realizar los fines establecidos al negocio fiduciario<sup>12</sup>.

También se ha sostenido, como indica Jorge Hugo Lescaja en su obra “Práctica del Fideicomiso”, la creación de un patrimonio (autónomo) independiente y desvinculado de los patrimonios particulares de los sujetos participantes del Contrato de Fideicomiso, constituye el principal y primigenio efecto jurídico de esta figura, lo que resulta primordial para el acabado cumplimiento del pacto de fiducia y consecuente gestión encomendada<sup>13</sup>.

En ese sentido, es indiscutible vislumbrar la importancia de este elemento, que termina siendo el espíritu del Fideicomiso, alrededor del cual giran todo el sentido y razón del mismo.

Además de la teoría del patrimonio de la afectación, existen dos teorías más relacionadas con este tema:

---

<sup>12</sup> Villagordo Lozano, José Manuel, *Doctrina general del fideicomiso*, México, Porrúa, 1976, pp. 85-122

<sup>13</sup> Lescaja, Jorge Hugo, *Práctica del Fideicomiso*, pág. 58, Editorial Astrea, año 2003

- **Teoría Subjetiva Clásica**, en virtud de la cual el patrimonio es un reflejo directo de la personalidad, y partiendo de su noción abstracta nos permite conocer efectivamente en él, los derechos y las obligaciones de un sujeto, existentes en un momento dado. En síntesis señala que todas las personas tienen un patrimonio y solamente éstas pueden tenerlo. En este caso sería discutible plantear la pertenencia subjetiva del patrimonio, el mismo que jurídicamente forma parte del Fideicomiso, el cual desempeña un papel distinto al de una persona natural, aún cuando tenga matices que la vinculen más a la notoria esencia de la persona jurídica, al ser una ficción del derecho y tener un representante legal.
  
- **Teoría objetiva o económica**, la misma que reconoce al patrimonio una individualidad jurídica propia y lo concibe como una afectación de una cierta cantidad de riqueza a un fin determinado, reconocida por la sociedad y jurídicamente protegida. Este es el caso de los llamados patrimonios especiales, entre los que se encuentran los patrimonios autónomos, los cuales tienen una importancia indudable en el derecho moderno para explicar ciertas situaciones jurídicas en las cuales la teoría tradicional presenta algunas dificultades.

### **1.3 Clases de Fideicomisos: figuras más empleadas en el Ecuador**

En cuanto a los tipos de Fideicomisos se refiere, existen varios de ellos descritos en nuestra Legislación.

Los distintos autores plantean una primera clasificación con respecto a los participantes de estos Fideicomisos:

- a. PÚBLICOS, tan populares en nuestro país en virtud del sinnúmero de escándalos en los que se han visto inmersos.

Las diversas doctrinas señalan que en este Fideicomiso, participa la Administración Pública, a través de alguno de sus órganos facultados, en la forma de Fideicomitente, transfiriendo la propiedad de bienes del Estado o afectación de fondos públicos.

Sin restar importancia a los rasgos anteriores, es indudable, que este tipo de Fideicomiso, tiene características sui generis con respecto a los demás tipos de fideicomiso. Por ello, la aplicación de las normas legales tiene un matiz distinto al ámbito de la legislación puramente privada. De esta forma, la constitución, modificación y extinción de este Fideicomiso tiene origen principalmente en el derecho administrativo. En cuanto a la finalidad de este negocio jurídico, es el interés público



- b. PRIVADOS: Son los más utilizados en nuestro país, y su ámbito de aplicación se limita al derecho privado:

### **1.3.1 Fideicomiso Inmobiliario**

El sector inmobiliario en nuestro país, ha enfrentado desde siempre múltiples inconvenientes entre los que destacan: Falta de financiamiento, desconfianza en promotores, obras inconclusas.

El Fideicomiso Inmobiliario se creó principalmente con el fin de desarrollar estos proyectos, a través de una organización más eficiente. De esta manera, encontramos una multiplicidad de individuos que enfocan sus esfuerzos y recursos para ejecutar una obra conjunta.

Quito, entre otras urbes modernas, ha cedido al atractivo de este negocio fiduciario. Es a partir del mismo que se han generado los planes inmobiliarios más innovadores (no por ello siempre rentables), entre los que se encuentra nuestro moderno Teleférico.

La Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores Título V artículo 17, define a este Fideicomiso como:

*“El fideicomiso inmobiliario es el contrato en virtud del cual se transfieren bienes, que generalmente son inmuebles, al patrimonio autónomo para que el fiduciario los administre y desarrolle con ellos un proyecto inmobiliario, en*

*función de las instrucciones establecidas en el contrato, para lo cual realizará las gestiones administrativas y legales ligadas o conexas con el desarrollo del proyecto inmobiliario y todo en provecho de los beneficiarios instituidos en el contrato.”*

Aún cuando parecería ser simple, la estructuración de este Fideicomiso, es al contrario de las demás figuras, la más compleja, por cuanto requiere la participación de varias partes.

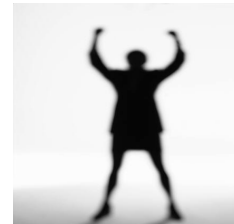
Para una primera aproximación tenemos:



GRUPO PROMOTOR  
FIDEICOMITENTES



FIDUCIARIA



BENEFICIARIO

Fideicomitentes-El Grupo Promotor: corresponde al Dueño del Terreno, Inversionistas, Gerente del Proyecto (se encarga de planificar el negocio, elaborar los presupuestos, coordinar ventas y se convierte en un enlace entre el Promotor y la Fiduciaria), Constructor. Estas personas son las llamadas a aportar lo necesario para la ejecución del proyecto.

Fiduciaria: participa como tal para cumplir la finalidad establecida.

Beneficiario: no sólo corresponde al tercero o al mismo fideicomitente, sino que indirectamente identifica a los promitentes compradores, los cuales se benefician del proyecto a través de la compra del bien.

Es preciso determinar que para la transparente y correcta ejecución del proyecto, en este Fideicomiso se prevé la existencia de tres elementos claves, siempre considerados dentro del contrato:

- a. Fiscalizador: persona especializada, definida dentro del Contrato, para la vigilancia, control, revisión de planos y control de costos.
- b. Junta del Fideicomiso: Organismo encargado del seguimiento al desarrollo del proyecto.
- c. Punto de Equilibrio: que resulta ser el requisito esencial para iniciar el proyecto, porque determina la viabilidad legal, financiera y técnica del mismo.

### **1.3.2 Fideicomiso de Administración**

Este Fideicomiso en virtud de su naturaleza general y amplia, permite un rango de actividades que parten desde una administración y gestión simple, hasta una de compleja estructura.

La administración o gestión simple, conlleva actividades como, mantener la propiedad de bienes y derechos.

Paralelamente, la administración y gestión más compleja, dispone y requiere la realización de diversas actividades productivas como en el caso de la producción de bienes.

En la Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores Título V artículo, este Fideicomiso está definido como:

*“Se entiende por fideicomiso de administración, al contrato en virtud del cual se transfieren bienes muebles o inmuebles al patrimonio autónomo, para que la fiduciaria los administre y cumpla las instrucciones instituidas en el mismo”*

### **1.3.3 Fideicomiso de Garantía**

Como indica el autor, Villagordoa Lozano<sup>14</sup>, este Fideicomiso nace con el fin de sustituir los medios convencionales de garantía (prenda, hipoteca...) con el fin de asegurar un mejor manejo del crédito.

Además, se configura como una opción mucho más rentable en el momento de ejecutar el cobro de un crédito. Originalmente, tan sólo contraer una deuda, planteaba un sinnúmero de vicisitudes, para las dos partes.

---

<sup>14</sup> Citado por Quintana Adriano E. Arcelia, *Revista de Derecho Privado, nueva época, año II num 4 enero-abril 2003: La quiebra de la Banca y la regulación de las garantías en México*, pp. 201-247

El deudor por su parte se sometía a altas tasas y un plazo muy corto para el pago.

En cambio, el acreedor, con el fin de asegurar el cumplimiento, optaba por la fianza, prenda o hipoteca, pero aún así se enfrentaba a varias dificultades para el cobro convencional de las obligaciones.

Entre las desventajas que le planteaba este proceso, se encontraban: Largos procesos judiciales, desvalorización de los bienes...

En ese sentido, la creación de este tipo de Fideicomiso, planteó incontables beneficios a las partes, en cuanto a la generación de mejores condiciones de negociación del crédito, permite el incremento de la capacidad de endeudamiento, facilita la realización de bienes sin necesidad de procesos judiciales, entre otros.

En cuanto a la definición del Fideicomiso de Garantía, la Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores Título V artículo 17, determina:

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

*obligaciones claramente determinadas en el contrato. La fiduciaria, en ningún caso se convierte en deudora, deudora solidaria o avalista de la obligación u obligaciones garantizadas; solo asegura que en caso de que el deudor no cumpla tales obligaciones, actuará conforme a las disposiciones previstas en el contrato. Para la constitución del fideicomiso en garantía, la fiduciaria debe recibir por escrito la conformidad del acreedor sobre los bienes aportados al fideicomiso y sobre su valoración. En caso de no recibir por escrito esta conformidad, el fiduciario inmediatamente debe liquidar el fideicomiso. En el contrato puede establecerse que la fiduciaria practique o contrate avalúos periódicos de los bienes en garantía a fin de mantener actualizado su valor comercial. Es obligación de la fiduciaria, cada vez que el constituyente designe nuevos acreedores o incremente las deudas garantizadas, recibir la conformidad por escrito del o de los acreedores sobre el valor de los bienes fideicomitados. El contrato de fideicomiso deberá contemplar claramente la obligación del constituyente o del beneficiario de sufragar los costos de los avalúos”.*

Este contrato mantiene la naturaleza jurídica de la garantía, pues condiciona su objeto, en virtud de la existencia de una obligación principal, que el Fideicomitente debe cumplir.

Por lo tanto, el Beneficiario posee una mera expectativa, que se vuelve para él efectiva, el momento en que se verifica la condición, que supone el incumplimiento de la obligación pactada.

### **1.3.4 Otros Fideicomisos**

Actualmente, debido a una renovada conciencia medioambiental, se ha dado un nuevo uso a los Fideicomisos, principalmente con respecto a la protección de nuestros recursos naturales.

Partiendo de fines conservacionistas y por la iniciativa privada, las personas deciden constituir el Fideicomiso de Conservación. Aún cuando no exista todavía una legislación definitiva para viabilizar estos proyectos, nuevas leyes como: Ley Forestal y la Ley que Protege la Biodiversidad, instan a las personas a considerar nuevos mecanismos de salvaguardia y respeto del medio ambiente, como es el caso de este negocio jurídico, en el que los beneficiarios no sólo son terceros determinados, sino que indirectamente son todos seres humanos.

## **CAPITULO II**

# **EL FIDEICOMISO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO Y EL ORIGEN DEL MAL USO DE LA FIGURA**

### **2.1 Vacíos e Inconsistencias Jurídicas**

Las ventajas y la popularidad del Fideicomiso, lo han convertido en una herramienta indispensable en nuestro país. La evolución de esta figura, ha variado drásticamente desde su nacimiento jurídico en el Ecuador: pasó de ser un instrumento novedoso, a una figura ciertamente controversial.

Aparentemente su uso se halla limitado a las disposiciones expresas de los distintos cuerpos jurídicos que prevén su existencia, pero la ley, al menos en nuestro país, deja siempre a la imaginación y creatividad de ciertas personas, el uso y aplicación de ciertas figuras; transformándolas así en potenciales instrumentos para cometer ciertos actos al margen de la ley.

Este tipo de fenómenos se produce, primordialmente por la existencia de brechas jurídicas, aparentemente imperceptibles, pero evidentes para aquellos que buscan aprovecharse del uso y beneficios del Fideicomiso, en perjuicio de terceros y en detrimento de la seguridad jurídica.



A raíz de la coyuntura del tema en el ordenamiento jurídico latinoamericano, las obras destinadas al análisis de esta figura, han incrementado notablemente. Sin embargo, resulta pertinente señalar que la gran mayoría de los Tratados de Derecho y textos en general, que versan sobre este tema, se limitan al estudio exhaustivo de las bondades, beneficios, y detalles jurídicos esenciales del Fideicomiso; omitiendo de esta manera, el análisis del mal uso de esta figura, el cual no puede ser descrito bajo parámetros generales, pues existe un sinnúmero de formas distintas, en que se puede producir esta mala utilización.

Si bien es cierto las ventajas del Fideicomiso son innumerables, pero en virtud de su preeminencia resulta obligatorio analizar también los elementos que distorsionan el sentido de la figura, dando lugar a su mal uso.

En la realidad práctica – jurídica, son casi inexistentes las jurisprudencias con respecto a Fideicomisos, salvo unos cuantos casos puntuales como el de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema sobre peculado bancario. Aún así se puede inferir que ninguna acción planteada en contra de un Fideicomiso al menos en el campo privado, ha llegado al máximo órgano Judicial.

Existe también otro elemento con respecto a la escasez de procesos judiciales sobre el tema y es precisamente la inclusión de las cláusulas arbitrales, previstas dentro del contrato como mecanismo alternativo para la solución de posibles conflictos derivados del fideicomiso.

Al inicio la incursión de estos medios compositivos pasaba incluso desapercibida, pero ahora se encuentra totalmente afianzada y ha adquirido mayor popularidad, al punto de convertirse en cláusula obligatoria, presente en todo contrato de Fideicomiso.

En el Ecuador, hace un tiempo todo evidenciaba una aparente calma con respecto a la irrupción de esta figura en el ordenamiento jurídico, pero a través de su auge en el sector privado, comienza a germinar a través de la estructuración de los grandes proyectos inmobiliarios.

En cuanto al sector público, se configuraron los “debatibles” Fideicomisos de la AGD.

Fue entonces, que las personas, medios de comunicación, entre otros, pusieron su atención en este negocio jurídico.

La prensa fue extremadamente crítica con respecto a toda la polémica que surgió no sólo en la constitución de estos Fideicomisos, que a suerte de garantizar obligaciones, develaron una perspectiva más oscura y compleja con respecto al uso de estas figuras en el sector público.

Con este precedente, se empezó a prestar mayor atención a esta figura.

## 2.2 Irretroactividad de la ley

En vista de las nuevas reformas y principalmente en base a una consideración analítica de las anteriores disposiciones, es evidente la transformación del marco jurídico de esta figura<sup>15</sup>.

Por ello, se considera pertinente examinar estos cambios que si bien es cierto aportan una mayor regulación con respecto a estos negocios fiduciarios, pero mantienen todavía ciertas incongruencias jurídicas.

Aún cuando en la teoría estos desfases, podrían ser eventualmente subsanados a través del correspondiente análisis y posterior reforma; es preciso puntualizar los detalles que han devenido en el incorrecto uso de la figura.

Partiendo de ciertas consideraciones de orden práctico y en virtud de que la ley aplica a lo venidero, ciertos detalles que habían desvirtuado esta figura, se escapan de las nuevas disposiciones y se constituyen en rezagos, que evidencian su mal uso.

Así cobra sentido uno de los principios jurídicos esenciales, consagrados en nuestra legislación, que es la irretroactividad de la ley. Este principio, que se configura como una garantía de seguridad y estabilidad, “se apoya en el

---

<sup>15</sup> *En cuanto a las reformas: Codificación de la Ley de Mercado de Valores, Codificación de las resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores*

respeto a los derechos adquiridos, los mismos que no pueden ser vulnerados por una nueva ley”<sup>16</sup>

En el Recurso de Casación 111-99, interpuesto ante la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, se determina que: “las leyes no tienen normalmente efecto retroactivo, pues si lo tuvieran dejarían de ser aquella norma racional que debe ser previamente conocida. Además quién ha celebrado un contrato de conformidad con la ley vigente no debe preocuparse por unos posibles cambios que posteriormente pueda sufrir la legislación. Los actos realizados conforme a la ley vigente no pueden acarrear consecuencias perjudiciales desde el punto de vista jurídico, para quién los hizo ciñéndose al Derecho, aunque ese Derecho pueda posteriormente variar”<sup>17</sup>.

Sobre este tema, se ha pronunciado también el Tratadista Ecuatoriano, Monseñor Juan Larrea Holguín, expresando, que la irretroactividad de la ley es una garantía admitida por todo derecho civilizado<sup>18</sup>. Inclusive en el Código de Justiniano, tomando palabras de una Constitución de Teodosio II del año 440, se enunciaba, que las leyes y constituciones deben dar forma cierta a los asuntos futuros, no revocar los hechos pretéritos; a no ser que expresamente se comprendan así los asuntos pretéritos como los que en la actualidad pendan.

---

<sup>16</sup> *Gaceta Judicial Año LVIII Serie VIII N°10 Pág 950 13 de Septiembre 1955.*

<sup>17</sup> *Gaceta Judicial Año CIV Serie XVII N°12 Pág 3838 25 de Septiembre 2003*

<sup>18</sup> *Holguín, Juan Larrea, Derecho Civil TOMO 1, 1464, páginas 111-112*

De todo lo antes descrito, se puede inferir la importancia que no sólo en la legislación, sino también en cuanto a opinión favorable de Tratadistas, tiene este principio denominado irretroactividad de la ley.

A pesar de ello, existen en la legislación ecuatoriana excepciones principalmente en campo de la defensa de los derechos fundamentales, en concordancia al principio indubio pro reo e indubio pro operario.

A diferencia del campo penal y laboral, en el ámbito mercantil, principalmente en cuanto a los Fideicomisos, se aplica la irretroactividad de la ley, lo que deviene en que los trece años de uso de esta figura, ante las reformas adoptadas, quede en el pasado.

Ante esta realidad, se vuelve imperante, realizar un análisis crítico, no sólo de las disposiciones actuales, sino que resulta necesario sentar un precedente con respecto a las prácticas derivadas del uso de esta figura antes de la reforma.

### **2.3 Codificación Ley de Mercado de Valores**

En virtud de la Codificación de la Ley de Mercado de Valores, publicada en el Registro Oficial Suplemento 215 de 22 de Febrero del 2006 y principalmente con la Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de

Valores y el Reglamento de la Ley de Mercado de Valores, se implementaron reformas importantes en el campo de los negocios fiduciarios.

En ese contexto, es evidente que estos cuerpos legales, se convirtieron en referentes legislativos y base jurídica esencial para regular los Fideicomisos.

Si bien es cierto que hasta el momento se había utilizado como soporte jurídico, el Reglamento de Negocios Fiduciarios, su existencia dejó de ser indispensable, al ser anexadas sus disposiciones a la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores.

Con las respectivas reformas se ha fortalecido la institución del Fideicomiso, pero la mala utilización derivada de las leyes anteriores, persiste en virtud del principio de irretroactividad de la ley.

Por ello resulta pertinente analizar de forma comparativa, en donde radican ciertas incongruencias que desvirtúan esta figura.

### **2.3.1 Definición de Fideicomiso**

En cuanto a la definición de Fideicomiso, presente en la Codificación de la Ley de Mercado de Valores Artículo 109 “Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles

o inmuebles corporales e 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 a favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario...”

A decir de este artículo, la definición citada es un tanto imprecisa con respecto a la finalidad.

En el campo de los negocios fiduciarios, la multiplicidad de actividades derivadas de la constitución de contrato de fideicomiso descritas en la Ley de Mercado de Valores, son infinitas. Por ello, el disponer que cumpla con las finalidades específicas, sin precisar a modo general la naturaleza de las mismas, tiende a dotar a esta expresión de un cierto matiz de permisibilidad. Aún cuando esté *permitido todo lo que no esté prohibido por la ley* tiene una connotación ambigua.

Además la falta de exactitud con respecto a este tema deja abierta la consideración de que el fideicomiso es una figura que, independientemente de su clase, permite la consecución de cualquier negocio, con pretexto de la celebración de este contrato típico.

### 2.3.2 Patrimonio Autónomo: objeto del mal uso

El patrimonio autónomo, es uno de los elementos que dotan a la figura jurídica del Fideicomiso de importancia y es alrededor de éste, que gira toda la estructura de este negocio.

Más aún, según el criterio de Silvio Lisoprawski y Claudio Kiper<sup>19</sup>, el patrimonio separado es un patrimonio de destino, en virtud de la finalidad para la cual fue constituido. Con el fin de conseguir el cumplimiento de lo requerido, la ley eleva a este patrimonio a una universalidad jurídica, que comprende derechos y obligaciones.

Además, como lo indica Julián Alberto Martín en su obra "Securitización, Fideicomisos, Fondos de Inversión, Leasing", "este patrimonio separado "ad hoc", se encuentra desafectado del patrimonio del constituyente y de la fiduciaria, siendo éste una unidad patrimonio autónomo afectada a la finalidad perseguida por el contrato en cuestión"<sup>20</sup>.

Entre las múltiples características presentes en el concepto del patrimonio autónomo se encuentran: independencia (con el fin de evitar la confusión de patrimonios), inembargabilidad, autonomía, entre otras. Todos estos elementos son los que revisten a suerte de escudo a este patrimonio.

---

<sup>19</sup> Lisoprawski Silvio y Kiper Claudio, "Fideicomiso, Fondo Fiduciario, Securitización", Editorial Depalma, segunda edición, pág. 144.

<sup>20</sup> Citado por Dirección de Asesoría Legal: Administración Federal de Ingresos Públicos – Dirección General Impositiva, Dictamen N° 55/2004, AFIP - Biblioteca Electrónica, Argentina.



De acuerdo a Ortiz Sotero<sup>21</sup> , el concepto de inembargabilidad en materia del fideicomiso, está ligado al concepto de propiedad fiduciaria y se traduce en la imposibilidad jurídica de los acreedores del constituyente y fiduciaria, para que según el caso, puedan afectar el patrimonio fideicomitado.

Paralelamente a la inembargabilidad, que resulta ser una característica natural de la propiedad fiduciaria, la inafectabilidad se torna en una causa legal que obliga a la fiduciaria a destinar los bienes fideicomitados a las responsabilidades que se deriven del fideicomiso. Lo cual permite a los acreedores del Fideicomiso accionar directamente para el cobro de las obligaciones derivadas exclusivamente de este contrato.

Aún cuando se desprende de los elementos del fideicomiso, la prerrogativa de que estos bienes están exentos de cualquier acción singular o colectiva de los acreedores del constituyente o del fiduciario; en una suerte de excepción, no sucede lo mismo con los acreedores del beneficiario, los cuales tienen legalmente la salvedad de accionar contra los beneficios percibidos, subrogándose así en los derechos de éste.

