



MAESTRIA EN ASESORÍA JURIDICA DE EMPRESAS

EL FIDEICOMISO MERCANTIL EN EL ECUADOR, ORIGEN, DESARROLLO Y VENTAJAS EN SU APLICACION

**Trabajo de graduación previo a la obtención del título de
MAGISTER EN ASESORIA JURIDICA DE EMPRESAS**

Autor: CLAUDIO RENE ARIAS VEGA

Director: Dr. Esteban Coello Muñoz

Cuenca – Ecuador

2008

DEDICATORIA

A Dios, a mi esposa Alexandra y a mis hijos Claudio David y Pedro Sebastián, forjadores de mi presente y de mi futuro.

AGRADECIMIENTO

Al Dr. Esteban Coello Muñoz, por su paciencia y valiosa guía en la elaboración del presente trabajo.

Capitulo No. 1

Introducción: Antecedentes del Fideicomiso Mercantil.....	1
1.1.1 Orígenes del Fideicomiso en el mundo	
1.1.2 Orígenes de Fideicomiso en el Ecuador	

Capítulo No. 2

El Fideicomiso Mercantil.....	7
2.1 Concepto	
2.2 Intervinientes	
2.3 Características del fideicomiso mercantil	
2.3.1 Confianza	
2.3.2 Independencia	
2.3.3 Irrevocabilidad	
2.3.4 Solemnidad	
2.3.5 Indelegabilidad	
2.3.6 Onerosidad	
2.3.7 Administración profesional del fiduciario	
2.4 Ventajas del fideicomiso mercantil	

Capítulo No. 3

Clases de Fideicomisos Mercantiles.....	23
3.1 Encargo Fiduciario	
3.1.1 Concepto	
3.1.2 Características	
3.1.3 Marco legal	
3.2 Fideicomiso de garantía	
3.2.1 Concepto	
3.2.2 Características	

3.2.3	Marco legal	
3.3	Fideicomiso administración y gestión	
3.3.1	Concepto	
3.3.2	Características	
3.3.3	Marco legal	
3.4	Fideicomiso Inmobiliario	
3.4.1	Concepto	
3.4.2	Características	
3.4.3	Marco legal	
3.5	Fideicomiso de inversión	
3.5.1	Concepto	
3.5.2	Características	
3.5.3	Marco legal	

Capítulo No. 4

El Fideicomiso Mercantil en el Ecuador.....	42
4.1 Evolución normativa del marco legal de los fideicomisos en el Ecuador	
4.2 Análisis del desarrollo que han tenido los fideicomisos en nuestro país hasta la presente fecha.	

Capítulo No. 5

Glosario de Términos.....	50
Conclusiones.....	58
Recomendaciones.....	61
Bibliografía.-.....	62

RESUMEN

En la actualidad todas aquellas personas naturales o jurídicas que realizan negocios o que están al frente de empresas, se encuentran en una situación económica muy difícil, ya que los mercados tienden a la globalización, muestra de ello es el proceso del Área del Libre Comercio de las Américas (ALCA) en el que nos encontramos.

Por otra parte la competencia de empresas extranjeras principalmente de Colombia y Perú, y E.E. U.U. nuestros principales socios económicos, las cuales ofrecen productos y servicios de buena calidad y a precios muy competitivos.

Por lo antes expuesto, se hace necesario que las empresas busquen la forma de ser más eficientes, optimicen sus recursos económicos y humanos, para así brindar productos y servicios de alta calidad y es justamente aquí, donde el fideicomiso juega un papel fundamental, ya que por sus características y ventajas, se convierte en una excelente alternativa para el desarrollo de negocios versus las opciones tradicionales de negociación.

Para poder realizar buenos negocios utilizando la figura del fideicomiso mercantil, considero que el primer paso es conocer en forma clara y precisa esta herramienta para así utilizarla adecuadamente.

Objetivo General.-

Elaborar una herramienta de consulta para todas aquellas personas que estén interesadas en conocer sobre el Fideicomiso Mercantil, su desarrollo en el Ecuador y su aplicación a los negocios.

CAPITULO No. 1

1.1. Introducción: Significado, Antecedentes Históricos del Fideicomiso Mercantil.-

Cuando se empieza a estudiar algún tema en particular, hay que tener siempre presente el por qué se hace dicho estudio o investigación, es por eso que he creído conveniente antes de profundizar en la figura misma del fideicomiso mercantil, conocer el origen y su evolución a través del tiempo.

La constante evolución del sistema financiero y del mercado de valores su diversificación, la constante competitividad, y la necesidad de nuevas herramientas e instrumentos financieros para la concreción de negocios, en general en el mundo, y en particular en el Ecuador, han obligado para que se abran varios campos de acción y de estudio, permitiendo que la figura del Fideicomiso Mercantil, sea considerada en la actualidad como una actividad novedosa e interesante.

En nuestra ciudad, debido al desconocimiento de esta figura, el empresario moderno ha buscado productos tradicionales ya sea para financiamiento, garantía y para la ejecución de proyectos importantes.

En la actualidad cualquier persona que trabaje o maneje el área crediticia o financiera en una empresa o institución financiera en general, ya ha tenido o tendrá contacto con la figura del Fideicomiso Mercantil, es por eso que me parece importante que se conozca sobre la utilidad del fideicomiso.

El Presente trabajo pretende ser una guía y contribuir al conocimiento de esta figura jurídica, dar una visión más clara sobre como se encuentra estructurado el Fideicomiso Mercantil, sus ventajas y versatilidad, conceptos legales y su normatividad vigente.

1.1.1 Significado, Orígenes del Fideicomiso en el mundo.-

Sobre el significado del término fideicomiso existen dos definiciones, la primera que indica que proviene de dos voces latinas, “*fidei*” que quiere decir “fe” y “*commisium*” que significa “comisión” otro significado nos señala que etimológicamente fideicomiso viene de “*fiducia*” que quiere decir “confianza” y de “*comittere*” que significa “encomendar”.

Además de estos significados existe una tendencia doctrinaria que entiende al fideicomiso como un “instrumento de intermediación financiera al canalizar recursos dentro de la economía hacia operaciones estrictamente crediticias, en un momento complejo desde el punto de vista de desarrollo económico, y empiezan a darse momentos en los cuales ya ha tocado fondo la crisis en el sector bancario”.¹

Un concepto más contemporáneo es el del tratadista Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate, que al hablar de los negocios fiduciarios señala que “son todas aquellas relaciones en las que destaca un deber de lealtad hacia alguien”

Nuestra legislación, en la Ley de Mercado de Valores, en su Art. 109 define al fideicomiso mercantil de la siguiente manera:

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

El Fideicomiso tiene su origen en el Derecho Romano, “desde la época del período clásico (130 a.C. – 230 d.C.) en donde ya se tenían noticias de ella. Sin embargo, solo en el periodo post-clásico (230 d.C.- 535 d.C.) y más concretamente entre los años 527 y 534 de nuestra era, en que se produjo la Recopilación de Leyes por

¹ AZUERO, SERGIO RODRIGUES. EL DESAFIO FIDUCIARIO. SANTA FE DE BOGOTÁ, D.C. : ABC Ltda, 1997

Justiniano en una serie de textos jurídicos clásicos y post-clásicos agrupados bajo el nombre de *Corpus Iuris Romani*, es cuando se viene a saber cómo operaba realmente. Significa ello que la fiducia tiene existencia aún antes de Cristo. Por los estudios del derecho romano podemos deducir que la fiducia no tenía inicialmente la característica que luego con el derecho napoleónico vino a cobrar, pues en aquella vieja época más se asemejaba a una garantía que lo que hoy es”.²

Esta figura vino a llenar algunos problemas que se presentaban en aquella época, como por ejemplo en el Derecho Romano, las mujeres, no tenían la facultad de poder heredar bienes. Por este motivo, con el fin de que el testador pudiera llevar a cabo su voluntad, nace una figura que, salvando los problemas de tipo legal que existían en ese momento, pudiera hacer que su voluntad fuera efectiva. Esta figura es el *Fideicommissum*. Podía establecerse también que una vez cumplidos los fines para los que fue establecido puedan ser entregados los bienes al beneficiario.

Para el tratadista Uruguayo Gamarra: “La fiducia romana corresponde al esquema del negocio fiduciario construido por la Doctrina, que se integra con un elemento real (el traspaso del derecho de propiedad o de un derecho de crédito) y luego un elemento obligacional (el fiduciario contrae la obligación de restituir la cosa al fiduiante o de usarla de acuerdo con determinadas instrucciones)”³

Por lo tanto desde ese momento, aparece una característica importante en el caso de los fideicomisos que es la confianza, ya que la persona que adquiría los derechos de administrador por esta vía, podía usar los bienes para su propio provecho e incluso enajenarlos. Este tipo de fideicomiso se caracteriza porque la transmisión de bienes se hace una vez que su propietario ha muerto, por lo que viene a constituirse en un fideicomiso testamentario.

Posteriormente aparece la transmisión entre vivos, con sus dos formas principales, la llamada *fiduciae cum creditore* y la *fiduciae cum amico*.

² MORALES CASAS, FRANCISCO. “Fundamentos de la Actividad y los Negocios Bancarios” Bogotá D.E. Ediciones Jurídicas Radar.,1991.

³ JORGE, GAMARRA. Tratado de derecho civil Uruguayo. Doctrin General del Contrato Tomo XIII. Montevideo : Fundacion de Cultura Universitaria, 1989

La primera representa una forma de garantía. En este caso la persona que solicitaba un préstamo a otra lo que hacía era traspasarle sus bienes como garantía, mientras el préstamo estuviera vigente. Una vez cancelada la obligación los bienes eran devueltos por el acreedor a su respectivo dueño. En su forma original esta figura se prestó a abusos porque en algunos casos el acreedor podía hacer uso irrestricto de los bienes a su favor. Posteriormente se buscaron formas de que esta desventaja del deudor no fuera tan manifiesta.

