



Facultad de Derecho y Gobernabilidad

Título del trabajo de investigación:

Fideicomiso Mercantil de Garantía: La posibilidad de que los Fideicomisos Mercantiles de Garantía sean utilizados para garantizar obligaciones pasadas, presentes o futuras del acreedor.

Línea de investigación del proyecto de titulación:

Gestión de las relaciones jurídicas

Modalidad de titulación:

Proyecto de investigación

Carrera:

Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador

Autor:

Adriana Stephanie Dueñas Banegas

Tutor:

Ab. Fidel Egas Chiriboga, MSc.

Samborondón

2020

DEDICATORIA

A mis hermanos, Sebastián, Matías y Emilio por ser el motor de mi vida, quienes me han dado ese impulso para cumplir una de las tantas metas que tengo para mi vida.

AGRADECIMIENTOS

A Dios por haber puesto a las personas correctas en el transcurso de este camino, que me han sabido aconsejar y apoyar en todo este proceso, a mis padres por confiar en mí y a mi tutor de tesis el Dr. Fidel Egas quien ha estado para guiarme y apoyarme en este proceso.

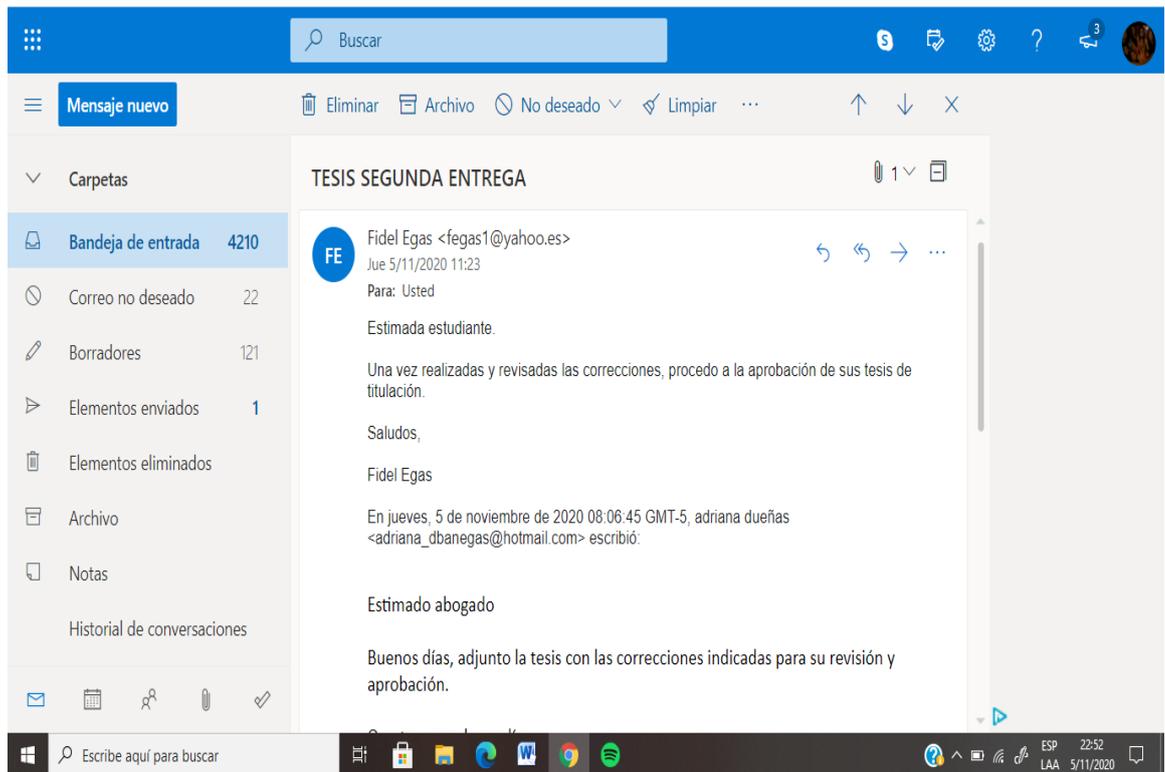
ANEXO N° 14

CERTIFICACION DE REVISION FINAL

QUE EL PRESENTE PROYECTO DE INVESTIGACIÓN TITULADO: **FIDEICOMISO MERCANTIL DE GARANTÍA: LA POSIBILIDAD DE QUE LOS FIDEICOMISOS MERCANTILES DE GARANTÍA SEAN UTILIZADOS PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES PASADAS, PRESENTES O FUTURAS DEL ACREEDOR.** FUE REVISADO, SIENDO SU CONTENIDO ORIGINAL EN SU TOTALIDAD, ASÍ COMO EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUERIMIENTOS QUE SE DICTAN EN LA GUÍA DE ELABORACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN, POR LO QUE SE AUTORIZA A: **ADRIANA STEPHANIE DUEÑAS BANEGAS**, QUE PROCEDA A SU PRESENTACION.

Samborondón, 6 de noviembre de 2020

Nombres y Apellidos del Tutor: FIDEL EFRAÍN EGAS CHIRIBOGA



ANEXO N°15

CERTIFICADO DEL PORCENTAJE DE COINCIDENCIAS

Habiendo sido nombrado **Abg. Fidel Efraín Egas Chiriboga**, tutor del trabajo de titulación “**Fideicomiso Mercantil de Garantía: La posibilidad de que los Fideicomisos Mercantiles de Garantía sean utilizados para garantizar obligaciones pasadas, presentes o futuras del acreedor**” elaborado por **Adriana Stephanie Dueñas Banegas**, con mi respectiva supervisión como requerimiento parcial para la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

Se informa que el mismo ha resultado tener un porcentaje de coincidencias 5% mismo que se puede verificar en el siguiente link: (<https://secure.orkund.com/view/77446522-310509-148587#/details/fulltext>).

Adicional se adjunta print de pantalla de dicho resultado.

The screenshot displays the Urkund report interface. The main content area shows the following information:

Document Information

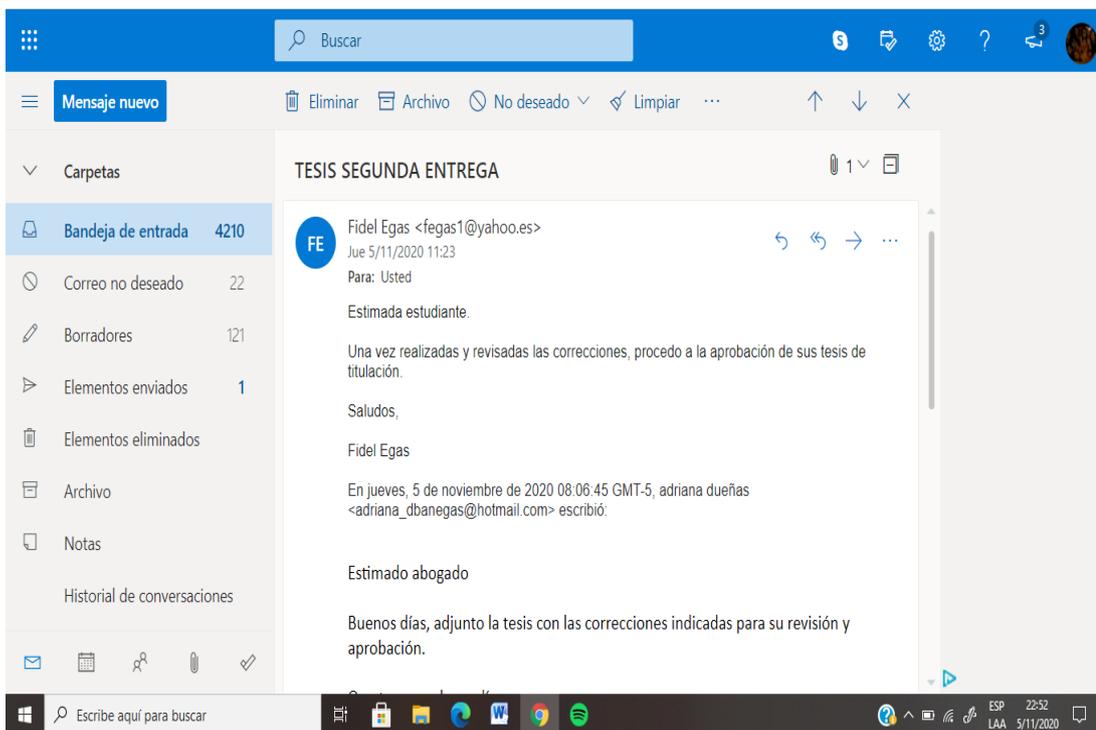
| | |
|-------------------|--|
| Analyzed document | TESIS ADRIANA DUENAS URKUND 1.docx (D80959247) |
| Submitted | 10/7/2020 6:13:00 PM |
| Submitted by | Fidel Egas |
| Submitter email | fegasc@ecotec.edu.ec |
| Similarity | 5% |
| Analysis address | fegas.ecotec@analysis.orkund.com |

Sources included in the report

| | | |
|---|--|---|
| W | URL: https://docplayer.es/69597392-Universidad-andina-simon-bolivar-sede-ecuador-area-d... Fetched: 7/8/2020 4:12:50 PM | 5 |
| W | URL: https://docplayer.es/40789406-Universidad-andina-simon-bolivar-sede-ecuador.html Fetched: 7/24/2020 3:12:33 PM | 3 |

The interface also includes a sidebar with various actions such as 'Exportar archivo PDF', 'Crear archivo PDF', 'Editar PDF', 'Comentar', 'Combinar archivos', 'Organizar páginas', 'Censurar', 'Proteger', 'Comprimir PDF', 'Rellenar y firmar', and 'Enviar para recibir comentarios'. The top navigation bar shows 'Inicio', 'Herramientas', and 'LA LEY DEL SISTEM...'. The bottom status bar indicates the time as 11:50 on 07/10/2020.

Nombres y Apellidos del Tutor: FIDEL EFRAÍN EGAS CHIRIBOGA



Abreviaturas

CC Código Civil

LMV Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II, Ley de Mercado de Valores

CODIFICACIÓN DE LA JUNTA Codificación de Resoluciones, Monetarias, Financieras, Valores y Seguros expedidas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera

RESUMEN

Este proyecto de investigación tuvo como finalidad analizar la figura jurídica del Fideicomiso Mercantil de Garantía, en tal sentido la problemática de esta investigación se centró en el vacío legal existente en la Codificación de la Junta respecto del alcance que tiene actualmente esta clase de fideicomiso al momento de garantizar obligaciones, ya que en el cuerpo normativo mencionado se establece que solamente podrá garantizar obligaciones claramente determinadas en el contrato de constitución, y en la actualidad debido a las pocos medios de cauciones que existen es necesario que esta figura pueda garantizar todas las obligaciones que adquiera el deudor con un mismo acreedor; y para esto se tiene como objetivo general estudiar el Fideicomiso Mercantil de Garantía para poder realizar una comparación con la hipoteca al ser ésta otra forma de respaldo de obligaciones y así determinar su alcance como instrumento de cumplimiento o ejecución de una obligación con el fin de implementar un tipo de fideicomiso de garantía “abierto” que pueda responder por las operaciones pasadas, presentes o futuras del acreedor.

Para este trabajo se emplearon métodos de investigación propios de la ciencia del Derecho, tales como el documental el cual permitió analizar y explicar la figura del fideicomiso mercantil y sus beneficios, método exegético, histórico jurídico y empírico, en tal sentido, como muestra, se obtuvieron entrevistas y encuestas de las diferentes sociedades administradoras de fondos y fideicomisos de Quito y Guayaquil; y finalmente de acuerdo a lo analizado en el marco teórico, en las entrevistas y encuestas de los expertos, se pudo determinar la necesidad de que exista una reforma en la Codificación de Resoluciones Monetarias Financieras de Valores y Seguros libro II Mercado de Valores respecto a las obligaciones que pueda avalar el Fideicomiso Mercantil de Garantía.

Palabras Claves: fideicomiso mercantil de garantía, patrimonio autónomo, negocio jurídico, obligaciones, procedimiento de ejecución.

ABSTRACT

The purpose of this investigation was to analyze the legal figure of the Commercial Guarantee Trust, in this sense the problem of this research focused on the existing legal vacuum in the Board's Codification regarding the scope that this kind of trust currently has at the moment to guarantee obligations, since the aforementioned normative body establishes that it will only be able to guarantee obligations clearly determined in the incorporation contract, and at present due to the few means of guarantees that exist it is necessary that this figure can guarantee all the obligations that the debtor acquires with the same creditor; and for this the general purpose is to study the Commercial Guarantee Trust to be able to make a comparison with the mortgage as this is another form of support for obligations and thus determine its scope as an instrument of fulfillment or execution of an obligation in order to implement a type of "open" guarantee trust that can be responsible for the past, present or future operations of the creditor.

For this work, research methods typical of the science of Law were used, such as the documentary which allowed us to analyze and explain the figure of the mercantile trust and its benefits, exegetical, legal and empirical historical method, in this sense, as a sample, they obtained interviews and surveys from the different fund and trust management companies in Quito and Guayaquil; and finally, according to what was analyzed in the theoretical framework, in the interviews and surveys of the experts, it was possible to determine the need for reform in the Codification of Monetary Financial Resolutions of Securities and Insurance book II Stock Market regarding the obligations that can be guaranteed by the Commercial Guarantee Trust.

Keywords: guarantee commercial trust, autonomous heritage, legal business, obligations, enforcement procedure.