---

<sup>21</sup> Citado por: Mora Villegas Benito José, *El Fideicomiso Privado*, artículo online, Departamento adscrito a la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de la Gestión Pública, México

La Codificación de la Ley de Mercado de Valores, al reiterar la condición inembargable de este patrimonio, reconoce la imposibilidad de que sobre él pesen medidas cautelares de ninguna naturaleza<sup>22</sup>.

Con referencia al anterior aspecto, es fundamental destacar que se podría eventualmente configurar en un evidente perjuicio contra terceros. Pues éstos se verían aparentemente impedidos de ejecutar el pago de sus obligaciones sobre los bienes que una vez fueron de su deudor y al haber sido establecidos dentro de este patrimonio, resultan intocables al pasar a ser del “Fideicomiso”, cuyos frutos también dejaron de pertenecer al deudor para ser entregados a un tercero beneficiario.

### **2.3.3 El Constituyente**

El personaje principal, de cuya voluntad depende la constitución de un fideicomiso, es el constituyente.

El artículo 115 de la Codificación de la Ley de Mercado de Valores, señala que 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 del fideicomiso mercantil”.

---

<sup>22</sup> Artículo 121, Codificación de la ley de Mercado de Valores, página 583: “Los bienes del fideicomiso no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente ni por los del beneficiario...”

Además, como bien lo afirma José Benito Mora Villegas: “En la persona del fideicomitente puede reunirse también la calidad de beneficiario, ya sea que se autodesigne expresamente, o bien, en el supuesto de que en el acto constitutivo no se haya nombrado beneficiario, se debe entender que es el constituyente quien asuma dicha calidad”<sup>23</sup>

Por lo que podemos concluir que el fideicomitente puede desempeñar un papel dual dentro de la constitución del Fideicomiso, situación que es poco usual en virtud de que la mayoría de negocios jurídicos de este tipo, están destinados a beneficiar a terceros distintos al constituyente.

### **2.3.3.1 Papel que desempeña dentro del Fideicomiso**

Como se lo había señalado antes, su intervención dentro de este negocio fiduciario puede ser o no ser efímera. Es así que el constituyente que no es beneficiario del contrato, tiene definitivamente una participación limitada exclusivamente a la suscripción del contrato, donde renuncia a sus eminentes derechos y ganancias, en beneficio de un tercero, el cual a la consecución de los objetivos, aprovechará los resultados obtenidos.

El Constituyente, es el encargado de impartir las órdenes que busca sean cumplidas, a través del fideicomiso.

---

<sup>23</sup> *Mora Villegas José Benito, El Fideicomiso Privado, artículo online [sgp.guanajuato.gob.mx/PortalSGP/upload/ElFideicomisoprivado.pdf](http://sgp.guanajuato.gob.mx/PortalSGP/upload/ElFideicomisoprivado.pdf)*

En un primer plano, éste, debe decidir que tipo de negocio fiduciario se ajusta a sus necesidades. Una vez que reduce sus posibilidades a uno, recurre a una fiduciaria, para contratar sus servicios y llevar a cabo su proyecto.

El proceso de decisión sobre el empleo de esta figura, depende en gran medida de los intereses ulteriores del constituyente.

Aún cuando uno de los requisitos esenciales para constituir un fideicomiso es la declaración juramentada del constituyente, donde además de señalar que los bienes transferidos han sido adquiridos legítimamente, expresa que no existe la intención de irrogar perjuicio a terceros, no es posible determinar con exactitud a qué tipo de intención se refiere la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores en su Artículo 14 inciso 1, que determina: "Fiduciaria no deberá permitir que con la constitución del Fideicomiso, exista la intención de irrogar perjuicio a terceros".

Si bien es cierto se puede presumir que se refiere a la intención mediata, cuyo nacimiento depende de las circunstancias que en ese preciso instante afecten al constituyente. Por lo cual, se entendería que la intención de constituir un fideicomiso, para proteger los bienes de una determinada persona en un caso de quiebra o insolvencia, según el caso, derivaría en la ilicitud del Fideicomiso.

Para una mayor comprensión del supuesto, se debe recurrir a entender a que se refiere la ley con intención. El Diccionario de Cabanellas, la define como<sup>24</sup>:

- **“Determinación volitiva o de la voluntad en orden a un fin”**

Se puede inferir que esta determinación se estructura en cuanto a la consecución de un fin, independientemente de la naturaleza de este. Por lo cual, dentro de este tema una finalidad podría ser salvaguardar y proteger los bienes de cualquier tipo de ingerencia externa.

- **“Designio reflexivo de obrar o producir un efecto”**

En virtud de lo cual la persona haciendo uso de su intelecto, piensa antes de actuar, para obtener los resultados esperados. Este tipo de actuar meticuloso, permite analizar las posibilidades y encaminar todos los esfuerzos para responder a las necesidades, cuestionamientos y deseos profundos; que no siempre pueden ser expresados.

- **“Cautela maliciosa”**

En lo cual podemos incluir todos los negocios realizados con determinante precisión, picardía y de vez en cuando al margen mismo de la ley.

---

<sup>24</sup> Cabanellas de Torres Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, Argentina, 2001, página 208-209

El papel de que desempeña la intención es indispensable pues se convierte en un catalizador con el fin de determinar la forma de proseguir con respecto a determinada decisión.

### **2.3.3.2 El constituyente como beneficiario**

Tan sólo cuando el constituyente se determina como único beneficiario, permite a los terceros accionar en contra de los frutos que resulten del negocio.

En la realidad son escasos los contratos, en los que los constituyentes aceptan ser dentro del Fideicomiso, sus propios beneficiarios.

Por lo tanto, en el campo del mal uso de esta figura, se desprende que carecería de practicidad figurar como participante activo si la intención fundamental se traduce en salvaguardar el patrimonio de un posible concurso de acreedores.

### **2.3.4 Indefensión de terceros**

En síntesis, el mal uso de la figura o cualquier otra creada con este objetivo, permite instituir un fideicomiso, aún cuando medie declaración sobre la licitud de la constitución, con el único fin de sustraer los bienes del comercio y a través de la creación del patrimonio autónomo, propender a una protección absoluta e ilegal de los bienes, en evidente perjuicio de terceros.

La ley determina en el capítulo de las cuestiones procesales, las acciones que asisten a los terceros para exigir sus derechos, en caso de haberse celebrado este contrato en fraude de terceros.

En cuanto a la Codificación de la Ley de Mercado de Valores, dispone de la acción de nulidad como uno de los mecanismos de defensa para los terceros perjudicados.

A decir de Emilio Velasco Céleri la acción de nulidad y rescisión provienen del presupuesto jurídico que el contrato suscrito entre las partes adolece de vicios, invalidándolo, suprimiendo efectos pasados y futuros<sup>25</sup>. De esta manera al ser plenamente anulado o rescindido, el contrato se considera como si no hubiese sido celebrado. Esta nulidad afecta a las partes y a terceros.

En relación a los contratos de fideicomiso, estaríamos ante un caso de nulidad relativa, la misma que se encuentra descrita a partir del Artículo 1697 del Código Civil, y la cual no puede ser declarada por el juez, sino a petición de parte.

Junto con la acción de nulidad se puede pedir la restitución de las cosas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

---

<sup>25</sup> *Velasco Céleri Emilio, Teoría y Práctica del Juicio Ordinario, Editorial PUDELECO, página 518 Quito 1996*

En cuanto a la indefensión de terceros, ésta no puede estar únicamente circunscrita al ámbito de los deudores del constituyente, pues existen también aquellos terceros cuyas obligaciones se desprenden del mismo contrato de Fideicomiso, los cuales también se podrían encontrar en virtud de ciertas disposiciones, en una situación de indefensión relativa.

Con el paso del tiempo y ante la aparente ineficacia del sistema judicial, ha sido necesario, optar por un sistema novedoso para la solución de diversos conflictos. Esta opción paralela, trae implícita la prerrogativa, de ser un mecanismo cuyo laudo es definitivo, inapelable. Esta situación en cuanto a la imposibilidad de recurrir el laudo ante instancias superiores, resulta un tema un tanto controversial.

La tendencia actual, es optar por estas formas alternativas, en virtud de sus beneficios, aún así, queda siempre la interrogante si a través de los mismos se alcanza la justicia en su amplio sentido. Parte de los argumentos favorables, señalan que la verdadera justicia que se alcanza por medio de un acuerdo, es con el fin de equilibrar la balanza.

En el caso de los conflictos derivados de los fideicomisos, se ha convertido en una tendencia obligatoria, presente en todo contrato de constitución de este negocio fiduciario, la siguiente cláusula arbitral:



*“Las partes convienen que el presente contrato será cumplido de buena fe entre las partes y que cualquier controversia tratará de ser resuelta por ellas con el mismo espíritu y de mutuo acuerdo. Sin embargo para cualquier controversia relacionada con o derivada de este documento y su ejecución, que no pueda ser resuelta de mutuo acuerdo entre las partes (MEDIACIÓN), éstas se someterán a la decisión de los tribunales de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito al Reglamento del centro de Mediación de la Cámara de Comercio de Quito...”*

A pesar de que los resultados de la utilización de estos mecanismos tienden a ser beneficiosos para las partes, existen ocasiones en las cuales, no existe otra alternativa, ya sea por temor a la justicia ordinaria como por el desconocimiento, y por ello se llegan a acuerdos inequitativos.

Se considera que de la misma forma como estos medios de resolución de conflictos pueden ser una herramienta efectiva, en ciertas ocasiones y principalmente ante ciertas características como la inapelabilidad señalada anteriormente, se puede efectivamente propender a la indefensión relativa de los terceros.

### **2.3.4.1 Caso práctico: El controversial Fideicomiso de Administración**

Aún cuando el Artículo 3 de la Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, determina las estipulaciones prohibidas en cuanto a los contratos de constitución de fideicomisos, esta disposición tiende a no ser suficiente para evitar ciertos manejos irregulares de estos negocios. Es así que este artículo señala la prohibición respecto a cláusulas que desnaturalicen el negocio fiduciario.

En tal caso, sería una cláusula prohibida, aquella que conlleve el uso del fideicomiso con el fin de salvaguardar bienes, como prevención ante cualquier circunstancia adversa, que ponga en riesgo el patrimonio del Fideicomitente.

En evidente violación a las normas antes descritas, las Fiduciarias viabilizaron la posibilidad de utilizar este Fideicomiso con una finalidad totalmente opuesta a la verdadera naturaleza jurídica de estos negocios: la mera tenencia en el Fideicomiso de Administración.

La Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores Artículo 17, define a este Fideicomiso como: “el contrato en virtud del cual se transfieren bienes muebles o inmuebles al patrimonio autónomo, para que la fiduciaria los administre y cumpla las instrucciones instituidas en el mismo”.

A pesar de que existen comentarios favorables, en cuanto a la posibilidad de constituir este fideicomiso, con el fin de realizar tareas, que en caso de adultos mayores, resultan tediosas y complicadas. Este criterio vislumbraría un detalle esencial de este tipo de contratos, en virtud de una “delegación”, en cuanto al cumplimiento de ciertas tareas, que por las cuestiones anteriormente mencionadas devienen en un beneficio real para la persona.

Sin embargo, es preciso develar la brecha de la cual se extiende el mal uso de esta figura. El objeto de este fideicomiso, si bien es cierto, deviene en la consecución de labores como las anteriormente definidas, sin embargo, las Fiduciarias apostaron a una forma de fideicomiso de administración, un tanto engañosa y dudosa; y es en cuanto al objeto de este contrato: tenencia.

Según Cabanellas, la tenencia se refiere a la mera posesión de una cosa; su ocupación corporal y actual<sup>26</sup>. Partiendo de esta simple definición, resulta paradójico pensar en constituir un fideicomiso con el único propósito de la tenencia por parte de la Fiduciaria.

Si bien es cierto, la razón de ser de este contrato, es realizar proyectos simples, facilitar labores, entre otros. Pero, en el caso de esta figura, la tenencia, se traduce en un “encargo”, con la ventaja de mantener el bien, sin generar beneficio definido alguno. Esta circunstancia se asemeja a pensar que

---

<sup>26</sup> *Cabanellas de Torres Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Argentina, 2001, página 379*

una persona deposite su dinero en una caja fuerte, esta simple acción pasiva, desvirtúa el sentido legal que se le ha dado a los fideicomisos en general. Los cuales fueron creados con una finalidad más activa, trascendiendo procesos económicos efímeros y dotando a la misma figura de una amplia versatilidad, principalmente en el campo de los negocios en general.

A decir de la Codificación de la Ley de Mercado de Valores, Artículo 103, entre las múltiples obligaciones de la Fiduciaria, se encuentra la administración diligente<sup>27</sup>. Ante lo cual, sería difícil rendir cuentas sobre una verdadera administración eficiente, si no realiza una finalidad más trascendental que la simple tenencia.

Inclusive la Enciclopedia Encarta en su diccionario, le otorga a la administración un valor mayor con respecto a las actividades que a su ejercicio conciernen. Es así, que se habla de ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes.

Por lo cual, aún cuando las reformas, acertadamente, hayan desechado esta opción en el campo del Fideicomiso de Administración, esto no desestima la existencia de cientos de estos Fideicomisos que en virtud de la irretroactividad de la ley operarán hasta su terminación, que como en estos

---

<sup>27</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, Artículo 103, página 580 "De las obligaciones de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos como fiduciario a) Administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos en fideicomiso mercantil.

casos resulta imposible en virtud del cumplimiento de una finalidad específica, será hasta el plazo de existencia legal que es de 80 años.

En nuestra realidad jurídica y social, se constituyen créditos, garantizados a su vez por potenciales títulos ejecutivos, que si son presentados dentro del término legal, permiten al acreedor cobrar su crédito a través de la ejecución de los mismos. Lamentablemente, hasta el instante que el acreedor se decida efectivamente a actuar, el deudor pudo haber constituido un fideicomiso, protegiendo así su patrimonio “en riesgo”.

Inclusive, la ley no prevé la constitución de un fideicomiso en potencial o futuro fraude a terceros. Es debatible el emplear un criterio, que parte de una suposición futura, a suerte de predicción.

En sí, una persona con el fin de salvaguardar su patrimonio, podría recurrir a este negocio jurídico.

De esta forma, el fideicomiso, legalmente constituido, puede impedir eventualmente que quienes tienen derechos legítimos sobre los bienes materia del contrato, puedan ejercer sus acciones, pues la comprobación de que el acto jurídico se realizó en fraude de terceros, es relativa y simplemente tiene razón de ser en la intención oculta y previsión del constituyente.

En tal caso, se puede propender al perjuicio eventual de acreedores, herederos, entre otros...

## **2.4 Fideicomiso: salvación frente a la quiebra**

En cuanto a la quiebra, que según nuestra legislación es exclusiva para los comerciantes, se presentan dos situaciones extremas en el sector empresarial:

Empresas que han perdido valor por mucho tiempo, pero aún así subsisten.

Empresas que han dejado de existir, aún cuando eran potencialmente viables.

Paralelamente, las circunstancias adversas, externalidades, variaciones económicas, inseguridad jurídica, que convierten a estos pequeños empresarios y comerciantes, en presa fácil para sucumbir ante la adversidad.

Muchos de estos, que aún cuando vislumbran un futuro prometedor, lo pierden todo. Considerando el factor emocional y psicológico, de la quiebra, tienden a actuar erradamente y en ciertos casos como medida desesperada de protección, omiten opciones legales, y recurren al mal uso del fideicomiso, con el fin de salvar sus bienes de la eminente ejecución por parte de los acreedores.

Nuestra legislación concibe dos posibilidades legales para este tipo de circunstancias, otorgando de esta forma herramientas (una de ellas más viable que la otra), para enfrentar la quiebra:

#### **2.4.1 Suspensión de Pagos**

La misma que se encuentra prevista en el Código de Comercio, Libro IV a partir del Artículo 1012.

Este mecanismo permite al comerciante constituirse, a través de la declaración emitida por el juez de su domicilio, en estado de suspensión de pagos, con el fin de obtener un tiempo de espera por parte del acreedor para el cumplimiento efectivo de la obligación.

Los comerciantes que pueden acogerse a estas disposiciones son:

Aquellos que aún cuando posean bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, prevén la imposibilidad de efectuarlo en las fechas de sus respectivos vencimientos.

Aquellos que posean bienes suficientes para cubrir su pasivo, se presentan en estado de suspensión de pagos, dentro de las 48 horas siguientes al vencimiento de una obligación que no haya satisfecho.

Este proceso se efectuará a través de correspondiente demanda, en la cual se detallarán:

- Hechos y motivación que la fundamente
- Tiempo de espera que solicite, el cual no podrá exceder de dos años.

Además a la misma, se acompañará:

- Un estado detallado y valorado de sus activos y pasivos
- Un listado de acreedores, incluyendo sus domicilios y el importe de sus créditos.

Una vez declarada la suspensión provisional de pagos, el Juez mandará a citar a los acreedores para una junta a celebrarse dentro de los dos meses siguientes a la expedición de la resolución.

Para la consecución de este procedimiento, se nombrará a un interventor, con el fin de confrontar el balance presentado por el comerciante con los activos y pasivos actuales de éste.

Si del Balance se encuentran créditos vencidos antes de presentada la demanda de suspensión de pagos, el Juez decretará la quiebra y sustanciará el respectivo juicio.



Durante la reunión de la Junta de Acreedores, el Juez tras la lectura del informe del interventor y los balances, abrirá la discusión con el fin de que los acreedores concedan o no al deudor la espera solicita, la cual no podrá durar más de dos años, desde la suspensión provisional.

En el caso de que la decisión de la mayoría no otorgara la suspensión de pagos, el Juez no la concederá y si reconoce que existe mérito suficiente, en la misma providencia declarará al comerciante en quiebra.

Al existir figuras como éstas, se debería hacer uso de las mismas con el fin de solucionar desavenencias comerciales, sin necesidad de proceder a un juicio ejecutivo u optar por utilizar un fideicomiso en fraude de terceros. La falta de conocimiento y asesoría de las personas, hace posible los actos ilícitos y perjudiciales.

#### **2.4.2 La famosa Ley de Concurso Preventivo**

Como indica Alberto Chiriboga Acosta la “Ley de Concurso Preventivo” fue expedida como un instrumento jurídico, necesario para prevenir la extinción de empresas, en defensa de la economía, empleo y mano de obra; con el fin de generar bienestar social y satisfacer las necesidades colectivas. De esta

manera se logra la rehabilitación de la compañía concursada, a través de la correspondiente reactivación de su ciclo productivo”<sup>28</sup>.

Por otro lado según lo dispuesto en el Artículo 2 de la Ley de Concurso Preventivo, señala, que este proceso tiene por objeto la celebración de un acuerdo o concordato entre el deudor y sus acreedores, con el fin de facilitar la extinción de las obligaciones de la compañía, regular las relaciones entre los mismos y conservar la empresa.

Aparentemente esta ley sería de suma utilidad en nuestro país, en virtud de la dificultad que tienen las diversas empresas para mantenerse en el sector productivo. Esto debido a la inseguridad jurídica y a la inestabilidad económica, que generan circunstancias desfavorables no sólo para las grandes empresas, sino también para los pequeños y medianos comerciantes.

La misma ley detenta un criterio incoherente con respecto a los sujetos que pueden acogerse a lo dispuesto en la misma pues, limita el campo de acción y oportunidad a ciertas empresas, las cuales:

- Constituidas en el país

---

<sup>28</sup> Chiriboga Acosta Alberto, *Resolución Superintendencia de Bancos, Salinas, 27-07-2006* [http://209.85.165.104/search?q=cache:dG7ITPO3c8AJ:www.superban.gov.ec/downloads/normativa/2006/Junta%2520Bancaria/resol\\_JB-2006-907.pdf+ley+de+concurso+preventivo&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=ec](http://209.85.165.104/search?q=cache:dG7ITPO3c8AJ:www.superban.gov.ec/downloads/normativa/2006/Junta%2520Bancaria/resol_JB-2006-907.pdf+ley+de+concurso+preventivo&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=ec)

- Sujetas a vigilancia y control por la Superintendencia de Compañías
- Cuenten con un activo superior a cuatro mil unidades de valor constante o más de cien trabajadores permanentes.
- Contar con un pasivo superior a dos mil unidades de valor constante<sup>29</sup>.

En este contexto, esta ley en un tono discriminatorio, permite que tan sólo las grandes empresas, se beneficien de este proceso.

La ley hace alusión a personas jurídicas, con características disímiles a la realidad de nuestro mercado interno, donde a causa de un sinnúmero de factores, existe una mayor cantidad de empresas de pequeñas dimensiones. Éstas son ciertamente omitidas por esta ley e imposibilitadas de recurrir a opciones legales más beneficiosas como ésta, en caso de una evidente quiebra.

Es indiscutible que a pesar de que la intención de la ley es perfectamente comprensible, carece de utilidad práctica alguna; principalmente en cuanto a ser discordante con la situación de nuestra sociedad.

---

<sup>29</sup> *Unidad de Valor Constante equivale a \$ 2,6289. El sistema de unidades de valor constante fue derogado por la Ley para la Transformación Económica del Ecuador (R.O. 34-S, 13-III-2000:: Esto evidencia lo arcaica que ahora resulta esta ley*

Es por ello, que esta Ley de Quiebras debería ser concebida para evaluar de forma correcta el potencial económico de las empresas e impulsarlo.

Como bien lo afirma el alto funcionario de la CAF, Andrés Langebaek durante el Módulo de Intermediación Financiera, que la ley de quiebras debería proponer efectivamente<sup>30</sup>:

- Mecanismos temporales para solucionar el incumplimiento de pago de obligaciones mercantiles
- Incorporación: remoción de los administradores y su reemplazo por promotores o administradores temporales, con la obligación de suministrar a los acreedores, en el corto plazo, la información suficiente de la viabilidad de la empresa.
- Considerar la cesación de procesos ejecutivos
- Capitalización de pasivos.
- Concertar condiciones laborales especiales
- Adopción de códigos de gobierno corporativo como condición para las empresas que entran en la Ley de Quiebras.
- Posibilidad de readquirir bienes otorgados en pago
- Gestionar líneas de redescuento especiales.

---

<sup>30</sup> Documento electrónico Módulo de Intermediación Financiera, Langebaek Andrés [www.concertacion.ec/conferencias/sintesisModulo2.pdf](http://www.concertacion.ec/conferencias/sintesisModulo2.pdf)

A través de cambios estructurales de esta ley, y adoptando una conciencia más acorde a nuestra realidad, se podría fusionar eficientemente estas dos figuras, con el fin de generar una opción potencialmente interesante y beneficiosa. Por medio de un negocio jurídico bien estructurado y en armonía directa con la realidad económica de las partes, se puede disminuir la relación tensionante de deudor-acreedor, y mediante una mutua cooperación, desarrollar algún proyecto que les importe beneficios a ambas partes.