“La segunda se la utilizaba para transferir el dominio de un bien a un depositario o mandatario, adquiriendo uno u otro el compromiso de destinar el objeto de la transferencia, a una finalidad específica. Por lo tanto, este tipo de fiducia se empleaba para que la persona que recibía el bien transferido pudiera usarlo y disfrutarlo gratuitamente y en su propio provecho. Una vez realizados estos fines, quien había recibido los bienes transferidos, como consecuencia del *pactum fiduciae* los transfería al *tradens*. Como se desprende de lo expuesto, la fiducia cum amico se identificaba con el comodato que era un préstamo gratuito de cosas”⁴

Luego aparecieron los fideicomisos testamentarios y los fideicomisos denominados familiar o gradual, el primero esto es el fideicomiso testamentario, fue creado para personas con ciertas características, estos son incapacitados, esclavos *dedicticios*, solteros, para que puedan acceder a una herencia mediante un testador.

Esta era la única forma que en aquella época el testador que quería dejar sus bienes a una o unas personas con las condiciones antes indicadas lo podía hacer, estas personas no tenían la “*testamenta factio*” que consistía en rogarle al heredero que fuera ejecutor de su voluntad, para darle al incapaz, un objeto particular, la sucesión entera o parte de ella. Ese ruego se lo llamo fideicomiso (por la expresión usada “*rogò*”, “*fideicomitto*”).⁵

“Más adelante aparece el denominado “fideicomiso familia o gradual” en virtud del cual el testador hacía varios llamamientos para la restitución sucesiva de los bienes o prohibía su enajenación a efectos de mantener el gran patrimonio de la familia por

⁴ Reyes, Diego Gomez De La Torre. **EL FIDEICOMISO MERCANTIL. QUITO : s.n., 1998.**

⁵ Mario, Onderigo. **Derecho Romano. Buenos Aires, Argentina : Depalma, 1973.**

años. Posteriormente fue Justiniano quien ante los muchos abusos que se dieron, dispuso que el fideicomiso familiar se extinga en el cuarto grado.

Esta institución pasó a regímenes jurídicos que tomaron sus bases en el derecho romano, en donde se les concedió el nombre de “substituciones fideicomisarias”, pero en el derecho Napoleónico se prohibió porque llegaron a vincular grandes riquezas en unas cuantas manos.

En la última etapa del derecho romano, al decaer el uso de las formas tradicionales de transferir la propiedad “*mancipatio*”, “*in jure Cessio*” el empleo de la fiducia poco a poco se fue sustituyendo por la utilización de otros contratos reales que adquirieron formas mas perfeccionadas gracias al mayor desarrollo jurídico de la época, como fueron los contratos de comodato, la prenda o la hipoteca”.⁶

Otros antecedentes en lo referente al fideicomiso mercantil son las instituciones del “use” y del “trust”, en el Derecho Anglosajón, nacidas por el temor a las confiscaciones hechas a consecuencias de las guerras y la prohibición que tenían las corporaciones religiosas de poseer bienes raíces.

El “use” consistía en que el dueño de un inmueble transfería a otra persona la propiedad del bien, conviniendo entre las partes, que aún cuando el nuevo dueño fuere el propietario legítimo, permitiría que una tercera persona goce de todos los beneficios de verdadero propietario de la cosa.

Esta institución no estaba reconocida por el derecho común anglosajón o *Common Law*, pues, para éste, el propietario de un bien era solamente la persona a quien se había transferido el mismo, lo que tuvo como resultado que los beneficiarios del use, en muchas de las veces, sean desconocidos por el nuevo propietario. Sin embargo, los afectados recurrían al Canciller del Rey invocando la protección que los tribunales de justicia, que aplicaban el Common Law y que protegió el uso del use convirtiéndose posteriormente en lo que en la actualidad se conoce como trust.

⁶ **Molina, Boris.** ANALISIS JURIDICO DEL FIDEICOMISO MERCANTIL EN LA LEGISLACION ECUATORIANA. CUENCA : s.n., 2005.

“El Trust, de Inglaterra pasó a los Estados Unidos de América, con la diferencia que, al darse cuenta, respecto de la inconveniencia de encargar la responsabilidad sobre el manejo de este patrimonio a una persona natural, consideraron conveniente el hacerlo a algún tipo de institución que no se viera afectada por ninguna de las eventualidades que pueden afectar a una persona natural”.⁷

1.1.2 Orígenes de Fideicomiso en el Ecuador

La figura jurídica tradicional del fideicomiso ha existido desde la primera edición del Código Civil Ecuatoriano. Sus disposiciones se encuentran actualmente en el libro segundo de dicho cuerpo legal, en los artículos 748 y siguientes, en donde se considera a la propiedad fiduciaria como una limitación al derecho real de dominio, la que puede constituirse por acto entre vivos o por testamento. “La discusión acerca de su naturaleza jurídica, no solo desde el punto de vista del derecho real de dominio sino también desde la óptica del acto jurídico fiduciario, ha determinado que la doctrina de los tratadistas intente crear una verdadera Teoría General del Fideicomiso”

“En forma civilista se introdujo una versión del trust en la codificación de la Ley General de Bancos dada el 17 de marzo de 1948 y publicada en el registro oficial del 9 de agosto del mismo año”⁸

En el Ecuador el fideicomiso mercantil apareció por primera vez en La Ley General de Operaciones de Crédito contenida en el Decreto Supremo número 1192 del doce de Diciembre de 1963, publicado en el Registro Oficial número 33 del 19 de Diciembre del mismo año, en la que se incorporó un título denominado “fideicomiso”. Esta Ley fue derogada en 1966.

⁷ Reyes, Diego Gomez De La Torre. **EL FIDEICOMISO MERCANTIL**. QUITO : s.n., 1998.

⁸ Gonzáles Torres Roberto: “El Fideicomiso en el derecho civil y comercial del Ecuador”. Guayaquil Ecuador. 1996.

CAPITULO No. 2

El Fideicomiso Mercantil

2.1 Concepto:

En primer lugar es importante explicar que el fideicomiso mercantil es un contrato, en virtud de un acuerdo de voluntades, lo que era propiedad de uno pasa a ser propiedad fiduciaria de otro y nuestra legislación positiva en el código civil en el su libro IV Título I Art. 1454 define al contrato de la siguiente forma:

“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”⁹

La ley de Mercado de Valores, en su Art. 109 define de la siguiente forma al fideicomiso mercantil:

“Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.”¹⁰

El tratadista Colombiano Sergio Rodríguez Azuero señala que “no es fácil dar un concepto universal sobre la fiducia o fideicomiso” sin embargo define al fideicomiso “como el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que lo administre o enajene y con el producto de su

⁹ CODIGO CIVIL DEL ECUADOR (LIBRO IV).Codificación 10, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de Junio del 2005.

¹⁰ LEY DE MERCADO DE VALORES DEL ECUADOR. Ley 107, Registro Oficial 367 de 23 de Julio de 1998.

actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero”¹¹

El Código de Comercio de Colombia en su Art. 1226 señala:

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

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios”.

2.2 Intervinientes

En la figura del fideicomiso mercantil intervienen tres partes:

- Constituyente / Fideicomitentes
- Fiduciario
- Fideicomisario / beneficiario

Constituyente / Fideicomitente

Es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, pública, privada o mixta, con o sin fines de lucro, que transfieren bienes o derechos de su propiedad a un patrimonio autónomo representado por un fiduciario para que los administre en su provecho o de un tercero nombrado por éste. Esta persona natural o jurídica deberá dar su consentimiento de constituir el fideicomiso.

¹¹ Sergio Rodríguez Azuero. *CONTRATOS BANCARIOS. "su significación en América Latina"* Cuarta Edición. Biblioteca FELABAN.1990.

El constituyente deberá tener plena capacidad jurídica para contratar y además ser propietario del bien o derecho objeto de la transferencia a título de fideicomiso mercantil. Tratándose de personas naturales deberán tener mayoría de edad y no ser de aquellas personas que la ley las declara incapaces, conforme lo determinan los artículos 1462 y 1463 del código civil.

En caso de las personas jurídicas se deberá observar lo establecido en el estatuto social de la sociedad y en el caso de que el mismo no contenga una disposición al respecto, se requerirá la autorización de la Junta General o de la Asamblea, según fuera el caso, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Compañías en su Art. 253.

En referencia a los derechos propios a la calidad de constituyente, que nacen del contrato de fideicomiso mercantil, el artículo 126 de La Ley de Mercado de Valores, señala los siguientes:

“Artículo 126.- Son derechos del constituyente del Fideicomiso Mercantil:

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

Existen otros derechos, que son del fideicomitente y que deben recogerse en el contrato para la protección de sus intereses son:

- El derecho a exigir la restitución del fideicomiso conforme a lo previsto en el contrato, sea que opere por el cumplimiento del contrato o por la falla o cumplimiento de una condición.
- El derecho a exigir la entrega de remanentes en los casos en que tal posibilidad sea admisible.
- El derecho a presentar acciones legales contra el fiduciario mercantil por negligencia, dolo o culpa en el desempeño de sus funciones.

La Ley reconoce una especie de constituyente distinto, que es el constituyente adherente. Respecto a éste constituyente, el Art.115 de la Ley de Mercado de Valores, establece lo siguiente:

“Cuando un tercero distinto del constituyente se adhiere y acepta las disposiciones previstas en un contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios, se lo denominará constituyente adherente. Cabe la adhesión en los contratos en que se haya establecido esa posibilidad”.