Tabla de contenidos

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| Contexto Histórico | 2 |
| Antecedentes | 3 |
| Planteamiento del Problema Científico..... | 3 |
| Objetivos | 4 |
| Objetivo General | 4 |
| Objetivos Específicos..... | 4 |
| Justificación..... | 5 |
| Aspecto Novedoso | 5 |
| CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO..... | 6 |
| 1. FIDEICOMISO MERCANTIL..... | 7 |
| 1.1. Concepto | 7 |
| 1.1.1. Gramatical | 7 |
| 1.1.2. Jurídico | 7 |
| 1.2. Características | 9 |
| 1.2.1. Negocio jurídico..... | 9 |
| 1.2.2. Temporal e Irrevocable..... | 10 |
| 1.2.3. Inembargabilidad..... | 10 |
| 1.3. Elementos subjetivos | 11 |
| 1.3.1. Fideicomitente o constituyente..... | 11 |
| 1.3.2. Fideicomisario o beneficiario..... | 13 |
| 1.3.3. Fiduciaria | 13 |
| 1.4. Elementos objetivos | 14 |
| 1.4.1. Bienes que pueden ser <i>fideicomitados</i> y sus solemnidades. | 15 |
| 1.4.2. Patrimonio autónomo | 16 |
| 1.5. Contenido fundamental del contrato mercantil..... | 16 |
| 1.5.1. Cláusulas de su esencia | 17 |
| 1.5.2. Cláusulas de su naturaleza..... | 17 |
| 1.5.3. Cláusulas accidentales | 18 |
| 2. FIDEICOMISO MERCANTIL DE GARANTÍA..... | 19 |
| 2.1. Definición | 19 |
| 2.1.1. Concepto Jurídico | 19 |
| 2.2. Aspectos generales..... | 20 |

| | | |
|---|---|----|
| 2.2.1. | Obligaciones que garantiza..... | 21 |
| 2.2.2. | Sobre qué bienes no se puede constituir un Fideicomiso Mercantil de Garantía | 22 |
| 2.2.3. | Quiénes pueden obtener la calidad de beneficiarios | 22 |
| 2.3. | Derechos y obligaciones de los intervinientes..... | 23 |
| 2.3.1. | Fideicomitente o constituyente..... | 23 |
| 2.3.2. | Fiduciaria | 25 |
| 2.3.3. | Beneficiario..... | 26 |
| 2.4. | Requisitos mínimos del contrato de fideicomiso mercantil..... | 27 |
| 2.4.1. | Transferencia del bien | 27 |
| 2.4.2. | Objeto del contrato | 28 |
| 2.5. | Sustitución fiduciaria | 28 |
| 2.5.1. | Causas..... | 28 |
| 2.5.2. | Efectos | 29 |
| 2.6. | Ejecución del Fideicomiso | 29 |
| 2.6.1. | Condiciones | 29 |
| 2.6.2. | Procedimiento | 30 |
| 2.7. | Terminación del fideicomiso mercantil de garantía | 32 |
| 2.7.1. | Duración | 32 |
| 2.7.2. | Efectos..... | 33 |
| 3. | EL FIDEICOMISO MERCANTIL DE GARANTÍA COMO FIGURA JURÍDICA PARA GARANTIZAR LAS OBLIGACIONES..... | 33 |
| 3.1. | Clasificación de los fideicomisos mercantiles. | 33 |
| 3.1.1. | Fideicomiso Mercantil de Administración. | 33 |
| 3.1.2. | Fideicomiso Mercantil Inmobiliario. | 34 |
| 3.1.3. | Fideicomiso Mercantil de Inversión..... | 34 |
| 3.1.4. | Fideicomiso Mercantil de Titularización | 34 |
| 3.2. | El fideicomiso mercantil de garantía frente a la hipoteca como medio de caución..... | 34 |
| 3.2.1. | La hipoteca: generalidades..... | 35 |
| 3.2.2. | Ventajas del uso del Fideicomiso Mercantil de Garantía | 35 |
| 4. | EL FIDEICOMISO MERCANTIL EN OTRAS LEGISLACIONES..... | 36 |
| CAPITULO II: ASPECTO METODOLÓGICO. | | 39 |
| 1. | Tipo de investigación..... | 40 |
| 2. | Enfoque del tipo de Investigación | 40 |

| | | |
|---|---|----|
| 3. | Métodos teóricos de la investigación jurídica | 40 |
| 3.1. | Método documental..... | 40 |
| 3.2. | Método exegético | 41 |
| 3.3. | Método histórico jurídico | 41 |
| 3.4. | Método empírico..... | 41 |
| 4. | Población y muestra | 41 |
| 4.1. | Muestra | 42 |
| 4.2. | Tamaño de la muestra..... | 42 |
| CAPITULO III: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS. | | 44 |
| 1. | Análisis de encuestas | 45 |
| 1.1. | Análisis global de las encuestas..... | 50 |
| 2. | Entrevista a expertos..... | 50 |
| 2.1. | Análisis global de las entrevistas | 59 |
| CAPITULO IV: PROPUESTA..... | | 60 |
| 1. | Justificación de la propuesta | 61 |
| 2. | Proyecto de reforma de ley..... | 61 |
| Conclusiones | | 64 |
| Recomendaciones | | 65 |
| Bibliografía | | 66 |
| Anexos | | 68 |

Índice de Tablas

| | |
|--|----|
| <i>Tabla 1</i> Fideicomiso Mercantil de Garantía y sus Características | 45 |
| <i>Tabla 2</i> Fideicomiso Mercantil de Garantía como aval de obligaciones..... | 46 |
| <i>Tabla 3</i> Formas de ejecución por incumplimiento | 47 |
| <i>Tabla 4</i> Fideicomiso Mercantil de Garantía como aval de obligaciones determinadas | 48 |
| <i>Tabla 5</i> Fideicomiso Mercantil de Garantía “abierto” | 49 |

Índice de Gráficos

| | |
|--|----|
| Gráfico 1 Fideicomiso Mercantil de Garantía y sus Características | 45 |
| Gráfico 2 Fideicomiso Mercantil de Garantía como aval de obligaciones | 46 |
| Gráfico 3 Formas de ejecución por incumplimiento | 48 |
| Gráfico 4 Fideicomiso Mercantil de Garantía como aval de obligaciones determinadas . | 49 |
| Gráfico 5 Fideicomiso Mercantil de Garantía “abierto” | 50 |

Índice de Anexos

| | |
|---|----|
| Anexo 1 Cuestionario de entrevista a expertos | 68 |
| Anexo 2 Listado de administradoras de fondos | 70 |

INTRODUCCIÓN

El fideicomiso mercantil de garantía se ha convertido en un medio de caución para el cumplimiento de las obligaciones adquiridas tanto por personas naturales como personas jurídicas, el mismo, es utilizado con mayor frecuencia por entidades del sistema financiero. Debido al constante desarrollo económico de nuestro país, surge la necesidad de realizar una investigación que permita explorar su aplicación y su alcance como medio de garantía.

Es así que, para llegar a entender la problemática, en el capítulo I se explicó el concepto de fideicomiso mercantil de garantía, cómo se otorga el contrato, quiénes intervienen, su naturaleza jurídica, los derechos y obligaciones que surgen del mismo, la forma de cómo se ejecutará el bien garantizado en caso de incumplimiento, y sobre todo, los beneficios que brinda, ya que en la actualidad es necesario encontrar medios que permitan obtener agilidad y seguridad jurídica para las obligaciones que contraiga el deudor, así como simplicidad en el trámite de cobro de los créditos que otorgue el acreedor.

En el capítulo II, se explicó los métodos utilizados para obtener información sobre el tema, esgrimidos para demostrar la importancia de la implementación de un Fideicomiso Mercantil de Garantía “abierto” que garantice las obligaciones pasadas, presentes y futuras, ya que, de esta forma, se podrá responder por todas y cada una de las obligaciones que contraiga el deudor con el mismo acreedor, ya sea de manera directa o indirecta.

En el capítulo III, se procedió a realizar un análisis en base a las encuestas y entrevistas realizadas a las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos de Guayaquil y Quito.

Finalmente se mencionaron las conclusiones y las recomendaciones para que exista la posibilidad de poder implementar un Fideicomiso Mercantil de Garantía “abierto”, a través del razonamiento en relación a lo que se encuentra establecido en el Código Civil (en adelante el “CC”), Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II, Ley de

Mercado de Valores (en adelante la “LMV”) y la Codificación de Resoluciones, Monetarias, Financieras, Valores y Seguros expedidas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera(en adelante la “CODIFICACIÓN DE LA JUNTA”)

Contexto Histórico

La palabra fideicomiso proviene etimológicamente de dos voces latinas *fides* y *comissus*, de acuerdo a lo establecido en la Real Academia Española: *fides* significa “confianza o fe” y *comissus* “comisión o encargo”; la unión de estos dos vocablos me da como resultado que el fideicomiso es un encargo o comisión de confianza.

El derecho romano es quien da inicio a la figura del fideicomiso, a través de la figura del “*pactum fiduciae*”, que fue el mecanismo contractual que se utilizaba para transferencias entre vivos, esta figura jurídica tenía como característica principal la “buena fe”, ya que el fiduciante se basaba en la confianza que le tenía al fiduciario, para que este cumpla con las instrucciones del encargo.

El *pactum fiduciae*, de acuerdo a lo establecido por Eduardo G. Clusellas y Carolina Ormaechea “*era el instrumento a través del cual, (...) quien recibía la cosa se obligaba a su vez frente al transmitente, a restituirla o a transmitirla en propiedad de una tercera persona, al verse realizados determinados fines*” (Ormaechea, 2003).

Por otra parte, se encuentra también la figura del “*pactum fiduciae cum creditore*” que era utilizado como mecanismo de garantía; según Roberto González:

(...) es la forma de garantía que consistía en que el deudor de una obligación, para darle la debida seguridad a sus acreedores transfería por “mancipatio” o “injure cesio”, la propiedad de un bien con cargo de que le fuera retransferida una vez que se haya satisfecho total y oportunamente la obligación debida”. (Torre R. G., 2009)

Este concepto del *pactum fiduciae cum creditore* se asemeja a lo que es en la actualidad el fideicomiso mercantil de garantía, en la cual el deudor entrega un bien de su propiedad por una obligación adquirida con la finalidad de que sirva de garantía a su acreedor.

Antecedentes

La figura del fideicomiso mercantil se encuentra establecida en la LMV, habiendo nacido con la finalidad de transferir de manera temporal e irrevocable la propiedad de bienes a un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica, que será administrado por una fiduciaria hasta que se cumpla con la finalidad por la cual se constituyó el fideicomiso, en beneficio propio o de un tercero beneficiario.

Dentro de la CODIFICACIÓN DE LA JUNTA, en la Sección IV: Disposiciones Generales, Novena, se hace referencia al fideicomiso mercantil de garantía, estableciendo que solamente podrá garantizar obligaciones determinadas, ofreciendo la oportunidad para proponer la idea de un fideicomiso mercantil de garantía “abierto”.

Debido a que su implementación es poco común, surge esta necesidad de abordar el tema, con la finalidad de fortalecer la figura del fideicomiso mercantil de garantía dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ya que es un medio de caución poco utilizado.

Planteamiento del Problema Científico

En la CODIFICACIÓN DE LA JUNTA, en la Sección IV: Disposiciones Generales, Novena.- Modalidades de los Fideicomisos Mercantiles, se encuentra la clasificación de los fideicomisos y entre ellos consta el Fideicomiso de Garantía, que se define de la siguiente manera:

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

determinadas en el contrato. (...). (Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, 2018)

Partiendo del concepto antes mencionado nace la idea de poder implementar un fideicomiso mercantil de garantía “abierta” que pueda respaldar operaciones pasadas, presentes o futuras del acreedor, ya que actualmente solo garantiza obligaciones determinadas o específicas, es decir, de créditos específicos y determinados expresamente establecidos por el deudor.

Para que pueda llegar a ser una situación óptima, será necesario implementar una propuesta de reforma a la Sección IV: Disposiciones Generales, Novena.- Modalidades de los Fideicomisos Mercantiles, de la CODIFICACIÓN DE LA JUNTA: Mercado de Valores, para que se pueda garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones que el deudor contraiga con el mismo acreedor, sin importar la época de adquisición, el plazo o las condiciones para el pago.

Objetivos

Objetivo General

Estudiar el Fideicomiso Mercantil de Garantía para la implementación de un análisis comparación con la hipoteca al ser ésta otra forma de respaldo de obligaciones, con la finalidad de una implementación de un tipo de fideicomiso de garantía “abierta” que sirva como aval por las operaciones pasadas, presentes o futuras del acreedor.

Objetivos Específicos

- Realizar una revisión teórica sobre el Fideicomiso Mercantil de Garantía, en la legislación ecuatoriana.
- Implementar la técnica de a entrevista a grupo de expertos y encuestas a distintas fiduciarias de guayaquil y Quito respecto del Fideicomiso Mercantil de Garantía.
- Plantear una propuesta de reforma a la CODIFICACIÓN DE LA JUNTA: Mercado de Valores, para la implementación de

Fideicomisos en Garantía que sean utilizados para garantizar operaciones pasadas, presentes o futuras del acreedor.

Justificación

El fideicomiso mercantil de garantía es un contrato que aún no se lo ha desarrollado al máximo, debido al desconocimiento de su aplicación y de su alcance, el objetivo del fideicomiso de garantía es transferir bienes a un patrimonio autónomo que goza de personalidad jurídica propia que será administrado por una fiduciaria con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones, pero actualmente se dispone que estas obligaciones tienen que estar determinadas en el contrato lo que limita la posibilidad del acreedor de garantizar todas las obligaciones que contraiga el deudor.

Por lo que, si se implementa este tipo de fideicomiso de garantía “abierta” el acreedor tendrá un mayor respaldo de los créditos otorgados al deudor en caso de que no pueda cumplir con la obligación que adquirió.

Es por esto que es necesario, que exista una reforma dentro de la Sección IV: Disposiciones Generales, Novena.- Modalidades de los Fideicomisos Mercantiles, de la CODIFICACIÓN DE LA JUNTA, ya que de esta forma se puede llegar a convertir en el mejor medio para garantizar obligaciones.

Aspecto Novedoso

El aspecto innovador del presente trabajo de investigación científica gira en torno a la propuesta de reforma a la de la CODIFICACIÓN DE LA JUNTA: Mercado de Valores, en relación a la implementación de fideicomisos de garantía abierta, para que, de esta manera, se pueda garantizar obligaciones pasadas, presentes y futuras adquiridas por el deudor con el mismo acreedor.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1. FIDEICOMISO MERCANTIL

1.1. Concepto

El fideicomiso mercantil es un negocio fiduciario que se perfecciona por medio de un contrato por el cual el constituyente o fideicomitente transfiere libremente sus bienes a un patrimonio autónomo, y el fiduciario acepta administrar este fideicomiso con la finalidad de dar cumplimiento a lo establecido en el contrato, el cual es constituido en beneficio del propio constituyente o en favor de un tercero al cual se lo conoce como beneficiario.

1.1.1. Gramatical

La palabra fideicomiso proviene del latín “*fideicommissum*”, que a su vez se divide en dos raíces, “*fides*”, que significa buena fe y “*comissum*”, que significa comisión, lo que nos da como resultado la buena fe que tiene una de las partes para transferir un bien a otra persona para que este lo administre de acuerdo a lo pactado.

Entonces de esta definición se puede determinar que el fideicomiso es un encargo o una disposición que consiste en la entrega de los bienes para que se efectúe con lo establecido por las partes y que una vez que se ha cumplido con su finalidad, quien lo haya recibido, lo devuelva.

1.1.2. Jurídico

Mediante publicación en el Registro Oficial número 199, del 28 de mayo de 1993, se crea la Ley de Mercado de Valores (en adelante LMV 1993), donde se reformaba el antiguo Código de Comercio, incorporando un nuevo Título, después del art. 409, denominado “Del Fideicomiso Mercantil”, institución diseñada bajo dos elementos fundamentales: **(i)** un elemento estructural, consistente en un patrimonio que surge por la transferencia de bienes que el constituyente ha realizado a favor de la fiduciaria, sin que se genere una personalidad jurídica, de acuerdo a lo establecido en el primer artículo *innumerado* de la LMV 1993 y, **(ii)** un

elemento hermenéutico, consistente en, lo que no estuviere previsto en ese Título, se aplicarán al fideicomiso mercantil las disposiciones del CC respecto del fideicomiso, de acuerdo a lo establecido en el cuarto artículo *innumerado* posterior al artículo 409 del antiguo Código de Comercio..

Mediante publicación en el Registro Oficial número 367, del 23 de julio de 1998, se expide una nueva Ley de Mercado de Valores (en adelante “LMV 1998”), donde se reformaba, nuevamente, el antiguo Código de Comercio, derogándose el Título incorporado a continuación del art. 409, denominado “Del Fideicomiso Mercantil”, institución que se traslada del ámbito del antiguo Código de Comercio a la legislación del mercado de valores, pero esta vez, bajo el Título denominado “De los Negocios Fiduciarios”, de acuerdo a lo establecido en el artículo 238, letra a, de la LMV 1998, diseñándola, nuevamente, bajo dos elementos fundamentales: **(i)** un elemento estructural, consistente en un patrimonio autónomo que surge por la transferencia de bienes que el constituyente realiza a favor de ella, pero esta vez, generando una personalidad jurídica, de acuerdo a lo establecido en el artículo 109 de la LMV 1998 y, **(ii)** un elemento hermenéutico, consistente en que, en lo no previsto en ese Título, no se aplicarán las disposiciones del CC relacionadas al fideicomiso por ser de diversa naturaleza, de acuerdo a lo establecido en el artículo 137 de la LMV 1998, a pesar de la existencia del artículo 232 de dicha ley que indicaba que, en lo no previsto en esa ley, se estará a lo dispuesto, entre otras leyes, al CC. De una simple y rápida lectura, se podría pensar, inicialmente, que hay una contradicción entre los artículos 137 y 232 de la LMV 1998, pero lo que existe es una complementación, dependiendo que se trate de una antinomia jurídica o de una laguna normativa.