Con un criterio más sensible, la solución no se encuentra tan sólo en cobrar las deudas a toda costa, incluso al punto de dejar al deudor tan sólo con bienes para su congrua sustentación, sino el generar una opción para mantener un negocio y eventualmente volverlo más productivo.

En síntesis, la idea se encuentra más allá de quitar a la persona su medio de trabajo, sino en buscar opciones jurídicas y creativas para invertir y crecer.

## **2.5 La Fiduciaria**

Otro de los sujetos claves para la realización de cualquier fideicomiso es la administradora de fondos y fideicomisos, la misma que cumple un papel trascendental en la consecución del fin para el cual el negocio jurídico es creado.

Por lo tanto su trabajo debe enfocarse no sólo en estructurar de forma correcta el contrato de Fideicomiso, tomando las previsiones correspondientes para evitar conflictos.

Tanto la ley como la práctica en este campo, señalan que el trabajo de la Fiduciaria es de medio más que de resultados. Es por ello, que se hace cada vez más imprescindible que la Fiduciaria desarrolle sus actividades de forma eficiente y siempre con las previsiones del caso para mantener la transparencia de sus negocios.

A pesar de que la ley resulta insuficiente con respecto a este tema, es preciso analizar la actuación de esta institución en cuanto a dos temas controversiales: lavado de dinero y los avalúos de sus bienes.

### **2.5.1 Previsiones y mecanismos contra el lavado de dinero<sup>31</sup>**

La Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, Artículo 14, Segundo Párrafo, determina que las administradoras de fondos y fideicomisos, deberán aplicar políticas internas tendientes a conocer a su cliente, a fin de MINIMIZAR las contingencias derivadas de mecanismos de lavado de dinero, narcotráfico y otros hechos delictivos que pudieran efectuarse a través del negocio fiduciario. También deberá verificar que los bienes que

---

<sup>31</sup> *Ley para reprimir el Lavado de Activos, R.O. No. 127 - Martes, 18 de octubre de 2005, creada con la finalidad de prevenir, detectar, sancionar y erradicar el lavado de activos, en sus diferentes modalidades*

han sido transferidos al patrimonio autónomo tengan relación con la finalidad que se pretende alcanzar con el negocio.

De lo transcrito anteriormente, es evidente la incompatibilidad e incoherencia del mismo. Resulta ilógico pensar que todo el esfuerzo que debería corresponder a la Fiduciaria con el fin de prevenir ilícitos como lavado de dinero, narcotráfico, entre otros, se traduzcan en minimizar las contingencias derivadas de los mismos. De lo cual se podrían inferir que en virtud de un criterio incongruente de evitar el mal menor, se aceptaría la constitución de un fideicomiso, cuyo objeto tenga la probabilidad MÍNIMA (De 100%: TAN SÓLO 20%) de provenir del lavado de dinero.

Por el simple hecho de disminuir la probabilidad, no deja de ser un ILÍCITO; además la ley debe ser totalmente prohibitiva en estos casos, más no permisiva. Aún cuando la lógica y la realidad demuestren lo complejo que supone reducir a cero estas contingencias, las disposiciones deben ser tajantes en cuanto a impedir la comisión de un ilícito.

Es también incomprensible el no propender, según el punto de vista de la misma ley, a minimizar de igual forma los perjuicios que se podrían causar contra terceros.

Resulta paradójico, el tener una ley que además de expresamente preferir un mal menor, considere a estas circunstancias tan solo como una prohibición

cuando deberían ser obligaciones tajantes, sujetas a su respectiva responsabilidad y sanción en caso de incumplimiento por parte de la Fiduciaria.

En relación al lavado de dinero, la misma Codificación en el Artículo 1 del Título VII: Disposiciones Generales, Capítulo VII, expresa: Art. 1.- Lavado de activos.- Los participantes del mercado de valores están sujetos a las disposiciones establecidas en la Ley para Reprimir el Lavado de Activos. Los participantes del mercado de valores, en particular las casas de valores y administradoras de fondos y fideicomisos, deberán cumplir lo señalado en el Artículo 3 del citado cuerpo legal”.

En el ámbito actual, las Fiduciarias no cuentan efectivamente, con procedimientos seguros con el fin de corroborar la intención ulterior de sus constituyentes.

En ese contexto, es evidente que la declaración exigida como cláusula dentro del contrato de constitución, sobre la licitud de los bienes y el no perjuicio de terceros, se fundamenta en la “confianza aparentemente ciega”, que debería la Fiduciaria a su constituyente.

Esta consideración de confianza ciega, se desprende en que la declaración es comprobable en sus aspectos más esenciales:



- ***Bien se encuentre libre de vicios***

En el caso de un inmueble, un simple certificado del Registro de la Propiedad bastaría.

- ***Bien no provenga de un acto ilícito***

Pues se podría subsanar esta duda a través del contrato celebrado con todas las formalidades de la ley.

Con respecto a este punto, sería un tanto complejo probar que efectivamente el dinero, bienes aportados serían resultado de la comisión de ciertos delitos como el narcotráfico, lavado de dinero, entre otros.

Por ello, la ley tan diligentemente previene la posibilidad de enfocar los esfuerzos de la Fiduciaria, en al menos minimizar estas contingencias, como anteriormente fue analizado.

- ***Fideicomiso no se constituya en perjuicio de terceros***

Circunstancia complicada de probar, salvo la existencia de documentos fehacientes que reconozcan, por ejemplo una eventual deuda, puede ser a través de un título de crédito.

En la práctica resultaría incómodo para los constituyentes, que la Fiduciaria, en un papel de investigador, cuestione los motivos que llevan a alguien a constituir un Fideicomiso. Sería lo correcto y lo justo, pero bien podría la persona mentir sobre sus verdaderas intenciones, ante lo cual no cabría cuestionamiento alguno.

Inclusive a nivel de gastos operacionales de estas Administradoras de Fondos y Fideicomisos, aún cuando jurídicamente salvaguardaría los derechos mediatos o inmediatos de terceros, supondría una inversión dineraria de gran magnitud el iniciar una investigación integral, con el fin de corroborar la declaración de cada uno de sus clientes.

Esta brecha jurídica y más que todo en el sentido de legitimidad de los actos jurídicos en este campo, distorsiona la practicidad y buen uso de esta figura.

Sin restar importancia a los rasgos anteriores, es indudable que, la Fiduciaria también puede actuar por omisión y con el fin de complacer al cliente, podría alegar en el contrato la declaratoria de licitud y no perjuicio a terceros, con pleno conocimiento del artificio.

Obviamente en este caso se constituiría en cómplice del engaño. Lo que en ciertos casos podría ser eventualmente reconocido de existir acciones judiciales propuestas por terceros, pero cuando ninguna de ellas prosperan por

algún motivo en particular, el ardid se mantendría a perpetuidad (80 años o hasta verificar el cumplimiento de la finalidad del Fideicomiso).

La Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, en el campo de la responsabilidad, infracciones y sanciones, es tajante al condenar a prisión de uno a cinco años, más una multa de doscientos sesenta y dos dólares con ochenta y nueve centavos a dos mil seiscientos veintiocho dólares con noventa centavos, a los que hubieren celebrado fraudulentamente contratos de fideicomiso mercantil en perjuicio de terceros.

Finalmente, a pesar de que la ley prohíbe a la Fiduciaria, “Aceptar la constitución de un fideicomiso sin contar con una declaración juramentada del constituyente, en el sentido de que los bienes transferidos han sido adquiridos legítimamente; no permitir que el fideicomiso mercantil adolezca de causa u objeto ilícito; ni que en su constitución exista intención de irrogar perjuicio a terceros”<sup>32</sup>, del análisis anterior se desprende la relatividad de esta disposición, en cuanto a la dificultad que supone la corroboración del misma, sea por falsedad de lo expuesto por parte del constituyente, o por la misma participación por conocimiento de la fiduciaria.

Actualmente las personas buscan mecanismos creativos para escaparse de la ley y ciertas figuras legalmente estructuradas como el Fideicomiso, son empleadas, partiendo de sus debilidades y elementos disfuncionales, de forma

---

<sup>32</sup> *Codificación de resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, Artículo 14 inciso 1 página 75.*

ilegal. Así nos encontramos en circunstancias aparentemente legales, pero cuyo trasfondo se fundamenta en irregularidades no previstas por la ley, y ante las cuales no existen medios directos de acción.

## **2.6 El controversial avalúo de los Fideicomisos**

Cabanellas, define al avalúo, como acción y efecto de fijar la estimación de una cosa en la moneda del país o la indicada en el negocio de que se trate<sup>33</sup>.

Este procedimiento resulta indispensable en la mayoría de Fideicomisos, pero adquiere mayor relevancia en los conocidos Fideicomisos de Garantía.

Por mucho tiempo, este requisito esencial para un sinnúmero de Fideicomisos, pudo haber sido deficientemente realizado, sin que de esta mala práctica exista constancia alguna. Sin embargo, no es, sino con las controversias surgidas con los avalúos de los Fideicomisos de la AGD, cuando se devela la irregularidad: sobrevaloración de los bienes fideicomitidos.

En materia del Sistema Financiero Ecuatoriano, los avalúos son considerados dentro de la Sección II Artículo 3 Libro I de las Normas Generales para la aplicación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que determina: “al valorar los bienes aceptados como garantía adecuada se

---

<sup>33</sup> *Cabanellas de Torres Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Argentina, 2001, página 45*

tomará en cuenta el valor comercial de bienes con similares características y condiciones en los mercados donde puedan ser enajenados”.

Aún cuando esta disposición constituye una importante guía para proceder al avalúo de ciertos bienes, resulta ser simplemente referencial y teórica; en la realidad, no fue considerada en absoluto en la constitución de los renombrados fideicomisos de la AGD.

Tal es el caso del Fideicomiso Alegría<sup>34</sup>, constituido el 06 de Octubre de 2003 por la Compañía Filsa S.A, siendo su beneficiario Bancomex<sup>35</sup>. En cuanto al patrimonio autónomo éste comprende:

BIENES	UBICACION	AREA	AVALUOS
Hacienda la Esperanza	Santa Elena	10,83 Hectáreas	Miguel Carpio \$ 1,218,375 Sonia Galarza Torres \$9,890.82 Mario Pólit \$ 11,727.52 DINAC \$ 826,914.90

De lo anteriormente descrito, resulta evidente la diferencia abismal que existe entre los avalúos realizados al inmueble.

Este tipo de discrepancias y el uso de avalúos “sobrevalorados” como referente, no sólo atenta contra principios constitucionales básicos, sino que

<sup>34</sup> VER ANEXO 4

<sup>35</sup> Cuadro de datos sobre Fideicomisos manejado por la AGD <http://www.agd.gov.ec/>

revela la mala intención de aquellos, quienes de una forma u otra participaron en la constitución de esta figura jurídica.

También se ha sostenido, como indica la AGD, que el perjuicio al Estado, por las diferencias en los montos de los avalúos de los bienes entregados para la conformación de estos fideicomisos de los bancos cerrados asciende a \$20 millones<sup>36</sup>

Lo más indignante tiende a ser que se haya permitido la constitución de estos fideicomisos, como una herramienta de protección a los deudores de la Banca.

En la práctica el perjuicio no sólo afecta al Estado, pues el atentado flagrante, se da en contra de todos los verdaderos perjudicados de la crisis bancaria: los ecuatorianos, todos aquellos cuenta ahorristas, cuenta corrientistas de Bancos como: Préstamos, Popular, Crédito, Bancomex, entre otros.

Estos casos, evidencian la incipiente regulación en asuntos claves como la correcta valoración de los bienes. Lo cual debería realizarse con total transparencia, no sólo por la Fiduciaria, sino también por algún tercero imparcial como la DINAC (Dirección Nacional de Avalúos y Catastros), en virtud

---

<sup>36</sup> *Diario EL HOY Sección Política, "Fideicomisos de AGD con diferentes avalúos", 15/10/2004*

de cuyas observaciones se pueda efectivamente proceder a la correcta valoración de los bienes.

### **Los Fideicomisos de la AGD<sup>37</sup>**

Durante la crisis bancaria varios ex accionistas de los bancos que hoy están en manos del Estado descubrieron un nuevo uso de los fideicomisos: proteger sus inversiones.

A decir del administrador temporal del Banco del Progreso, César Rumbea, un fideicomiso mal utilizado puede convertirse en una pantalla que actúa por cuenta de una persona. En cierta forma un individuo puede obtener el control sobre él, aunque no aparezca directamente<sup>38</sup>.

Hasta el año 2000, el Banco Central tenía 354 millones de dólares en garantías registradas en fideicomisos a su favor.

Estas cifras, revelan, el papel protagónico que desempeñaron los Fideicomisos desde el 2000. Por cuanto pasaron de ser herramientas indispensables, a ser empleados indiscriminadamente, para “lavar las deudas de los grandes morosos de la banca cerrada durante la crisis bancaria de 1999

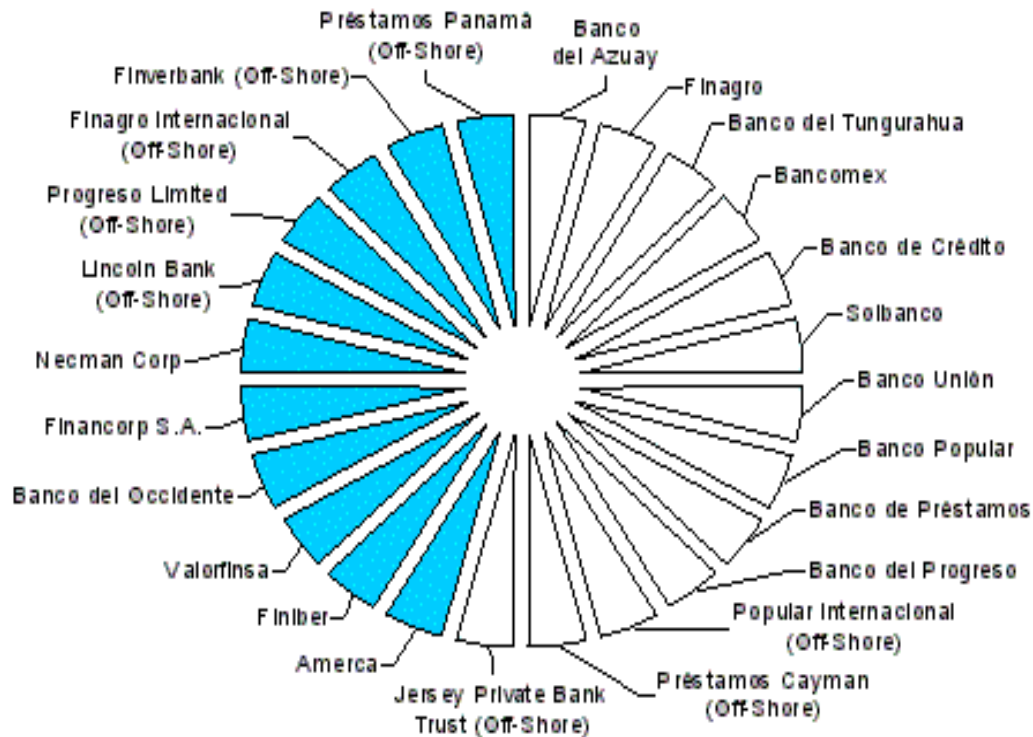
---

<sup>37</sup> VER ANEXO 5

<sup>38</sup> Archivo Digital Diario El Hoy Sección Opinión, tomado de Diario el Comercio “Una caja de pandora llamada Fideicomiso”, 10/07/2000

al 2000 y además, para favorecer a los ex accionistas bancarios o deudores de la banca”<sup>39</sup>

**Entidades que han sido administradas por la AGD<sup>40</sup>  
AL 28 DE ENERO DEL 2007**



En la actualidad según El Diario El Comercio sección Negocios del 12 de abril de 2007, la Comisión Especial para la Investigación del Salvataje Bancario, creada por el Presidente de la República, se concentrará en revisar los fideicomisos que constituyeron los deudores de la banca para eludir el pago

<sup>39</sup> Declaraciones de Wilma Salgado, citadas por el Diario HOY “Salgado sacude el avispero desde afuera de la AGD”

<sup>40</sup> GRÁFICO Entidades que han sido administradas por la AGD, enero 2007 tomado de <http://www.agdecuador.com/agd/interna1.php?IDTIPOPAS=1&IDSECCIONPAS=1&IDSUBSECCIONPAS=7&SECCIONPAS=Información%20pública>



de sus obligaciones. El número de Fideicomisos de la AGD que esta comisión maneja es de 500<sup>41</sup>.

Para concluir este apartado, cabe señalar que es decepcionante pensar que se puede propender al flagrante irrespeto a la ley, por medio del uso de una herramienta jurídica válida como lo es el Fideicomiso. El atentado adquiere grandes proporciones cuando se realiza en perjuicio directo de cientos de personas, que fueron las directas perjudicadas de aquella terrible crisis bancaria.

## **2.8 Análisis de Casos Prácticos**

### **2.8.2 El fideicomiso como mecanismo para cometer el delito de PECULADO BANCARIO<sup>42</sup>**

Se podría pensar como poco probable el relacionar a un Fideicomiso con un delito tan grave como lo es el de Peculado Bancario, pero este caso de mal uso de un Fideicomiso, es uno de los pocos que ha llegado a la máxima instancia judicial<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> *Diario EL Comercio Sección negocios, "La comisión del salvataje investigará los fideicomisos", 12/04/2007*

<sup>42</sup> *VER ANEXO 6*

<sup>43</sup> *Segunda Sala de lo Penal Corte Suprema de Justicia, Juicio N°323-2002 ref Juicio Penal que, por peculado bancario se siguió contra el Ing. Jorge Emilio Gallardo Zavala y otros.*

A simple vista puede ser poco evidente la relación entre el negocio fiduciario y el delito, pero este caso amplió aún más los horizontes con respecto a los potenciales usos indebidos que se le puede dar a la figura.

La gravedad de esta circunstancia parte de una intención maliciosa, donde se evidencia la agudeza de ciertas personas, que con sus actos ilícitos desvirtúan la naturaleza de los Fideicomisos, haciendo uso de estos como un mecanismo para eludir obligaciones.

### **2.8.2.1 Síntesis del CASO**

La Junta General de Accionistas del Banco del Pacífico S.A., reunida el 9 de noviembre de 1999, sin que en el Orden del Día de su convocatoria conste el tema referente a constituir un fideicomiso mercantil con activos castigados y provisionados al 18 de octubre de 1999, con el propósito de beneficiar a los ex – accionistas de ese Banco, resolvió hacerlo. Sin embargo esta resolución, fue arbitrariamente alterada, pues se transfirió al patrimonio del fideicomiso cartera castigada y provisionada al 100% de diferente especie y por valor superior a los activos castigados y provisionales aprobados por la Junta General de Accionistas.

Así, se creó el Fideicomiso Mercantil 93-BP mediante contrato suscrito ante el Notario Quinto del cantón Guayaquil, el 3 de octubre del año 2000, entre la entidad bancaria como constituyente, la empresa Filanfondos S.A.

Administradora de Fondos y Fideicomisos, como fiduciaria, y como beneficiarios el Banco del Pacífico y los ex – accionistas del mismo.

### **2.8.2.2 Sustento Jurídico Segunda Sala de lo Penal**

El argumento jurídico que manejó la Segunda Sala de lo Penal con respecto al Juicio N° 323-2002 se traduce en los siguientes planteamientos:

- La constitución de un fideicomiso mercantil, es una operación mercantil que los bancos privados pueden realizar.
- En cuanto al patrimonio autónomo, éste debió conformarse exclusivamente por la transferencia de activos castigados y provisionados al 18 de octubre de 1999, por lo que la sustitución de facto del objeto jurídico de este contrato, produjo un evidente daño patrimonio a Filanbanco S.A.
- El Fideicomiso 93-B es un contrato viciado y al ser empleado como medio para distraer activos castigados y provisionados, da lugar a la configuración del delito penal de PECULADO BANCARIO. De esta forma son responsables quienes, valiéndose de su calidad de administradores bancarios, exceden sus funciones y violan sus obligaciones éticas de lealtad al Estado, para permitir la disposición arbitraria de fondos públicos en detrimento de la economía nacional.

En virtud de lo antes expuesto se procedió al amparo del Artículo 93 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero que determina que cuando el Superintendente tenga conocimiento de indicios de la perpetración de un delito relacionado con las actividades de las instituciones del Sistema Financiero, estará obligado a llevarlos a conocimiento del Fiscal General del Estado, a fin de que proceda a ejercer inmediatamente las acciones legales correspondientes, en un término de cinco días. Para la investigación que corresponda efectuar, al representante del Ministerio Público no rige el sigilo y el carácter de reservado, pero éste quedará sometido a los mismos hasta tanto utilice la información obtenida en el juicio correspondiente. El Superintendente podrá intervenir como parte personalmente o por delegación en todos los juicios que se promueva por infracciones a la presente ley

### **2.8.2.3 El Peculado Bancario en la Legislación Ecuatoriana**

El Peculado Bancario, se encuentra tipificado en el Artículo 257 del Código Penal, el cual reprime con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, a los servidores de organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que hubieren abusado de dineros públicos o privados.

De acuerdo a Sebastián Soler, este es un delito especial, en virtud del cual el sujeto activo debía poseer ciertas calidades determinadas como: funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del

sistema financiero nacional privado, así como miembros o vocales de los Directorios y los Consejos de Administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos<sup>44</sup>.

Tal criterio lo comparte el Doctor Reinaldo Calvachi Cruz al afirmar que en el peculado el sujeto activo no está referido a indeterminada persona, sino que éste tiene una especial calificación en virtud de su posición en la sociedad<sup>45</sup>.

El delito de peculado en la legislación ecuatoriana se encuentra ubicado entre aquellos que afectan en su patrimonio a la administración pública, en este caso es el patrimonio del banco o instituto de crédito<sup>46</sup>.

El Código Penal Artículo 257, también incluye en el tipo legal del peculado como sujetos activos a los servidores que manejen fondos de los bancos estatales, además dentro de esta categoría se hace una extensión para los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> *Derecho Penal, ediciones Nueva Argentina, Buenos Aires 1988, Tomo II pág 247*

<sup>45</sup> *Calvachi Cruz, Reinaldo, "El peculado bancario", artículo [www.derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com)*

<sup>46</sup> *Quintero R. Jesús, "Los delitos bancarios", Paredes Editores, Caracas 1997, págs. 22,32*

<sup>47</sup> *Artículo 257 Código Penal "...También están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos"*

En cuanto al verbo rector de este delito es ABUSAR DE FONDOS O BIENES, lo que se traduce en usar mal, excesiva, injusta, impropia e indebidamente de algo o de alguien.