Con respecto a ésta disposición, el artículo 25 del Reglamento General a la Ley de Mercado de Valores establece que:

“La adhesión y aceptación de los constituyentes adherentes a los términos y condiciones de un contrato de fideicomiso mercantil o encargo fiduciario de que trata el artículo 115 de la Ley, constarán por escrito y se registrarán por la fiduciaria”

Así como el constituyente del fideicomiso tiene derechos, también tiene obligaciones que cumplir, lo cual deberá estar estipulado en el respectivo contrato de fideicomiso, entre las obligaciones del constituyente tenemos:

- a) Entregar los bienes muebles o inmuebles que constituyen el fideicomiso mercantil.
- b) Realizar una declaración juramentada de que los dineros o bienes transferidos tienen procedencia legítima; que el contrato no adolece de causa u objeto ilícito y, que no irroga perjuicios a acreedores del constituyente o a terceros, de conformidad con lo establecido en el artículo 120 de La Ley de Mercado de Valores y el artículo 7 literal a) del Reglamento sobre Negocios Fiduciarios.
- c) Pagar la remuneración respectiva al fiduciario y cubrir los gastos que éste realice para el cumplimiento del fideicomiso mercantil.

FIDUCIARIO

Son las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos legalmente autorizadas, las mismas que se encuentran bajo el control de la Superintendencia de Compañías, la Corporación Financiera Nacional y el Banco del Estado que administran el

patrimonio autónomo compuesto del conjunto de derechos o bienes transferidos por el CONSTITUYENTE, y ejercen su representación legal. El Banco Central del Ecuador tiene también la capacidad de operar como fiduciario mercantil, conforme el artículo 13 reformado de la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal, publicada en el Registro Oficial No. 589 de 4 de junio de 2002, sustituido por la Ley No. 83, publicada en el Registro Oficial No. 676 de 3 de octubre de 2002 pero únicamente respecto del Fondo de Estabilización, Inversión Social y Productiva y Reducción del Endeudamiento Público (Feirep) El artículo 41 de la Ley de Mercado de Valores publicada en el Registro Oficial No. 367 de 23 de julio de 1998, señala que para los efectos de dicha ley, las entidades del sector público no se sujetarán a las disposiciones de la Ley de Contratación Pública ni requerirán de los informes del Procurador General del Estado ni del Contralor General del Estado.

El artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores establece que pueden ser CONSTITUYENTES de fideicomisos mercantiles las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, de derecho privado con finalidad social o pública, nacional o extranjera, o entidades dotadas de personalidad jurídica quienes transferirán el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1225 de 23 de diciembre de 2003 se autorizó al Ministro de Economía y Finanzas para que a nombre y en representación del Estado Ecuatoriano intervenga en la suscripción del Fideicomiso Mercantil, así como se aprobó los términos y condiciones del mismo.

Este contrato que lo considero sui generis, se caracteriza por todos los ingresos que le corresponden al Estado ecuatoriano por su participación en el petróleo crudo pesado, independientemente del oleoducto por el cual se transporten serán depositados en la Cuenta de Ingresos del FEIREP. En consecuencia, los ingresos estatales provenientes del crudo que usualmente se transporte por el OCP y que por algún motivo, eventualmente, tuviere que transportarse por el SOTE, seguirán depositándose en la Cuenta de Ingresos FEIREP. De igual manera, los recursos provenientes del petróleo crudo liviano que normalmente se transportan por el SOTE, pero que eventualmente por alguna deficiencia, impedimento o no utilización temporal del mismo, tuviera

que transportarse por el Oleoducto de Crudos Pesados, OCP, no constituirán recursos del FEIREP. Lamentablemente en este fideicomiso intervino la “Política Estatal” por diferencias circunstancias fue liquidado, y sustituido por la Cuenta Especial de Reactivación Productiva y Social, Desarrollo Científico Tecnológico y de la estabilización Social “CEREPS”.

Por derogatoria del literal (r) del artículo 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que hiciera el literal b del artículo 238 de la Ley de Mercado de Valores de 1998; actualmente ya no pueden actuar como fiduciarios los bancos, las sociedades financieras, las mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda y otras instituciones sujetas a la Ley de Instituciones del Sistema Financiero.

En la actualidad se encuentran autorizadas por la Superintendencia de Compañías 30 administradoras de fondos y fideicomisos¹²

Jorge Serrano Transviña, en su obra “Aportación al Fideicomiso” define al fiduciario de la siguiente forma:

“Es la persona que tiene la titularidad de los bienes fideicomitidos y se encarga de la realización de los fines del fideicomiso. El fiduciario lleva a efecto la realización o cumplimiento de los fines por medio del ejercicio obligatorio de los derechos que le ha transferido el fideicomitente”¹³

En cuanto a las obligaciones del Fiduciario, la Ley de Mercado de Valores señala en los literales a) b) y c) del Art. 103 cuales son:

¹² www.supercias.gov.ec

¹³ **Citado por DIEGO GOMEZ DE LA TORRE REYES. EL FIDEICOMISO MERCANTIL.**

“Artículo 103. - De las obligaciones de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos como fiduciario.-

Sin perjuicio de los deberes y obligaciones que como administradora de fondos tiene esta sociedad, le corresponden en su calidad de fiduciario, además de las disposiciones contenidas en el contrato de fideicomiso mercantil, las siguientes:

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

b) Mantener el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario separado de su propio patrimonio y de los demás fideicomisos mercantiles y encargos fiduciarios que mantenga, llevando por el efecto una contabilidad independiente para cada uno de éstos.

La contabilidad de fideicomiso mercantil y de los encargos fiduciarios, deberá reflejar la finalidad pretendida por el constituyente y se sujetarán a los principios de contabilidad generalmente aceptados.

c) Rendir cuentas de su gestión, al constituyente o al beneficiario, conforme a lo que prevea el contrato y con la periodicidad establecida en el mismo y, a falta de estipulación la rendición de cuentas se la realizará en forma trimestral;

- d) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al contrato;
- e) Terminar el contrato de fideicomiso mercantil o el encargo fiduciario, por el cumplimiento de las causales y efectos previstos en el contrato; y
- f) Informar a la Superintendencia de Compañías en la forma y periodicidad que mediante norma de carácter general determine el C.N.V.”

De lo citado en la norma podemos desprender que el fiduciario está en la obligación de administrar los bienes en la forma establecida, como indica Rodríguez Azuero de “realizar todos los actos necesarios para que la voluntad del constituyente se cumpla de forma plena”¹⁴ voluntad que se encuentra convenida en el contrato de fideicomiso, pero siempre bajo los límites de la licitud del objeto del contrato.

Con respecto al literal b) de la norma se aplica el principio según el cual los bienes constituidos en fideicomiso forman un patrimonio autónomo o especial, esta autonomía deberá no solo ser física, (real) es decir en forma separada de los activos de la compañía administradora de fondos, sino que ésta autonomía deberá reflejarse también en una independencia en la contabilidad de la compañía administradora de fondos, con registros contables transparentes que sean de fácil interpretación. “Tal separación contable deberá reflejarse, a su vez, en la presentación del balance de la sociedad fiduciaria, pues en estricto rigor ni los bienes fideicomitidos incrementan el activo social ni las deudas asumidas con cargo a la realización de la finalidad

¹⁴ Sergio Rodríguez Azuero. *CONTRATOS BANCARIOS. "su significación en América Latina" Cuarta Edición. Biblioteca FELABAN.1990.*

prevista afecta su pasivo, razón por la cual los encargos fiduciarios deben figurar en las llamadas en algunos países “cuentas de orden” que registran las obligaciones contingentes o, como en este caso, bienes radicados en cabeza del fiduciario, pero extraños a su patrimonio general.”¹⁵

En cuanto a la rendición de cuentas, debe ser oportuna y a tiempo de acuerdo a lo pactado en el contrato de fideicomiso, o a lo previsto en la Ley; considero que este es un tema fundamental, puesto que el constituyente determinará si la administradora de fondos está o no cumpliendo con la finalidad prevista. En algunas legislaciones su inobservancia dentro del plazo indicado en la ley constituye causa justa para solicitar la remoción del fiduciario, por lo tanto implica un incumplimiento del encargo y por lo tanto una causal para pedir su separación.

Finalmente y en relación a la transferencia de los bienes a quien corresponda, del contenido del contrato de fideicomiso se podrá establecer a quién han de pasar los bienes al terminar el fideicomiso. A éste respecto “las reglas generales, sin embargo son dos “jamás el fiduciario puede convertirse en fideicomisario, de acuerdo con lo previsto por la inmensa mayoría de las legislaciones, y salvo que otra cosa se prevea los bienes deberán pasar al fideicomitente o a sus herederos.”¹⁶

Fideicomisario / beneficiario

Son las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras que existan o que se espera que existan al momento de la constitución o de la extinción de fideicomiso.

¹⁵ Sergio Rodríguez Azuero. *CONTRATOS BANCARIOS. "su significación en América Latina"* Cuarta Edición. Biblioteca FELABAN.1990.

¹⁶ Sergio Rodríguez Azuero. *CONTRATOS BANCARIOS. "su significación en América Latina"* Cuarta Edición. Biblioteca FELABAN.1990.

Podrán ser beneficiarios los propios constituyentes y, en los fideicomisos mercantiles, son las personas llamadas a recibir los beneficios del negocio fiduciario en caso de haberlos.

Quienes pueden ser beneficiarios?

El Artículo 116 de la Ley de Mercado de Valores establece:

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

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

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

La cesión de derechos deberá instrumentarse con las mismas solemnidades utilizadas para constitución del negocio fiduciario. La cesión no surtirá efectos contra terceros

sino en virtud de su notificación a la fiduciaria o de su aceptación por parte de esta en la forma señalada por el Código Civil.