El Tratadista Mexicano Joaquín Rodríguez para definir al Fideicomiso puntualiza que:

“El fideicomiso, debe considerarse como un negocio fiduciario en cuanto se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la

limitación, de carácter obligatoria de realizar solo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan". (Rodríguez Rodríguez, 1971).

Por otra parte, el tratadista Colombiano Sergio Rodríguez Azuero, define al Fideicomiso como:

"El negocio jurídico en virtud del cual se transfiere uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero". (Rodríguez Azuero, 1990)

1.2. Características

Las características son aquellos elementos que lo hacen propio o peculiar a una figura jurídica y lo que lo distingue de las demás. En este contexto, se puede señalar que **(i)** el fideicomiso mercantil, es un tipo de negocio fiduciario, en el cual la confianza es el elemento primordial y para que sea considerado como tal será necesario que exista la transferencia del bien a un patrimonio autónomo, para que la fiduciaria lo administre y cumpla con lo establecido en el contrato, ya sea en beneficio del constituyente o de un tercero, **(ii)** es temporal e irrevocable, en consecuencia no podrá darse por terminado, ni modificarse total o parcialmente, ni en sus transferencias, ni en su objeto o instrucciones u obligaciones de manera unilateral y **(iii)** posee una cualidad en particular que es la inembargabilidad de los bienes que forman parte del fideicomiso, la cual se origina en este caso, para consolidar la obtención de los fines señalados en el contrato de fideicomiso mercantil.

1.2.1. Negocio jurídico.

El fideicomiso mercantil es un tipo de negocio jurídico, de acuerdo a lo mencionado en el artículo 112 de la LMV ocurre cuando una de las partes que posee la propiedad de uno o varios bienes claramente determinados decide ceder esta propiedad a otra para que pueda

disponer de estos bienes, generándose con este acto un fideicomiso mercantil.

Entonces se puede decir que para que exista el negocio jurídico, deberá de existir la transferencia del bien o los bienes a un fideicomiso mercantil, que estará administrado por la fiduciaria quien será la encargada de cumplir con las finalidades que estipulen las partes, bien sea en beneficio del constituyente o de un tercero beneficiario.

1.2.2. Temporal e Irrevocable

- **Temporal:** según lo establecido en el artículo 110 de la LMV, menciona que el fideicomiso mercantil finaliza cuando se cumple con el plazo establecido dentro del contrato de constitución de fideicomiso el cual no podrá ser mayor a ochenta años o cuando se cumpla con el propósito por el cual se generó el negocio fiduciario.
- **Irrevocable:** una vez que se transfieren los bienes al fideicomiso mercantil, formaran parte de un patrimonio autónomo y solamente podrán ser restituidos al constituyente de acuerdo a las cláusulas que se estipulen en el contrato.

1.2.3. Inembargabilidad.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 121 de la LMV, ni los acreedores del constituyente, beneficiario y fiduciaria, podrán interponer ninguna tipo de medida preventiva o precautelatoria sobre los bienes que se transfieren al fideicomiso, así mismo establece que en caso de que exista alguna controversia judicial estos bienes tampoco podrán ser embargados, sin perjuicio, de que el fideicomiso mercantil a través de su representante legal que es la fiduciaria, adquiera obligaciones propias del contrato de fideicomiso, y en este caso sí podrán ejercerse las acciones correspondientes.

1.3. Elementos subjetivos

Los elementos subjetivos lo conforman las partes que van a constituir un fideicomiso mercantil, en el cual se encuentran los siguientes:

- El constituyente es la persona natural o jurídica con autonomía para decidir sobre los bienes de su pertenencia que pueden ser aportados al fideicomiso mercantil y es quien instruye al fiduciario acerca de lo que debe realizar para que se cumpla con la finalidad del contrato. En el caso del fideicomiso mercantil de garantía, el constituyente es el deudor quien adquiere la obligación.
- El beneficiario será la persona elegida por el constituyente en virtud del cual una vez que se cumpla con la finalidad del fideicomiso este se favorezca del mismo, en ciertas ocasiones la calidad del constituyente y la del beneficiario recaerá en la misma persona. En el caso del fideicomiso mercantil de garantía, el beneficiario será la entidad financiera que otorgue el crédito.
- La fiduciaria es la institución legalmente autorizada para brindar servicios fiduciarios, siendo la responsable de la administración del fideicomiso, con el fin de dar cumplimiento a lo señalada en el contrato ejerciendo su representación legal en todas sus actuaciones administrativas, extrajudiciales o judiciales.

1.3.1. Fideicomitente o constituyente

Tal como lo indica el artículo 115 de la LMV, pueden actuar como constituyentes o fideicomitentes del fideicomiso mercantil las siguientes personas:

- *“Naturales o jurídicas.*
- *Privadas, públicas o mixtas.*
- *Nacionales o extranjeras.*
- *Entidades dotadas de personalidad jurídica.*

Estas personas son quienes transfieren el dominio de sus bienes a título de fideicomiso mercantil.” (H. Congreso Nacional)

Dentro del artículo mencionado anteriormente se establecen ciertos puntos de casos particulares que se pueden presentar, como, por ejemplo:

- Cuando el constituyente es una institución del sector público, deberá estar sujeto al reglamento especial que expedirá la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.
- Las personas jurídicas que deseen constituir un fideicomiso deberán de tomar en consideración lo que se dispone en sus estatutos y en las disposiciones que emita la Ley de Compañías.
- Cuando un tercero ajeno al contrato desee adherirse en calidad de constituyente este deberá de consentir todos los términos y condiciones que ya se encuentren dentro del contrato y solamente puede existir una adhesión cuando no exista prohibición dentro del mismo.
- Para los casos en donde la adhesión la quiera realizar una entidad del sector público solamente lo podrá hacer cuando dentro del contrato los constituyentes existentes también sean del sector público.
- Dentro de un contrato de fideicomiso mercantil pueden existir varios constituyentes.

Se puede decir que:

“El fiduciante es uno de las personas que concurren a celebrar el contrato, prometiendo la transmisión de los bienes que conformarán el patrimonio del fiduciario. En todos los casos, el fiduciante se desprende de la titularidad de los bienes que da o promete dar en fideicomiso, por lo que debe tener capacidad para disponer de los mismos”. (Gutiérrez, 1998)

1.3.2. Fideicomisario o beneficiario

El artículo 116 de la LMV, menciona quienes tendrán la calidad de beneficiarios indicando que podrán ser las siguientes:

- *“Personas naturales o jurídicas.*
- *Privadas, públicas o mixtas.*
- *De derecho privado con finalidad social o pública.*
- *Nacionales o extranjeras.*
- *Entidades dotadas de personalidad jurídica designadas por el constituyente”.*

Este beneficiario puede ser una persona que exista o no al momento de la constitución del fideicomiso, será elegido por el constituyente, pudiendo este señalar que existan uno o varios beneficiarios y en el caso de que sean varios, el constituyente establecerá el orden de preferencia que tendrán, incluyendo a los beneficiarios que tenga la calidad de beneficiarios sustitutos.

Cuando no se establece dentro del contrato de fideicomiso quien será el beneficiario o si este falta o renuncia, y al no existir beneficiarios sustitutos, se considerara como beneficiario al mismo constituyente.

La ley expresa que queda prohibido que la fiduciaria, sus administradores, representantes legales o sus empresas vinculadas, tenga la calidad de beneficiarios principales o sustitutos.

El Doctor Diego Gómez de la Torre Reyes, indica que el beneficiario es: *“la persona en cuyo beneficio se realiza el negocio, y en caso de haberse establecido así en acto constitutivo, éste puede ser el propio constituyente, quien recibirá los bienes al término del fideicomiso.”* (Reyes D. G., 1998)

1.3.3. Fiduciaria

El artículo 109 de la LMV indica que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que actuará como su fiduciaria, es la que tiene la

calidad de representante legal del fideicomiso, y la obligación de cumplir con las finalidades establecidas en el contrato de constitución del mismo.

Las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos se constituyen bajo la especie de compañías o sociedades anónimas, y según lo establecido en el artículo 97 de la LMV su objeto social está limitado a:

- *“Administrar fondos de inversión.*
- *Administrar negocios fiduciarios, definidos en esta Ley.*
- *Actuar como emisores de procesos de titularización; y,*
- *Representar fondos internacionales de inversión.”* (H. Congreso Nacional, 2014, 12, septiembre)

Una fiduciaria puede tener a su cargo varios fideicomisos mercantiles los cuales tendrán cada uno un patrimonio autónomo separado del patrimonio de la fiduciaria, por lo tanto, los acreedores de los fideicomisos mercantiles no pueden perseguir los bienes del patrimonio propio del fiduciario.

La fiduciaria al ser la administradora tiene una obligación de medios y no de resultados, ya que no garantiza que, con su actuación, se cumplan las finalidades pretendidas por el constituyente, deberá de rendir cuentas respecto a las gestiones realizadas, recibiendo a cambio una remuneración por sus servicios.

Para Roberto González Torre: *“El fiduciario es el profesional, el comisionado de la confianza del constituyente que ejecutará las instrucciones contempladas en el contrato, sustentado en un patrimonio autónomo, siempre actuando a favor de los fideicomisarios designados contractualmente.”* (Torre R. G., 2009).

1.4. Elementos objetivos

Estos elementos nacen del concepto de fideicomiso mercantil, partiendo de que todo lo que se transfiera al fideicomiso, deberá de estar explícito dentro del contrato, de tal manera que no haya duda acerca del objeto sobre el cual se está constituyendo el mismo, ya que con su

creación se genera un patrimonio autónomo que estará conformado por los bienes, derechos, créditos, obligaciones y contingentes que transfiera el constituyente, quedando separado del resto de activos de la fiduciaria, y siendo identificados inequívocamente.

El patrimonio autónomo es el resultado de la acción de transferir los bienes del constituyente a un fideicomiso mercantil, que está dotado de personalidad jurídica; razón por la cual puede contraer derechos y obligaciones, encontrándose legalmente representado por la fiduciaria.

1.4.1. Bienes que pueden ser *fideicomitados* y sus solemnidades.

En términos generales, el constituyente podrá formar un fideicomiso sobre toda clase de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, sobre derechos, créditos, obligaciones y contingentes.

Con respecto a los bienes, estos pueden que existan o no al momento de la constitución del fideicomiso, la ley de mercado de valores establece que *“estos bienes que aún no existen podrán formar parte del contrato de fideicomiso mercantil a efectos de que cuando ya existan, incrementen el patrimonio del fideicomiso.”* (H. Congreso Nacional, 2014, 12, septiembre)

Dependiendo de lo que se vaya a transferir, van a obedecerse ciertas solemnidades, como por ejemplo las siguientes:

- Cuando se trata de bienes inmuebles, el contrato deberá de otorgarse mediante escritura pública, es decir, deberá realizarse mediante escritura pública e inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón.
- Cuando se trate de bienes muebles de naturaleza corporal, esta se perfeccionará por las formas contempladas en el CC.
- Si se trata de derechos personales o créditos de carácter nominativo habrá que regirse a las reglas de la cesión de derechos. Cuando los créditos estén comprendidos en documentos a la orden, se realizará por endoso.
- Cuando se quiera transferir cualquier otra clase de bienes como marcas, patentes, derechos intelectuales, se tendrá que obedecer a lo que dispongan las leyes que rigen la materia.

1.4.2. Patrimonio autónomo

De acuerdo a lo establecido en el artículo 109 de la LMV, el patrimonio autónomo “*es el conjunto de derechos y obligaciones que nace como consecuencia de la constitución de un fideicomiso mercantil*”. (H. Congreso Nacional, 2014, 12, septiembre)

Este patrimonio es considerado una ficción jurídica, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, y denominado por la ley como “fideicomiso mercantil”, su representación legal la ejercerá el fiduciario quien actuará conforme a las instrucciones señaladas en el contrato.

Los bienes con los cuales se constituye el fideicomiso, producen que se forme un patrimonio autónomo, el cual es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga a su cargo la fiduciaria.

En virtud que el patrimonio autónomo está dotado de personalidad jurídica, significa que en caso de que existan terceros que tengan créditos a favor de actos o contratos celebrados con la fiduciaria quien actuó en representación del fideicomiso mercantil, éstos se podrán ir en contra de los bienes que le correspondan a ese fideicomiso, más no de los bienes propios del fiduciario.

1.5. Contenido fundamental del contrato mercantil

Todo contrato está compuesto por cláusulas las cuales según el CC se clasifican en cláusulas de esencia, de naturaleza y accidentales. Son cláusulas de esencia de un contrato las cuales son necesarias establecerlas con el fin de que surta efecto el contrato y de que no degeneren en otro diferente, son de naturaleza, aquellas que se entienden pertenecerle al contrato sin necesidad de que se establezcan, y son accidentales, las cláusulas especiales que se agregan al contrato en virtud de lo que las partes deseen acordar.

1.5.1. Cláusulas de su esencia

El artículo 1460 El CC estipula que: “*Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente.*” (H. Congreso Nacional, 2016).

Dentro del artículo 120 de la LMV se establece el contenido básico del contrato de fideicomiso mercantil el cual deberá de contener por lo menos los siguientes requisitos:

- a) Datos de identidad del o los constituyentes y del o los beneficiarios.
- b) El constituyente deber de realizar una declaración juramentada en la cual conste que el dinero o los bienes transferidos tienen origen lícito, y que con este contrato no se está evadiendo de ninguna responsabilidad frente a los acreedores del constituyente o a terceros.
- c) La transferencia del o los bienes en fideicomiso mercantil.
- d) Establecer los derechos y obligaciones del constituyente, del fiduciario y del beneficiario.
- e) El valor de la remuneración que recibirá la fiduciaria por la administración.
- f) El nombre que recibirá el patrimonio autónomo.
- g) Las causales de terminación y sustitución del fideicomiso, así como su procedimiento.
- h) Las condiciones para el manejo de los bienes y liquidación del fideicomiso mercantil.

1.5.2. Cláusulas de su naturaleza

Tal como se lo manifestó anteriormente, el CC en el artículo 1460 establece que las cláusulas de naturaleza de un contrato son “*las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial.*” (H. Congreso Nacional, 2016)

Por lo tanto, se puede mencionar las siguientes:

- Las de no negociabilidad y no embargabilidad, el no establecerlas en el contrato no trae ninguna consecuencia, por estar anunciadas en la ley.
- La disposición que ordene al fiduciario en representación del fideicomiso mercantil, al pago de los impuestos, ya que tal como lo establece el artículo 135 de la LMV, el fiduciario actuará como agente de retención y percepción y será el responsable de su cumplimiento.
- Un apartado que se refiera a que el fiduciario deba administrar correctamente los bienes transferidos en fideicomiso mercantil.
- Manifestar en el contrato que el patrimonio autónomo estará separado del patrimonio del fiduciario, constituyente y beneficiario.
- Una disposición que exprese que el fiduciario debe rendir cuentas de su administración al constituyente y beneficiario.
- La irrevocabilidad del fideicomiso, entre otras.

1.5.3. Cláusulas accidentales

El artículo 1460 del CC estipula que: “las cláusulas accidentales son aquellas que: *“ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”* (H. Congreso Nacional, 2016)

Estas cláusulas requerirán siempre de estipulación expresa, de la LMV, en el artículo 120 numeral 2 establece los elementos adicionales que pueden tener como:

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

- b) La existencia o no de juntas de beneficiarios, de constituyentes o de otros cuerpos colegiados necesarios para lograr la finalidad pretendida por el constituyente y,
- c) Los demás requisitos que establezca la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. (H. Congreso Nacional, 2014, 12, septiembre)

2. FIDEICOMISO MERCANTIL DE GARANTÍA

2.1. Definición

Es una figura jurídica que nace con la finalidad de garantizar una obligación determinada, adquirida por un mismo deudor con un mismo acreedor, obligación que deberá de estar claramente estipulada dentro del contrato de fideicomiso mercantil de garantía, así como el bien o los bienes con los cuales se respaldará dicha obligación.