Otra nota básica sobre este delito, según Reinaldo Calvachi Cruz, “El objeto material del delito es la persona o cosa sobre la cual se ejecuta o recae la acción material del delito, y en el peculado lo constituyen los dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en poder del funcionario público en virtud o razón de su cargo”<sup>48</sup>.

El punto más controversial con respecto a este tipo penal, resulta el bien jurídico protegido, el mismo que si bien es cierto tiende a ser todo el sistema económico, en base a la naturaleza jurídica de este delito económico. Sin embargo, el instante en que se configura uno de estos delitos el bien jurídico trasciende las esferas de la materia económica y adquiere matices sociales, pues un Banco no sólo lo hacen sus funcionarios sino las personas que en virtud de la confianza depositan ahí su capital.

Por lo tanto el uso indebido del Fideicomiso como herramienta para el cometimiento de un delito como el peculado es un ejemplo evidente sobre una de las formas de mal uso que se le puede dar a esta figura.

---

<sup>48</sup> Calvachi Cruz Reinaldo, “En el delito de peculado bancario: El sujeto pasivo y el objeto material”, Artículo Revista Judicial Diario la Hora, C1, 21-12-2006

## **CAPÍTULO III**

### **EL FIDEICOMISO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA**

#### **3.1 Legislación comparada sobre el Fideicomiso en América Latina**

El fideicomiso comenzó a ser utilizado en la antigüedad con el objetivo de salvar impedimentos legales existentes en la época y poner a resguardo ciertos bienes o darles un destino diferente.

Con la evolución de los diferentes Estados, principalmente en aquellos afines a la Familia del Common Law, tomaron mayor importancia un sinnúmero de figuras, entre ellas el Fideicomiso, el cual en virtud de la inminente apertura comercial e ideológica de los países, empezó a germinar en otros países como: Colombia, Argentina, Uruguay, entre otros.

Es preciso destacar la enorme difusión que esta figura ha tenido en nuestra región desde principios del siglo XX, especialmente en México y Colombia, los cuales han liderado su aplicación; empleando este negocio jurídico para proyectos de infraestructura turística y para la construcción de obra pública y privada.

En este trabajo se considera esencial, recurrir a la legislación comparada con respecto a estos negocios jurídicos, con el fin de entender su aplicación y situación jurídica dentro de los distintos ordenamientos jurídicos. Además, “la utilidad del fideicomiso en su versión moderna es comprobable a la luz de su aplicación en gran variedad de contextos, no sólo en los países en los cuales se desarrolló... sino también en naciones de diversa cultura como en Japón, México, Colombia, países centroamericanos y latinoamericanos”<sup>49</sup>

### 3.1.2 Caso: COLOMBIA

En Colombia, considerado uno de los pioneros en prácticas fiduciarias, se da un tratamiento “supuestamente” personalizado al Fideicomiso, en virtud de un sinnúmero de cuerpos legales, que brindan un análisis completo y analítico de cada uno de los temas concernientes a esta figura.

En cuanto a la Legislación disponible para regular este negocio jurídico, se encuentra:

- a. Código de Comercio en su Título XI: Artículos 1226-1244, como fuente principal.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> HAYZUS, Jorge Roberto, “Fideicomiso”, Editorial Astrea, Segunda Edición, Buenos Aires - Argentina, 2004, pág. 4.

<sup>50</sup> Promulgado por Decreto 410 de 1971



De esta manera, en la definición de Fideicomiso, denominado por la Legislación Colombiana como fiducia mercantil, además de enumerar los elementos comunes, presentes en toda legislación latinoamericana con respecto al fideicomiso (partes intervinientes: fiduciante o fideicomitente, fiduciario y beneficiario, objeto en cuanto a la transferencia de los bienes, la tarea del Fiduciario de cumplir con la finalidad establecida, entre otros), incluye la disposición de exclusividad con respecto a quienes podrán ostentar jurídicamente la calidad de fiduciarias, ese es el caso de los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria (a diferencia de nuestra legislación donde la Superintendencia de Compañías ostenta esta obligación y potestad de autorización)<sup>51</sup>.

- b. Circular Externa 007 de 1996 de la Superintendencia Bancaria, sobre:  
Operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias

La cual a su vez, trata temas como:

- Modelos de contratos fiduciarios
  
- Concepto de negocios fiduciarios

---

<sup>51</sup> *Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo de Mercado de Valores, subtítulo III Inversionistas Institucionales artículo 1, hace alusión en cuanto a qué compañías podrán ser llamadas Administradoras de Fondos y Fideicomisos, sujetando esta denominación al requisito de ser constituidas y autorizadas por la Superintendencia de Compañías al amparo de la Ley de Mercado de Valores.*

- Contratos de adhesión: con respecto a este tema el enfoque otorgado al mismo en el Capítulo 1 disposición 1.6, es en cuanto al uso de modelos de contrato de adhesión o de aquellos que se utilicen para la prestación masiva de servicios. Mientras que en nuestra legislación artículo 20 Sección IV Disposiciones Generales de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores se refiere a terceros adherentes al contrato de Fideicomiso.<sup>52</sup>

Aún cuando se llega a concebir al manejo de la fiducia en Colombia como un ejemplo para Latinoamérica, se considera previo un análisis comparativo con las leyes ecuatorianas, que esta figura se encuentra mucho más desarrollada en Ecuador. Ya que a pesar de sus deficiencias, llega a conocer con mayor detenimiento temas fundamentales y de orden práctico como los son: terceros adherentes y el contrato de adhesión, acciones que amparan a terceros, clases de fideicomisos.

Paralelamente nuestra legislación da la debida importancia al tratar a las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos con detenimiento. Inclusive con respecto a prácticas obligatorias como: rendición de cuentas, auditoria, procedimientos administrativos, sanciones, entre otros.

---

<sup>52</sup> Art. 20 "Contratos de adhesión. Cuando un tercero se adhiera a un contrato de fideicomiso o de encargo fiduciario, deberá suscribir el respectivo instrumento, mediante el cual acepta las disposiciones del contrato original y sus modificaciones. Si se tratare del aporte de un bien inmueble, se necesitará solemnidad de escritura pública. En los casos de negocios fiduciarios que deban inscribirse, la fiduciaria deberá presentar copia del modelo del contrato de adhesión al solicitar la inscripción del contrato original"

### 3.1.3 Caso: ARGENTINA

A decir de Francisco Pertierra Cánepa en su artículo “Fideicomiso en Argentina: realidad y problemática”<sup>53</sup>, el término fideicomiso se ha instalado en la agenda del empresario argentino desde hace varios años, pero fue a partir del año 2002, que con el fin de conseguir alternativas de financiamiento y disminuir las inseguridades, se ha difundido a nivel masivo gracias a la influencia de la prensa.

En Argentina una de las figuras más importantes dentro del ordenamiento jurídico referente a negocios Fiduciarios es el Fideicomiso Financiero, cuya utilización fue en constante aumento desde el año 1996.

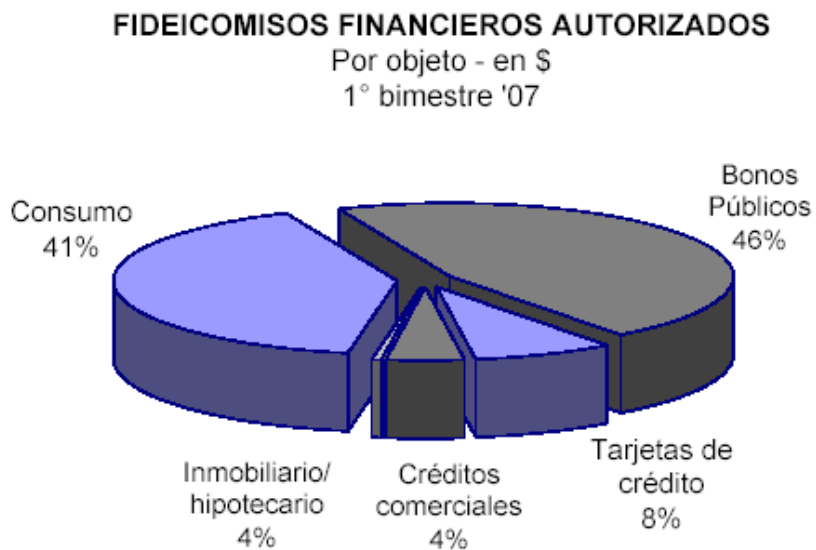
Según lo señala la Ley 24441<sup>54</sup>, este Fideicomiso se lo define como aquel contrato, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiario son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos. Dichos certificados de participación y títulos de deuda serán considerados títulos valores y podrán ser objeto de oferta pública.

---

<sup>53</sup> Pertierra Cánepa, Francisco, *Fideicomiso en Argentina: Realidad y Problemática*, Revista Temas de Management Volumen III pág 9, Noviembre 2005 [econpapers.repec.org/article/cemtemana/v\\_3A3\\_3Ay\\_3A2005\\_3Ap\\_3A8-14.htm](http://econpapers.repec.org/article/cemtemana/v_3A3_3Ay_3A2005_3Ap_3A8-14.htm) - 8k -

<sup>54</sup> Artículo 24441, promulgada en el año 1995

De acuerdo las cifras del CAFIDAP<sup>55</sup>, se colocaron más de 1492 millones de dólares por Fideicomisos Financieros.



Fuente: CAFIDAP con datos de Bolsa de Comercio de Buenos Aires

Este Fideicomiso, tal y como lo demuestra el gráfico, suele estructurarse para créditos hipotecarios de vivienda (4%), para la actividad comercial con tarjetas crédito (8%) y préstamos de consumo (41%), créditos comerciales (4%) y para bonos públicos (46%).

Considerando la popularidad del Fideicomiso Financiero, existen autores argentinos como Mario A. Carregal, que manifiestan la necesidad de implementar ciertos cambios con respecto a la Ley 24441, principalmente con

<sup>55</sup> CAFIDAP (Cámara Argentina de Fideicomisos y Fondos de Inversión Directa en Actividades Productivas), Documento de Investigación, Informe mensual, año 2005

respecto a que la actividad fiduciaria debería estar reservada a entidades financieras y a las sociedades expresamente autorizadas<sup>56</sup>.

En referencia a este particular, comparativamente, en Ecuador la Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo de Mercado de Valores, Subtítulo III Inversionistas Institucionales Artículo 1, hace alusión en cuanto a qué compañías podrán ser llamadas Administradoras de Fondos y Fideicomisos, sujetando esta denominación al requisito de ser constituidas y autorizadas por la Superintendencia de Compañías al amparo de la Ley de Mercado de Valores.

De lo anterior se desprende la necesidad de regular las compañías que pretendan desempeñar labores fiduciarias, sometiéndolas a ciertos requisitos legales, con el fin de proteger a terceros de perjuicios derivados de compañías establecidas fuera del marco jurídico.

Por otro lado en Ecuador, resultaría interesante, considerar la postura del autor Carregal, con respecto a la exclusividad del manejo de los fideicomisos a entidades de la rama financiera, pues es esta materia constituye elemento clave de cada uno de los Fideicomisos, por lo que sería una ventaja encomendar su control a una entidad que se especialice en estos temas sin dejar de lado los detalles jurídicos de los contratos.

---

<sup>56</sup> Carregal, Mario A. *El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la Ley 24441*  
DOCUMENTO FORMATO PDF

### 3.1.4 Caso: MÉXICO

El primer esfuerzo serio en el campo del Fideicomiso fue el proyecto sobre Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro, estructurado por Enrique C. Creel, cuya labor se derivaba de la experiencia directa en el campo del trust en Norteamérica.

Sin embargo, el Fideicomiso nace a la vida jurídica en 1925, al promulgarse la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios.

Posteriormente, en 1932, se crea la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la misma que fue reformada el 13 de junio de 2003.

Entre las diversas fuentes legislativas que norman esta figura en México, están:

- Ley de Instituciones de Crédito
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito Capítulo V (Donde no se mencione otra fuente)
- Código de Comercio

En cuanto a la definición de fideicomiso, éste es concebido como una herramienta en virtud de la cual el fideicomitente transmite a una institución

fiduciaria (que en nuestra legislación se traduce a la Administradora de Fondos y Fideicomisos) la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria<sup>57</sup>.

En esta definición, se puede notar la precisión de la terminología empleada para diferenciar la naturaleza jurídica de los bienes y los derechos.

Con respecto a los primeros independientemente de su clase, se transmite la propiedad, mientras que en el caso de los derechos lo que se transmite es la titularidad.

Aún cuando este detalle puntual resulta favorable para identificar a esta figura, existe una confusión inconcebible en cuanto a terminología jurídica y es con respecto a la palabra transmisión, la misma que no sólo en nuestra legislación sino en muchas otras, está estrechamente ligada con el tema de la sucesión por causa de muerte. El término correcto sería la transferencia.

---

<sup>57</sup> *CAPÍTULO V SECCIÓN PRIMERA: Del fideicomiso Art. 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, México Última reforma aplicada 13/06/2003*

Por otro lado, es evidente, en comparación con nuestra legislación, que no existe la figura del patrimonio autónomo, ni la característica de la inembargabilidad de los bienes. Pero las consideraciones pertinentes sobre la calidad de los bienes que forman parte de este Fideicomiso, se encuentran previstas en el Artículo 386 de esta misma ley, el cual determina que los bienes que se aportan a esta figura jurídica estarán destinados al fin acordado, y sobre el que se pueden ejercer los derechos y acciones que nacen del contrato e inclusive los anteriores a la constitución del mismo<sup>58</sup>.

En cuanto a los tipos de fideicomisos previstos en la legislación mexicana, éstos pueden ser:

- Fideicomisos de administración colectiva (no aplica como tal en Ecuador)
- Fideicomiso de garantía
- Fideicomiso testamentario (no aplica como tal en Ecuador)
- Fideicomiso de seguros (no aplica como tal en Ecuador)
- Fideicomiso de desarrollo (no aplica como tal en Ecuador)
- Fideicomiso inmobiliario
- Fideicomisos del gobierno (no aplica como tal en Ecuador)

---

<sup>58</sup> *CAPÍTULO V SECCIÓN PRIMERA: Del fideicomiso Art. 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, México Última reforma aplicada 13/06/2003*



- Fideicomisos de nacionalización y privatización (no aplica como tal en Ecuador)

### **3.2 ESTADOS UNIDOS: EL FIDEICOMISO Y LA LEY DE QUIEBRAS**

A decir de Walters, Fortín, Khairallah, Douvier, el trust es un esquema en el cual se tiene la potestad para detentar y administrar bienes a favor de personas o para alcanzar objetivos. Esta institución es utilizada conjuntamente con una sociedad anónima y a veces una sociedad colectiva para la administración de bienes de una persona natural a fin de proveer de regímenes de retiro corporativo e institucionales y programas con ventajas sociales a los asalariados, para detentar activos y también para proveer de garantía a un préstamo contratado por pequeñas o grandes empresas comerciales<sup>59</sup>.

El trust ha sido considerado por muchos autores como uno de los aportes más formidables del derecho inglés a la cultura jurídica internacional<sup>60</sup>.

En Estados Unidos, esta figura ha alcanzado un desarrollo sin precedentes, en virtud de la flexibilidad de sus normas, las cuales permiten aplicar el mecanismo a los grandes y a los pequeños negocios.

---

<sup>59</sup> Waters, Donovan, Fortín, Guy, Kahairallah, Gerorges y Douvier, Pierre-Jean, *Régime du trust en dorit francais*, Editions Francis Lefebvre Themexpress.

<sup>60</sup> Rodríguez Azuero Sergio, *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*, página 23, LegisEditores, Primera edición Bogotá (Colombia) 2005.

Por otro lado el trust cubre negocios importantes por el volumen de los capitales objeto de los mismos y por la seriedad de las compañías dedicadas a esta labor.

Es así, que en este país el 17 de octubre del 2005 entró en vigor, la nueva ley de Prevención de Abuso de Quiebra y Protección al Consumidor, por intercesión de varios grupos económicos y políticos.

Esta nueva ley, mediante el uso del fideicomiso, tiende a agilizar el cobro de deudas por parte de los acreedores. De esta manera el deudor voluntariamente o por injerencia de los mismos deudores se acoge a estas disposiciones, para subsanar poscréditos pendientes, en virtud de la disponibilidad de sus bienes.

Se considera al menos teóricamente, a esta figura como un ejemplo claro de una eficiente ley de quiebras, la cual podría eventualmente, con un mejor enfoque, generar soluciones prácticas y beneficiosas para ambas partes.

Sin embargo varios grupos en Estados Unidos, principalmente minoritarios, mantienen un criterio más escéptico con respecto al “óptimo” funcionamiento de esta ley. Es así que para portales de Internet como el mantenido por ACEVEDO-COLON & VELEZ-WAMP, la nueva legislación ha hecho más costoso y menos efectivo el trámite de quiebra para muchos deudores y probablemente inaccesible para muchos otros. Sustenta sus afirmaciones en la

redacción de la ley que tiende a ser muy pobre, por cuanto en su estructuración, no se contó con la participación de profesionales cualificados y versados sobre este tema<sup>61</sup>.

Aún cuando existan puntos de conflicto sobre esta ley, lo más notable de la misma es su intención, pues está concebida con un sentido más dinámico y conciliador. A pesar de que los resultados no sean los esperados y éstos no sean necesariamente aplicables en otros lugares, puede constituirse eventualmente en un referente para previo análisis, ser adaptado a legislaciones como la ecuatoriana.

Lo más importante con respecto a una eficiente ley de quiebras, es la eventual utilización del fideicomiso, para que en una suerte de proyecto conjunto pueda generar réditos tanto para el deudor como para los acreedores.

Tomando en cuenta la realidad de nuestro país, principalmente con respecto a indicadores económicos, inseguridad jurídica, entre otros, resulta un tanto idealista asegurar resultados efectivamente favorables para las partes. Reconociendo que el éxito o fracaso de los mismos, es desconocido para las partes, en un marco positivo y favorable, podría el deudor conjuntamente con los acreedores, constituir un Fideicomiso Inmobiliario (tan explotado en Quito), aportando el terreno, mientras que los otros en calidad de inversionistas y beneficiarios, de acuerdo a los términos del contrato, entregarían los fondos

---

<sup>61</sup> *PORTAL DE QUIEBRAS* Página Web de asesoría a nivel de Ley de Quiebras [www.quiebras.com](http://www.quiebras.com)

necesarios para la consecución del proyecto. De esta forma, al igual que ciertas inversiones en Bolsa de Valores, podrán los acreedores, recuperar el monto de su deuda, además de obtener beneficios adicionales y mayores a su inversión original.

## **CAPÍTULO IV**

### **REFORMA – PROPUESTA EN MATERIA DE**

### **FIDEICOMISOS**

#### **4.1 REFORMA DE LA LEGISLACIÓN RELATIVA A LOS FIDEICOMISOS**

Se debe reconocer que las reformas establecidas principalmente en la Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores<sup>62</sup>, resultaron en su mayoría muy acertadas, en cuanto a solucionar muchos vacíos legales existentes en la normativa anterior.

Sin embargo, aún cuando los cambios parecerían efectivos a simple vista y eventualmente solucionarían muchos inconvenientes, de su aplicación y su efectividad se generan otros problemas, que en lugar de optimizar y regular correctamente la figura jurídica del fideicomiso, devienen en un posible mal uso del mismo.

---

<sup>62</sup> Creada por El Consejo Nacional de Valores, Resolución No. CNV-008-2006, 21-11-2006

#### **4.1.1 Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores**

Para el análisis de una posible reforma al nivel de esta Codificación es indispensable enfocarla en dos puntos esenciales:

- a. En cuanto a la FORMA: en virtud de la estructura del mismo.
- b. En cuanto al FONDO: en virtud de las disposiciones contenidas.

##### **4.1.1.1 FORMA: Reestructuración de la Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores**

Este texto legislativo debe su existencia principalmente para convertirse en un referente normativo, complementario de la Ley de Mercado de Valores.

El propósito de su creación, además de la antes mencionada era reemplazar el Reglamento para los Negocios Jurídicos.

La principal crítica en torno a esta Codificación, se sustenta en la deficiente organización de los Artículos y Capítulos del mismo.

Así este cuerpo jurídico se compone de siete títulos, a su vez divididos en capítulos y secciones.

Aparentemente la estructura de este cuerpo legislativo a simple vista parecería ser acertada. Sin embargo el punto más problemático del mismo es que con cada Capítulo se reinicia la respectiva numeración, por lo tanto al hablar del Artículo 1 hay una infinidad de posibilidades, entonces resulta esencial identificar de forma completa el pertinente Artículo al que nos queremos remitir: Artículo x del Título x, Capítulo x, Sección x. Lo cual resulta en una completa falta de practicidad al momento del uso.

Siguiendo el mismo formato de la Ley de Mercado de Valores, se podría optar por una numeración continua, usando los capítulos y secciones respectivas de forma referencial.

#### **4.1.1.2 FONDO: Reforma – Propuesta Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores**

En general, esta codificación contiene disposiciones acertadas en el campo de los negocios fiduciarios.

Resulta controversial la disposición analizada anteriormente con respecto a una de las prohibiciones contemplada en el Artículo 14, Subtítulo III, Capítulo I, Sección III<sup>63</sup>, el mismo que no debería estar enfocado en forma permisiva, a

---

<sup>63</sup> Artículo 14, Subtítulo III, Capítulo I, Sección III de la Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, "...La administradora de fondos y fideicomisos deberá aplicar políticas internas tendientes a conocer a su cliente; a fin de minimizar las contingencias derivadas de mecanismos de lavado de dinero, narcotráfico y otros hechos delictivos que pudieran efectuarse a través del negocio fiduciario. También deberá verificar que los bienes que han sido transferidos al

minimizar las contingencias derivadas de mecanismos de lavado de dinero, narcotráfico y otros hechos delictivos que pudieran efectuarse a través del negocio fiduciario, sino en prohibir tajantemente y evitar de forma ABSOLUTA las contingencias.

Paralelamente, la principal crítica se enfocaría sobre la carencia de normas que regulen el control de los diferentes fideicomisos.

Con respecto a este tema existe una incongruencia en dos artículos: Artículo 6, Título V, Capítulo I, Sección I de la Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores y el Artículo 18 de la Codificación de la Ley de Mercado de Valores, pues se contradicen sobre los Fideicomisos que deberán ser inscritos en el Mercado de Valores.

El Artículo 6 afirma que tan sólo los fideicomisos que sirvan como mecanismos para realizar un proceso de titularización y los fideicomisos de inversión con adherentes deberán ser inscritos en el Registro de Mercado de Valores, en cambio, el Artículo 18 no hace distinción sobre este tema afirmando que “en el registro de mercado de valores deberán inscribirse los contratos de fideicomiso mercantil y de encargos fiduciarios “.