Derechos del Fideicomisario / Beneficiario (s)

El beneficiario esta en su derecho de exigir al fiduciario que se le entreguen a la finalización del contrato o cuando se hubiese estipulado, los bienes y frutos producidos por éstos, mismos que integran el patrimonio autónomo y que han sido el resultado de la gestión del fiduciario.

El artículo 127 de la Ley de Mercado de Valores determina los derechos del beneficiario del fideicomiso mercantil, señalando los siguientes:

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

f) Solicitar la sustitución del fiduciario, por las causales previstas en el contrato, así como en los casos de dolo o culpa leve en los que haya incurrido el fiduciario, conforme conste de sentencia ejecutoriada o laudo arbitral y, en el caso de disolución o liquidación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos.

2.3 Características del fideicomiso mercantil

Son características generales del fideicomiso mercantil las siguientes:

2.3.1 Confianza

En cuanto a la confianza, en su esencia, la constitución de un contrato de fideicomiso mercantil se basa sobre una relación de confianza entre el constituyente y el administrador de los bienes transferidos al patrimonio autónomo.

2.3.2 Independencia

El patrimonio que se conforma con el conjunto de bienes o derechos que se transfieren es un separado o independiente de los patrimonios de sus constituyentes, de la fiduciaria y de cada negocio fiduciario que administre el fiduciario, con contabilidad separada y estructura propia.

2.3.3 Irrevocabilidad

El fideicomiso mercantil está definido como un contrato de naturaleza irrevocable, es decir que la restitución de los bienes o derechos materia de la transferencia de dominio se la puede realizar únicamente de acuerdo a las disposiciones e instrucciones determinadas en el acto constitutivo y éstas no podrán ser modificadas ni en todo ni en parte, salvo que tal posibilidad sea establecida expresamente en el contrato. Sin embargo la ley si establece que en caso de que se haya constituido un

fideicomiso con el propósito de realizar un fraude a un tercero, éste contrato podrá se impugnado judicialmente por parte de los interesados.

2.3.4 Solemnidad

El contrato de fideicomiso debe revestir de ciertas formalidades, como por ejemplo debe constar en instrumento público. Cuando el patrimonio de un fideicomiso se aporte bienes inmuebles u otros para los cuales la ley exija la solemnidad de escritura pública, se cumplirá con ésta. “La solemnidad básica a la que está sujeto el contrato de fideicomiso mercantil es la de que conste en instrumento público “abierto o cerrado” por lo que, de no constar por escrito, sería un contrato inexistente”¹⁷

2.3.5 Indelegabilidad

Tratándose de un negocio de confianza, la responsabilidad de la fiduciaria es indelegable; sin que esto obste a que el fiduciario no pueda contratar con terceros la ejecución de un o varios actos necesarios para la ejecución del objeto del fideicomiso, la ley señala que el fiduciario encargado de la administración de bienes constituidos en fideicomiso, no podrán delegar sus funciones.

2.3.6 Onerosidad

Como todo contrato de naturaleza mercantil el fideicomiso será siempre remunerado, ésta remuneración será de acuerdo al tipo de fideicomiso y a la estructura y carga operativa que tenga para la fiduciaria la administración del mismo.

El artículo 132 de La Ley de Mercado de Valores al respecto indica, “La actuación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos será siempre remunerada y constará en el contrato de fideicomiso mercantil”.

2.3.7 Administración profesional del fiduciario

¹⁷ Reyes, Diego Gomez De La Torre. *EL FIDEICOMISO MERCANTIL. QUITO : s.n., 1998.*

El fiduciario, es el especialista que realiza todas las gestiones administrativas, financieras y legales destinadas al cumplimiento del objetivo determinado por el constituyente o fideicomitente, en el contrato de fideicomiso. Es importante recalcar que su participación es de medio más no de resultado, por lo que deberá actuar diligentemente para que las instrucciones establecidas se cumplan.

El contrato de fideicomiso es una figura jurídica de gran versatilidad cuyo fin último es constituirse en un medio idóneo para la realización de los encargos de confianza establecidos por el constituyente. El fideicomiso, en consecuencia no es un contrato simple y de adhesión como el resto de contratos bancarios, no puede ser conceptualizado como un negocio mecánico en donde únicamente varían montos y condiciones, sino que por el contrario debe ser visto por las instituciones que prestan los servicios fiduciarios, como un producto que requiere de una estructura propia e independiente, especializada en la administración de éste tipo de negocios.

2.4 Ventajas del fideicomiso mercantil

Esta figura permite separar parte de cualquier patrimonio con finalidades específicas de muy diversa índole, es decir que se trata de un contrato con fines determinados. Es posible desde ceder un inmueble para alquilarlo y obtener una renta que permita que un hijo costee sus estudios, hasta transmitir bienes para la constitución de una empresa que asegure la continuidad de un proyecto de gran envergadura.

La gran ventaja de esta peculiar forma contractual es que la separación patrimonial constituye un ente en sí mismo con independencia de las partes, de tal modo que la quiebra del fiduciante o incluso del fiduciario, no afecta al fideicomiso. Téngase en cuenta, por ejemplo, que la quiebra del titular de un paquete accionario arrastra también a las acciones, mientras que en el caso del fideicomiso, los bienes fideicomitidos quedan absolutamente al margen y continúan por lo tanto asignados a la finalidad para la que fueron dispuestos.

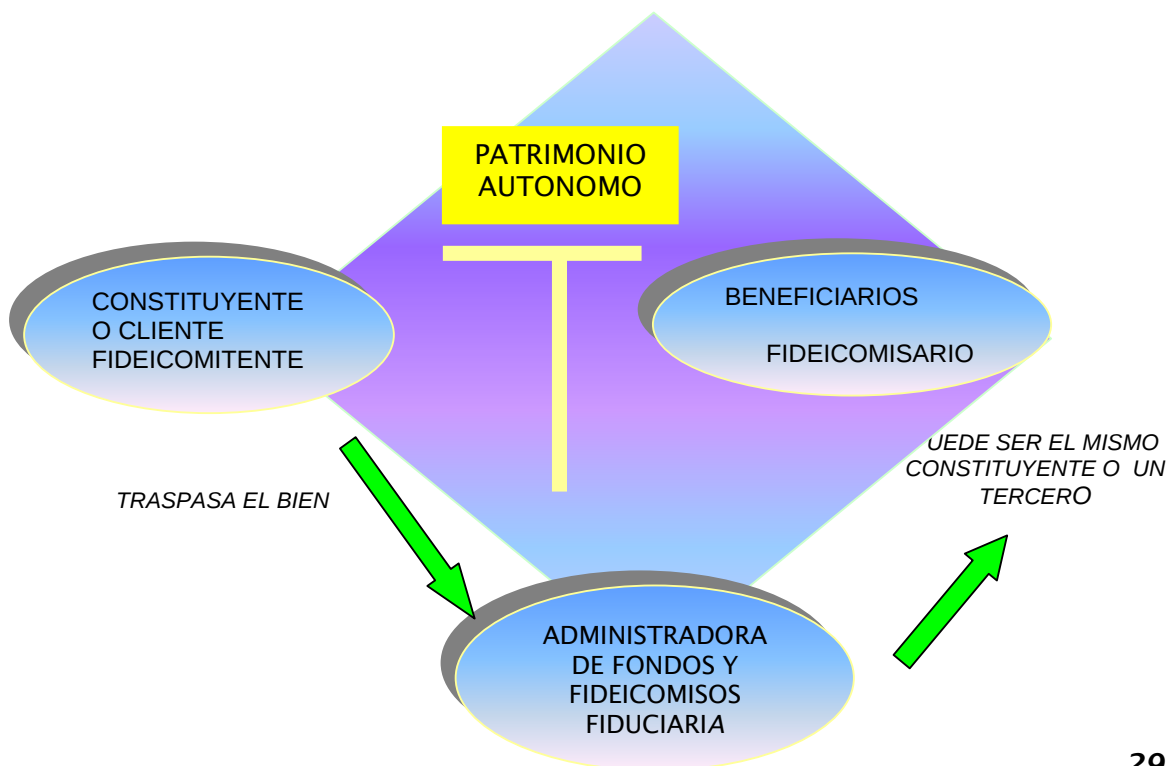
Más adelante veremos las ventajas de cada tipo fideicomiso.

Clases de Fideicomisos Mercantiles

Una vez que se ha revisado en los dos capítulos anteriores las versatilidad y en parte la normativa legal aplicable en nuestro país, podemos deducir que el fideicomiso mercantil es una figura jurídica de extraordinaria versatilidad y que se adecua a las necesidades del constituyente, por lo que se dice que se ajusta como un verdadero “traje a la medida” cuyo limite conceptual es la imaginación del estructurador, esta claro que se debe enmarcar dentro de la licitud y legalidad.

La versatilidad del fideicomiso hace que se haga complicado su clasificación, sin embargo y para adecuarnos a la normativa legal vigente la clasificaremos de acuerdo a como lo hace el Reglamento de Negocios Fiduciarios en el título IV Modalidades de negocios fiduciarios: De Garantía, de Administración, Inmobiliario, de Inversión.

Es importante resaltar que en la Fiducia Mercantil intervienen dos elementos: Objetivos (bienes del fideicomiso y las solemnidades); y Subjetivos, tres partícipes claramente diferenciados: Fideicomitente o Fiduciante, Fiduciario y Beneficiario o Fideicomisario.



En la Fiducia Mercantil intervienen dos elementos: Objetivos (bienes del fideicomiso y las solemnidades); y Subjetivos, tres partícipes claramente diferenciados: Fideicomitente o Fiduciante, Fiduciario y Beneficiario o Fideicomisario.