Para que este fideicomiso tenga efectos jurídicos, será necesario que se suscriba un contrato de fideicomiso mercantil de garantía, por el cual una de las partes que ha contraído la obligación (deudor) quien adquiere la calidad de constituyente, transfiere al fideicomiso un bien, que será administrado por la fiduciaria, quien será la encargada de asegurar que en caso de incumplimiento por parte del deudor o constituyente, se ejecute la garantía para cubrir los valores adeudados de acuerdo a lo que se disponga en el contrato, a favor de un tercero llamado beneficiario o acreedor.

2.1.1. Concepto Jurídico

Dentro de la CODIFICACIÓN DE LA JUNTA, en la Sección IV: Disposición General Novena se mencionan las modalidades de los fideicomisos mercantiles, dentro de los cuales se puede encontrar al fideicomiso mercantil de garantía, estableciendo que es el contrato por el cual el constituyente o deudor, como garantía a las obligaciones claramente determinadas con el acreedor o beneficiario, transfiere la propiedad de uno o varios bienes a un patrimonio autónomo, para que

con el producto de esté, se cumpla con la cancelación de las obligaciones económicas adeudadas.

El Doctor Francisco Morales Casas, en su obra “Fundamento de la actividad y los negocios bancarios”, indica que:

“El fideicomiso mercantil como forma de garantía es una de las posibilidades más importantes de los negocios de fideicomiso. Se presenta en todos aquellos casos donde el deudor transfiere como fiduciantes bienes a la entidad fiduciaria, con el objeto de respaldar el cumplimiento de una obligación principal que aquel tiene a favor de un tercero para que en el evento de que no se satisfaga oportunamente, proceda la fiduciaria a venderlos y destinar su producido en la amortización de la deuda”. (Casas, 1991)

Carlos Gilberto Villegas, en su obra “Las Garantías del Crédito” manifiesta:

“Por este contrato un deudor u otra persona por él, actuando como fideicomitente, entrega un bien mueble o inmueble a otra persona que actúa como fiduciaria, para que sirva de garantía del pago de una deuda que tiene con un tercero, que es el fideicomisario o beneficiario del fideicomiso”. (Villegas, 1993).

2.2. Aspectos generales

Actualmente el fideicomiso mercantil de garantía, solo garantiza obligaciones que se encuentran claramente determinadas, lo que origina que esta figura no tenga un mayor alcance al momento de ser considerada como medio de garantía, ya que no podrá garantizar todas las obligaciones que adquiriera el deudor, sino que está sujeto a una condición, consistente en que se establezca específicamente la obligación que se está garantizando, y es por esto que surge la necesidad de expandir el alcance de esta figura jurídica.

De la misma manera, no cualquier bien podrá ser objeto de garantía, debido a que usualmente este tipo de contrato se encarga de respaldar obligaciones crediticias de altos valores, por lo que la ley y la norma, limitan a que se pueda constituir un fideicomiso mercantil de garantía sobre vehículos, con excepción a los vehículos utilizados en actividades productivas.

La ley establece los tipos de operaciones crediticias que podrán respaldar las instituciones del sistema financiero, las cuales adquieren en el contrato de fideicomiso mercantil de garantía la calidad de beneficiarias, al momento de querer constituir un fideicomiso mercantil de garantía es importante tener en consideración todos estos parámetros que nos establece la ley y la CODIFICACIÓN DE LA JUNTA.

2.2.1. Obligaciones que garantiza

De conformidad con lo establecido en el artículo 1453 del CC, *“las obligaciones nacen de la voluntad de dos o más personas, que se obligan, como en los contratos o en convenciones a dar, hacer o no hacer alguna cosa”*.

Además, en el mismo código, en el artículo 1485, se marca la diferencia entre un contrato principal y un contrato accesorio estableciendo que: *“El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.”* (H. Congreso Nacional, 2016).

Partiendo de estos conceptos, se puede decir que el contrato de fideicomiso mercantil, es un contrato accesorio que se encuentra supeditado a la existencia de una obligación principal, en este caso en específico, su finalidad es que, a través de la formación del fideicomiso mercantil de garantía, se asegure al acreedor en relación a las obligaciones que mantenga el deudor frente a un posible incumplimiento. *“La determinabilidad está referida a la posibilidad de identificación. Es*

decir, una prestación será determinada cuando existe plena individualización de ella.” (Freyre, 2014).

En este caso, para que el fideicomiso mercantil surta pleno efecto entre las partes, las obligaciones deberán de estar claramente determinadas, es decir que exista una identificación precisa sobre qué obligaciones se está constituyendo el fideicomiso mercantil de garantía.

2.2.2. Sobre qué bienes no se puede constituir un Fideicomiso

Mercantil de Garantía

La CODIFICACIÓN DE LA JUNTA en la Sección V: Disposiciones Transitorias, Capítulo II: Normas sobre la Constitución de Fideicomisos Mercantiles en Garantía sobre Vehículos, menciona dos posibilidades en las cuales no se podrá garantizar las obligaciones del acreedor utilizando un contrato de fideicomiso mercantil de garantía, siendo éstas las siguientes:

- Sobre vehículos livianos que estén destinados al transporte de personas o bienes.
- Sobre vehículos sin distinción de tonelaje, que sean utilizados para transporte público o privada de personas o bienes.

Lo mencionado anteriormente va en concordancia con lo establecido en la LMV en su artículo *innumerado* posterior al artículo 120.

2.2.3. Quiénes pueden obtener la calidad de beneficiarios

Cuando se habla del contrato de Fideicomiso Mercantil de Garantía, la Ley nos establece bajo qué parámetros podrán las instituciones del sistema financiero en calidad de acreedor o beneficiario, actuar en este negocio fiduciario, estableciendo en el artículo *innumerado* posterior al 120 de la LMV casos puntuales de operaciones crediticias que pueden ser respaldadas, siendo las siguientes, a saber:

1. Créditos de vivienda;
2. Para el desarrollo de proyectos inmobiliarios;

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

Las instituciones financieras no podrán aceptar la calidad de beneficiarios en fideicomisos mercantiles de garantía en operaciones distintas de las descritas en el párrafo anterior. (H. Congreso Nacional, 2014, 12, septiembre)

2.3. Derechos y obligaciones de los intervinientes

En toda relación contractual, existen derechos y obligaciones para las partes intervinientes, los cuales son un conjunto de disposiciones que sirven para regular los actos que genere dicho contrato y las consecuencias que se deriven del mismo. En este caso, el constituyente, el beneficiario y la fiduciaria tendrán una serie de obligaciones y derechos particulares para cada uno, ya que su función dentro del contrato de fideicomiso es diferente, y, por ende, los derechos y las obligaciones van a variar.

2.3.1. Fideicomitente o constituyente

El artículo 126 de la LMV, establece cuáles serán los derechos del constituyente, siendo estos los siguientes:

Derechos.-

- Solicitar al fiduciario que cumpla con lo establecido en el contrato.
- Pedir a la fiduciaria la rendición de cuentas de su gestión.

- Ejercer las acciones de responsabilidad contra la fiduciaria por mal desempeño de su gestión.

Obligaciones.-

En virtud de lo establecido en la LMV, la autora puede mencionar las siguientes:

- Permitir y facilitar el desarrollo del fideicomiso en los términos del acto constitutivo conforme a las circunstancias que se presenten posteriormente a la constitución del negocio fiduciario.
- No revocar el contrato de fideicomiso mientras existan obligaciones vigentes garantizadas con el mismo.
- Suministrar oportunamente el dinero necesario para la realización de la gestión de la fiduciaria, especialmente los necesarios para mantener los bienes *fideicomitados* en condiciones que no sufran desmejora o deprecio, cuando hubiere lugar a ello, así como los recursos necesarios para contratar los avalúos que se requieran para calificar las depreciaciones que puedan haber afectado a los bienes *fideicomitados*.
- Cumplir y velar para que se cumpla estrictamente con los pagos de las obligaciones que se garantizan con el fideicomiso.
- Realizar el saneamiento de los inmuebles transferidos en los términos de la ley.
- Informar a la fiduciaria en su domicilio principal, tan pronto tenga conocimiento, de cualquier persecución, medida cautelar o litigio de que sea objeto los bienes *fideicomitados*, para que ésta adopte las medidas del caso y comunique tal situación al beneficiario, quien decidirá si acepta la sustitución de los bienes *fideicomitados*, la reducción del patrimonio del fideicomiso o su liquidación.
- Informar a la fiduciaria, en su domicilio principal, de cualquier situación que dificulte o imposibilite el cumplimiento de sus obligaciones, así como la ocurrencia de causales de disolución, cesación de pagos, entre otras.

- En caso de que los bienes aportados sufran desmejora o deterioro que reduzca su valor, el constituyente se obliga a aportar al patrimonio autónomo nuevos bienes que compensen la pérdida de valor de los inicialmente aportados. Estos aportes de nuevos bienes antes mencionados, deberán ser previamente conocidos y aprobados por el beneficiario.
- Actualizar anualmente, dentro del primer trimestre de cada año, la información que le indique la fiduciaria para dar cumplimiento a las normas internas y legales aplicables.
- En el evento de producirse un siniestro sobre los bienes aportados por el constituyente al fideicomiso, el fideicomitente deberá suministrar los recursos necesarios para el cumplimiento de todos los pagos que correspondan efectuar, y, en general, cualquier gasto que haya generado la administración, defensa y conservación de los bienes aportados por el fideicomitente.
- No arrendar o subarrendar ni entregar los bienes inmuebles a terceros sin autorización previa del beneficiario.

2.3.2. Fiduciaria

Derechos.-

La LMV en el artículo 132, establece que la fiduciaria tendrá el derecho a recibir los honorarios correspondientes por administración del fideicomiso mercantil de garantía.

Obligaciones.-

En virtud de lo establecido en la LMV, y de lo que las partes acuerden en el contrato se pueden manifestar las siguientes:

- Se obliga a actuar en defensa de los bienes *fideicomitados*, adoptando las medidas necesarias para ello.
- Tramitar la práctica de los avalúos que sean necesarios, de acuerdo con los términos del contrato, esta obligación nacerá para

la fiduciaria siempre que haya recibido la solicitud y el dinero requerido para tales avalúos.

- El beneficiario podrá solicitar a la fiduciaria, mediante comunicación suscrita por quien lo represente legalmente, con su firma respectivamente autenticada ante notario y entregada a través de éste, gestionar inspecciones periódicas al bien fideicomitido, con el objeto de verificar su estado de conservación, custodia, la tenencia y el uso adecuado acorde de su naturaleza por parte del fideicomitente. Esta obligación surgirá para la fiduciaria siempre que le sean entregados de forma efectiva los honorarios que para tales efectos se determinen.
- Rendir cuentas de su gestión anualmente, al constituyente y al beneficiario dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aniversario del contrato y a su terminación.
- Realizar los actos necesarios para la consecución de la finalidad perseguida mediante el contrato.
- Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes *fideicomitados*, contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente.

2.3.3. Beneficiario

Derechos.-

De acuerdo a lo establecido en el artículo 127 de la LMV, son los siguientes:

- Exigir a la fiduciaria el cumplimiento de sus obligaciones.
- Exigir a la fiduciaria la rendición de cuentas de su gestión.
- Hacer efectivas las acciones de responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de la fiduciaria.
- Solicitar la sustitución del fiduciario, según los casos que se establezcan en el contrato, o cuando existan casos de dolo o culpa

leve que haya cometido el fiduciario, y en caso de disolución o liquidación de la administradora de fondos y fideicomisos.

Obligaciones.-

- Pagar las comisiones a favor de la fiduciaria; así como aquellos honorarios, gastos y tributos que le corresponderían pagar y que no hubieren sido satisfechos por el constituyente. Todos los pagos que efectúe el beneficiario en nombre del constituyente, serán imputados con cargo a la deuda que el fideicomitente mantiene con el beneficiario.

2.4. Requisitos mínimos del contrato de fideicomiso mercantil.

El fideicomiso mercantil de garantía tiene por objeto la transferencia de la propiedad en forma temporal e irrevocable de los bienes que le pertenezcan al constituyente o deudor; esta transferencia, ocurre ya que será necesario que la fiduciaria tenga bajo su custodia en un patrimonio autónomo el bien que garantizara las obligaciones, y de esta forma pueda cumplir con lo que se encuentre estipulado en el contrato de constitución.

2.4.1. Transferencia del bien

La CODIFICACIÓN DE LA JUNTA Sección IV: Disposición General Novena dispone que la fiduciaria deberá de recibir la aprobación del acreedor en cuanto a los bienes transferidos por el deudor y su valoración ya que así quedará constancia que acepta este negocio fiduciario.

Por otra parte, el artículo 113 de la LMV, establece que la transferencia a título de fideicomiso mercantil, no es onerosa ni gratuita, esto significa que ninguna de las partes saca un beneficio económico, en este caso ni el constituyente al momento de transferir el bien, ni el fiduciario porque este está para cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato.

Es importante mencionar que esta transferencia de los bienes se encuentra exenta de pagar algún tipo de impuesto, tasa y contribución.

2.4.2. Objeto del contrato

Su objeto es transferir los bienes que sean de propiedad del constituyente a un fideicomiso mercantil de garantía, con el fin de garantizar al beneficiario con la totalidad del patrimonio de ese fideicomiso en caso de incumplimiento de las obligaciones, pudiendo ejecutar la garantía declarando vencidas todas y cada una de las obligaciones que mantenga el deudor.

2.5. Sustitución fiduciaria

Es importante que exista dentro del contrato una cláusula que prevea estas eventualidades, debido a que la fiduciaria cumple un papel importante dentro del contrato de fideicomiso mercantil de garantía, porque es la encargada de administrarlo y por ende si incumple con su fin principal lo más óptimo es que exista una sustitución, para que pueda seguir existiendo el fideicomiso y no se vulneren ninguno de los derechos del constituyente, ni del beneficiario.

2.5.1. Causas

- La comprobación de que la fiduciaria ha incurrido en culpa leve en el desempeño de sus funciones, con respecto al fideicomiso mercantil que administre, en cuyo caso el beneficiario tiene derecho a pedir su sustitución.
- El incumplimiento reiterado o injustificado de cualquiera de las obligaciones legales o contractuales.
- La disolución de la fiduciaria.
- Por acuerdo entre las partes.
- La declaración de concurso preventivo o quiebra de la fiduciaria.
- Las demás establecidas en la ley.

2.5.2. Efectos

El artículo 133 de la LMV establece que, cuando se presente esta sustitución por cualquiera de las causales antes mencionadas, los bienes que fueron entregados al fideicomiso deberán de ser transmitidos en igual condición desde cuando se generó el contrato y en los mismos términos.

2.6. Ejecución del Fideicomiso

La forma de cómo se ejecuta el contrato de fideicomiso mercantil de garantía, en caso de incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el deudor, es lo que hace único a esta figura, ya que al ser un contrato por el cual se establecen las voluntades de las partes, se puede estipular la forma de ejecución del fideicomiso. A diferencia de otras figuras jurídicas, su ejecución es más ágil y eficaz, ya que no se deberá acudir a los órganos judiciales para ejecutar dicha garantía, bastando con la comunicación escrita por parte del beneficiario, en la cual indique que las obligaciones se encuentran vencidas, para que el fiduciario proceda a realizar los actos necesarios para cubrir con la obligación insoluta, ya sea a través de la venta de los bienes *fideicomitados* o mediante una dación en pago.