---

*patrimonio autónomo, tengan relación con la finalidad que se pretende alcanzar con el negocio”*



## **4.2 Propuesta para subsanar el problema del Control**

Uno de los elementos esenciales con el fin de evitar el mal uso de los Fideicomisos, es el control, al menos en las dos etapas más cruciales en la existencia jurídica del Fideicomiso: creación y ejecución.

Según el criterio de varios juristas, en virtud de su naturaleza prominentemente financiera, la entidad más acorde para realizar un mejor control de esta figura sería la Superintendencia de Bancos.

Considerando la multiplicidad de Fideicomisos y con el fin de subsanar esta brecha sería prudente dar lugar a la creación de un Consejo Regulador, con la cooperación de los dos órganos más aptos para el control de estos negocios: Superintendencia de Bancos y de Compañías.

### **4.2.1 Consejo Regulador de Negocios Fiduciarios**

Esta entidad, estaría conformada por especialistas provenientes de la Superintendencia de Bancos y de la Superintendencia de Compañías, con el fin de coadyuvar a un control eficiente de los Fideicomisos y Encargos Fiduciarios.

El principal objetivo de este ente sería controlar de forma más óptima, no sólo la aprobación de los Fideicomisos, sino también su ejecución. La tarea que

realizaría esta entidad, partiría de fusionar los principios vigentes de ambas Superintendencias.

En cuanto a la Superintendencia de Compañías, su aporte se basaría en<sup>64</sup>:

- Contar con mecanismos eficaces y modernos de control, supervisión y de apoyo al sector empresarial y de mercado de valores.
- Controlar y fortalecer la actividad societaria y propiciar su desarrollo. En cuanto a la misión de control, ésta se la realiza a través de un servicio ágil, eficiente, transparente, eficaz y proactivo.
- Realizar una labor fundamentada en la planificación y en la aplicación de sistemas de alta calidad.

Con respecto a la Superintendencia de Bancos, su aporte sería<sup>65</sup>:

- Fortalecer los procesos de supervisión in situ, extra situ, consolidada y transfronteriza mediante el diseño y aplicación de metodologías y prácticas de supervisión prudencial tendientes a: mejorar la calidad de la información financiera; la razonabilidad de reservas y provisiones; y, el cumplimiento de las disposiciones legales, normativas y contables.

---

<sup>64</sup> [http://www.supercias.gov.ec/Paginas\\_htm/vision\\_mision/Vision.htm](http://www.supercias.gov.ec/Paginas_htm/vision_mision/Vision.htm)

<sup>65</sup> [https://www.superban.gov.ec/pages/1\\_generalidades1.htm](https://www.superban.gov.ec/pages/1_generalidades1.htm)

- Promover activamente el desarrollo de adecuadas destrezas para la administración y supervisión integral de riesgos, considerando las mejores prácticas internacionales aplicables al caso ecuatoriano.
- Promover la disciplina de mercado a través de una mayor divulgación de la información.

Tras puntualizar el campo de acción en el cual la labor de control, que los respectivos especialistas aportarían, se puede señalar que una cooperación directa generaría resultados muy positivos en el campo de los negocios fiduciarios.

Las ventajas que esta unión serían innumerables, debido a la complementación de criterios: financieros, jurídicos, procesales, entre otros.

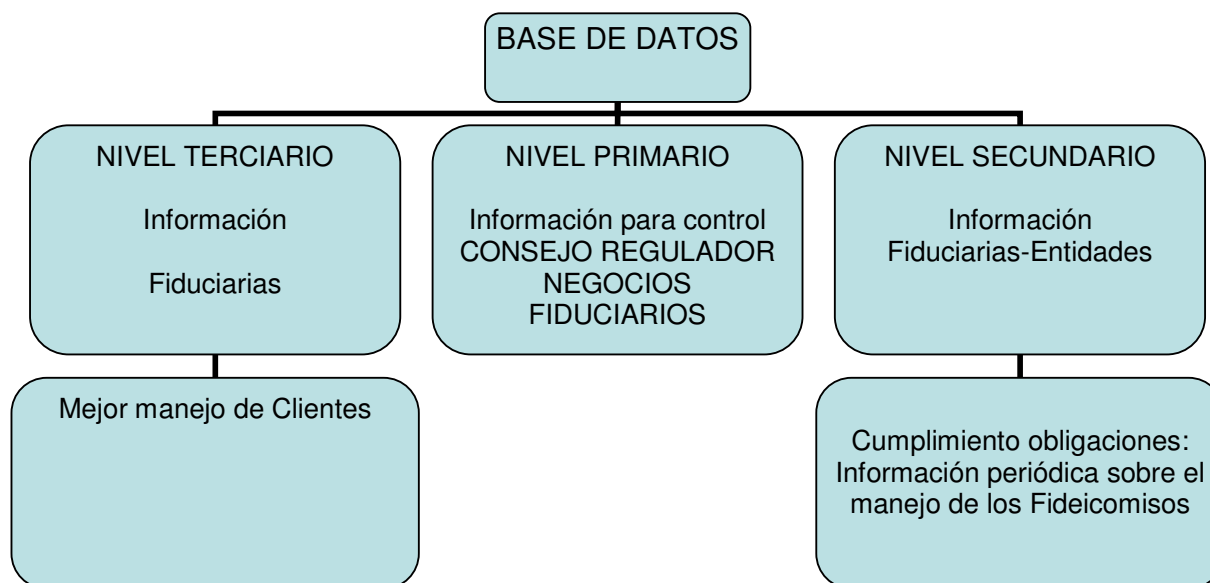
#### **4.2.2 Creación de una base de datos para el Consejo Regulador de Negocios Fiduciarios**

Para procurar un mejor desarrollo de las actividades del Consejo Regulador, sería conveniente recurrir a una nueva disciplina que cada vez tiene mayor auge en nuestro país y en el mundo: La Informática Jurídica.

Mediante el uso de esta nueva rama del derecho, que fusiona la tecnología con la práctica legal común, se puede obtener una optimización evidente de tiempo y esfuerzo, principalmente con respecto al manejo de información interinstitucional.

De esta forma, se puede estructurar una verdadera y confiable base de datos en coordinación con todas las entidades relacionadas con el campo de los negocios fiduciarios, como lo son: el Registro Mercantil, Registro de la Propiedad, Superintendencia de Compañías, Superintendencia de Bancos.

La creación de esta central virtual de información conjunta, podría hacer posible el mantener un mayor control y un efectivo cruce de información, en TRES NIVELES, como lo señala el gráfico:



- a. **Nivel Primario**: Está compuesto por las entidades y órganos de Control, para verificar y dar el respectivo seguimiento a los Fideicomisos.

En este nivel, los órganos de Control, contarán con datos cruzados para optimizar su labor no sólo en el momento de la Constitución del Fideicomiso, sino posteriormente para controlar su ejecución. Para ello se requerirá una base de datos cerrada, y con mayores resguardos informáticos.

De esta manera se podrá contar con información de primera mano sobre los detalles más esenciales del manejo de los Fideicomisos como: pago de impuestos, bienes, cumplimiento obligaciones, entre otros.

A través de una tarea comparativa, mediante el uso de esta información Inter-institucional, podrá el organismo controlador de los Fideicomisos, cotejar la información enviada por las Fiduciarias, con ello la labor de control se realizaría de una forma más óptima y eficiente.

El tener la información actualizada en forma directa, disminuiría los procesos administrativos complejos solicitando datos puntuales sobre un determinado negocio.

- b. **Nivel Secundario**: Para facilitar el cumplimiento de obligaciones, requerimientos, consultas. Este nivel se estructura como un nexo entre los órganos de Control y las Fiduciarias

De acuerdo a lo exigido por el artículo 7 de la Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, Subtítulo III: Inversionistas Institucionales, Capítulo I, Sección II, para el mantenimiento de la inscripción de la compañía en el Registro del Mercado de Valores se deberá presentar mensualmente al cierre de las operaciones, algunos documentos como: estados financieros, rendición de cuentas, autorizaciones, ficha registral, escritura constitución, avalúos...

De forma correlativa, el Artículo 25, Subtítulo III: Inversionistas Institucionales, Capítulo I, Sección III, de la misma ley , en la cual determina requisitos básicos que deberá contener el manual operativo interno sobre los negocios fiduciarios que maneja una Administradora, entre los que cabe señalar: objeto y partes que intervienen, procedimiento para constituir un fideicomiso, en caso de fideicomisos de inversión con adherentes deberá especificar la variedad de las inversiones que mantiene, además de procedimientos operativos y administrativos generales.

Se considera esencial agilizar la presentación y cumplimiento de las obligaciones con respecto al manejo de los Fideicomisos. De esta forma un software especializado y uniforme para todas las Administradoras, con el fin de

que estos procedimientos se realicen vía on-line, procediendo así a una eventual desmaterialización de los trámites a cumplir por los participantes del mercado de valores como lo son las Fiduciarias.

- c. **Nivel Terciario**: Como soporte para el mejor desenvolvimiento de las actividades de las Fiduciarias, como el seguimiento a clientes, bienes que conformarán el patrimonio autónomo...

Con respecto a las Fiduciarias, para contar con información actualizada sobre sus Fideicomisos, Encargos Fiduciarios y principalmente sobre sus clientes. Parte de la reforma propuesta a través de las nuevas Codificaciones se centra en mantener un mejor control de los fideicomitentes, para con ello evitar ilícitos como el lavado de dinero.

Es por ello, que en cuanto a los clientes, se partiría de una declaración escrita de aceptación por parte del cliente para que sus datos sean verificados y manejados por parte de la Fiduciaria. De esta forma, se contaría con reportes actuales de la Central de Riesgos, gravámenes sobre bienes, entre otros, lo cual definitivamente permitiría también proteger a terceros de cualquier potencial perjuicio.

#### 4.2.2.1 Seguridad y resguardos para proteger la información de la Base de Datos

Para el manejo eficiente de esta base de datos, ésta deberá contar con todas las seguridades y restricciones respectivas para evitar su mal uso.

Con el fin de proteger la información de la base de datos, se puede recurrir a los más modernos medios tecnológicos, entre los que cabe señalar:

- Autenticación electrónica, la cual se refiere al método tecnológico utilizado para la confirmación de una porción de la información.
- Firma digital, refiriéndose a aquella realizada con dos finalidades específicas: la encriptación el contenido y la autenticación del emisor.

De acuerdo como se detalla en el gráfico, la firma digital está compuesta por una clave privada y una clave pública, llamada certificado digital. El emisor garantiza la seguridad y la privacidad de su mensaje firmándolo digitalmente por medio de su clave privada. Ésta codifica el contenido del mensaje, de tal manera que únicamente puede ser decodificado por la clave pública correspondiente, que proporcionará el emisor<sup>66</sup>

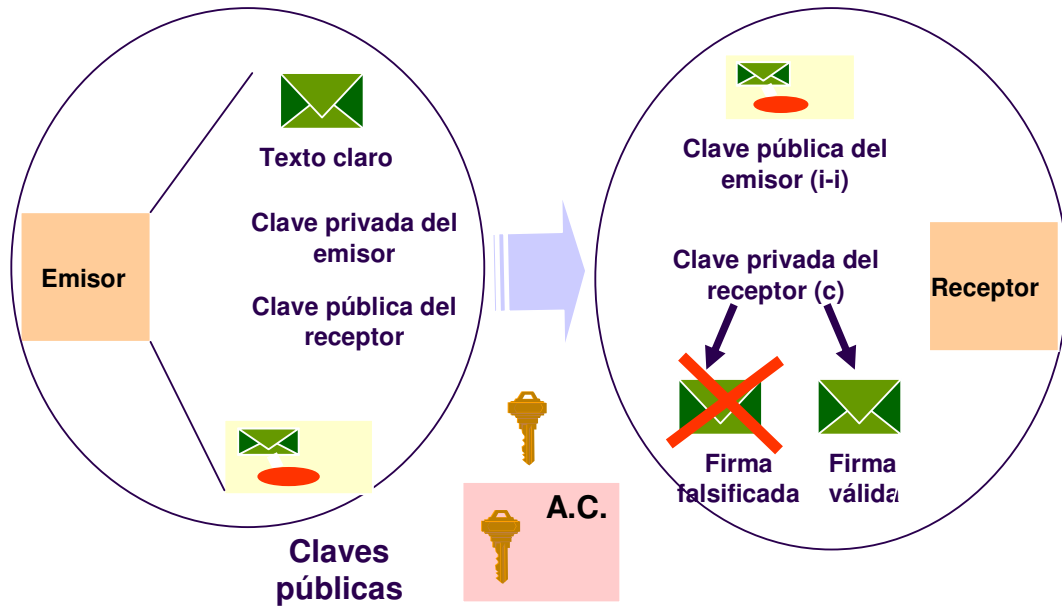
Esquema gráfico de la firma digital<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> *Página web: [http://www.bitblues.com/firmas\\_digitales](http://www.bitblues.com/firmas_digitales)*

<sup>67</sup> *GRÁFICO tomado Parte II Derecho Informático Clase 03 UDLA Doctor Juan José Páez Rivadeneira*





Entre los beneficios evidentes del uso de la firma electrónica, se encuentran:

- *Mensajes con autenticidad asegurada*
- *Contratos comerciales electrónicos*
- *Factura\_Electrónica*
- *Desmaterialización de documentos*
- *Transacciones comerciales electrónicas*
- *Invitación electrónica*
- *Dinero electrónico*
- *Notificaciones judiciales electrónicas*

Mediante estos mecanismos descritos, se podrán asegurar la protección de la información que será intercambiada en la base de datos.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El fideicomiso es una figura sumamente interesante, su versatilidad permite la estructuración de un sinnúmero de proyectos, que probablemente no tendrían cabida si se empleara otra figura jurídica.

La legislación ecuatoriana aborda la materia de los Fideicomisos de una forma muy completa y coherente. Sin embargo existen prácticas realizadas al margen de la ley, que desafían toda lógica y legalidad.

Como se ha venido analizando a lo largo del presente trabajo y en el campo de la experiencia práctica, se puede concluir que existen dos grandes áreas donde se concentran la mayoría de errores que impiden la correcta y efectiva aplicación de los fideicomisos:

### *a. Adecuación a las leyes vigentes y su correcto uso*

Este punto debe ser enfocado con total seriedad, ya que es obligación de las Fiduciarias, sujetarse a las leyes vigentes. Parte de esta tarea nace de estar siempre al día no sólo con reformas y actualizaciones pertinentes, sino más bien de mantener una política de total transparencia y apego a la ley, con el fin de propender, no sólo a obtener mayores réditos, sino a desempeñar un trabajo correcto, eficiente y legal.

*b. Contenido y redacción del contrato*

Siguiendo una línea de pensamiento objetiva es mejor como el dicho lo señala prevenir que lamentar, por lo tanto un análisis consciente, exhaustivo y profundo del contrato que se va a realizar da como resultado la constitución de un buen Fideicomiso, no sólo por la precisión y claridad de sus cláusulas sino principalmente por la seriedad con que se maneja esta negociación.

Paralelamente, resulta imprescindible un análisis previo al momento de constituir un fideicomiso, principalmente con respecto a identificar ventajas y desventajas de la figura que vamos a emplear. De esta manera, se delimita si entre todas las herramientas jurídicas existentes, el Fideicomiso es la mejor opción.

La reflexión de un potencial constituyente, debe centrarse básicamente en determinar si el negocio es o no productivo e inclusive si es o no atractivo en términos de retorno o sustentabilidad.

Si bien es cierto, esta figura podría ser, de acuerdo a las circunstancias, una herramienta sumamente útil, pero en la realidad, no siempre es posible convertir a todos estos Fideicomisos, en negocios rentables y eficientes.

Estas consideraciones de carácter más teórico, deben ser tratadas oportunamente por parte de la Fiduciaria, la cual debe enfocar su trabajo, en

primer término en un correcto asesoramiento. El cliente debe contar con los elementos de criterio suficientes para tomar una decisión correcta.

Aún cuando los resultados no dependan de la Fiduciaria, ésta debería ser capaz de filtrar proyectos tentativos de Fideicomisos, con el fin de promover la constitución de negocios realistas y potencialmente viables.

Otro de los detalles esenciales es en cuanto al control que se debe dar a estas figuras jurídicas, las cuales deben ser manejadas bajo estrictos parámetros de cumplimiento y calidad. El eminente control debe generarse con el debido seguimiento del Fideicomiso, es decir, desde su Constitución, Ejecución hasta su Terminación.

Así, resulta necesario tener una constante vigilancia no sólo a nivel de clientes, sino también de Fiduciarias y de Organismos conexos.

Para realizar de mejor manera este seguimiento se recomienda emplear un área del derecho nueva pero muy importante: informática jurídica. La cual desempeñaría un papel determinante al simplificar el cumplimiento de las obligaciones, además de optimizar tiempo y dinero.

Sin restar importancia a los rasgos anteriores, es indudable que la existencia de un órgano de control eficiente procuraría a su vez un seguimiento preventivo, con el fin de evitar potenciales malos usos, debido a la permisividad

de la ley por ejemplo en el caso de los mecanismos contra el lavado de dinero, pero principalmente a la falta de estricto control, como en lo acaecido con los Fideicomisos de la AGD.

Lastimosamente, todo el proceso para la creación de estos negocios fiduciarios fue viciado, no sólo con respecto a los incoherentes avalúos empleados a favor de los banqueros y deudores, sino con respecto a aceptar la constitución de un Fideicomiso como mecanismo de salvación de estas personas, en flagrante perjuicio de toda la sociedad.

En sí, el verdadero problema con respecto al mal uso de esta figura, se estructura en torno a la verdadera intención que mueve a los constituyentes a la suscripción del respectivo contrato.

Muchas veces en lugar de usar mecanismos legales existentes como la suspensión de pagos o la aunque inservible pero potencialmente útil Ley de Quiebras, las personas deciden en virtud de la naturaleza de esta figura, constituir la con el fin de salvaguardar su patrimonio.

En tal caso, sería recomendable tener ética para enfrentar los conflictos y además criterio suficiente para tomar la decisión más correcta y dentro del marco legal.

Aún cuando la Ley de Quiebras presente grandes incongruencias, una reforma con visión social de esta ley, podría convertirse en un aliado para los comerciantes. Inclusive podría emplear la figura del Fideicomiso para el desarrollo de un proyecto rentable, que beneficie tanto al deudor como al acreedor.

En cuanto a los controversiales Fideicomisos de la AGD, es preciso desarrollar políticas más estrictas, especialmente con respecto a la constitución de fideicomisos “públicos”.

Más allá de criticar a la figura, se debe hacer un llamado de atención a todos bajo cuya potestad se encuentra la constitución de los mismos, no se debe abusar de la versatilidad de esta figura con una finalidad ilícita, más bien se debe dar al Fideicomiso el soporte y protección necesarios para seguir contando con una gran herramienta para un potencial desarrollo en todos los ámbitos.

## BIBLIOGRAFÍA

### Legislación Ecuatoriana

- Constitución
- Codificación Ley de Mercado de Valores
- Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores
- Código Civil
- Código Penal
- Ley para reprimir el Lavado de Activos, R.O. No. 127 - Martes, 18 de octubre de 2005

### Jurisprudencia

- Gaceta Judicial Año LVIII Serie VIII N°10 Pág 950 13 de Septiembre 1955.
- Gaceta Judicial Año CIV Serie XVII N°12 Pág 3838 25 de Septiembre 2003
- *Segunda Sala de lo Penal Corte Suprema de Justicia, Juicio N°323-2002 ref Juicio Penal que, por peculado bancario se siguió contra el Ing. Jorge Emilio Gallardo Zavala y otros.*  
[www.cortesuprema.gov.ec/.../serie\\_XVII/gaceta\\_14/9\\_Segunda\\_Sala\\_de\\_lo\\_Penal\\_14.doc](http://www.cortesuprema.gov.ec/.../serie_XVII/gaceta_14/9_Segunda_Sala_de_lo_Penal_14.doc)

**Textos**

- Escrituras de Constitución Fideicomisos, provenientes de una Administradora de Fondos y Fideicomisos
- Informes Contraloría sobre Fideicomisos Auditados
- Rodríguez Azuero Sergio, Negocios Fiduciarios: Su significación en América Latina, Legis Editores, Bogotá, 2005
- KIPER, Claudio y LISOPRAWSKI, Silvio, "Teoría y Práctica del Fideicomiso", Editorial Depalma, 1999
- Lascala Jorge Hugo, Práctica del Fideicomiso, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003
- Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Argentina 1979
- Holguín, Juan Larrea, Derecho Civil TOMO 1, 1464, páginas 111-112
- Lisoprawski Silvio y Kiper Claudio, "Fideicomiso, Fondo Fiduciario, Securitización", Editorial Depalma, segunda edición, pág. 144.
- Lepaulle Pierre, citado por Soler Osvaldo H., Carrica Enrique D., Blanc Ernesto Nieto y Moreno Gurrea José A., "Fideicomiso" página 12 (documento electrónico)
- Rodríguez Azuero Sergio, Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina, página 45, LegisEditores, Primera edición Bogotá (Colombia) 2005.
- Puerta de Chacón Alicia, Artículo "El dominio Fiduciario, en la Ley 24441 ¿Nuevo Derecho Real?, pág 830, Buenos Aires



- Seminario Taller “Negocios Fiduciarios y Titularización” dictado por la Superintendencia de Compañías, 2006
- Villagordoa Lozano, José Manuel, Doctrina general del fideicomiso, México, Porrúa, 1976, pp. 85-122
- Quintana Adriano E. Arcelia, Revista de Derecho Privado, nueva época, año II num 4 enero-abril 2003: La quiebra de la Banca y la regulación de las garantías en México, pp. 201-247
- Dirección de Asesoría Legal: Administración Federal de Ingresos Públicos – Dirección General Impositiva, Dictamen N° 55/2004, AFIP - Biblioteca Electrónica, Argentina.
- Velasco Célleri Emilio, Teoría y Práctica del Juicio Ordinario, Editorial PUDELECO, página 518 Quito 1996
- *Calvachi Cruz Reinaldo, “En el delito de peculado bancario: El sujeto pasivo y el objeto material”, Artículo Revista Judicial Diario la Hora, C1, 21-12-2006*
- Derecho Penal, ediciones Nueva Argentina, Buenos Aires 1988, Tomo II
- Quintero R. Jesús, “Los delitos bancarios”, Paredes Editores, Caracas 1997, págs. 22,32
- CAFIDAP (Cámara Argentina de Fideicomisos y Fondos de Inversión Directa en Actividades Productivas), *Documento de Investigación*, Informe mensual, año 2005