Si bien en el reglamento antes citado no consta el encargo fiduciario como una modalidad de fideicomiso he creído conveniente incorporarle a éste capítulo al encargo fiduciario, ya que tiene algunas propiedades que le distinguen del fideicomiso mercantil como veremos a continuación

3.1 Encargo Fiduciario

3.1.1 Concepto

Es un contrato escrito y expreso por el cual una persona llamada constituyente instruye al a fiduciaria, para que de manera irrevocable con carácter temporal y por cuenta de aquel, cumpla diversas finalidades, tales como la gestión, inversión, tenencia o guarda, enajenación, disposición de bienes a favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario. Este contrato fiduciario no implica una transferencia de propiedad de los bienes a un patrimonio autónomo, sino simplemente un encargo de confianza para que sea administrador con un fin específico.

3.1.2 Características

De la citada definición se puede señalar las siguientes características:

- **Constituyentes:**

Son las personas naturales o jurídicas, privadas, públicas, mixtas, nacionales o extranjeras y las entidades dotadas de personalidad jurídica como los fideicomisos mercantiles, que realizan el encargo de confianza con o sin transferencia de dominio.

- **Fiduciario:**

Son las administradoras de fondos y fideicomisos legalmente establecidas en el país y las instituciones públicas conforme a sus leyes especificasen cada caso.

- **Propiedades específicas:**

- * No se realiza la transferencia de dominio de bienes o derechos, únicamente en la entrega de los mismos manteniendo el constituyente la propiedad.

- * Si bien es un mandato, este es de naturaleza irrevocable.

- * No constituye un patrimonio autónomo e independiente dotado de personalidad jurídica.

- * En el aspecto tributario el fiduciario mercantil es responsable por representación del constituyente

- * Y en el campo contable es importante indicar que los bienes siguen siendo del constituyente del encargo.

3.1.3 Marco legal

Se encuentra definida dentro del artículo 114 de La Ley de Mercado de Valores, y señala:

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

En este contrato se presentan los elementos subjetivos del contrato de fideicomiso mercantil, pero a diferencia de éste, no existe transferencia de bienes de parte del

constituyente que conserva la propiedad de los mismos, y únicamente los destina al cumplimiento de finalidades instituidas de manera irrevocable.

Consecuentemente, en los encargos fiduciarios, no se configura persona jurídica alguna.

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

Son aplicables a los encargos fiduciarios el artículo 1491 del Código Civil y los artículos 2062, 2072, 2073, 2074, 2075, 2077, 2079, 2081, 2091, 2093, 2094 numerales 1, 2, 5, 6 y 7, 2099, 2100, 2101 del título XXVII del Código Civil referentes al mandato y las normas de la Comisión Mercantil previstas en el Código de Comercio y, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se oponga a las reglas especiales previstas en la presente Ley.

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

Por lo tanto el encargo fiduciario es una clase de negocio fiduciario, en donde no se presentan todos los elementos subjetivos del fideicomiso mercantil, no se presenta transferencia alguna de bienes y no se conforma patrimonio autónomo.

El contrato de encargo fiduciario, obligaciones de la fiduciaria, causales de renuncia y sustitución fiduciaria, así como las causas de terminación del mismo, son las que se aplican para los contratos de fideicomiso mercantil, por que se debe aplicar ésta normativa legal.

3.2 Fideicomiso de garantía

Las nociones de garantías tradiciones como la fianza, la prenda y la hipoteca en un país como el Ecuador en donde la administración de justicia es lenta y los trámites judiciales son lentos y tortuoso, mientras que los negocios que se realizan a gran velocidad y no se detienen, abriendo paso a la necesidad de buscar sobre todo fuentes de pago que aseguren el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los negocios, sustituyendo el concepto de Solidez por el de liquidez.

3.2.1 Concepto

El fideicomiso en garantía es aquel en el que el constituyente transfiere la propiedad de sus bienes, dineros, valores o derechos a un patrimonio autónomo, para garantizar con estos y/o con el productos de su venta o administración, el cumplimiento de obligaciones existentes o que llegaren a existir, que el constituyente haya contraído o llegare a contraer con terceros potenciales beneficiarios del fideicomiso.

3.2.2 Características

Existen varios tipos de fideicomisos en garantía, dentro de los más importantes podemos señalar:

Fideicomiso de títulos valores: El objeto del fideicomiso es garantizar con los títulos valores transferidos a título de fiducia mercantil. O con el producto de su venta, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo del constituyente o de terceros, designando como beneficiario al acreedor de estas, el cual puede solicitar a la fiduciaria la realización o venta de los bienes fideicomitados, para que con su

producto, se pague el valor de la obligación o el saldo pendiente por pagar, de acuerdo a lo establecido el contrato.¹⁸

Fideicomisos de bienes inmuebles: El objeto del fideicomiso es garantizar las obligaciones del constituyente con el beneficiario, hasta monto determinado por él o los acreedores, basándose en el avalúo del bien.

Fideicomiso de cartera: El objeto es garantizar obligaciones contraídas con el beneficiario, por parte del constituyente hasta por el monto determinado por el acreedor, sobre la base del valor presente de la cartera, menos un porcentaje previamente determinado que servirá para cubrir la cartera vencida e incobrable.

Al tener una noción del fideicomiso en garantía, se puede determinar sus principales características:

✓ Como en todo fideicomiso mercantil, intervienen tres partes, un fideicomitente, un fiduciario y un beneficiario. El fideicomitente normalmente es el mismo deudor, y es la persona natural o jurídica que transfiere unos bienes o derechos para asegurar obligaciones; el fiduciario que tiene que ser una institución autorizada para realizar este tipo de operaciones, esto es las instituciones financieras y las sociedades administradoras de fondos; y el beneficiario, que en términos generales es el acreedor en cuyo favor se constituye la garantía.

✓ Al igual que en todo contrato de fiducia mercantil, se constituye un patrimonio autónomo e independiente de sus constituyentes, de acuerdo a las instrucciones previstas en el contrato de fideicomiso, lo que hace que los bienes salgan del patrimonio del fideicomitente, sin que entren a formar parte del patrimonio del fiduciario ni del beneficiario.

✓ Con la fiducia de garantía pueden garantizarse todo tipo de obligaciones. Lo más corriente es el aseguramiento de obligaciones de crédito incorporadas en títulos valores.

¹⁸ MANUAL DEL FIDEICOMISO DE FONDOS PICHINCHA S.A.

- ✓ La finalidad del contrato es la afectación de unos bienes para garantizar el cumplimiento de una obligación.
- ✓ La fiducia de garantía es una caución, que conforme lo defines el art. 31 del Código Civil significa cualquier obligación que se contrate para la seguridad de otra obligación propia o ajena.
- ✓ La fiducia de garantía es una garantía personal, pues el acreedor adquiere frente al fiduciario únicamente derechos de carácter personal en virtud de los cuales pueden exigirle el cumplimiento de sus obligaciones, pero en ningún caso surgen para él derechos reales sobre los bienes materia del contrato de fideicomiso.
- ✓ Es más segura esta garantía ya que los bienes y derechos se encuentran a nombre del fideicomiso mercantil, no son susceptibles de ser embargados o prohibidos de enajenar por deudas del propio constituyente o del deudor.
- ✓ Se la considera como garantía adecuada de acuerdo a la ley de Instituciones del Sistema Financiero.



3.2.3 Marco legal

El numeral 1 del artículo 17 del Reglamento de Negocios Fiduciarios señala que es y como se debe aplicar éste tipo de fideicomiso.

1. De garantía.

Entiéndase por fideicomiso de garantía, al contrato en virtud del cual el constituyente transfiere de manera irrevocable 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 ciertas obligaciones, designando como beneficiario al acreedor de éstas, quien en caso de incumplimiento puede solicitar a la fiduciaria, la realización o venta de los bienes fideicomitados para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato.

La fiduciaria, en ningún caso se convierte en deudora de la obligación u obligaciones garantizadas; sólo asegura que en caso de que el deudor no cumpla tales obligaciones, cumplirá con las disposiciones previstas en el contrato.

La fiduciaria debe cumplir su encargo de acuerdo con las instrucciones contenidas en el contrato, debiendo además practicar avalúos periódicos de los mismos a fin de mantener actualizado su valor comercial, todo con sujeción a lo que disponga el contrato.

En caso de que el constituyente no cumpla con la obligación u obligaciones garantizadas, la fiduciaria deberá proceder de acuerdo a lo estipulado en el contrato.

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

3.3 Fideicomiso administración y gestión

El fideicomiso de administración es un género divisible en tantas especies, cuantos fines o clases de bienes comprenda cada caso concreto, puesto que la esencia del fideicomiso mercantil es precisamente la administración de los bienes o derechos transferidos por parte del fiduciario para cumplir con los fines determinados por el constituyente del contrato.

Como señala el tratadista Sergio Rodríguez Azuero, “distintas razones pueden llevar a una persona a querer relevarse en un momento dado de la administración y manejo directo de sus bienes: su edad que no le permite dedicar las mismas energías a sus negocios, su dedicación a actividades de tipo filantrópico o político o sus frecuentes viajes, etc.”¹⁹

3.3.1 Concepto

Consiste en transferir la propiedad de sus bienes, dinero o derechos a un patrimonio autónomo, para que se cumpla la gestión encomendada en el contrato de fideicomiso como comprar, vender, realizar pagos y tareas de control, entre otras.

3.3.2 Características

Como ya explicamos existen varios tipos de fideicomisos de administración y gestión, entre los más importantes tenemos:

Fideicomiso de pagos condicionados.- Se entiende por pago condicionado el contrato de fideicomiso por el cual las personas naturales o jurídicas, con la intermediación de un fiduciario realizan negociaciones de todo tipo, con la certeza de que si las condiciones determinadas por ellos no se cumplen en forma irrestricta, el pago se realiza, caso contrario el dinero los bienes transferidos se restituyen, evitando conflictos o pérdidas innecesarias.