2.6.1. Condiciones

Tanto las condiciones como el procedimiento para la ejecución pueden variar debido a que depende de la autonomía de la voluntad de las partes que interviene en el contrato de fideicomiso, por lo que la autora mencionará aquellas que son usualmente consideradas:

- Para proceder a la ejecución de la garantía no es necesario requerimiento judicial alguno.
- Para que la fiduciaria proceda a la ejecución de la garantía ya sea a la venta o la dación en pago a favor del beneficiario, o de terceras personas que éste indique, basta con el aviso escrito firmado por quien represente legalmente al beneficiario.

- La solicitud de ejecución deberá informar a la fiduciaria que el constituyente ha incumplido con la obligación que respalda el contrato de fideicomiso mercantil de garantía.
- El aviso de incumplimiento que el beneficiario dirija a la fiduciaria deberá incluir como mínimo lo siguiente:
 - Los nombres completos de los fideicomitentes.
 - La solicitud de realización de venta del bien fideicomitado.
 - La causa por la que se solicita la realización de la venta y, de ser el caso, la fecha en que le ha sido exigido el pago de las obligaciones vencidas, así como las que estuvieren por vencerse.
- La recepción de la solicitud de ejecución dará inicio el procedimiento de ejecución en la forma y condiciones previstas en el contrato.

2.6.2. Procedimiento

Una vez que la fiduciaria reciba el aviso de incumplimiento por parte del beneficiario, se dará inicio al procedimiento de ejecución de la garantía, lo cual se realizará observando los siguientes pasos:

- Dentro de los 10 días hábiles, contados a partir de la fecha en que reciba el aviso de incumplimiento la fiduciaria enviará al constituyente una comunicación, mediante el cual le dará a conocer la decisión tomada por el beneficiario debido al incumplimiento de sus obligaciones, adjuntando una copia de la solicitud entregada por el beneficiario y una liquidación en la cual se refleje los valores adeudados.
- La Fiduciaria enviará la comunicación por intermedio de un notario público a la dirección que el constituyente tenga registrada en la fiduciaria.
- Una vez que el constituyente reciba esta comunicación, tendrá 15 días hábiles siguientes a la fecha de recibido, para demostrar de

forma fehaciente que ha entregado al beneficiario el dinero suficiente para cumplir con las obligaciones pendientes de pago o que no adeuda valor alguno o que ha llegado a algún acuerdo de pago con el beneficiario. Si no se produce nada de lo mencionando anteriormente la fiduciaria procederá a la venta o a la dación en pago de los bienes dados en fideicomiso.

- Para proceder a la venta o a la dación en pago de los bienes aportados por el constituyente, la fiduciaria tendrá en cuenta los parámetros estipulados en el contrato de constitución de fideicomiso. Cuando fuere necesario, el beneficiario deberá suministrar el dinero suficiente para efectuar el avalúo de los bienes *fideicomitados*; valor que será cargado al monto total de las obligaciones que mantenga pendiente de pago el constituyente.
- Efectuada la venta o la dación en pago, según sea el caso, el beneficiario entregará al constituyente el título correspondiente en el cual conste que se ha cancelado la obligación con la ejecución de la garantía. Si, por el contrario, el valor de los bienes *fideicomitados* no fuera suficiente para cancelar toda la obligación del deudor, quedará personalmente obligado con el beneficiario por el saldo insoluto sin que el beneficiario tenga nada que reclamar por este concepto ni al fideicomiso de garantía que se generó, ni a la fiduciaria como representante legal del fideicomiso, ni a la fiduciaria como persona jurídica, sus representantes legales, apoderados, funcionarios y empleados.
- Existe la posibilidad de que las partes en caso de acordarlo, en cualquier momento, durante la vigencia del contrato de fideicomiso, puedan solicitar que los bienes *fideicomitados* sean transferidos al beneficiario, con el fin de extinguir total o parcialmente la obligación aún adeuda.

2.7. Terminación del fideicomiso mercantil de garantía

Una vez cumplida con la finalidad del fideicomiso, garantizar las obligaciones del acreedor, este tendrá que darse por terminado, restituyendo los bienes *fideicomitados*, al constituyente, mediante la cual se establecerá que el deudor no tiene obligaciones pendientes de pago con el acreedor y que el bien transferido vuelve al patrimonio autónomo del constituyente.

2.7.1. Duración

El fideicomiso mercantil de acuerdo al artículo 110 de la LMV establece que:

“Tendrá un plazo de vigencia o, podrá subsistir hasta el cumplimiento de la finalidad prevista o de una condición. La duración del fideicomiso mercantil no podrá ser superior a ochenta años, salvo los siguientes casos:

- a) Si la condición resolutoria es la disolución de una persona jurídica; y,
- b) Si los fideicomisos son constituidos con fines culturales o de investigación, podrán subsistir hasta que sea factible cumplir el propósito para el que se hubieren constituido”. (H. Congreso Nacional, 2014, 12, septiembre)

Sin embargo, el fideicomiso mercantil de garantía podrá terminar antes del vencimiento de dicho plazo, en caso de que se produzcan alguno de los siguientes eventos:

- Haberse cumplido con su finalidad.
- Haberse presentado la solicitud pidiendo la terminación del contrato, dirigida a la fiduciaria por el constituyente y el beneficiario, conjuntamente.
- Por acuerdo entre las partes.

- Por imposibilidad absoluta de desarrollar su objeto o el fin propuesto, en cuyo caso deberá de ser notificado el beneficiario con treinta días de anticipación.

2.7.2. Efectos

Una vez que se cumplen cualquiera de las causales antes mencionada, se comienza a realizar los actos necesarios para terminar el fideicomiso, en tal virtud, se procede a liquidarlo, de la siguiente manera:

- La fiduciaria deberá de realizar exclusivamente los actos directos o indirectos relacionados con la liquidación del fideicomiso.
- En el caso de que se proceda a la liquidación del fideicomiso por haberse cancelado la totalidad de las obligaciones que se encontraban garantizadas por el mismo, la fiduciaria procederá a transferir los bienes que componen el patrimonio autónomo a favor del constituyente.

3. EL FIDEICOMISO MERCANTIL DE GARANTÍA COMO FIGURA JURÍDICA PARA GARANTIZAR LAS OBLIGACIONES.

3.1. Clasificación de los fideicomisos mercantiles.

La particularidad de cada fideicomiso va a depender del objeto y finalidad de cada contrato, existiendo la siguiente clasificación que se encuentra dentro de la CODIFICACIÓN DE LA JUNTA, en la Sección IV: Disposición General Novena.

3.1.1. Fideicomiso Mercantil de Administración.

Este fideicomiso se refiere al contrato, en virtud del cual, se transfieren bienes muebles o inmuebles al patrimonio autónomo, con el fin de que la fiduciaria sea la encargada de su administración y haga cumplir con las instrucciones establecidas en el mismo.

3.1.2. Fideicomiso Mercantil Inmobiliario.

Dentro de este contrato de fideicomiso, el constituyente transfiere uno o varios inmuebles y/o dinero con la finalidad de adquirir un terreno o para el desarrollo de un proyecto inmobiliario; la fiduciaria será la encargada de administrar dichos bienes y realizar las gestiones ligadas al desarrollo y ejecución del proyecto inmobiliario, de acuerdo con las indicaciones mencionadas en el contrato y en favor de los beneficiarios que existan en el mismo.

3.1.3. Fideicomiso Mercantil de Inversión.

Se concibe al fideicomiso mercantil de inversión, como el contrato en el cual los constituyentes o fideicomitentes adherentes otorgan al patrimonio autónomo valores o dinero para que la fiduciaria sea la encargada de administrar e invertir de acuerdo a lo que hayan suscrito las partes en el contrato.

Como característica principal tienen que, dentro del contrato, establecer puntualmente la política de inversión, en el caso de que no lo hagan, las inversiones tendrán límites, exceptuándose las inversiones en valores emitidos por el Banco Central del Ecuador y el Ministerio de Finanzas.

3.1.4. Fideicomiso Mercantil de Titularización

Se produce cuando el constituyente aporta activos que existen o se espera que existan, con el propósito de titularizar dichos activos.

Dentro de esta clasificación de fideicomisos mercantiles también se encuentran los de garantía, el cual se definirá en el siguiente punto.

3.2. El fideicomiso mercantil de garantía frente a la hipoteca como medio de caución.

El fideicomiso mercantil de garantía, es un mecanismo que lo que se busca es asegurar el cumplimiento de las obligaciones que adquiera el deudor, debido a que es una figura jurídica relativamente poco utilizada, es necesario abordar las diferencias que pueda tener frente a otros

medios tradicionales de garantía como lo es la hipoteca, para demostrar las ventajas que brinda su implementación.

3.2.1. La hipoteca: generalidades.

El artículo 2309 del CC, define a la hipoteca como un: “*derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.*” (H. Congreso Nacional, 2016)

La hipoteca se otorga por escritura pública, en la cual va a constar el detalle del bien que se va a gravar con el fin de que sirva de garantía al acreedor en caso de incumplimiento del deudor. Es un contrato accesorio, ya que necesita de la existencia de un contrato principal para subsistir y, para que se perfeccione, será necesario que se inscriba en el registro correspondiente.

La hipoteca podrá asegurar todas las obligaciones que el deudor tenga o pueda tener a favor del acreedor hipotecario y se extingue con la obligación principal, o por el cumplimiento de la condición resolutoria o por la cancelación de los valores adeudados al acreedor, quien deberá de otorgar la escritura pública, para que se realicen las anotaciones al margen en la escritura que se inscribió cuando se originó este gravamen.

3.2.2. Ventajas del uso del Fideicomiso Mercantil de Garantía

Con todo lo antes expuesto, se pueden destacar las ventajas que ofrece la implementación de un fideicomiso mercantil de garantía como medio para garantizar las obligaciones del acreedor, mencionando las siguientes:

- Con la constitución de un fideicomiso mercantil de garantía se crea un patrimonio autónomo, el cual está conformado por los bienes que transfiere el deudor o constituyente al fideicomiso. Al generarse este patrimonio dotado de personalidad jurídica, brinda al acreedor la seguridad de que los bienes que constituyen el fideicomiso se encuentran fuera del alcance de otros acreedores que pueda tener el constituyente.

- En caso de incumplimiento de la obligación, el acreedor no tendrá la necesidad de utilizar un procedimiento judicial para ejecutar la garantía, bastará con el aviso de incumplimiento en el cual conste las obligaciones vencidas que tenga el deudor, contribuyendo al descongestionamiento de la función judicial, ya que deberá cumplirse con lo que se encuentre establecido en el contrato.
- El constituyente o deudor puede designar nuevos acreedores o incrementar las deudas garantizadas, con el mismo patrimonio del fideicomiso mercantil, notificando por escrito al fiduciario que existirán cambios de beneficiario o acreedores, y así mismo, deberá de recibir por parte del o los acreedores, la conformidad sobre el valor de los bienes *fideicomitados*.
- Las partes, en cualquier momento, por mutuo acuerdo podrán modificar las cláusulas y términos que se encuentren establecidos en el contrato, como los que se refieren a la ejecución de la garantía, para un eficaz cumplimiento de las obligaciones del deudor. Si no se llegase a ningún acuerdo, las condiciones y términos del contrato seguirán en curso y la fiduciaria seguirá cumpliendo con las instrucciones convenidas, de forma previa, por las partes.
- Los bienes aportados al fideicomiso mercantil, por disposición legal serán inembargables, lo que significa que los bienes *fideicomitados* no podrán ser perseguidos por terceros acreedores en virtud de otras obligaciones propias del deudor, ni estarán sujetos a medidas cautelares, o acciones legales.

4. EI FIDEICOMISO MERCANTIL EN OTRAS LEGISLACIONES

El fideicomiso mercantil es una figura jurídica que se encuentra regulado por otras legislaciones como Panamá, Perú y Colombia. De los conceptos legales señalados se puede evidenciar que en todos estos países existen los mismos intervinientes que en el fideicomiso mercantil ecuatoriano, siendo estos el constituyente o fideicomitente, el fiduciario y

beneficiario, además es importante resaltar que es indispensable que exista la transferencia del bien para que se constituya este fideicomiso.

Por lo que, de la breve revisión realizada a los conceptos de fideicomiso mercantil de otras legislaciones se demuestra que esta figura posee definiciones similares en varios países de América Latina con relación a lo que establece la normativa ecuatoriana.

Panamá

Según Ricardo Alfaro, jurista panameño señala que *“Panamá fue el primer país en legislar el fideicomiso con características propias y considerado como el fundador de la doctrina latinoamericana de fideicomisos.”*

El sistema jurídico panameño desarrolla una figura propia definiendo al fideicomiso como *“un mandato irrevocable, en virtud del cual se transmiten al fiduciario determinados bienes para que disponga de ellos y de sus productos según la voluntad de quien los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario.”* (Kiper, 2004)

Perú

La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros en el artículo 241 establece que:

“El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario para la constitución de un patrimonio fideicomitado sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico a favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.” (Congreso de la República, 2011)

Colombia

La Ley Colombiana define al fideicomiso mercantil en su Código de Comercio estableciendo en el artículo 1226 que:

“La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente transfiere uno o más bienes especificados a otro, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.” (Consejo de Estado, 1971)

Po otra parte, la legislación colombiana define al Fideicomiso Mercantil de Garantía de acuerdo a lo estipulado en la circular externa numerada 6 de 1991 de la Superintendencia Bancaria estableciendo que es:

“Aquel negocio en virtud del cual una persona transfiere, generalmente de manera irrevocable, la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil, o entrega en encargo fiduciario irrevocable a una entidad fiduciaria, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo de terceros, designando beneficiario al acreedor de estas, quien puede solicitar a la entidad fiduciaria la realización o venta de los bienes fideicomitados para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato. Las obligaciones así garantizadas gozan, para efectos de la calificación de cartera que corresponden efectuar a las instituciones financieras, de asimilación a garantía real.” (Superintendencia Bancaria, 1991)

CAPITULO II: ASPECTO METODOLÓGICO.

1. Tipo de investigación

El presente proyecto se basó en la investigación jurídica, ya que esta tiene una relación muy estrecha con las ciencias sociales, y en especial con el Derecho lo cual permite conocer y estudiar a fondo las distintas ramas de esta ciencia, de una manera organizada, integra y sistemática para poder obtener un conocimiento objetivo.

Ahora bien, de acuerdo a Lara Saénz (2015) afirma que la “investigación jurídica tiene como propósito identificar y sintetizar el objeto del conocimiento, considerando los hechos económicos, sociales y culturales que conforman una sociedad.” (p. 74)

2. Enfoque del tipo de Investigación

En este proyecto de investigación jurídica se empleó el enfoque cualitativo, el cual permite el análisis de fenómenos poco estudiados o que en su defecto no existen mayores estadísticas como es el caso de los fideicomisos de garantía.

Este tipo de enfoque permitió una revisión de las características de los fideicomisos mercantiles con la posibilidad de que este tipo de fideicomisos puedan garantizar obligaciones pasadas, presentes o futuras del acreedor.

Además, se utilizará un enfoque cualitativo debido a que se implementaran encuestas a los representantes legales de las diferentes Sociedades Administradores de Fondos y Fideicomisos en Quito y Guayaquil.

3. Métodos teóricos de la investigación jurídica

3.1. Método documental

De acuerdo a Bascuñán (2015) el método documental permite “la recolección de información de toda clase de textos para luego utilizar la artesanía intelectual en su interpretación.” (p.23)

Este método se empleó para la realización de la revisión teórica de los fideicomisos mercantiles, ya que permitió la utilización de toda clase de documentos tanto físicos como digitales.