**Periódicos**

- DIARIO EL COMERCIO, El mundo fiduciario modifica sus reglas, 6/15/2004 [www.elcomercio.com](http://www.elcomercio.com)
- Diario EL Comercio Sección negocios, “La comisión del salvataje investigará los fideicomisos”, 12/04/2007 [www.elcomercio.com](http://www.elcomercio.com)
- Diario EL Comercio Sección negocios, “La comisión del salvataje investigará los fideicomisos”, 12/04/2007 [www.elcomercio.com](http://www.elcomercio.com)
- Archivo Digital [www.elhoy.com](http://www.elhoy.com) Diario El Hoy Sección Opinión, tomado de Diario el Comercio “Una caja de pandora llamada Fideicomiso”, 10/07/2000
- Archivo Digital [www.elhoy.com](http://www.elhoy.com) Diario EL HOY Sección Política, “Fideicomisos de AGD con diferentes avalúos”, 15/10/2004
- Archivo Digital [www.elhoy.com](http://www.elhoy.com) Diario EL HOY Sección Política, “Fideicomisos de AGD con diferentes avalúos”, 15/10/2004
- Archivo Digital [www.elhoy.com](http://www.elhoy.com) Declaraciones de Wilma Salgado, citadas por el Diario HOY “Salgado sacude el avispero desde afuera de la AGD” 25/04/2004 Sección: Dinero(Economía)

**Páginas Web**

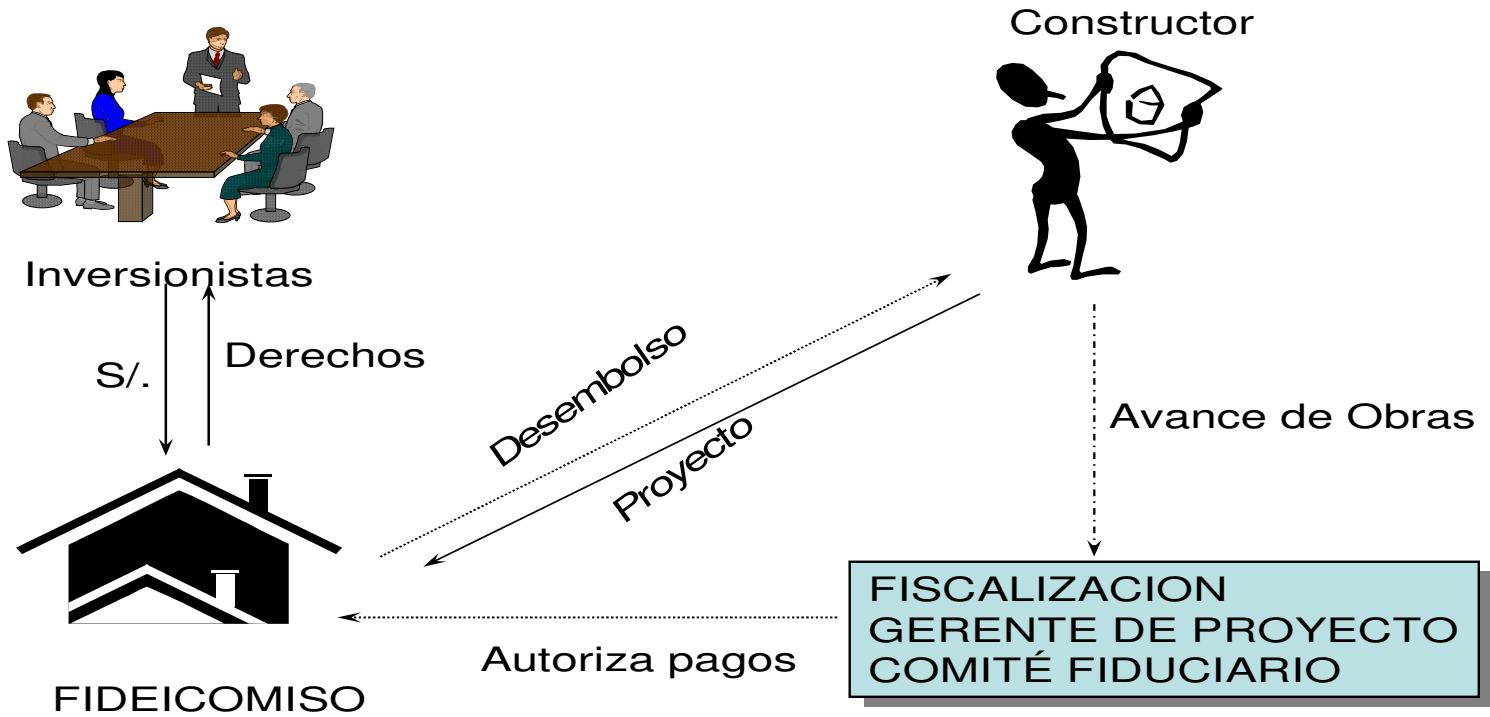
- Barrera Graf, Jorge, EL DERECHO MERCANTIL EN LA AMÉRICA LATINA <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=734>
- Sergio Rodríguez Azuero, Responsabilidad del Fiduciario, [http://www.felaban.com/memorias\\_xlv\\_congreso\\_latinoamericano\\_de\\_fideicomiso\\_colafi.php](http://www.felaban.com/memorias_xlv_congreso_latinoamericano_de_fideicomiso_colafi.php)

- Acosta Romero, Miguel, Tratado Teórico Práctico del Fideicomiso, Editorial Porrúa 1997 en Mora Villegas José Benito, El Fideicomiso Privado, artículo online:  
[sgp.guanajuato.gob.mx/PortalSGP/upload/Elfideicomisoprivado.pdf](http://sgp.guanajuato.gob.mx/PortalSGP/upload/Elfideicomisoprivado.pdf)
- Rocca Ival, Griffi Omar Eugenio, Sabbatiello Gerardo, MANDATO IRREVOCABLE CIRCUNSTANCIADO, e-book Editorial García Alonso, website  
[http://www.garciaalonso.com.ar/de\\_interes/recursos/mandato%20irrevocable%20circunstanciado.htm](http://www.garciaalonso.com.ar/de_interes/recursos/mandato%20irrevocable%20circunstanciado.htm)
- Página Web de asesoría a nivel de Ley de Quiebras  
[www.quiebras.com](http://www.quiebras.com)
- Cuadro de datos sobre Fideicomisos manejado por la AGD  
<http://www.agd.gov.ec/>
- Mora Villegas José Benito, El Fideicomiso Privado, artículo online  
[sgp.guanajuato.gob.mx/PortalSGP/upload/Elfideicomisoprivado.pdf](http://sgp.guanajuato.gob.mx/PortalSGP/upload/Elfideicomisoprivado.pdf)
- Chiriboga Acosta Alberto, Resolución Superintendencia de Bancos, Salinas, 27-07-2006  
[http://209.85.165.104/search?q=cache:dG7ITPO3c8AJ:www.superban.gov.ec/downloads/normativa/2006/Junta%2520Bancaria/resol\\_JB-2006-907.pdf+ley+de+concurso+preventivo&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=ec](http://209.85.165.104/search?q=cache:dG7ITPO3c8AJ:www.superban.gov.ec/downloads/normativa/2006/Junta%2520Bancaria/resol_JB-2006-907.pdf+ley+de+concurso+preventivo&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=ec)
- Documento electrónico Módulo de Intermediación Financiera, Langebaek Andrés  
[www.concertacion.ec/conferencias/sintesisModulo2.pdf](http://www.concertacion.ec/conferencias/sintesisModulo2.pdf)

- GRÁFICO Entidades que han sido administradas por la AGD, enero 2007 tomado de  
<http://www.agdecuador.com/agd/interna1.php?IDTIPOPAS=1&IDSECCIONPAS=1&IDSUBSECCIONPAS=7&SECCIONPAS=Información%20pública>
- Calvachi Cruz, Reinaldo, “El peculado bancario”, artículo [www.derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com)
- Página web: [http://www.bitblues.com/firmas\\_digitales](http://www.bitblues.com/firmas_digitales)
- Pertierra Cánepa, Francisco, Fideicomiso en Argentina: Realidad y Problemática, Revista Temas de Management Volumen III pág 9, Noviembre 2005  
[econpapers.repec.org/article/cemtemana/v\\_3A3\\_3Ay\\_3A2005\\_3Ap\\_3A8-14.htm](http://econpapers.repec.org/article/cemtemana/v_3A3_3Ay_3A2005_3Ap_3A8-14.htm) - 8k – documento electrónico
- Carregal, Mario A. El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la Ley 24441 DOCUMENTO FORMATO PDF  
[http://www.supercias.gov.ec/Paginas\\_hm/vision\\_mision/Vision.htm](http://www.supercias.gov.ec/Paginas_hm/vision_mision/Vision.htm)
- [https://www.superban.gov.ec/pages/1\\_generalidades1.htm](https://www.superban.gov.ec/pages/1_generalidades1.htm)

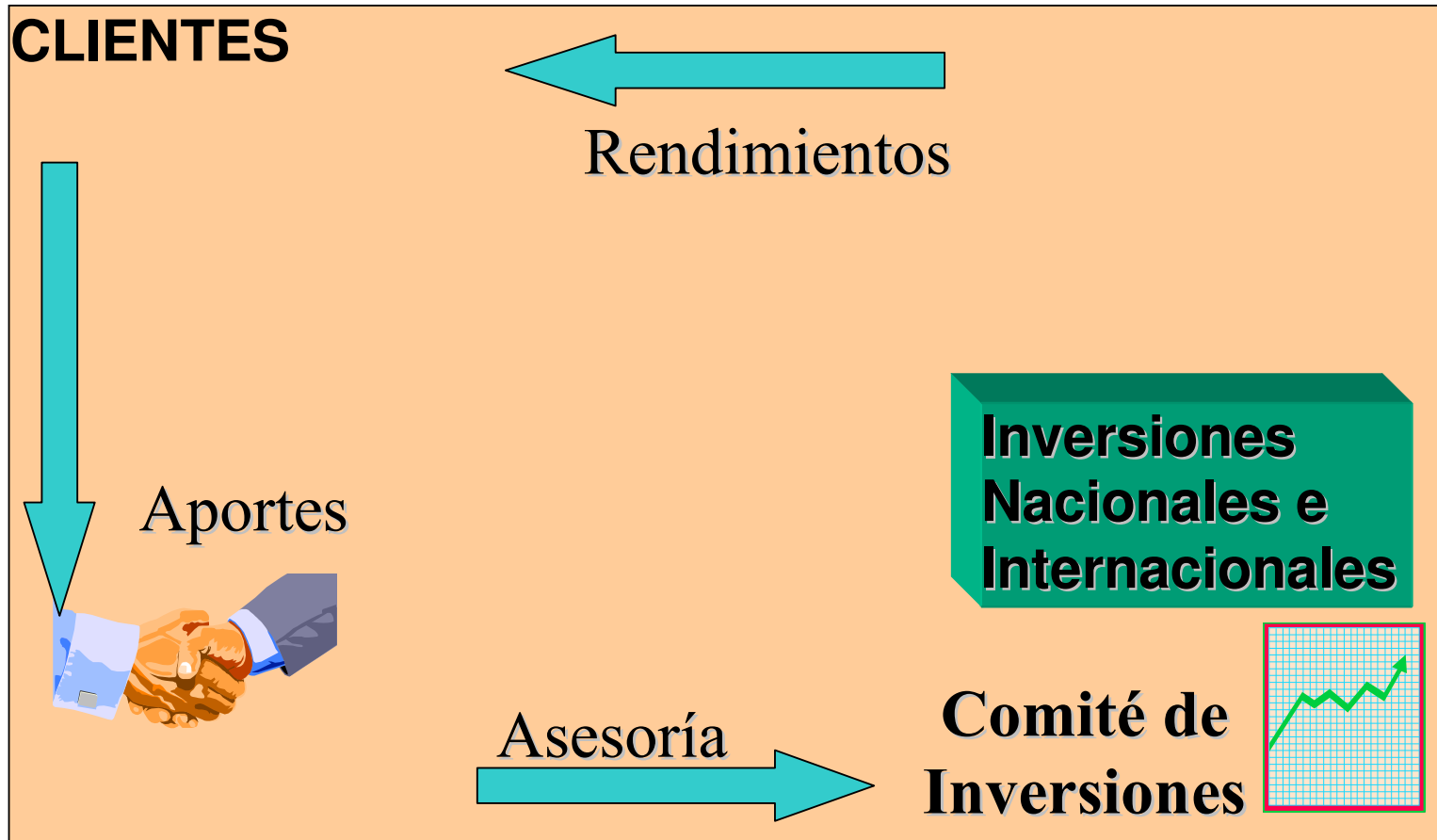
## **ANEXOS**

### ANEXO 1 ESQUEMA FIDEICOMISO INMOBILIARIO





**ANEXO 3  
ESQUEMA FIDEICOMISO DE INVERSIÓN**





**ANEXO 4  
DETALLE FIDEICOMISO ALEGRÍA**

<b>Fiduciaria</b>	Stanford Trust
<b>Fideicomiso</b>	Alegría
<b>Fecha Constitución</b>	06/10/2003
<b>Constituyentes</b>	Compañía Filsa S. A.
<b>Beneficiarios</b>	"Bancomex (quien deberá entregar CPGs a Banco Popular, Banco de Préstamos, Banco de Crédito y Banco de Préstamos Cayman)"
<b>Total Patrimonio</b>	1,218,375.00
<b>Porcentaje Derechos Fiduciarios</b>	Bancomex 100%
<b>Activos del Patrimonio</b>	"Lote A antiguamente conocido como Hacienda La Esperanza, ubicado en la zona denominada cinco cerros, Parroquia Manglaralto, Cantón Santa Elena, Guayas. Total 10,83 hectareas."
<b>Estatus</b>	Vigente.
<b>Deudas que se cancelan</b>	Carlos Andrade Granja, Jorge Arévalo Forero, la Compañía Cambiomias S. A., la Compañía Charles Flowers, Carlos Cordovez Pérez, Santiago Cuesta Caputi, Beker Dávila Ledesma, Carlos Espinoza, Genoveva Mora Hidalgo, Diego Pallares Gándara, Marco Salazar Luna y Lorena Beatriz Terán Almeida con Bancomex, Banco de Crédito, Banco Popular, Banco de Préstamos y Banco de Préstamos Cayman
<b>Fecha Cancelación Deuda</b>	19/11/2003
<b>Avalúo pedido a la DINAC</b>	Ya se dispone
<b>Avalúos Realizados</b>	
<b>Fecha</b>	18/09/2003
<b>Avaluado por</b>	Ingeniero Miguel Carpio
<b>Valor Avalúo</b>	1,218,375.00
<b>Fecha</b>	23/03/2004
<b>Avaluado por</b>	Abogada Sonia Galarza Torres
<b>Valor Avalúo</b>	9,890.82
<b>Fecha</b>	23/03/2004
<b>Avaluado por</b>	Arquitecto Mario Polit
<b>Valor Avalúo</b>	11,727.52
<b>Fecha</b>	05/07/2004
<b>Avaluado por</b>	Dirección Nacional de Avalúos y Catastros - DINAC
<b>Valor Avalúo</b>	826,914.90

**ANEXO 5  
LISTADO FIDEICOMISOS DE LA AGD**

<b>Alegría</b>	2003-10-6	Stanford Trust	Compañía Filsa S. A.
<b>Bienes Licevisa</b>	2001-9-4	Afpv S.A. Administradora de Fondos y Fiduciaria	Licevisa Lotizadora Industrial Centro Vial S.A. - Zoraida Mendoza de Vikes (Representante)
<b>Briceño</b>	2003-11-8	Integra S. A.	Comercial Premium S. A. Compren
<b>Caminos del Norte</b>	1997-11-27	Afpv S.A. Administradora de Fondos y Fiduciaria	Inmobiliaria Cruz Verde S.A. - Esteban Celi de la Torre (Representante)
<b>Caminos del Norte II</b>	1998-6-5	Afpv S.A. Administradora de Fondos y Fiduciaria	Inmobiliaria Cruz Verde S.A. - Esteban Celi de La Torre (Representante)
<b>Carlapía</b>	2002-7-26	Afpv S.A. Administradora de Fondos y Fiduciaria	Agrícola Carlapía S.A.
<b>Cerro Uno Mz.9 Puerto Azul</b>	2000-12-6	Afpv S.A. Administradora de Fondos y Fiduciaria	Precomusa S.A. - Corporación de Inversión y Desarrollo Tecfinsa S.A.
<b>De Genna</b>	2002-10-11	Enlace Negocios Fiduciarios	Jacinto Efraín Fabrizzio de Genna Arteaga, María del Pilar Lourido Ponce y Bancomex S.A.
<b>La Capitana Dos</b>	2002-4-26	Afpv S.A. Administradora de Fondos y Fiduciaria	Industrial Pesquera Santa Priscila
<b>La Germania</b>	2002-7-26	Euroassets	Viatécnica S.A.
<b>Marraquech I</b>	2002-3-12	Fodeva S.A. Administradora de Fondos - Fodevasa	Marraquech S.A. - Germán Ernesto Ortega Luere (Representante)
<b>Marraquech II</b>	2002-3-7	Fodeva S.A. Administradora de Fondos - Fodevasa	Marraquech S.A. - Germán Ernesto Ortega Luere (Representante)
<b>Multiempresa</b>	2001-5-30	Afpv S.A. Administradora de Fondos y Fiduciaria	Compañía Empresa Múltiple Multiempresa S.A. - Federico Lebed Queiroló (Representante)
<b>Pedernales</b>	2003-6-9	Stanford Trust	Marcelo Abelardo Moncayo Aguiar, Edison Patricio Durán y Ximena del Carmen Jaramillo.

<b>Río Verde</b>	2003- 8-28	Stanford Trust	Fernando Eastman Pérez
<b>Samborondón</b>	2003- 04-10	Stanford Trust	Armando Quiroz Ortega, Julia Villamar de Quiroz, José Juvencio Zúñiga León, Jorge Chica Mejía.
<b>Santa Elena (2)</b>	2003- 12-30	Fodeva S.A. Administradora de Fondos - Fodevasa	Rene Giovanni Vivar Crespo - Sarita María de los Ángeles Chacón Calderón
<b>Venecia</b>	2004- 3-25	Enlace Negocios Fiduciarios	Nelson Rodrigo Solís Morales y María Valeria Cascante Terán
<b>Winski</b>	2003- 12-30	Fodeva S.A. Administradora de Fondos - Fodevasa	Winski S.A.

<http://www.agdecuador.com/agd/interna2.php?TIPOPAS=Listados&SECCIONPAS=Fideicomisos>

**ANEXO 6****Juicio penal que, por peculado bancario, se siguió contra el Ing. Jorge Emilio Gallardo Zavala y otros<sup>68</sup>.****SEGUNDA SALA DE LO PENAL.**

Resolución No. 264-2003

Juicio No. 323-2002

PRESIDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Quito, 22 de julio de 2002; la 09h00.

**VISTOS:** Este proceso se inicia en base de los siguientes antecedentes: En acatamiento de lo dispuesto por los artículos 93 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y 215 del Código de Procedimiento Penal, el Director Nacional de Asuntos Judiciales de la Superintendencia de Bancos, doctor Jorge Ortiz Barriga, en delegación del Titular de ese Órgano Superior de Control Bancario. Econ. Miguel Dávila Castillo, conforme acredita con la copia certificada de la Resolución No.-ADN-, 2001-5641 del 14 de septiembre del 2001 que consta agregada de fojas 316 a 318 del expediente, mediante Oficio No. DNAJ-2001-152 del 4 de octubre del 2001, al que adjunta una extensa documentación sustentatoria, fojas 1 a 306, lleva a conocimiento de la doctora Mariana Yépez de Velasco, Ministra Fiscal General del Estado, los elementos de carácter contable y financiero del Banco del Pacífico S.A., que precedieron a la constitución del Fideicomiso Mercantil 93-BP sobre activos castigados o provisionados con cierre al 18 de octubre de 1999, por un monto igual al valor de sus cuentas patrimoniales, celebrado mediante contrato suscrito ante el Notario Quinto del cantón Guayaquil, el 3 de octubre del año 2000, entre la entidad bancaria como constituyente, la empresa Filanfondos S.A. Administradora de Fondos y Fideicomisos, como fiduciaria, y como beneficiarios el Banco del Pacífico y los ex-accionistas del mismo; el objeto principal de la denuncia contenida en el indicado oficio, es el hecho de haberse transferido al patrimonio del fideicomiso cartera castigada y provisionados al 100%, cortada al 30 de junio del año 2000, de diferente especie y por valor superior a los activos castigados