¹⁹ Sergio Rodríguez Azuero. *CONTRATOS BANCARIOS. "su significación en América Latina"* Cuarta Edición. Biblioteca FELABAN.1990.

Fideicomiso de administración de flujos de caja.- El denominado fideicomiso de flujos consiste en la transferencia que hace el constituyente al fiduciario de un flujo de caja cierto, proveniente del pago de una cuenta o de cualquier obligación que genere recursos, a fin de que el fiduciario los administre, los invierta y realice con cargo a los mismos una serie de transacciones previamente definidas en el contrato de fideicomiso o determinadas periódicamente por el constituyente.

Fideicomiso de administración para dación en pago: Es aquel en que el constituyente aporta sus bienes, para posteriormente proceder a ceder los derechos fiduciarios derivados del fideicomiso mercantil, en pago de créditos u otras obligaciones que él u otros terceros mantengan a favor de una institución del sistema financiero o de otros acreedores.

Fideicomiso de administración para venta: El constituyente aporta bienes, para que la fiduciaria contrate a los corredores de bienes raíces y realice las gestiones necesarias para obtener la venta de estos a favor de terceras personas, utilizando los recursos dinerarios que obtenga en el pago de créditos u otras obligaciones que el u otros terceros mantengan a favor de una institución del sistema financiero o de otros acreedores.²⁰

De lo señalado se puede señalar las siguientes características:

- ✓ Se establecen de antemano los términos y condiciones de la negociación.
- ✓ Se eliminan potenciales conflictos de interés y se consigue transparencia de la operación al contar con una entidad imparcial que vela por los intereses de las partes.
- ✓ Seguridad de que si no se cumplen las condiciones determinadas en el contrato, los bienes serán restituidos a los constituyentes.
- ✓ Se asegura el pago puntual a terceros y / o acreedores.
- ✓ Pagos condicionados de acuerdo a las instrucciones recibidas

²⁰ MANUAL DEL FIDEICOMISO DE FONDOS PICHINCHA S.A.

- ✓ Transparencia, imagen y seguridad en el manejo de proyectos e ideas.



3.3.3 Marco legal

El numeral 2 del Art. 17 del reglamento de Negocios Fiduciarios lo defines de la siguiente forma:

“Art. 17

2. De administración.

Se entiende por fideicomiso de administración, al contrato en virtud del cual se transfiere dinero o bienes a un patrimonio autónomo, para que la fiduciaria los administre y desarrolle la gestión encomendada por el constituyente y destine los rendimientos, si los hay, al cumplimiento de la finalidad señalada”.

3.4 Fideicomiso Inmobiliario

La construcción es muy importante en las economías en vías de desarrollo, en el Ecuador lamentablemente ésta industria ha sido muy sensible a las inestabilidades de gobiernos, falta de seguridad jurídica y actualmente a una progresiva inflación que ha generado que proyectos habitacionales que se venían trabajando tengan que suspenderse o simplemente ni siquiera comenzar.

3.4.1 Concepto

El fideicomiso de administración inmobiliaria, es el contrato por el cual se transfiere un bien inmueble y recursos financieros a una fiduciaria, para que sean administrados con la finalidad de desarrollar un proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones señaladas por el constituyente del fideicomiso y transfiriendo al final del proceso los bienes inmuebles construidos a quienes resulten beneficiarios.

Si el proyecto de construcción desde su inicio no está totalmente financiado o si depende del resultado de las ventas para avanzar, el fideicomiso inmobiliario exige la determinación de punto de equilibrio del proyecto. Mediante el fideicomiso inmobiliario se puede generar la transparencia necesaria y la independencia suficiente para que previo al inicio de las obras de construcción se pueda aglutinar a un número mínimo de compradores, potenciales beneficiarios del proyecto, que aseguren el flujo de caja que requiere el proyecto para su desarrollo exitoso.

3.4.2 Características

La característica común a todos los negocios fiduciarios que caben dentro del denominado fideicomiso inmobiliario es la transferencia de un bien con el fin principal desarrollar un proyecto inmobiliario, que puede ser de uso comercial, oficinas, vivienda o infraestructura en general, adicionalmente bajo el nombre de fideicomiso o fiducia inmobiliaria se agrupan una serie de servicios prestados por las fiduciarias al sector inmobiliario.

Intervinientes:

Constituyente / fideicomitente

Que son las personas naturales o jurídicas que tienen interés en participar en el desarrollo, inversión y ejecución de un proyecto, y puede ser de varios tipos:

➤ **FIDEICOMITENTES PROMOTORES:** Que se lo denomina también grupo promotor, es decir las personas naturales o jurídicas que aportan el inmueble, estudios, promoción del proyecto y coordinan los diferentes elementos para desarrollar un proyecto inmobiliario. El grupo promotor será quien al final del proceso, asuma las utilidades o las pérdidas generadas en el proyecto.

➤ **FIDEICOMITENTES ADHERENTES O DE INVERSION:** Que son las personas interesadas en involucrarse con inversionistas al proyecto que se esta planificando a cambio de un retribución en áreas construidas o en dinero.

FIDUCIARIO:

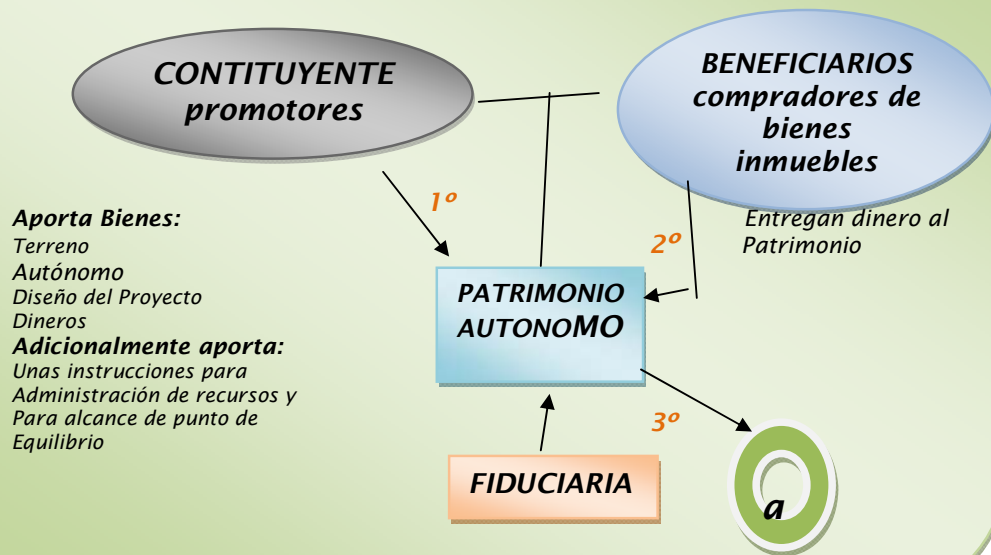
Que es la institución legalmente establecida en el país que se encargará de la administración y coordinación del proyecto inmobiliario.

FIDEICOMISARIOS / BENEFICIARIOS:

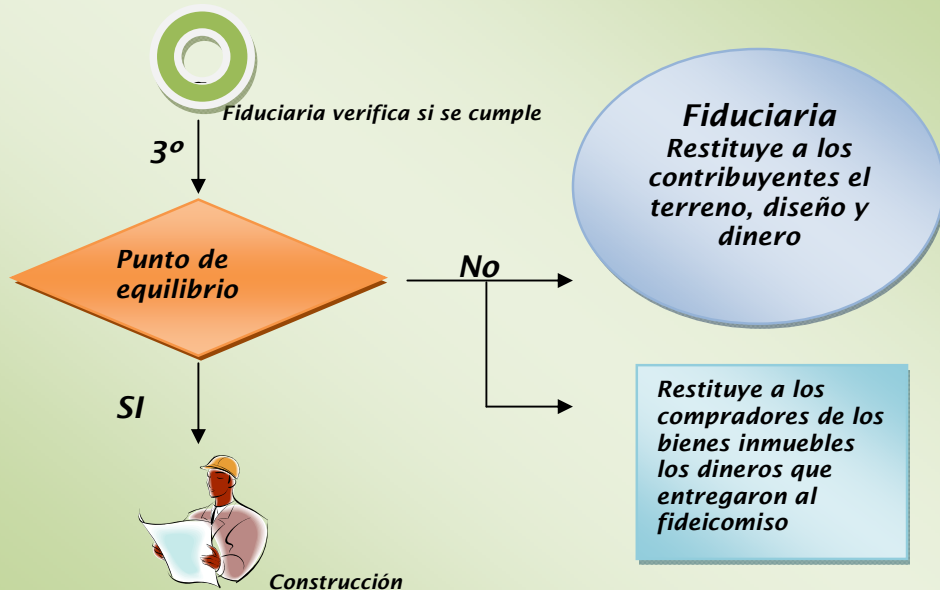
Que son las personas naturales o jurídicas que participan en los resultados de un proyecto inmobiliario-

Gráficos.

FIDEICOMISO INMOBILIARIO



FIDEICOMISO INMOBILIARIO



3.4.3 Marco legal

El numeral 3 del Art. 17 del reglamento de Negocios Fiduciarios lo define de la siguiente forma:

Art. 17

3. Inmobiliario.

El fideicomiso inmobiliario es el contrato en virtud del cual se transfieren bienes para que el fiduciario mercantil realice gestiones administrativas y legales ligadas o conexas con el desarrollo de proyectos inmobiliarios, todo en provecho de los beneficiarios instituidos en el contrato.