3.2. Método exegético

Se utiliza el método exegético para interpretar e investigar de manera más auténtica posible la naturaleza jurídica que quiso plasmar el legislador al momento de realizar la ley. (Fix-Samudio, 2016)

El método exegético se implementó al momento de analizar las normas referentes a los fideicomisos mercantiles, ya que este método permite el análisis de la norma de manera eficaz y pertinente.

3.3. Método histórico jurídico

El método histórico se emplea para la búsqueda de antecedentes de la investigación, en este caso puntual acerca de los fideicomisos de garantía en un contexto histórico.

3.4. Método empírico

El método permite la implementación de entrevistas a un grupo de expertos que pueden ser entre 3 y 5 personas con conocimientos expeditos de determinados temas, en síntesis, este método es un saber práctico del saber científico.

De acuerdo al tipo de investigación del presente proyecto se plantea una entrevista a un grupo de expertos, estos son: Abg. Fabrizio Andrés García Bacigalupo, Abg. José Roberto Navarrete Vera, Abg. Fausto Xavier Recalde Arboleda y Abg. Sandra de la Rosa Romero.

4. Población y muestra

Para el presente proyecto se tomó como población de estudio las diferentes Sociedades Administradores de Fondos y Fideicomisos en Quito y Guayaquil, las cuales de acuerdo a una revisión realizada en el portal web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, hasta el año 2020 existen 28 de estas sociedades. (Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, 2020)

4.1. Muestra

La muestra para este proyecto será de 28, debido a que este es el número de Sociedades Administradores de Fondos y Fideicomisos activas en Quito y Guayaquil.

4.2. Tamaño de la muestra

$$n = \frac{k^2 * p * q * N}{e^2 * (N - 1) + k^2 * p * q}$$

Nomenclaturas

| | | | |
|----------|---|--------------------------|---------|
| N | = | Tamaño de la población | = 28 |
| P | = | Probabilidad de éxito | = 0,5 |
| Q | = | Probabilidad de fracaso | = 0,5 |
| P*Q | = | Varianza de la población | = 0.25 |
| E | = | Margen de error | = 5,00% |
| NC (1-a) | = | Confiability | = 95% |
| K | = | Nivel de confianza | = 1.96 |

Desarrollo

$$n = \frac{k^2 * p * q * N}{e^2 * (N - 1) + k^2 * p * q}$$

$$n = \frac{3,8416 * 0,5 * 0,5 * 28}{0,0025 * (27) + 3,8416 * 0,5 * 0,5}$$

$$n = \frac{26,8912}{0,0674 + 0,9604}$$

$$n = \frac{26,8912}{1,0279}$$

$$n = 26,161$$

$$n = 26$$

Extracto de la muestra: 26

CAPITULO III: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS.

1. Análisis de encuestas

En el siguiente epígrafe se analizarán las encuestas realizadas a los representantes legales de las diferentes Sociedades Administradores de Fondos y Fideicomisos en Quito y Guayaquil.

Pregunta 1

¿Conoce usted sobre el Fideicomiso Mercantil de Garantía y sus características?

Tabla

1

Fideicomiso Mercantil de Garantía y sus Características

| | Respuestas | Porcentajes |
|----------------|------------|-------------|
| Si | 25 | 96% |
| No | 1 | 4% |
| Totales | 26 | 100% |

Fuente: Sociedades Administradores de Fondos y Fideicomisos
Elaborado por autora

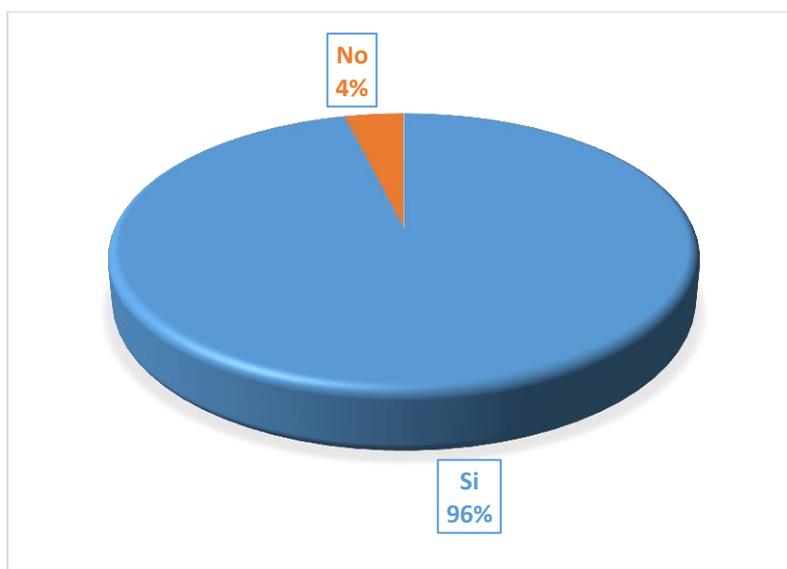


Gráfico 1 Fideicomiso Mercantil de Garantía y sus Características

Fuente: Sociedades Administradores de Fondos y Fideicomisos
Elaborado por autora

Análisis de la pregunta

Se pudo evidenciar que la mayoría de representantes legales encuestados tiene un vasto conocimiento respecto de los Fideicomisos Mercantiles de Garantías.

Pregunta 2

¿Considera usted que el Fideicomiso Mercantil de Garantía es una figura jurídica eficaz para avalar una obligación?

Tabla

2

Fideicomiso Mercantil de Garantía como aval de obligaciones

| | Respuestas | Porcentajes |
|----------------|------------|-------------|
| Si | 22 | 85% |
| No | 4 | 15% |
| Totales | 26 | 100% |

Fuente: Sociedades Administradores de Fondos y Fideicomisos
Elaborado por autora

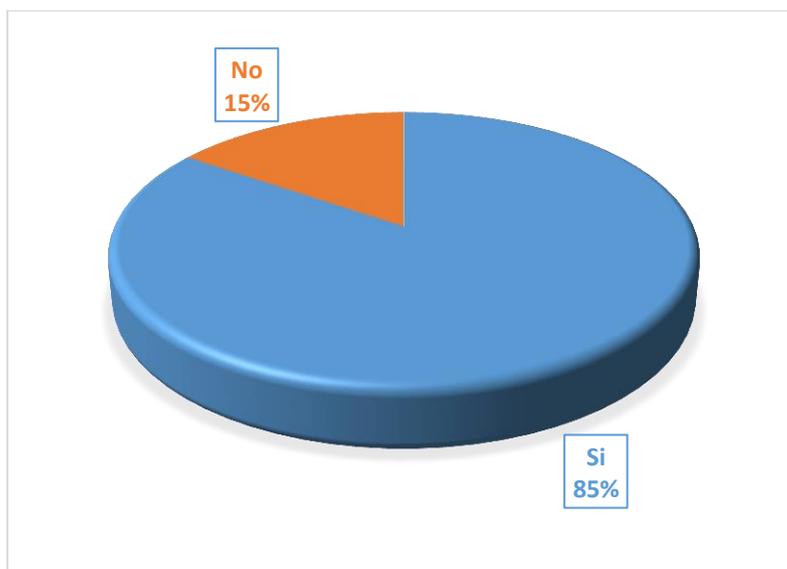


Gráfico 2 Fideicomiso Mercantil de Garantía como aval de obligaciones

Fuente: Sociedades Administradores de Fondos y Fideicomisos
Elaborado por autora

Análisis de la pregunta

Se refleja que un 85% de la muestra, considera que el fideicomiso mercantil de garantía es una figura eficaz para poder utilizarla al momento que se necesite avalar alguna obligación.

Pregunta 3

¿Considera usted que al momento de elegir un medio para garantizar una obligación es necesario tener en consideración la forma de cómo se va a ejecutar en caso de incumplimiento?

Tabla

3

Formas de ejecución por incumplimiento

| | Respuestas | Porcentajes |
|----------------|------------|-------------|
| Si | 20 | 77% |
| No | 6 | 23% |
| Totales | 26 | 100% |

Fuente: Sociedades Administradores de Fondos y Fideicomisos
Elaborado por autora

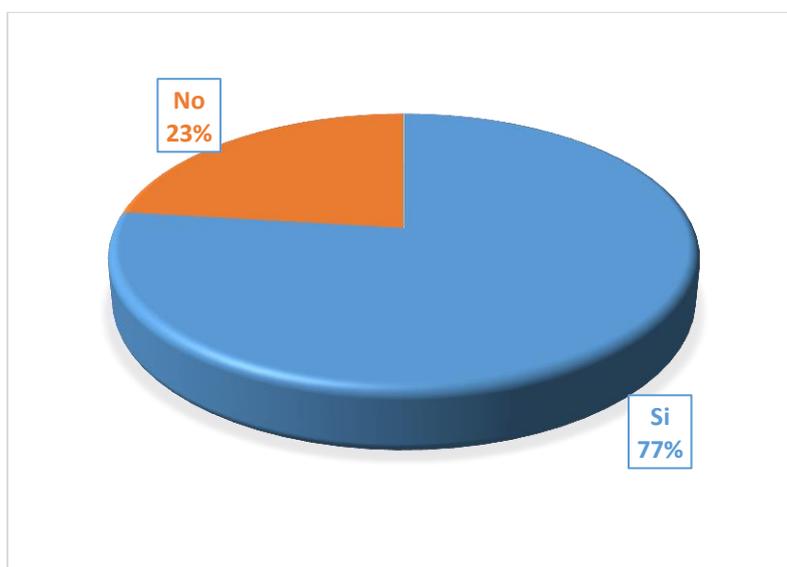


Gráfico 3 Formas de ejecución por incumplimiento

Fuente: Sociedades Administradores de Fondos y Fideicomisos

Elaborado por autora

Análisis de la pregunta

Las encuestas reflejan que la mayoría considera que es necesario conocer el procedimiento y la forma de cómo se procederá en caso de incumplimiento o falta de pago de la obligación, esto es la ejecución de la garantía, para cubrir la deuda insoluta.

Pregunta 4

¿Considera usted que existe vacío legal dentro la Codificación de Resoluciones Monetarias Financieras de Valores y Seguros libro II Mercado de Valores respecto a la concepción del Fideicomiso Mercantil de Garantía que al momento solo avala obligaciones determinadas?

Tabla

4

Fideicomiso Mercantil de Garantía como aval de obligaciones determinadas

| | Respuestas | Porcentajes |
|----------------|-------------------|--------------------|
| Si | 25 | 4% |
| No | 1 | 96% |
| Totales | 26 | 100% |

Fuente: Sociedades Administradores de Fondos y Fideicomisos
Elaborado por autora

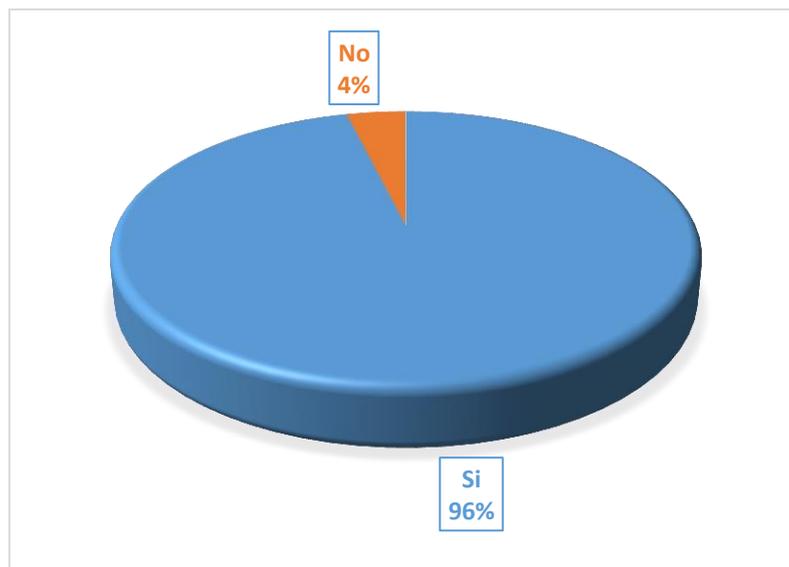


Gráfico 4 Fideicomiso Mercantil de Garantía como aval de obligaciones determinadas

Fuente: Sociedades Administradores de Fondos y Fideicomisos

Elaborado por autora

Análisis de la pregunta

Se pudo evidenciar que gran parte de la muestra consideró que existe un vacío legal dentro de la normativa con relación al alcance que tiene en la actualidad el fideicomiso mercantil de garantía, lo que demuestra la necesidad de que exista una reforma dentro de esta ley.

Pregunta 5

¿Considera usted que es necesario la implementación de un Fideicomiso Mercantil de Garantía “abierto” que avale las obligaciones pasadas, presentes y futuras del acreedor, similar a una hipoteca abierta?

Tabla

5

Fideicomiso Mercantil de Garantía “abierto”

| | Respuestas | Porcentajes |
|----------------|------------|-------------|
| Si | 21 | 81% |
| No | 5 | 19% |
| Totales | 26 | 100% |

Fuente: Sociedades Administradores de Fondos y Fideicomisos
Elaborado por autora

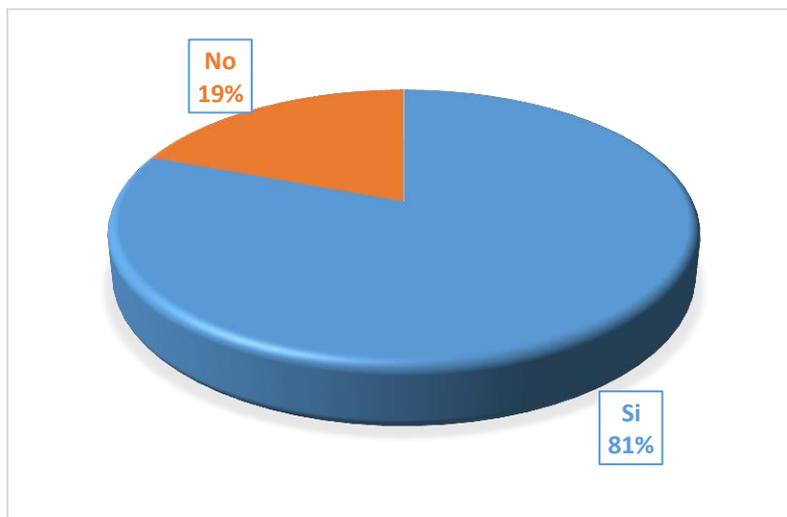


Gráfico 5 Fideicomiso Mercantil de Garantía “abierto”

Fuente: Sociedades Administradores de Fondos y Fideicomisos

Elaborado por autora

Análisis de la pregunta

La gran parte de la muestra considero la necesidad de que exista un fideicomiso mercantil de garantía “abierto”, que logre garantizar las obligaciones pasadas, presentes y futuras del acreedor.

1.1. Análisis global de las encuestas

Con las encuestas realizadas al grupo de las Sociedades Administradoras de Fondos y Fideicomisos se puede concluir que en base a su experiencia y en virtud a la actividad a la que se dedican diariamente se demuestra la necesidad de implementar un tipo de fideicomiso mercantil de garantía que avale todas las obligaciones del deudor y no solo las que se encuentren establecidos en el contrato de constitución.

2. Entrevista a expertos

En el presente epígrafe se procederá a realizar las entrevistas a expertos en relación al Fideicomiso Mercantil de Garantía.

Experto 1

Abg. Fabrizio Andrés García Bacigalupo.

Años de experiencia: 9 años

Títulos:

- Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador – Universidad Espíritu Santos (2011)
- Magister en Derecho Marítimo Internacional - Universidad de Londres, Reino Unido (2013)
- Magister en Ciencias en Comercio Exterior, Aduanas y Puertos – Universidad Tecnológica Empresarial de Guayaquil.