---

68

y provisionales hasta el 18 de octubre de 1999, cuya transferencia contó con la aprobación de la Junta General de Accionistas adoptada en sesión del 9 de noviembre de 1999, lo que perjudica al Banco del Pacífico de propiedad del Estado Ecuatoriano. Atenta la denuncia de un ilícito bancario, la doctora Mariana Yépez de Velasco, Ministra Fiscal General, el 5 de octubre del 2001 con sujeción a las normas del Código de Procedimiento Penal vigente, da inicio a la indagación previa, fojas 319, al disponer la investigación de los hechos que pueden constituir infracción penal y la determinación de los responsables. El doctor Guillermo Mosquera Soto, en su calidad de Ministro Fiscal General Subrogante, encargado por Acuerdo Ministerial No. 036-2001-MFG del 4 de octubre del 2001, mediante auto dictado el 10 de octubre del 2001, fojas 355 a 360, resuelve dar inicio a la instrucción fiscal, por estimar que en la indagación se han establecido hechos presumiblemente constitutivos de infracción penal y fundamentos suficientes para imputar responsabilidades en contra del ingeniero Jorge Gallardo Zavala, quien desempeñó el cargo de Presidente Ejecutivo del Banco del Pacífico S.A. y a la fecha ejercía las funciones de Ministro de Economía y Finanzas, según se acredita con la copia de su nombramiento, calidad que le otorga fuero especial de Corte Suprema de Justicia para su juzgamiento; de los directores principales del mismo Banco, señores Francisco Kozhaya Simon, Rodrigo Laniado de Wind, Miguel Macías Hurtado, Alejandro Ponce Enríquez, Wilson Correa Calderón, Handel Adoun Auad y José Cabezas Candel, como de Gonzalo Hidalgo Terán, ex-Gerente General de Filanbanco S.A. Para cumplir con los requisitos formales puntualizados por el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, retomando los hechos narrados en los oficios Nos. DNAJ-2001-152 y 153 de 4 y 8 de octubre del 2001, dirigidos a la señora Ministra Fiscal General del Estado por el Director Nacional de Asuntos Judiciales de la Superintendencia de Bancos, fojas 306 a 315 y 325, respectivamente, al igual que del examen de la documentación sustentatoria de tales comunicaciones, comprendida desde fojas 1 a 350, en el auto de instrucción fiscal que obra de fojas 355 a 360, se hace la descripción de tales hechos, con el siguiente tenor literal: ‘...1) Según informe de auditoría externa realizada por la firma Deloitte & Touche con corte al 31 de diciembre del año de 1998, a esa fecha el patrimonio contable del Banco del Pacífico fue positivo por S/. 944.660 millones (sucres), mientras que de los resultados de la auditoría especial practicada por la firma internacional Arthur Andersen con corte al 31 de marzo del año de 1999, determinaron ajustes que dieron lugar a que los accionistas de la entidad perdieran el 100% de su participación patrimonial.- 2) Con oficio No. INBGF-99-709 del 30 de julio del año 1999, el abogado Jorge Guzmán Ortega, a esa fecha Superintendente de Bancos, instruyó al Banco del Pacífico para que proceda a registrar los

ajustes y reclasificaciones establecidos por los auditores internacionales y por el equipo de evaluación de estas auditorias, a partir de esa misma fecha, sin embargo dichos ajustes se efectuaron en la entidad hasta el 14 de septiembre del año 1999 en la cuenta 3603 'Devaluación del Patrimonio' por un valor total de S/. 1.139.142 millones de sucres. 3) Mediante oficio No. INBGF-99-3566 del 16 de octubre del año 1999 se comunicó a la entidad que la posición patrimonial del Grupo Financiero se afectó por el valor de S/.1.139.142 millones correspondientes a los ajustes determinados por la auditoria internacional y el equipo de evaluación y además por el incremento de las pérdidas del ejercicio que al cierre de septiembre del año de 1999 ascendían a S/. 407.498 millones, debiendo además incluirse los ajustes que corresponden al 25% cartera no evaluada por la auditoria internacional S/. 179.948 millones; provisión inversión en títulos de deuda fideicomiso FIT S/. 19.924 millones registrándose además la diferencia por provisión de cartera resultante de la aplicación de las categorías y porcentajes establecidos por los auditores internacionales a los saldos de cartera al 30 de julio del año de 1999. Cabe señalar que inicialmente se contabilizó la provisión aplicando las categorías y porcentajes a los saldos con corte al 31 de marzo del año 1999, diferencia que posteriormente fue registrada por S/.136.163 millones, teniendo por tanto que al 16 de octubre del año 1999 el patrimonio de los accionistas se ha consumido completamente por efecto de los ajustes señalados anteriormente, de conformidad con lo dispuesto en el Título VIII, Capítulo XI del 'Castigo de Pérdidas, Déficit Acumulados o Desvalorizados de Patrimonio' de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y de la Junta Bancaria, por lo que se procede a iniciar todas las formalidades conducentes a legalizar dichos ajustes. Concluyéndose que el patrimonio del Grupo Financiero estaría constituido únicamente por los préstamos subordinados recibidos de Filanbanco S.A.- 4) El castigo patrimonial establecido en el oficio No. UNBGF99-3566 del 16 de octubre del año 1999 fue contabilizado por la entidad el 18 de octubre del mismo año, afectando al patrimonio cuyos saldos al 15 de octubre del año 1999 eran de S/. 1.248'248.000,00 y al 18 de octubre de 1999 la cuenta 3603 'Desvalorización del Patrimonio' antes del castigo contra las cuentas patrimoniales, registró un valor de S/. 1.428'808.000,00, lo que significó que el patrimonio de las acciones no alcancen a cubrir los ajustes en la suma de S/. 141.331 millones (S/. 1287.477 millones – S/. 1.428.808 millones) que a un tipo de cambio de S/. 15.993 equivale a US\$ 8.836.968.- 5) Además el ajuste dispuesto por la Superintendencia de Bancos como consecuencia de las pérdidas del ejercicio correspondiente al período de enero a septiembre del año 1999 que sumaban S/. 407.499 millones, castigo que se contabilizó el 21 de octubre de 1999, con lo

cual el saldo de las provisiones no cubierto por el patrimonio de los accionistas se incrementó a S/. 548.928 millones, equivalentes a US\$ 34.316.821, a la cotización del 18 de octubre de 1999.- 6) El 21 de mayo del año 1999 Filanbanco S.A. concedió al Banco del Pacífico S.A. un préstamo subordinado por S/. 96.445'307.770, mediante la suscripción de un convenio que fue modificado en la misma fecha con lo cual el monto total asciende a S/. 127.400 millones, préstamo subordinado que se volvió a conceder el 4 de agosto del año 1999 por el monto de US\$ 58'923.768 en bonos negociables, emitidos por el Estado Ecuatoriano.- 7) El 26 de octubre del año 1999 ante el Notario Séptimo del Cantón Guayaquil se suscribió un Convenio de Asociación entre el Banco Continental S.A. y el Banco del Pacífico S.A. como un mecanismo de aproximación a un posterior programa de fusión, donde se convino reducir el plazo de los préstamos subordinados, en forma tal que se hicieron exigibles y se convirtieron por compensación de pleno derecho, en el capital del Banco del Pacífico S.A., entidad que contabilizó los préstamos subordinados el 26 de octubre del año 1999, quedando por tanto contablemente Filanbanco como único accionista del Banco del Pacífico con una participación de S/. 1'092.748'091.200, aumento de capital que fue posteriormente inscrito en el Registro Mercantil del cantón Guayaquil el 4 de noviembre del año 1999. El 19 de noviembre de ese mismo año a las 19h26, se instaló la Junta General Extraordinaria de Accionistas del Banco del Pacífico S.A, con la presencia de su accionista mayoritario, Filanbanco S.A., donde se resolvió que en virtud del castigo patrimonial dispuesto por la Superintendencia de Bancos se reduce el capital suscrito y pagado de la entidad en la suma de S/. 123.076'877.700 autorizando que el Banco del Pacífico S.A. transfiera a un fideicomiso mercantil por su valor nominal, activos castigados o provisionados de la entidad hasta el 18 de octubre del año 1999 por un monto que sea igual al valor de las cuentas patrimoniales del Banco del Pacífico S.A. en la misma fecha, y que ascendía a la suma de S/. 1'248.248'076.165, fecha de ejecución de los castigos ordenados por la Superintendencia de Bancos contra dichas cuentas patrimoniales, estableciendo que los beneficiarios del fideicomiso sean el Banco del Pacífico y las personas naturales y jurídicas que constaban registradas como Accionistas en el Libro de Acciones y Accionistas del mismo a la fecha en que se tomó dicha resolución, así como que los activos que se transfieran al fideicomiso habrían de ser aquellos castigados o provisionados en su totalidad hasta el 18 de octubre del año 1999, momento en que se contabilizó el castigo ordenado por el Órgano de Control y en primer lugar, aquellos cuya calificación de riesgo hubiere dado lugar a una exigencia de provisiones del 100%, y en caso de no ser los activos señalados anteriormente suficientes para cubrir un valor igual al de las cuentas patrimoniales

castigadas a esa fecha, para completar el valor faltante se transfieran al fideicomiso aquellos activos cuya provisión requerida haya sido inferior al 100%. Estableciéndose como finalidad del fideicomiso la de recaudar el valor de los activos castigados y entregarlo en primer lugar al Banco del Pacífico S.A. para cubrir lo no provisionado de los activos más el saldo de la cuenta de Desvalorización del Patrimonio que no pudo ser cubierto por el patrimonio de los accionistas, y lo restante entregarlo a los ex-accionistas.- 8) Es de notar que los ajustes dispuestos por la Superintendencia de Bancos se registraron entre el 14 de septiembre y 21 de octubre del año 1999, sin que la Junta General de Accionistas del 9 de noviembre del 1999 haya considerado el valor de las cuentas patrimoniales del Banco del Pacífico S.A. al 21 de octubre de ese año.- 9) El 3 de octubre del año 2000 ante el Notario Quinto del cantón Guayaquil se otorgó el contrato de Fideicomiso Mercantil 93 BP entre el Banco del Pacífico S.A., como Constituyente o Fideicomiso, la Compañía Filanfondos S.A. Administradora de Fondos y Fideicomitente, como la Fiduciaria y en calidad de beneficiarios el Banco del Pacífico S.A. y sus ex-accionistas, en cuyos antecedentes se hace referencia a la decisión tomada por la Junta General de Accionistas del Banco del Pacífico S.A. referida en el punto 7, donde se resolvió autorizar al Banco la constitución de un fideicomiso con activos castigados o provisionados en su totalidad al 18 de octubre de 1999 y no con cartera castigada y/o provisionada con corte al 30 junio del 2000, como en efecto se realizó, estableciéndose entre sus principales finalidades: a) Recaudar el valor de los activos que se aportan al fideicomiso por parte del constituyente, hasta por el valor de los castigos ordenados por la Superintendencia de Bancos contra las cuentas patrimoniales de la institución, a fin de entregar, en primer lugar al Banco del Pacífico S.A. los US\$ 8.8 millones de la 'Desvalorización de Patrimonio' que no pudo ser cubierto por el patrimonio de los accionistas; b) Entregar a los ex-accionistas el saldo que se recupere (luego de cubrir al Banco del Pacífico S.A. los antes indicados US\$ 8.8 millones), hasta el monto de los castigos ordenados por la Superintendencia de Bancos, anotándose que, salvo instrucción en contrario por parte de los beneficiarios del fideicomiso, se realizaría mediante suscripción en su nombre y representación que hará el fideicomiso, de acciones del Banco del Pacífico S.A. y que, de no ser posible tal suscripción de acciones dentro del plazo determinado por los beneficiarios el fiduciario entregaría en dinero o en especie; c) Entregar al Banco del Pacífico S.A. la totalidad de los intereses de la cartera fideicomitada que se logre recaudar; y, d) Entregar al Banco del Pacífico S.A. cualquier monto recaudado en exceso de la suma de S/. 1.248.248.078.165 que perdieron los accionistas. Habiéndose transferido a dicho fideicomiso hasta el 2 de julio del año 2001 un total de cartera de US\$ 63.521.158.54



quedando como saldo pendiente a entregar US\$ 14.611.850.42. teniendo que la cartera entregada al fideicomiso es aquella castigada o provisionada al 100% al 30 de junio del año 2000, cuando la instrucción de la Junta General de Accionistas fue que se transfiera al fideicomiso activos castigados o provisionados totalmente del Banco del Pacífico S.A. hasta el 18 de octubre del año 1999, cartera transferida que a dicha fecha según el informe AGI-012-2001 del 17 de abril del año 2001 emitido por el auditor interno del Banco del Pacífico S.A. para ningún sujeto de crédito registraba una calificación E (Pérdida), siendo los activos castigados y no transferidos al fideicomiso, los siguientes: Diferencial cambiario operación de Lease Back; castigo por pérdida de inversión en B.P. Colombia; castigo de obligaciones convertibles en B.P. Colombia; ajuste al VPP de la inversión del B.P. Ecuador en Panamá; provisión por otras cuentas del activo; y, castigo de inversión en papeles del Banco del Tungurahua; entre estos activos que no fueron transferidos al fideicomiso consta también la inversión en la Subsidiaria del Banco del Pacífico en Colombia, conforme lo manifiesta la señora Isabel González de Ambrosini, Vicepresidenta de Riesgos del Banco del Pacífico S.A. en el memorando de fecha 26 de junio del año 2000, que dirige a los señores Mauro Intriago Dunn y abogada Adriana Guerrero, Presidente Ejecutivo y Gerente del Banco del Pacífico S.A., en su orden, donde señala que es fundamental transferir al fideicomiso esas acciones, a fin de evitar provisiones adicionales importantes. Es de destacar que la administración de esa época transfirió al fideicomiso cartera con las respectivas garantías, lo cual le da una valoración económica superior a aquellos que debió transferirse, y que, en consecuencia los perjuicios en contra del Banco del Pacífico, o de los depositantes, son responsabilidad de la citada administración, porque debieron haberse transferido al fideicomiso activos por US\$ 55'022.765 y no por US\$ 78'133.009 de los cuales el Banco del Pacífico debió ser beneficiario del saldo no cubierto por el patrimonio de los exaccionistas, esto es, por US\$ 34'316.821 y no por US\$ 8'836.968. Por lo que el valor neto de los activos castigados o provisionales en su totalidad que les corresponde a los exaccionistas asciende a la suma de US\$ 20'705.944 (US\$ 55'022.765 – US\$ 34'316.821) estaría representado en los siguientes activos (en millones de sucres y en dólares a la tasa de cambio de S/. 15.993): Inversión en el Banco Pacífico Colombia S/. 143.551 millones de sucres (US\$ 8'975.882); Obligaciones convertibles en Banco Pacífico Colombia S/. 103.892 millones de sucres (US\$ 6'496.058); Inversión en papeles del Banco del Tungurahua S/. 46 millones de sucres (US\$ 2.882); Provisión de otras cuentas del activos, S/. 608 millones de sucres (US\$ 38.017); Ajuste el VPP de la inversión en Banco Pacífico Panamá, S/. 71.880 millones de sucres (US\$ 4'494.482); y, Diferencial cambiario operación Léase Back S/.

11.173 millones de sucres (US\$ 698.623), dando un total de S/. 331.150 millones (US\$ 20'05.9944). Lo que ocasionó que el Filanbanco S.A. a la fecha en que se constituyó como accionista del Banco del Pacífico S.A. y en razón de que las pérdidas del período a septiembre del año 1999 por S/. 407.498 millones no fueron asumidas por los ex-accionistas, la inversión del Filanbanco S.A. y por ende del Estado se vió reducida por este mismo valor, coligiéndose que al haber comparecido Filanbanco a través de su Gerente General a la Junta General de Accionistas del Banco del Pacífico S.A. del 9 de noviembre del año 1999, se permitió, por lo visto, que se comprometan los activos de ese Banco sin autorización del órgano competente (Directorio del Filanbanco), al asumir el Filanbanco S.A. pérdidas que no le correspondían sino a los ex-accionistas del Banco del Pacífico S.A, hecho que contribuyó por otra parte a la suscripción del fideicomiso 93 BP donde se sustituyeron a los activos castigados que debieron entregarse al fideicomiso, por la cartera debidamente garantizada, castigada o provisionada al 100% al 30 de junio del año 2000, contrariando de este modo la Resolución de la Junta General de Accionistas del Banco del Pacífico del 9 de noviembre del año 1999, cuyo cumplimiento debió ser verificado por el Directorio de dicha institución de acuerdo con la norma del artículo 30 letra e) de la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, lo cual en la práctica no se dio, lo que conlleva a presumir que se ha abusado de efectos que representan dineros públicos que fueron provisionados con recursos del Estado a través de Filanbanco S.A.. Los hechos que se dejan consignados son elementos de convicción que hacen presumir una concurrencia de infracciones que conllevaron el cometimiento del delito de peculado tipificado en el artículo 257 del Código Penal...'. Seguidamente, el señor Ministro Fiscal General Subrogante, conforme prescribe el numeral 2 del artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, en el auto de instrucción fiscal anota los datos personales de los imputados Jorge Emilio Gallardo Zavala, Francisco Kozhaya Simón, Rodrigo Laniado de Wind, Miguel Macías Hurtado, Alejandro Ponce Enríquez, Wilson Correa Calderón, Andel Adoun Auad, José Cabezas Candel y Carlos Gonzalo Hidalgo Terán; con relación a lo previsto en el numeral 3 de la misma disposición legal, detalla los elementos que han servido de sustento para hacer la imputación, que no son otros que los expuestos con igual detenimiento en el oficio No. DNAJ-2001-152 del 4 de octubre del 2001, del Director Nacional de Asuntos Judiciales de la Superintendencia de Bancos, obtenidos a su vez de la documentación aparejada al mismo, que conforman los tres primeros cuerpos procesales y un anexo, además de la información también documentada, constante del oficio No. DNAJ-2001-153 del 8 de octubre del 2001, suscrito por el propio funcionario de la Superintendencia de Bancos, anteriormente citado,

cumpléndose los demás requisitos formales estatuidos en la norma legal en referencia. El señor Ministro Fiscal General Subrogante remite la instrucción fiscal a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia para que ordene la notificación de los imputados y éstos puedan ejercer sus derechos de defensa, solicitando al Juez especial, finalmente, emita orden de prisión preventiva en contra de los imputados. El doctor Galo Pico Mantilla, entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia, mediante auto de 11 de octubre del 2001, las 18h00, fojas 542 y 543, dicta orden de prisión preventiva en contra de los ingenieros Jorge Emilio Gallardo Zavala y Carlos Gonzalo Hidalgo Terán, absteniéndose de expedirla en contra de los demás imputados y luego de cumplidas las notificaciones devuelva el expediente para que continúe con el trámite legal. El señor Ministro Fiscal General Subrogante en ejercicio de la facultad prevista por el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal, interpone recurso de apelación de la negativa del señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia a dictar prisión preventiva en contra de los antes mencionados imputados, fojas 546, recurso que, concedido, fojas 1322, es resuelto por la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante auto de 17 de noviembre del 2001, las 17h00, fojas 1389, desestimándolo por improcedente. Por haberse cumplido el plazo previsto por el artículo 223 del Código Adjetivo Penal, la señora Ministra Fiscal General del Estado declara concluida la etapa de instrucción fiscal, y estimando que los resultados de la investigación proporcionan datos relevantes sobre la existencia del delito de peculado, tipificado y reprimido por el artículo 257 del Código Penal, como también existen fundamentos graves que le permiten presumir que los imputados Jorge Emilio Gallardo Zavala y Carlos Gonzalo Hidalgo Terán han participado en su cometimiento en el grado de autoría y los imputados Francisco Kozhaya Simon, Eli Rodrigo Laniado de Wind, Miguel Luis Macías Hurtado, Alejandro Alberto Ponce Enríquez, Wilson Eduardo Correa Calderón, Andel Oswaldo Adoum Auad y José Vicente Cabezas Candiel, en el grado de complicidad, emite dictamen acusatorio en contra de los imputados nombrados, remitiendo el expediente a esta Presidencia para los efectos determinados en el artículo 227 del Código Adjetivo Penal. En el trámite del expediente han sido notificados los imputados con la acusación fiscal y se ha verificado la audiencia preliminar prevista en los artículos 228 y 229 del mismo Código Procesal. Por consiguiente, siendo el estado de la causa el de dictar la resolución que en derecho corresponda, para hacerlo, el infrascrito Juez especial, considera: **PRIMERO:** El Presidente de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer los resultados de la etapa de instrucción fiscal y resolver la etapa intermedia del proceso, en su calidad de Juez especial por razones del fuero, de acuerdo a lo que prescriben las normas

contenidas en el numeral 2 del artículo 13 en relación con el numeral 3 del artículo 28 de la Ley Orgánica de la Función Judicial; y de lo preceptuado en el numeral 6 del artículo 21, numeral 4 del artículo 30, artículo 376 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, ya que, consta de autos que el imputado ingeniero Jorge Emilio Gallardo Zavala, a la fecha de iniciación de la instrucción fiscal desempeñaba las funciones de Ministro de Economía y Finanzas, sujeto de fuero, siendo que el fuero especial atrae al fuero común de los demás imputados. **SEGUNDO:** Las etapas de instrucción fiscal, comprendida la indagación previa, y la etapa intermedia, se han sustanciado de conformidad con las normas del vigente Código de Procedimiento Penal, por lo que, al no existir motivo de nulidad, se declara la validez de lo actuado. **TERCERO:** Del examen de los autos, esta Presidencia advierte que el dictamen fiscal acusatorio emitido por la señora Ministra Fiscal General del Estado, que obra incorporado de fojas 2298 a 2307 del proceso, se remite sustantivamente a los informes que se contienen en los oficios Nos. DNAJ-2001-152,153 y 156, de 4, 8 y 10 de octubre del 2001 y a la voluminosa documentación anexa, que dirigiera a la Fiscalía General el Director Nacional de Asuntos Judiciales de la Superintendencia de Bancos, que fueron, a su vez, materia del auto de instrucción fiscal dictado el 10 de octubre del 2001 y de sustanciación de la propia etapa de instrucción fiscal. De todo ello ha de concluirse necesariamente que el objeto de este proceso y, en esa proyección, el único de la acusación de responsabilidad penal y la presunción punitiva en contra de los imputados, se concretan en el hecho objetivo de que el Fideicomiso Mercantil de Activos Castigados 93 BP, de acuerdo con la Resolución de la Junta General de Accionistas del Banco del Pacífico S.A., adoptada en sesión del 9 de noviembre de 1999, debió constituirse con la transferencia de los activos castigados o provisionados de la entidad bancaria, hasta el 18 de octubre de 1999, por su valor nominal y por un monto igual al valor de las cuentas patrimoniales de la institución a la misma fecha; pero que, celebrada la escritura pública de su constitución, el 3 de octubre del 2000, en la fase operativa de integración del patrimonio autónomo del fideicomiso, la administración del Banco del Pacífico S.A. ha transferido al patrimonio autónomo del fideicomiso, cartera castigada o provisionada en un 100%, con corte al 30 de junio del 2000, en beneficio del Banco constituyente y de los ex-accionistas; es decir, la administración del Banco transfirió activos distintos y por un monto superior al que correspondía: esto es, US\$ 78'133.009 y no US\$ 55'022.765 (puesto que debieron también haberse considerado las pérdidas incurridas por el Banco del Pacífico S.A. en el período enero a septiembre del año 1999, por S/. 407.498 millones de sucres, que tenían que ser asumidas por sus ex Accionistas y no por Filanbanco S.A., como efectivamente ocurrió al producirse la capitalización de los