3.6 Fideicomiso de inversión

Doctrinariamente se entiende por fideicomiso de inversión a todo tipo de negocio fiduciario en el cual se consagre como finalidad principal o se prevea la posibilidad de invertir o colocar a cualquier titulo sumas de dinero, de conformidad con las instrucciones impartidas por el constituyente.

“A más de la simple administración y manejo de sus bienes, el fiduciante busca destinarlos a ciertas actividades de las cuales pueda derivar rendimientos interesantes”²¹.

En relación con los fideicomisos de inversión reúnen todas las posibilidades imaginables sobre la forma de colocar los recursos traspasados al fideicomiso, que van desde aquella en la cual se le señala al fiduciario un destino específico e invariable hasta la más amplia en la cual se deja a la fiduciaria a su absoluta discreción el manejo de los recursos recibidos.

3.5.1 Concepto

²¹ Sergio Rodríguez Azuero. CONTRATOS BANCARIOS. "su significación en América Latina" Cuarta Edición. Biblioteca FELABAN.1990.

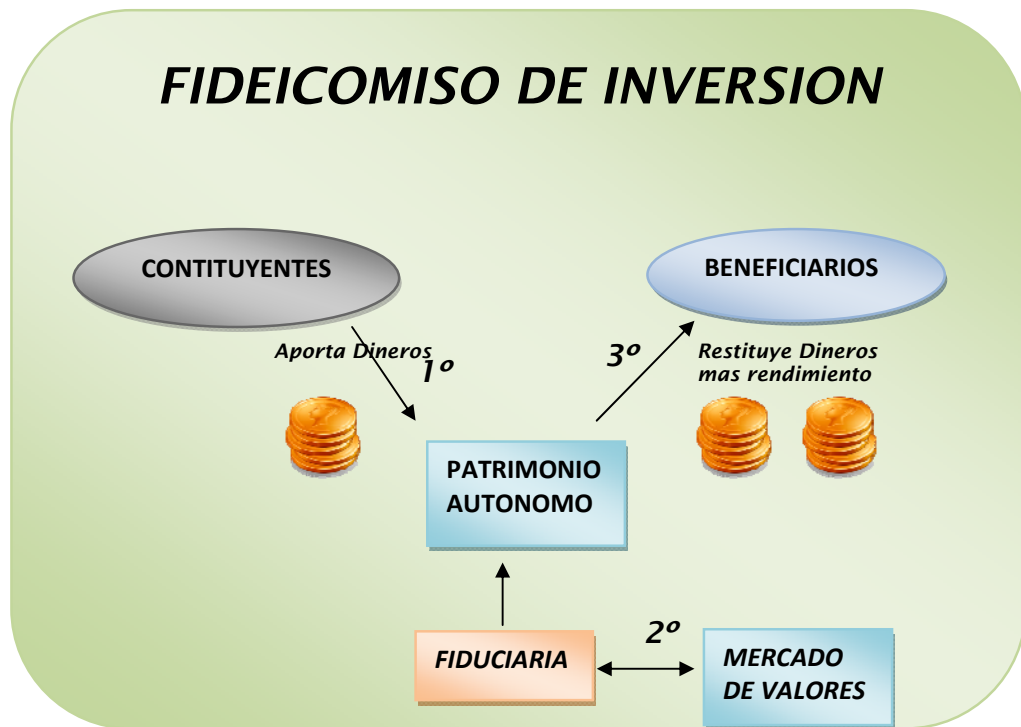
Es aquel por el cual los constituyentes aportan sumas de dinero al fideicomiso mercantil, con la finalidad de que sean invertidos en provecho de los propios constituyentes o de terceros.

3.5.2 Características

- Cada contrato deberá documentarse por separado, debiéndose indicar en cada uno el fondo del cual forma parte y los derechos que confiere el fiduciante. No se trata tampoco de un documento seriado o masivo.
- Dentro de los derechos que adquiere el fiduciante en virtud del contrato, encontramos la facultad de revisar las cuentas de fondo. La sociedad fiduciaria por su parte, se encuentra obligado a elaborar el estado de cuentas del mismo, y a presentárseles al fideicomitente con una periodicidad no superior a seis meses
- Se entiende que el conjunto de bienes y recursos recibidos en fideicomiso se mantendrán, para todos los efectos, separada del resto de los haberes pertenecientes a otros fideicomisos y del patrimonio de la sociedad fiduciaria y para tal efecto, la entidad fiduciaria deberá elaborar balances separados de cada uno de los fideicomisos.
- Las fiduciarias no podrán invertir el dinero de los fondos en actividades cuya administración adelanten, salvo que en el acto constitutivo el fideicomitente haya señalado su destinación indicando con precisión el proyecto específico de que se trate.
- Les está prohibido utilizar "fondos de los fideicomisos por virtud de los cuales hayan recibido recursos que puedan ser destinados al otorgamiento de créditos, para realizar operaciones de cualquier clase por virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores los directivos y administradores principales o suplentes, de la sociedad, sus revisores principales o suplentes, sus accionistas o socios directa o indirectamente beneficiarios de una participación igual al 10% del capital social, así como también los ascendientes o descendientes en primer grado o los cónyuges de las personas enumeradas y, en fin, las sociedades civiles o comerciales matrices o subordinadas de la respectiva institución fiduciaria".
- No podrán garantizar un rendimiento para los dineros recibidos.
- Los que expresamente prohíbe la ley

- El fiduciario, en cumplimiento con el encargo, responderá hasta por la culpa leve.
- Sus obligaciones son de medio y no de resultado.
- El fiduciario en ningún momento podrá garantizar un rendimiento para los dineros recibidos en fiducia, es decir, asumir en cabeza propia los riesgos del negocio fiduciario.²²

Grafico



3.5.3 Marco legal

El numeral 4 del Art. 17 del reglamento de Negocios Fiduciarios lo define de la siguiente forma:

4. Fideicomiso de inversión.

²² <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Comercial.12.htm>

Se entiende por fideicomiso de inversión el contrato en virtud del cual los constituyentes o fideicomitentes adherentes entregan al patrimonio autónomo sumas de dinero para que la fiduciaria los invierta según sus instrucciones para beneficio propio o de terceros.

En estos contratos debe estar claramente definido el destino de la inversión, a falta de esta estipulación, en aquellos fideicomisos de inversión en valores que contemplen la existencia de fideicomitentes adherentes, las inversiones se sujetarán a los siguientes límites:

La inversión en instrumentos o valores emitidos, aceptados, avalados o garantizados por una misma entidad, no podrá exceder del veinte por ciento del activo total del fideicomiso mercantil y la inversión en instrumentos o valores emitidos, aceptados, avalados o garantizados por empresas vinculadas no podrá exceder del treinta por ciento del patrimonio de ese fideicomiso mercantil.

La inversión en el conjunto de instrumentos emitidos, aceptados, avalados o garantizados por compañías o empresas vinculadas a la fiduciaria, no podrá exceder del quince por ciento del patrimonio del fideicomiso.

Se exceptúan de estos límites las inversiones en valores emitidos por el Banco Central del Ecuador y el Ministerio de Finanzas.

En el caso de inversiones en acciones de sociedades anónimas inscritas en el Registro del Mercado de Valores, el fideicomiso mercantil no podrá poseer más del quince por ciento de las acciones suscritas y pagadas por una misma sociedad; y, el conjunto de inversiones en valores emitidos o garantizados por una misma sociedad de este tipo, no podrá exceder del quince por ciento del activo total de dicha emisora.

Tratándose de inversiones en acciones de sociedades de capital no inscritas en el Registro del Mercado de Valores, el fideicomiso mercantil no podrá poseer más del treinta por ciento de las acciones suscritas y pagadas de dicha sociedad; el conjunto de inversiones en valores emitidos o garantizados por una misma sociedad de este tipo, no podrá ser superior al treinta por ciento del activo total de dicha emisora.

Por lo demás, en todos los negocios fiduciarios de inversión con o sin fideicomitentes adherentes se dejará constancia en negrita, con caracteres no menores a una fuente tamaño 14, que el riesgo de pérdida de la inversión es de exclusiva responsabilidad del inversionista.

CAPITULO No. 4

El Fideicomiso Mercantil en el Ecuador

En el Ecuador existen varias variables para que el fideicomiso mercantil no se haya desarrollado en la magnitud que ha crecido en otros países como Colombia, que es nuestro más cercano referente, entre las variables indicadas tenemos:

- Inestabilidad Política
- Instituciones democráticas y jurídicas sin la suficiente fortaleza
- Volatilidad económica
- Débiles instituciones jurídicas
- Falta de consenso entre los distintos actores y sectores
- Deficiente administración de justicia
- Equívoca injerencia estatal en el desarrollo económico o de los negocios
- Cultura Empresarial sin suficiente arraigo en una parte importante de la población
- Sensación de inseguridad jurídico – financiera para los inversionistas

4.3 Evolución normativa del marco legal de los fideicomisos en el Ecuador

El fideicomiso mercantil apareció por primera vez en nuestro país la Ley General de Operaciones de Crédito contenida en el Decreto Supremo número 1192 del doce de Diciembre de 1963, publicado en el Registro Oficial número 33 del 19 de Diciembre del mismo año, en la que se incorporó un título denominado “fideicomiso”.

Esta Ley fue derogada en 1966.

Una vez promulgada la primera Ley de Mercado de Valores (Mayo-93), se regularon mecanismos modernos de inversión desconocidos en el medio. Así, a raíz de que la Ley de Mercado de Valores en su Art. 80, reformó el Código de Comercio, incorporando un título a continuación del Art. 409 de ese cuerpo legal, respecto del

FIDEICOMISO MERCANTIL, se estableció un innovador mecanismo para la administración de recursos de terceros con todas las connotaciones que ello implica.