Lugares donde ha trabajado:

- Asesor Externo de Recynter S.A. (abril de 2011 - septiembre de 2012)
- Secretaria de Gestión Inmobiliaria: Analista Legal (enero de 2012- diciembre de 2012)
- Defensoría Pública del Ecuador (enero de 2013 - septiembre de 2013)
- Docente en la Universidad Ecotec (enero de 2016 - hasta la actualidad)
- Estudio Jurídico García y Asociados. (enero de 2014 - hasta la actualidad)

1. En base a su experiencia profesional, mencione su perspectiva respecto al alcance del fideicomiso mercantil de garantía como medio para avalar obligaciones.

Considero que el fideicomiso mercantil de garantía es una figura jurídica, a la cual no se le ha dado la importancia que a merita, ya que al existir otras formas de garantizar obligaciones se la ha dejado a un lado, pero esta figura brinda muchos beneficios en cuanto a su forma de ejecución en caso de incumplimiento por parte del deudo, por lo cual desde mi criterio debería de ser implementada con mayor frecuencia.

El fideicomiso Mercantil, se encuentra administrado por un tercero, en específico una Sociedad Administradora de Fondos y Fideicomisos, en

base a las instrucciones dadas por el constituyente y a los bienes transferidos a título de fideicomiso, al patrimonio autónomo; en este caso, el pago de la obligación principal que se encuentra garantizada por el fideicomiso, no dependería de ningún acto voluntario del deudor fallido, sino se ejecutaría de forma directa entre el Fiduciario y el Acreedor, en base a los bienes aportados al patrimonio autónomo constituido en virtud del contrato. Esto marca una importante diferencia, en caso de existencia de acreencias vencidas, en las que generalmente el deudor vencido buscara cualquier estrategia para no pagar o incluso podría distraer bienes de su patrimonio propio, para eludir el pago de la obligación principal; esto, estaría controlado bajo el esquema del Fideicomiso Mercantil de Garantía.

2. Podría mencionar 2 beneficios que brinde la utilización del fideicomiso mercantil de garantía.

- La ejecución de la garantía tiende a ser más ágil debido a que no existe la necesidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales para su aplicación.
- Los bienes que entran a un fideicomiso mercantil de garantía gozan de una protección especial, debido a su naturaleza.

3. Actualmente en la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, Libro II Mercado de Valores se prohibirá la constitución de fideicomisos mercantiles en garantía sobre vehículos livianos, considera usted, que es necesario que esta prohibición sea derogada y por qué?

No, porque hay que tener en consideración que el fin del fideicomiso mercantil de garantía surge como medio para garantizar una obligación y puede existir la posibilidad de que el vehículo que yo ponga en garantía no alcance a cubrir la obligación adquirida, es por esto que considero que lo que se encuentra establecido actualmente en la ley está correcto.

4. Considera que es necesario la implementación de un fideicomiso mercantil de garantía “abierto” que avale obligaciones pasadas, presentes y futuras del acreedor.

Sí, porque de esta forma el acreedor tendría mayor seguridad jurídica y el deudor tendría la oportunidad de adquirir más prestamos con la misma entidad, sin la necesidad de tener que generar otro contrato de fideicomiso para poder garantizar la nueva obligación.

Análisis de la entrevista

De acuerdo a lo indicado por el experto, considera que el fideicomiso mercantil de garantía es una figura jurídica efectiva para garantizar obligaciones, así mismo menciona los beneficios que con lleva su implementación y además indico que si considera necesario que exista una reforma en cuanto a la posibilidad de que se pueda implementar un fideicomiso mercantil de garantía “abierto” capaz de responder por las obligaciones pasadas, presentes y futuras del acreedor.

Experto 2

Abg. José Roberto Navarrete Vera.

Años de experiencia: 20 años

Título: Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador Especialista en Derecho Empresarial – Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (2000)

Lugares donde han trabajado:

- Agencia de Garantía de Depósitos. (AGD)
- Filanbanco S.A. en Liquidación.
- Juez en la Corte Provincial del Guayas.
- Estudio Jurídico Zúñiga, Torres y Navarrete.

1. En base a su experiencia profesional, mencione su perspectiva respecto al alcance del fideicomiso mercantil de garantía como medio para avalar obligaciones.

El fideicomiso mercantil de garantía, es una forma con la cual las entidades del sector financiero logran avalar las obligaciones que adquiere el deudor, desde mi perspectiva pienso que es un mecanismo ideal que le sirve en su mayoría a los grandes inversionistas.

2. Podría mencionar 2 beneficios que brinde la utilización del fideicomiso mercantil de garantía.

Como beneficio puedo mencionar la característica de inembargabilidad de los bienes, ya que estos no podrán ser sujetos a ninguna medida precautelatoria, salvo sus excepciones establecidas en contrato de fideicomiso.

Otro beneficio que genera la implementación de este fideicomiso es que como se constituye a través de un contrato las partes podrán establecer las cláusulas necesarias para garantizar la obligación convirtiéndolo beneficio para ambas partes, siempre y cuando estas cláusulas no sean contrarias a la ley.

3. Actualmente en la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, Libro II Mercado de Valores se prohibirá la constitución de fideicomisos mercantiles en garantía sobre vehículos livianos, considera usted, que es necesario que esta prohibición sea derogada y por qué?

Sí, porque si existiese esta posibilidad de que cualquier bien mueble o inmueble pueda ser utilizado como garantía, su utilización aumentaría.

4. Considera que es necesario la implementación de un fideicomiso mercantil de garantía “abierto” que avale obligaciones pasadas, presentes y futuras del acreedor.

Sí, porque en la actualidad esta clase de fideicomisos solo garantiza obligaciones claramente determinadas lo que demuestra la

necesidad de que exista una reforma para que pueda garantizar cualquier tipo de obligación.

Análisis de la entrevista

De acuerdo a lo expresado por el experto, se debe enfatizar en la eficacia del Fideicomiso Mercantil de Garantía, la cual está dada en cuento se sepa estructurar bien su objetivo, de tal manera que no quede duda alguna de que obligaciones garantiza y a que acreedor garantiza, para que de esta manera constituya realmente una figura idónea para salvaguardar el derecho de las partes intervinientes en la relación contractual, mencionando también la necesidad de que exista un fideicomiso mercantil de garantía “abierto” que pueda avalar todas las obligaciones del deudor sin necesidad de que este establecido en el contrato.

Experto 3

Abg. Fausto Xavier Recalde Arboleda.

Años de experiencia: 18 años

Títulos:

- Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, Especialista en Derecho Empresarial – Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (1997- 2004)
- Especialista en Derecho Empresarial – Universidad Técnica Particular de Loja (2008 – 2009)

Lugares donde han trabajado:

- Estudio Jurídico Pandzic & Asociados S.A.: Asistente Legal Senior (noviembre del 2002 - septiembre del 2006)
- Long Life Seguros LLS Empresa de Seguros S.A.: Vocal Principal del Directorio (noviembre del 2006 - mayo del 2009)
- Grupo Empresarial Amazonas S.A. Gruamazonas: Asistente Legal 2006 a 2010, Asesor Legal Senior – Procurador Judicial 2010 hasta el 15 de agosto de 2013.

- Laude S.A. Laudes Administradora de Fondos y Fideicomisos: Asesor Legal Externo desde mayo del 2011 hasta diciembre del 2012, vicepresidente del Directorio desde enero del 2013 hasta junio del 2013, Gerente del Área Legal desde agosto del 2013 hasta la actualidad.

1. En base a su experiencia profesional, mencione su perspectiva respecto al alcance del fideicomiso mercantil de garantía como medio para avalar obligaciones.

En base a mi experiencia trabajando en una fiduciaria puedo mencionar que el fideicomiso mercantil de garantía, brinda soluciones prácticas a los clientes en la estructuración de negocios fiduciarios.

2. Podría mencionar 2 beneficios que brinde la utilización del fideicomiso mercantil de garantía.

- La ejecución del fideicomiso mercantil de garantía es más rápida debido a que se sigue el procedimiento que se establece dentro del contrato de constitución de fideicomiso.
- En caso de controversias se optará por la mediación y arbitraje.

3. Actualmente en la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, Libro II Mercado de Valores se prohibirá la constitución de fideicomisos mercantiles en garantía sobre vehículos livianos, considera usted, que es necesario que esta prohibición sea derogada y por qué?

Sí, porque de esta manera más bienes podrían servir como garantía a una obligación, pero teniendo en consideración que el vehículo que entre al fideicomiso pueda cubrir la obligación en caso de incumplimiento por parte del deudor.

4. Considera que es necesario la implementación de un fideicomiso mercantil de garantía “abierto” que avale obligaciones pasadas, presentes y futuras del acreedor.

Sí, porque considero que han pasado muchos años desde la existencia de esta figura jurídica y no se ha tenido hasta la fecha una reforma que permita que el fideicomiso mercantil de garantía pueda cubrir todas las obligaciones que adquiera un mismo deudor con un mismo acreedor.

Análisis de la entrevista

De la entrevista realizada al experto, se resalta que es necesario que exista la implementación de un fideicomiso mercantil de garantía “abierto” y que se elimine esta limitante de solo poder garantizar obligaciones determinadas en el contrato, ya que de esta manera tanto el acreedor como el deudor se beneficiarán y podrán utilizar esta figura jurídica como garantía de las obligaciones adquiridas.

Experto 4

Abg. Sandra de la Rosa Romero.

Años de experiencia: 16 años

Títulos: Lcda. en Ciencias Sociales y Políticas y Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador.

Lugares donde han trabajado:

- Estudio Jurídico Ortega Moreira & Ortega Trujillo.
- Filanbanco S.A. en Liquidación.
- Banco del Estado.
- Banco del Austro.

1. En base a su experiencia profesional, mencione su perspectiva respecto al alcance del fideicomiso mercantil de garantía como medio para avalar obligaciones.

Dentro de las entidades financieras es un mecanismo utilizado sobre todo por las personas que adquieren o solicitan préstamos de grandes cantidades de dinero, garantizando con sus bienes el cumplimiento de la obligación adquirida ya que los bienes que pertenecen al fideicomiso no podrán ser embargados por otros acreedores de los constituyentes, lo que es una ventaja para las instituciones financieras.

2. Podría mencionar 2 beneficios que brinde la utilización del fideicomiso mercantil de garantía.

- Los bienes que forman parte del fideicomiso mercantil de garantía son inembargables.
- Al momento de la constitución del fideicomiso mercantil de garantía se genera un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica, esto permite que el fideicomiso pueda adquirir derechos y obligaciones.

3. Actualmente en la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, Libro II Mercado de Valores se prohibirá la constitución de fideicomisos mercantiles en garantía sobre vehículos livianos, considera usted, que es necesario que esta prohibición sea derogada y por qué?

No, porque no todo vehículo podría servir para garantizar el monto de las obligaciones adquiridas por el deudor.

4. Considera que es necesario la implementación de un fideicomiso mercantil de garantía “abierto” que avale obligaciones pasadas, presentes y futuras del acreedor.

Sí, porque de esta forma se podría garantizar todas las obligaciones del deudor con una misma entidad financiera.

Análisis de entrevista

De acuerdo a lo indicado por el experto, el fideicomiso mercantil de garantía es un medio utilizado por las entidades del sistema financiero para garantizar las obligaciones que adquieran los deudores, mecanismo que resulta efectivo debido a que el acreedor podrá ejecutarlo en caso de incumplimiento sin necesidad de acudir a los órganos judiciales y además estos bienes que entran al fideicomiso no podrán ser tocados por ningún acreedor del constituyente, fiduciaria o del beneficiario.

2.1. Análisis global de las entrevistas

Se puede indicar que la mayoría de expertos estuvieron de acuerdo en mencionar que el fideicomiso mercantil de garantía es una figura jurídica eficaz debido a que su procedimiento de ejecución en caso de incumplimiento es más ágil siendo esto uno de los beneficios que brinda este mecanismo ya que siempre se deberá de actuar conforme a lo que se encuentra establecido en el contrato de constitución de fideicomiso, además algunos mencionaron que la característica de la inembargabilidad de los bienes transferidos al patrimonio autónomo que se genera con el fideicomiso es un punto relevante ya que permitirá que el acreedor siempre tenga con que respaldarse en caso de que el deudor no pueda cubrir la deuda.

Todos concluyeron en que efectivamente existe la necesidad de que el fideicomiso mercantil de garantía pueda cubrir las obligaciones pasadas, presentes y futuras del acreedor, sin necesidad de que estén determinadas en el contrato o de que se genere un nuevo fideicomiso en el caso de que el deudor quiera adquirir otra obligación con el mismo acreedor.

CAPITULO IV: PROPUESTA

1. Justificación de la propuesta

De acuerdo a lo mencionado en párrafos anteriores, en concordancia con lo manifestado por los expertos y del análisis realizado a las entrevistas y encuestas elaboradas, se puede evidenciar la necesidad de que exista una reforma dentro de la Codificación de Resoluciones, Monetarias, Financieras, Valores y Seguros expedidas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, con respecto a lo señalado en el concepto del fideicomiso mercantil de garantía, que se encuentra establecido en la en la Sección IV: Disposición General Novena.

En tal sentido se puede evidenciar también que esta propuesta está direccionada para que el fideicomiso mercantil de garantía se convierta en un medio viable para asegurar el cumplimiento de las obligaciones resguardando tanto los derechos del acreedor como los del deudor, ya que este tipo de fideicomiso brinda con la misma seguridad jurídica mayor agilidad para recuperar lo adeudado.

2. Proyecto de reforma de ley

Considerandos

Que, de acuerdo con el artículo 261 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador, se le da la competencia exclusiva al Estado para implementar políticas económicas, monetarias y entre otras;

Que, se establece en el artículo 238 de la Carta Magna que el sistema económico del Estado es social y solidario, propendiendo una relación dinámica entre la sociedad, Mercado y Estado, que tiene como objetivo garantizar la producción y garantías del Buen Vivir;

Que, se dispone en el artículo 284 de la Carta Suprema como objetivo principal la adecuada distribución de la riqueza, incentivar la producción, productividad y competencias; además es necesario lograr un desarrollo equitativo del territorio nacional junto con la integración entre regiones.

Que, en concordancia con el artículo 302 numerales 2 y 3 de la Carta Magna, indica acerca de la política monetaria, crediticia, cambiaria y financiera tiene como objetivo establecer niveles de liquidez global que den garantía a márgenes financieros adecuados

Que, el artículo 303 de la Constitución de la República del Ecuador indica que la formulación de políticas monetarias, financieras y afines son de exclusividad de la Función Ejecutiva mediante las instituciones designadas para esos fines.

Reforma de artículos:

De acuerdo a lo analizado en este proyecto jurídico se plantea una propuesta de reforma a la Codificación de Resoluciones, Monetarias, Financieras, Valores y Seguros la cual consiste en:

Actualmente:

Sección IV: Disposiciones Generales - Novena

NOVENA.- Modalidades de los fideicomisos mercantiles: La modalidad de los fideicomisos depende del objeto y finalidad instituidos en el contrato, los cuales no necesariamente son únicos, por lo que bien puede o no existir un negocio fiduciario con una modalidad única. Para efectos de clasificación se pueden mencionar los siguientes:

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

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 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.