préstamos subordinados concedidos por esta Institución Bancaria en favor de aquella, con recursos pertenecientes al Estado ecuatoriano), de los cuales el Banco del Pacífico debió ser beneficiario del saldo no cubierto por el patrimonio de los ex accionistas, es decir de US\$ 34'316.821 y no solamente de US\$ 8'836.968 como se establece en el contrato constitutivo del Fideicomiso. Por lo que el valor de los activos castigados o provisionados en su totalidad que les hubiera correspondido a los ex-accionistas, debió ascender a la suma de US\$ 20'705,944 (US\$ 55'022.765- US\$ 34'316.821) y debió estar, representado por los siguientes activos (en millones de sucres y en dólares a la tasa de cambio de S/. 15.993): inversión en el Banco del Pacífico Colombia: S/. 143.551 millones de sucres (US\$ 8'975.882); obligaciones convertibles del Banco del Pacífico Colombia: S/. 103.892 millones de sucres (US\$ 6'496.058); inversión en papeles del Banco del Tungurahua: S/. 46 millones de sucres (US\$ 2.882); provisión de otras cuentas del activo: S/. 608 millones de sucres (US\$ 38.017); ajuste al valor patrimonial proporcional de la inversión en el Banco del Pacífico Panamá: S/. 71.880 millones de sucres (US\$ 4'494.482); y diferencial cambiario en la operación Lease Vack: S/. 11.173 millones de sucres (US\$ 698.623), con un total de S/. 331.150 millones de sucres (US\$ 20'705.944), y no por la cartera que efectivamente se transfirió al Fideicomiso en su contrato constitutivo. Estos actos dieron como resultado que la inversión de Filanbanco S.A. y por ende del Estado ecuatoriano, a la fecha en que este Banco se convirtió en accionistas del Banco del Pacífico S.A., se haya visto sensible y automáticamente reducida; coligiéndose que, al haber comparecido Filanbanco S.A., a través de su Gerente General, a la Junta de Accionistas del Banco del Pacífico S.A. del 9 de noviembre del año 1999, se permitió que se comprometan los activos de ese Banco sin autorización del organismo social competente (Directorio del Filanbanco S.A.), al asumir Filanbanco S.A. pérdidas que no le correspondían sino a los ex-accionista del Banco del Pacífico S.A.; hecho que también constituyó a la suscripción del Fideicomiso 93 BP, en donde se constituyeron los activos castigados que debieron entregarse al Fideicomiso, por cartera debidamente garantizada, castigada o provisionada al 100% al 30 de junio del año 2000, contrariándose de este modo la resolución de la Junta General de Accionistas del Banco del Pacífico S.A. del 9 de noviembre del año 1999, cuyo cumplimiento debió ser verificado por el Directorio de dicha Institución de acuerdo con la norma del artículo 30 letra e) de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Este hecho ha permitido presumir a la Titular de la Fiscalía General del Estado, responsabilidades penales por un perjuicio probable al Banco del Pacífico S.A., constitutivo del delito de peculado previsto y sancionado por el artículo 257 del Código Penal. **CUARTO:** Se advierte también que los

hechos denunciados ante la señora Ministra Fiscal General del Estado por el señor Director de Asuntos Judiciales o actual Director de Procuraduría Judicial de la Superintendencia de Bancos, como delegado del señor Superintendente de Bancos, doctor Jorge Ortiz Barriga, en cuanto al cambio de activos castigados y provisionados por cartera castigada y provisionada al 100% con corte al 30 de junio del 2000, transferida al patrimonio autónomo del Fideicomiso Mercantil 93 BP, son precisamente los denunciados por el propio Superintendente de Bancos, al Presidente Ejecutivo del Banco del Pacífico S.A., doctor Tomás Pluas, al Gerente General de Filanfondos Administradora de Fondos y Fideicomisos y al Presidente del Directorio del Banco Central del Ecuador, Ecom. Mauricio Yépez, conforme consta de los oficios Nos. SB-2001-0856, 0857 y 0861 del 4 y 5 de octubre del 2001, respectivamente, cuyas copias certificadas se encuentran agregadas a fojas 2321, 2322 y 2323 del proceso, considerados entonces como hechos irregulares que debían corregirse de inmediato sustituyendo la cartera fideicomitada por los activos que hubiesen tenido que transferirse. Por consiguiente, en la investigación de la verdad sobre los hechos denunciados, durante la etapa de instrucción fiscal la señora Ministra Fiscal General del Estado ha determinado (de oficio) la existencia de una infracción punible y los elementos de imputabilidad penal, procediendo a calificar, en base de los recaudos procesales, en su dictamen acusatorio, como delito de peculado previsto y sancionado por el artículo 257 del Código Penal, la infracción cometida, y a graduar la responsabilidad penal de los imputados, a nivel de autoría respecto de los imputados Jorge Emilio Gallardo Zavala y Carlos Gonzalo Hidalgo Terán, por sus calidades de Presidente Ejecutivo del Banco del Pacífico S.A. y de Gerente General del Filanbanco S.A., respectivamente, a la fecha de celebración del contrato de fideicomiso y de complicidad respecto de los imputados Francisco Kozhaya Simon, Eli Rodrigo Laniado de Wind, Miguel Luis Macías Hurtado, Alejandro Alberto Ponce Enríquez, Wilson Eduardo Correa Calderón, Handel Oswaldo Adoun Auad y José Vicente Cabezas Candel, como Directores Principales del Banco del Pacífico S.A.. Evacuados los actos de sustanciación judicial de la etapa intermedia, con la notificación del dictamen acusatorio a los imputados y la realización de la audiencia preliminar, le corresponde al infrascrito Juez especial resolver lo que en derecho corresponde en esta parte del procedimiento. **QUINTO:** La constitución de un fideicomiso mercantil es un acto jurídico voluntario, que define el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores como un contrato, por el cual ‘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 de fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien a favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario'. Por consiguiente, la constitución de un fideicomiso mercantil, es una operación mercantil que los bancos privados pueden realizar; es un acto declarativo de voluntad constante de un contrato especial, que se rige por sus propias disposiciones y por la Ley. Sin embargo, de acuerdo con la acusación Fiscal, en la especie, constituido que fuera el fideicomiso mercantil por virtud del contrato celebrado por escritura pública otorgada ante el Notario Quinto del cantón Guayaquil, el 3 de octubre del 2000, el patrimonio autónomo que debió conformarse única y fundamentalmente por la transferencia de activos castigados y provisionados al 18 de octubre de 1999, fue sustituido por la administración del Banco constituyente, por una cartera de crédito y sus garantías colaterales, castigadas y/o provisionada en el 100% de diferente clase y valor superior, cortada al 30 de junio del año 2000, con la aparente finalidad de favorecer a ex-accionistas del Banco del Pacífico S.A. con la recuperación de cuentas patrimoniales que acusaron pérdida definitiva de acuerdo a la disposición de la Superintendencia de Bancos constante del oficio No. INBGF-99-709 del 30 de julio de 1999, suscrito por el abogado Jorge Guzmán Ortega, Superintendente de Bancos, fojas 23, y del oficio No. INBGF-99-3566 del 16 de octubre de 1999, suscrito por la Econ. Rosa María Herrera, Intendenta Nacional de Bancos y Grupos Financieros, fojas 26-28, dirigidos al personero y representante legal del Banco del Pacífico S.A. **SEXTO:** Este hecho, indudablemente, produce el resultado de una sustitución de facto del objeto jurídico del contrato de fideicomiso mercantil, que produjo un daño patrimonial a Filanbanco S.A., propiedad del Estado ecuatoriano, en su condición devenida de único accionista del Banco del Pacífico S.A., como consecuencia de la capitalización de los préstamos subordinados que aquel le había concedido a éste, para beneficiar a terceros, ex-accionistas de este último Banco. En otros términos, el Fideicomiso Mercantil 93 BP resulta ser un contrato viciado, utilizado de modo deliberado como medio de distraer activos castigados y provisionados, que representan valores en último término de propiedad del Estado, que hace responsables a quienes, valiéndose de su calidad de administradores bancarios, han excedido sus funciones directrices y violando sus obligaciones éticas de lealtad al Estado, para permitir la disposición arbitraria de recursos públicos, con sacrificio de la economía nacional, puesto que no es precisamente la honestidad de procedimiento de los administradores bancarios, la que ha llevado al sector financiero a la encrucijada de su más dramática crisis, de la que es un signo patético el estado de quiebra de los dos bancos devenidos en propiedad estatal, en

donde se ha protagonizado un cuantioso fraude de fondos públicos, cuyo paso está marcado en cada página de este voluminoso proceso. Es así como, al amparo de la sesión extraordinaria de la Junta General de Accionistas del Banco del Pacífico S.A., reunida el 9 de noviembre de 1999, sin que en el Orden del Día de su convocatoria conste el tema referente a la resolución de constituir un fideicomiso mercantil con activos castigados y provisionados al 18 de octubre de 1999, con el propósito de beneficiar a los ex-accionistas de este Banco, cuyas cuentas patrimoniales se habían consumido en su totalidad, pero en perjuicio de Filanbanco S.A., convertido en único accionista del Banco del Pacífico S.A. por efecto de la capitalización de los cuantiosos préstamos subordinados que no se amortizaron, se adoptó una resolución que, a su vez, fue alterada, puesto que se cambiaron arbitrariamente los activos que debían ser fideicomitados, por cartera de créditos de mayores probabilidades de recuperación; por otra parte, en dicha Junta General Extraordinaria de Accionistas del Banco del Pacífico S.A., el Gerente General de Filanbanco S.A. asume, en uso de sus funciones, una pérdida de CUATROCIENTOS SIETE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES DE SUCRES (S/. 407.498'000.000), que les correspondía asumir a los ex accionistas del Banco del Pacífico S.A. y no a Filanbanco S.A., sin contar con autorización alguna. Finalmente, el Directorio del Banco del Pacífico S.A., banco fideicomitente, dejó hacer y dejó pasar estos hechos sin objeción alguna, soslayando sus obligaciones de vigilancia y control impuestas por la Ley de Instituciones del Sistema Financiero, ya que el cambio arbitrario e indebido de los activos fideicomitados fue denunciado como ilícito bancario por la Superintendencia de Bancos, conforme consta verificado en la investigación realizada en el decurso de la institución fiscal, con el respaldo documental suficiente. El infrascrito Juez especial advierte que la sustitución indebida de los activos fideicomitados, no solamente produce el resultado de daño patrimonial en mención, sino, además, el que deriva del incumplimiento del propio objeto jurídico del fideicomiso constituido por el contrato. **SÉPTIMO:** Por efecto de la denuncia presentada por la Superintendencia de Bancos acerca de la indebida sustitución de los activos fideicomitados y la disposición de regularizar la integración del patrimonio autónomo del fideicomiso con la transferencia de los activos castigados al 18 de octubre de 1999, conforme se ha examinado, anteriormente, sumadas otras causas insolubles de orden administrativo producidas en la operación y ejecución de las actividades de la fiducia, el fiduciario, al amparo de la norma contenida en el literal e) del artículo 134 de la Ley de Mercado de Valores y en aplicación de la cláusula vigésima primera punto tres, del contrato; es decir, por imposibilidad absoluta de cumplir con la finalidad establecida en el acto constitutivo del fideicomiso, sin acudir a los



jueces competentes, dio por terminado anticipadamente el contrato de fideicomiso y procedió a su liquidación; así aparece de la escritura pública celebrada ante el Notario Trigésimo Octavo del cantón Guayaquil, el 18 de diciembre del 2001, de la que consta que la fiduciaria procedió a transferir al fideicomitente en regresión todos los documentos de crédito o derechos crediticios o litigiosos que formaron parte del Fideicomiso Mercantil 93 BP, celebrando para el efecto todos los actos de endoso, cesión de derechos y entrega física de toda la documentación que los contiene. De la terminación y liquidación del Fideicomiso Mercantil informa a la señora Ministra Fiscal General el propio Director de Procuraduría Judicial de la Superintendencia de Bancos, doctor Jorge Ortiz Barriga, en su oficio No. DPJ-2002-067 del 21 de febrero del 2002 y sus anexos, en ampliación del informe No. DNAJ-2001-152 de 4 de octubre del 2001 que sirvió de antecedente para instrucción fiscal, fojas 2314 a 2359, documentos todos enviados, a su vez, a esta Presidencia, por dicha Magistrada, con escrito de 4 de marzo del 2002, agregado a fojas 2360 de los autos, para que se incorporen al proceso; es decir, posteriormente al dictamen acusatorio presentado el 18 de febrero del 2002. Las cuentas de administración del fideicomiso, hasta la fecha de su liquidación, aceptadas por el Banco fideicomitente, establecen que, contablemente, no se ha producido perjuicio alguno contra el Banco, como tampoco que exista reclamo pendiente de ninguna naturaleza, advertido, por supuesto, que se trata de la restitución de la cartera castigada y provisionada al 30 de junio del 2000, indebidamente transferida. No obstante, la gran mayoría de esta cartera es devuelta al Banco fideicomitente, sin resultado alguno de recuperación de las sumas adeudadas, encontrando el juzgador que difícilmente puede afirmarse que ningún perjuicio se ha ocasionado al Banco fideicomitente. **OCTAVO:** En el dictamen fiscal acusatorio que obra de fojas 2298 a 2307, no se hace mención de la terminación y liquidación del Fideicomiso Mercantil de Activos Castigados 93 BP, ya que fue un hecho llevado a conocimiento de la señora Ministra Fiscal General del Estado, como queda señalado en el considerando precedente, en fecha posterior a la presentación del dictamen, circunstancia que no resta validez procesal al mismo, ni influye en la decisión del Juzgador, ya que la terminación y liquidación del fideicomiso, constituye en sí otra evidencia del acto ilícito objeto de la acusación. **NOVENO:** El primer inciso del artículo 257 del Código Penal, tipifica y reprime el delito de peculado, con el siguiente texto: ‘serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que hubieren abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su

cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquiera otra forma semejante. La pena será de ocho a doce años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional'. En virtud de la reforma penal expedida por Ley 99-26, publicada en el Registro Oficial No. 190 del 13 de mayo de 1999, en el artículo 257 citado se incluyó la figura penal conocida por peculado bancario o financiero, descrita con el siguiente texto: 'También están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como de los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos'. Es un delito de resultados, de objeto material inmediato, esto es, de perjuicio al agente pasivo, donde la acción antijurídica es de disposición para abusar de fondos, bienes o efectos que los representen y que se custodian o administran por razón o en función del cargo que se desempeña; es un delito 'especial', al decir de Sebastián Soler (Derecho Penal, ediciones Nueva Argentina, Buenos Aires 1988, Tom. II pág. 247) '... por oposición a los comunes, a aquellos en los cuales el sujeto activo debía revestir determinadas calidades, sin las cuales el delito no era típico. El que no es funcionario con autoridad no puede ser autor de un abuso de autoridad; el que no es administrador de caudales públicos no puede ser autor de malversación...'. Por tanto, a la perpetración de un delito de peculado bancario o financiero sólo pueden concurrir quienes tienen la calidad de 'funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos'. De acuerdo con la doctrina, 'el bien jurídico protegido con la incriminación es el patrimonio del banco o instituto de crédito, entendido como prenda común de sus acreedores, en contra de la acción de sus administradores, directores o empleados, que pretendan apropiarse o hacer uso indebido de los bienes que integran los activos del banco o instituto de crédito, cuya administración en sentido amplio, les haya sido confiada en razón de su cargo'. '...El hecho constitutivo del delito debe ser ilegítimo. La ilegitimidad objetiva va implícita en la acción que constituye el núcleo del tipo. La ilegitimidad, la ilicitud o la antijuricidad del hecho constitutivo del delito es un carácter del hecho mismo, un efecto de la incriminación y no un presupuesto o elemento constitutivo del delito.' (Los delitos Bancarios, Jesús R. Quintero, Paredes Editores, Caracas Venezuela 1997, págs. 22, 32).- **DÉCIMO:** En el contrato de constitución del fideicomiso celebrado por escritura pública el 3 de octubre del año 2000, ante el Notario Quinto del cantón Guayaquil, se establecen claramente las reglas que

observarán las partes para el cumplimiento de la finalidad del mismo, indicándose en cuanto a los activos fideicomitidos lo siguiente: ‘Los activos que se transferirán al fideicomiso deberán ser aquellos castigados o provisionados hasta el dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve, fecha en que la Superintendencia de Bancos ordenó el castigo de las cuentas patrimoniales del Banco del Pacífico S.A., y en primer lugar, aquellos cuya calificación de riesgo hubiere dado lugar a una exigencia de provisiones del ciento por ciento (100%).- De no ser estos activos referidos en el inciso anterior, suficientes para cubrir un valor igual al de las cuentas patrimoniales castigadas al dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve por orden de la Superintendencia de Bancos, para completar el valor faltante, se transferirán al fideicomiso aquellos activos cuya provisión requerida haya sido inferior al cien por ciento (100%) determinados por su provisión en orden descendente, y, deberá instruir al fiduciario para que el producto del recaudo de tales activos sea entregado en primer lugar en beneficio del Banco del Pacífico S.A., para cubrir los valores no provisionados de dichos activos y hasta concurrencia de los mismos, más el saldo que quedó en la cuenta de ‘desvalorización del patrimonio’ con corte al dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve y que no pudo amortizarse contra las cuentas patrimoniales del Banco...’. Del examen de estas instrucciones o reglas determinadas para el cabal funcionamiento del fideicomiso, se desprende que se ha estipulado cierta condicionalidad para estructurar la clase y monto de activos que pasarían a conformar el patrimonio autónomo del fideicomiso, que se funda en la confianza ‘que es un elemento intrínseco del acto fiduciario, que se vincula plenamente con un aspecto material como lo es la transferencia de los bienes que hace el constituyente a favor del fiduciario, transferencia que encuentra su razonabilidad en dicha motivación psicológica’ (El Fideicomiso, Roberto Gonzalez Torre, Editorial Edino, Segunda Edición, 1999, pág. 23). En la instrucción fiscal se han consignado como antecedentes del acto incriminado las operaciones financieras y contables que tienen relación con el capital técnico del banco anterior al 9 de noviembre de 1999, fecha de la sesión de la Junta General de Accionistas del Banco del Pacífico S.A., en la que se acordó constituir el Fideicomiso Mercantil 93 BP, como también los datos financieros y contables resultantes del cambio arbitrario del objeto jurídico de dicho fideicomiso; de su examen detenido y ponderado, el infrascrito Presidente de la Corte Suprema de Justicia encuentra indicios varios, correlacionados y directos que permiten presumir que tanto la transferencia parcial de cartera castigada y/o provisionada al 100% con cierre al 30 de junio del 2000, como, la omisión deliberada de transferir los activos castigados y provisionados al 18 de octubre de 1999, corresponden a actos de disposición

ilegal, que violan aquélla condicionalidad de confianza reglada en el acto constitutivo del fideicomiso, por parte del ingeniero Jorge Emilio Gallardo Zavala, en su calidad de Vicepresidente Ejecutivo Encargado de la Presidencia del Banco del Pacífico S.A., del ingeniero Carlos Gonzalo Hidalgo Terán, en su calidad de Gerente General del Filanbanco S.A., y de los Directores Principales del Banco del Pacífico, señores Francisco Kozhaya Simon, Eli Rodrigo Laniado de Wind, Miguel Luis Macías Hurtado, Alejandro Alberto Ponce Enríquez, Wilson Eduardo Correa Calderón, Handel Oswaldo Aduad y José Vicente Cabezas Candel, los dos primeramente nombrados en el grado de autoría y los restantes en el grado de complicidad, que conlleva el propósito de abusar y distraer los valores representados por títulos de crédito castigados, en provecho injusto de terceros, perjudicando al Banco fideicomitente en la recaudación patrimonial que es el objeto jurídico del fideicomiso, propósito que en el dictamen fiscal acusatorio se pone de relieve, tanto con la alusión que se hace acerca de expresiones recomendatorias vertidas por el imputado Jorge Gallardo Zavala en la sesión de la Junta General de Accionistas del Banco del Pacífico de 9 de noviembre de 1999, como de la cita que igualmente se hace de la versión rendida por la señora Lourdes María Baquerizo Blum, Gerente del Departamento de Administración de Riesgos del Banco del Pacífico S.A., que consta a fojas 1971 y 1972.- **DECIMO PRIMERO:** La atribubilidad de una conducta culpable debe tener relación causal con el hecho típico punible. En la especie, el acto incriminado radica en la violación de facto del objeto jurídico del fideicomiso mercantil 93 BP y sus resultados de daño patrimonial al Banco fideicomitente, de propiedad del Estado Ecuatoriano, en provecho injusto de terceros, que configura el delito de peculado bancario o financiero previsto y sancionado por el artículo 257 del Código Penal y que involucra a los personeros del Banco del Pacífico S.A. y de Filanbanco S.A., responsables de la administración de los mismos, así como a los miembros del Directorio de aquel, responsables civil y penalmente de conformidad con el literal e) del artículo 30 de la Ley de Instituciones del Sistema Financiero, de cumplir y hacer cumplir las disposiciones emanadas de dicha Ley, de la Superintendencia de Bancos, de la Junta General y del mismo Directorio; por consiguiente, el nexo causal de responsabilidad penal con el delito incriminado, se halla determinado a través de la investigación de los hechos realizada en la instrucción fiscal. En mérito de las consideraciones precedentes, encontrando que la denuncia de los hechos objeto de la instrucción fiscal, presentada ante la Fiscalía General del Estado por la Superintendencia de Bancos a través de su delegado, el Director Nacional de Procuración Judicial de la entidad, ha sido investigada debidamente en la instrucción fiscal, y considerando que la expresada

instrucción fiscal se desprende presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito de peculado bancario o financiero tipificado y reprimido por el artículo 257 del Código Penal, en contra de los imputados ingenieros Jorge Emilio Gallardo Zavala y Carlos Gonzalo Hidalgo Terán, como autores, y en contra de los imputados Francisco Kozhaya Simón, Eli Rodrigo Laniado de Wind, Miguel Luis Macías Hurtado, Alejandro Alberto Ponce Enríquez, Wilson Eduardo Correa Calderón, Handel Oswaldo Adoun Auad y José Vicente Cabezas Candel, en calidad de cómplices, al tenor de lo preceptuado por el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 378 ibídem, acogiendo, además, el dictamen fiscal acusatorio, dicto el presente auto de llamamiento a juicio en contra de los nombrados imputados, declarando abierta la etapa pertinente, con todos sus atributos legales. Por consiguiente se confirma la orden de prisión dictada anteriormente en contra de los acusados Jorge Emilio Gallardo Zavala y de Carlos Gonzalo Hidalgo Terán y se la dicta en contra de los acusados Francisco Kozhaya Simón, Eli Rodrigo Laniado de Wind, Miguel Luis Macías Hurtado, Alejandro Alberto Ponce Enríquez, Wilson Eduardo Correa Calderón, Handel Oswaldo Adoun Auad y de José Vicente Cabezas Candel, para cuya captura se oficiará a las autoridades de Gobierno y Policía, a fin de que, una vez aprehendidos, sean puestos a órdenes de esta Presidencia en el Centro de Rehabilitación Social de Varones, Quito No. 1. Prohíbese la enajenación de bienes de todos y cada uno de los acusados, hasta por el monto del perjuicio ocasionado por el delito, así como la retención de fondos en cuentas bancarias y de ahorro, para cuyo efecto se remitirá oficio circular a los registradores de la propiedad a nivel nacional y a las autoridades bancarias. Una vez ejecutoriada esta providencia, envíase el proceso a la Oficina de Sorteos respectiva, a fin de que una de las Salas Especializadas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia sustancie la etapa del juicio, conforme a Ley. Notifíquese.

**f) Dr. Armando Bermeo Castillo.**

**PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**