Reforma:

“NOVENA.- Modalidades de los fideicomisos mercantiles: La modalidad de los fideicomisos depende del objeto y finalidad instituidos en el contrato, los cuales no necesariamente son únicos, por lo que bien puede o no existir un negocio fiduciario con una modalidad única. Para efectos de clasificación se pueden mencionar los siguientes:

*1. **De garantía:** entiéndase por fideicomiso de garantía, al contrato en virtud del cual el constituyente, que generalmente es el deudor, transfiere la propiedad de uno o varios bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de las obligaciones pasadas, presentes o futuras del deudor con un mismo acreedor. (...)”*

Conclusiones

- Respecto del estudio teórico realizado en el presente proyecto se pudo evidenciar que el fideicomiso mercantil de garantía, se encuentra regulado a través de las disposiciones que establece la LMV y la CODIFICACIÓN DE LA JUNTA, cabe destacar que el fideicomiso de garantía en la actualidad sólo avala obligaciones determinadas lo cual limita su eficacia.
- En esta investigación jurídica se pudo realizar entrevistas a un grupo de expertos en fideicomisos los cuales indicaron que sería una gran innovación implementar un fideicomiso de garantía “abierto” que avale obligaciones pasadas, presentes y futuras del acreedor, además se encuestaron a distintas fiduciarias de Guayaquil y Quito las cuales en su mayoría se alinearon a esta figura jurídica.
- Actualmente el fideicomiso mercantil de garantía solo avala obligaciones claramente determinadas en el contrato de fideicomiso, es por esto que surge la necesidad de querer implementar un fideicomiso mercantil de garantía que garantice todas las obligaciones del deudor, tanto las adquiridas en el pasado, en el presente y en el futuro, y con esto, tanto el acreedor como el deudor saldrán beneficiados, por una parte el acreedor podrá tener un respaldo en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del deudor y por otro lado, el deudor podrá utilizar como garantía un solo fideicomiso, sin necesidad de tener que especificar en el contrato de constitución qué obligaciones se encuentran garantizando es por esto que se plantea una reforma a la CODIFICACIÓN DE RESOLUCIONES MONETARIAS,

FINANCIERAS, DE VALORES Y SEGUROS LIBRO II LEY DE
MERCADO DE VALORES.

Recomendaciones

- Será necesario que la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, difunda y extienda el alcance del Fideicomiso Mercantil de Garantía, ya que es un contrato empleado en nuestro país que pudiera llegar a ser utilizado con mayor frecuencia si con éste se lograra garantizar todas las obligaciones que adquiera el deudor.
- Los órganos competentes deberán de manifestar la existencia de la necesidad de un fideicomiso mercantil de garantía que avale obligaciones pasadas, presentes y futuras del acreedor, para así poder lograr una reforma a la Codificación de la Junta.
- Finalmente, la Asamblea Nacional deberá de acoger todas las recomendaciones o manifestaciones que se emitan por parte de las personas que utilicen el fideicomiso mercantil de garantía como las entidades financieras que son las que mayormente lo emplean para que se pueda extender su alcance, y a su vez se fomente su uso como medio para garantizar obligaciones.

Bibliografía

- H. Congreso Nacional. (2016). *Código Civil*. Ecuador.
- Asamblea Nacional. (1993, 28, mayo). *Ley 31 de Mercado de Valores*. Ecuador: Registro Oficial Suplemento 199.
- Azuero, S. R. (2017). *Negocios Fiduciarios, su significación en América Latina*. LEGIS.
- Bascuñán, A. (2015). *Manual de Técnicas de la investigación jurídica*. México D.F.: Tirant lo Blanch.
- Carregal, M. A. (1982). *El Fideicomiso, Regulación Jurídica y Posibilidades Prácticas*. Buenos Aires.
- Casas, F. M. (1991). *Fundamentos de la Actividad y Negocios Bancarios; Análisis Institucional, Legal y Operativo* (Primera ed.). Bogotá, Colombia : Juridica Radar .
- Congreso de la República. (2011). *Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros*. Lima, Peru.
- Consejo de Estado. (1971). *Código de Comercio*. Colombia.
- Española, R. A. (1780). *Diccionario de la lengua española*.
- Fix-Samudio, H. (2016). *Metodología, docencia e investigación jurídica*. México D.F.: Tirant lo Blanch.
- Freyre, M. C. (2014). *Sobre las Obligaciones y su Clasificación* .
- Gallegos, R. B. (1995). *La Fiducia o Fideicomiso Mercantil y la Titularización*. Quito: Edición Jurídica del Ecuador.
- Giménez, K. G. (agosto de 2014). *Ventajas del fideicomiso de garantía respecto de las clásicas*. Obtenido de <https://www.pj.gov.py/ebook//monografias/nacional/civil/Karin-Kennedy-Ventajas-Fideicomiso.pdf>
- Gutiérrez, P. F. (1998). *Los fideicomisos y las obligaciones negociables*. Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- H. Congreso Nacional. (2014, 12, septiembre). *Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II, Ley de Mercado de Valores*. Ecuador: Registro Oficial Suplemento 332 .
- Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. (2018). *Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros Libro II: Mercado de Valores*. Ecuador.
- Kiper, C. -L. (2004). *Tratado del Fideicomiso* (Vol. Cuarta Edición). Abeledo Perrot.
- Lara Saénz, L. (2015). *Procesos de investigación jurídica*. México D.F.: UNAM.
- Martínez, J. A. (1982). *El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico*. Mexico: Editorial Porrúa.

- Matteuc, M. V. (15 de abril de 2012). *Breve Comentario sobre Obligaciones Determinadas o de Resultado y Obligaciones Generales de Prudencia y Diligencia o de Medios en la Legislación y Doctrina Francesa*. Obtenido de file:///C:/Users/Cesar%20Emilio/Downloads/Dialnet-BreveComentarioSobreObligacionesDeterminadasODeRes-3975756%20(1).pdf
- Nacional, A. (1998, 23, julio). *Ley de Mercado de Valores*. Ecuador: Registro Oficial No. 367.
- Ormaechea, E. C. (2003). *Contratos con garantía fiduciaria*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma.
- Reyes, D. G. (1998). *El Fideicomiso Mercantil*. Ecuador : Ediciones Albazul Offset.
- Reyes, D. G. (1998). *El Fideicomiso Mercantil*. Quito: Edino.
- Rodríguez Rodríguez, J. (1971). *Derecho Mercantil*. Mexico: Porrúa, S.A.
- Rodríguez Azuero, S. B.-C. (1990). *Contrato Bancario*. Bogota, Colombia .
- Superintendencia Bancaria. (1991). *Circular Externa Numero 6*. Colombia.
- Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. (2020 de junio de 2020). *portal.supercias.gob.ec*. Obtenido de <https://portal.supercias.gob.ec/wps/wcm/connect/0b8415e6-782d-456d-8676-fd23ddb0f803/Listado+Administradoras+de+Fondos+y+Fideicomisos+Autorizadas.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0b8415e6-782d-456d-8676-fd23ddb0f803>
- Torre, R. G. (1996). *El Fideicomiso en el Derecho Civil y Comercial del Ecuador* . Guayaquil.
- Torre, R. G. (2009). *Manual de fideicomiso en Ecuador y América Latina*. Edino.
- Vásquez, V. C. (2006). *Manual de Derecho Mercantil*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Villegas, C. A. (1993). *Las Garantías del Crédito*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal - Culzoni.

Anexos

Anexo 1 Cuestionario de entrevista a expertos



Nombre y Apellido:

Fecha:

1. ¿Conoce usted sobre el Fideicomiso Mercantil de Garantía y sus características?
 - Si
 - No
2. ¿Considera usted que el Fideicomiso Mercantil de Garantía es una figura jurídica eficaz para garantizar una obligación?
 - Si
 - No
3. ¿Considera usted que al momento de elegir un medio para garantizar una obligación es necesario tener en consideración la forma de cómo se va a ejecutar en caso de incumplimiento?
 - Si
 - No
4. ¿Considera usted que existe vacío legal dentro la Codificación de Resoluciones Monetarias Financieras de Valores y Seguros libro II Mercado de Valores respecto a la concepción del Fideicomiso Mercantil de Garantía que al momento solo garantiza obligaciones determinadas?
 - Si
 - No

5. ¿Considera usted que es necesario la implementación de un Fideicomiso Mercantil de Garantía “abierto” que avale las obligaciones pasadas, presentes y futuras del acreedor, similar a una hipoteca abierta?
- Si
 - No

Anexo 2 Listado de Sociedades Administradoras de Fondos y Fideicomisos

| PORTAL DE INFORMACIÓN - LISTADO DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS | | | | | | | | |
|--|--------------------|---|-----------|--------------------------|---------------------------|-----------|---------|---------------|
| CODIGO FICHA REGISTRAL | No. IDENTIFICACION | NOMBRE | ESTADO | No. INSCRIPCION C.P.M.V. | FECHA INSCRIPCION C.P.M.V | LOCALIDAD | SECTOR | SISTEMA |
| 528 | 0991285776001 | ADMINISTRADORA DE FONDOS FODEVA S.A. FODEVASA | CANCELADA | 1994.1.AF.009 | 16/11/94 | QUITO | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 543 | 0992356774001 | ADMINISTRADORA DE FONDOS ADMUNIFONDOS S.A. (ADMIN. MUNICIPAL DE FONDOS Y FIDEICOMISOS SOC. ANONIMA) | VIGENTE | 2005.2.10.00032 | 11/02/05 | GUAYAQUIL | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 524 | 0991283560001 | ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSION Y FIDEICOMISOS DEL PACIFICO (ADPACIFIC) S.A. | CANCELADA | 94.2.8.AF.004 | 13/06/94 | GUAYAQUIL | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 522 | 0991290915001 | ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSION Y FIDEICOMISOS FUTURA, FUTURFID S.A. | VIGENTE | 94.2.8.AF.002 | 03/06/94 | GUAYAQUIL | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 531 | 0991307605001 | AFP GENESIS ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS S.A. | VIGENTE | 95.2.8.AF.015 | 06/03/95 | GUAYAQUIL | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 527 | 0991291679001 | AFPV ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS S.A. | VIGENTE | 94.2.8.AF.008 | 14/11/94 | GUAYAQUIL | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 537 | 1791805305001 | ANALYTICAFUNDS MANAGEMENT C.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS | VIGENTE | 2002.1.10.00026 | 07/02/02 | QUITO | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 525 | 1791266226001 | ANEFI S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS | VIGENTE | 94.1.8.AF.005 | 01/07/94 | QUITO | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 550 | 0992852976001 | ARAFISA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS Y DE FIDEICOMISOS | VIGENTE | 2014.2.10.00042 | 24/09/14 | GUAYAQUIL | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 542 | 1760002600001 | BANCO CENTRAL DEL ECUADOR | VIGENTE | 2003.1.10.00031 | 24/12/03 | QUITO | PUBLICO | FINANCIERO |
| 544 | 1760002790001 | BANCO NACIONAL DE FOMENTO | CANCELADA | 2008.1.10.00034 | 07/05/08 | QUITO | PUBLICO | FINANCIERO |
| 541 | 1791369378001 | CORPORACION DE DESARROLLO DE MERCADO SECUNDARIO DE HIPOTECAS CTH S.A. | CANCELADA | 2003.1.10.00030 | 25/06/03 | QUITO | PRIVADO | FINANCIERO |
| 534 | 1760003090001 | CORPORACION FINANCIERA NACIONAL BP | VIGENTE | 2000.1.10.00022 | 12/01/00 | GUAYAQUIL | PUBLICO | FINANCIERO |
| 8298 | 1768168480001 | CORPORACION NACIONAL DE FINANZAS POPULARES Y SOLIDARIAS | VIGENTE | 2019.Q. 10.002514 | 15/03/19 | QUITO | PUBLICO | FINANCIERO |

PORTAL DE INFORMACIÓN - LISTADO DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS

| CODIGO FICHA REGISTRAL | No. IDENTIFICACION | NOMBRE | ESTADO | No. INSCRIPCION C.P.M.V. | FECHA INSCRIPCION C.P.M.V. | LOCALIDAD | SECTOR | SISTEMA |
|------------------------|--------------------|--|-----------|--------------------------|----------------------------|-----------|---------|---------------|
| 529 | 1791277600001 | ENLACE NEGOCIOS FIDUCIARIOS S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS | VIGENTE | 94.1.8.AF.010 | 18/11/94 | QUITO | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 536 | 0992139706001 | FIDES TRUST, ADMINISTRADORA DE NEGOCIOS FIDUCIARIOS FITRUST S.A. | VIGENTE | 2000.2.10.00025 | 21/12/00 | GUAYAQUIL | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 533 | 1791275101001 | FIDEVAL S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS | VIGENTE | 1999.1.10.00021 | 06/01/99 | QUITO | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 532 | 1790835472001 | FIDUCIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS MERCANTILES | VIGENTE | 96.1.8.AF.020 | 27/03/96 | QUITO | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 15036 | 1792754658001 | FIDUCIARIA DE LAS AMERICAS FIDUAMERICAS ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS S.A. | VIGENTE | 2017.Q. 10.002087 | 07/09/17 | QUITO | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 526 | 0991293396001 | FIDUCIARIA DEL PACIFICO S.A. FIDUPACIFICO | VIGENTE | 94.2.8.AF.007 | 26/10/94 | GUAYAQUIL | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 535 | 1791413024001 | FIDUCIARIA ECUADOR FIDUECUADOR S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS | VIGENTE | 2000.1.10.00023 | 22/03/00 | QUITO | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 530 | 0991296115001 | FIDUNEGOCIOS S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS | VIGENTE | 94.2.8.AF.012 | 06/12/94 | GUAYAQUIL | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 540 | 0992293586001 | GENERATRUST ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS G TSA S.A. | VIGENTE | 2003.2.10.00029 | 16/06/03 | GUAYAQUIL | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 548 | 0190382362001 | GESTIONFIDUCIARIA ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS S.A. | VIGENTE | 2012.2.10.00040 | 12/11/12 | GUAYAQUIL | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 545 | 1792146127001 | HEIMDALTRUST ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS S.A. | VIGENTE | 2008.1.10.00035 | 06/10/08 | QUITO | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 24100 | 1792966833001 | HOPE ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS FIDUHOPE S.A. | VIGENTE | 2019.Q. 10.002754 | 13/11/19 | QUITO | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 539 | 0992267119001 | INTEGRA S. A. ADMINISTRADORA DE FIDEICOMISOS (INTEGRASA) | CANCELADA | 2002.2.10.00028 | 11/12/02 | GUAYAQUIL | PRIVADO | NO FINANCIERO |

PORTAL DE INFORMACIÓN - LISTADO DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS

| CODIGO FICHA REGISTRAL | No. IDENTIFICACION | NOMBRE | ESTADO | No. INSCRIPCION C.P.M.V. | FECHA INSCRIPCION C.P.M.V | LOCALIDAD | SECTOR | SISTEMA |
|------------------------|--------------------|---|---------|--------------------------|---------------------------|-----------|---------|---------------|
| 523 | 0991284974001 | LATINTRUST S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS | VIGENTE | 94.2.8.AF.003 | 13/06/94 | GUAYAQUIL | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 547 | 0992714697001 | LAUDE S.A. LAUDESA ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS | VIGENTE | 2011.2.10.00039 | 15/09/11 | GUAYAQUIL | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 549 | 0992755245001 | LEGACY TRUST ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS S.A. LEGACYTRUST | VIGENTE | 2013.2.10.00041 | 01/03/13 | GUAYAQUIL | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 538 | 0992233958001 | TRUST FIDUCIARIA ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS S.A. | VIGENTE | 2002.2.10.00027 | 10/05/02 | GUAYAQUIL | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 25376 | 0993238791001 | VANGUARDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS VANGUARDFONDOS S.A. | VIGENTE | 2020.G. 10.002843 | 10/02/20 | GUAYAQUIL | PRIVADO | NO FINANCIERO |
| 546 | 0992632771001 | ZION ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS S.A. | VIGENTE | 2009.2.10.00036 | 29/10/09 | GUAYAQUIL | PRIVADO | NO FINANCIERO |