Esta ley se caracterizaba por:

- El fideicomiso mercantil es reconocido como figura jurídica
- Actuaban como fiduciarios los bancos y las administradoras de fondos y fideicomisos
- No consideraba al encargo fiduciario como una modalidad de negocios fiduciario.
- No se configuraba legalmente una patrimonio autónomo con personalidad jurídica propia

Posteriormente, el 30 de junio de 1998 se expidió la actual Ley de Mercado de Valores, publicada bajo el número 107 en el Registro Oficial número 367 de 23 de julio de 1998, que en su artículo 97 establece que las administradoras de fondos y fideicomisos son compañías o sociedades anónimas cuyo objeto social, entre otras facultades, comprende la de administrar negocios fiduciarios.

Entre sus características tenemos:

- Limita la actuación como Fiduciario Mercantil exclusivamente a las sociedades Administradoras de Fondos y Fideicomisos
- Se prohíbe a los bancos actuar como Fiduciarios
- Se amplían los negocios fiduciarios al Fideicomiso Mercantil y al Encargo Fiduciario
- Se considera al Fideicomiso Mercantil con un Patrimonio Autónomo, dotado de personalidad jurídica
- Se incorpora la titularización de Activos

El Reglamento General se expidió mediante decreto ejecutivo número 390 el 8 de diciembre de 1998 y fue publicado en el Registro Oficial número 87 de 14 de diciembre del mismo año.

Con la promulgación de ésta Ley, en el artículo 238, se derogó el literal r) del artículo 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero que permitía a éstas instituciones actuar como fiduciarios mercantiles y en consecuencia, la disposición transitoria séptima, dispuso que las instituciones del sistema financiero que se encontraban realizando negocios fiduciarios a la fecha de expedición de la Ley de Mercado de Valores, es decir, al 30 de junio de 1998, tenían un año calendario para traspasar dichos negocios a una administradora de fondos y fideicomisos.

En la actualidad las únicas entidades capaces de actuar como fiduciarios son las administradoras de fondos y fideicomisos, además de la Corporación Financiera Nacional y las corporaciones de desarrollo de mercado secundario de hipotecas.

La Corporación Financiera Nacional tiene la facultad de actuar como fiduciario por lo dispuesto en el literal r) del artículo 24 de su Ley constitutiva; y, las corporaciones de desarrollo de mercado secundario de hipotecas, solamente en procesos de titularización de cartera hipotecaria propia o de terceros, en la triple calidad de originador, fiduciario y colocador, de conformidad con el numeral 1) literal b) del artículo 237 de la Ley de Mercado de Valores que reforma el artículo 1 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

Sobre los negocios fiduciarios, el Consejo Nacional de Valores ha expedido los siguientes reglamentos sobre la materia:

- Reglamento sobre negocios fiduciarios, publicado en el Registro Oficial número 321 de 8 de mayo de 2001.
- Reglamento sobre procesos de titularización aplicable a originadores de derecho privado, publicado en el Registro Oficial número 238 de 5 de enero de 2001.
- Reglamento para la participación del sector público en el mercado de valores, publicado en el Registro Oficial número 296 de 30 de marzo de 2001.
- Reglamento de Administradoras de Fondos y Fideicomisos, publicado en el Registro Oficial número 458 de 21 de noviembre de 2001.

4.4 Análisis del desarrollo que han tenido los fideicomisos en nuestro país hasta la presente fecha.

En nuestro país la aplicación práctica del fideicomiso mercantil se ha caracterizado principalmente para los siguientes casos:

➤ **Como mecanismo de garantía y administración:**

- Operaciones de salvamento o apoyo financiero durante la crisis bancaria de 1999
- Garantía idónea para las operaciones de crédito del sistema financiero (bienes muebles, inmuebles, cartera, flujos.
- Control de fuente de repago.

➤ **Concesiones**

- Administración de peajes o tasas de empresas del sector público.

➤ **Como vehículo facilitador de los negocios**

- Proyectos inmobiliarios
- Administración de Flujos y carteras
- Uso alternativo a la sociedad mercantil
- Instrumento de transferencia indirecta de bienes raíces
- Administración de finca raíz
- Incorporación de inversionistas a proyectos

➤ **Titularización**

- Carteras

En cuanto a número el desarrollo y la aplicación del fideicomiso mercantil siempre ha tenido una línea ascendente con el pasar de los años como se lo demuestra con los siguientes cuadros, datos obtenidos de la Superintendencia de Compañías, entidad que se encarga del control, y supervisión.-

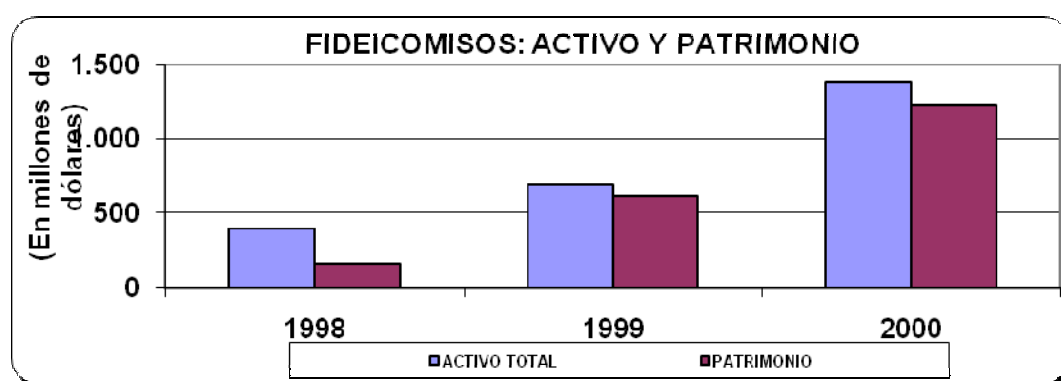
PRINCIPALES VARIABLES DE LOS FIDEICOMISOS MERCANTILES

PERÍODO: 1998-2000

(*En millones de dólares)

AÑOS	No. DE FIDEICOMISOS	ACTIVO TOTAL (*)	PATRIMONIO (*)
1998	393	399,4	158,3
1999	438	693,4	618,0
2000	524	1.383,4	1.233,5

FUENTE: Superintendencia de Compañías; Inversionistas Institucionales



	ACTIVO	PATRIMONIO
1998	399,4	158,3
1999	693,4	618,0
2000	1.383,4	1.233,5

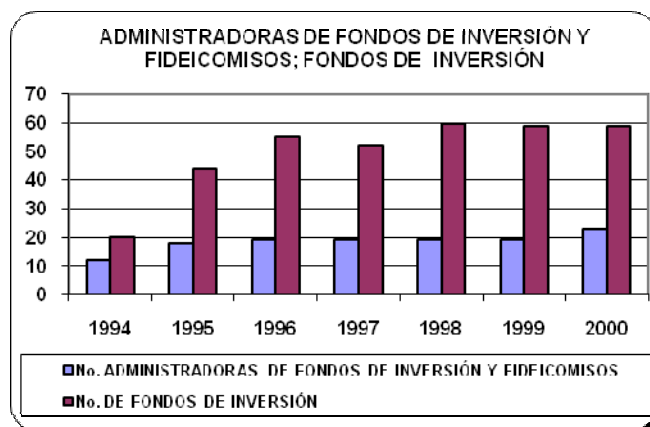
**NÚMERO DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS Y FIDEICOMISOS
Y PRINCIPALES VARIABLES DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN
PERÍODO: 1994-2000**

AÑOS	NÚMERO DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE INVERSIÓN Y FIDEICOMISOS	FONDOS DE INVERSIÓN		
		No. DE FONDOS	No. DE PARTÍCIPIES	PATRIMONIO NETO (En millones de dólares)
1994	12	20	2.609	76,7
1995	18	44	27.003	216,7
1996	19	55	76.087	446,5
1997	19	52	125.230	510,3
1998	19	60	165.333	391,1
1999	19	59	194.777	359,4
2000	23	59	173.366	196,7

FUENTE: Superintendencia de Compañías; Inversionistas Institucionales

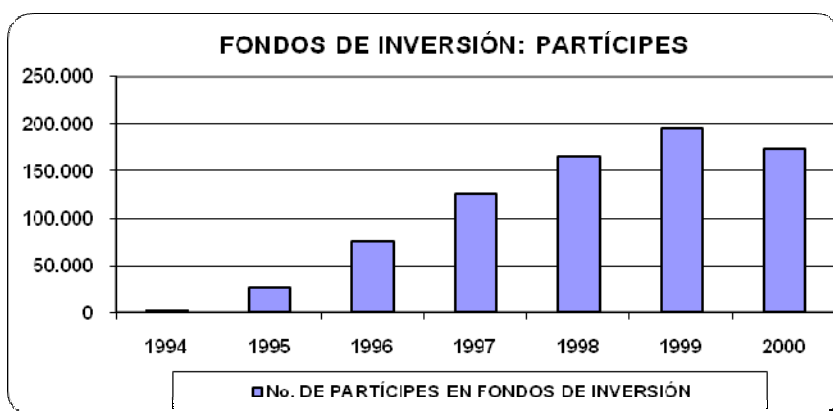
No. ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE INVERSIÓN Y FIDEICOMISOS

1994	12	No. DE FONDOS DE INVERSIÓN	20
1995	18		44
1996	19		55
1997	19		52
1998	19		60
1999	19		59
2000	23		59



No. DE PARTÍCIPIES EN FONDOS DE INVERSIÓN

1994	2.609
1995	27.003
1996	76.087
1997	125.230
1998	165.333
1999	194.777

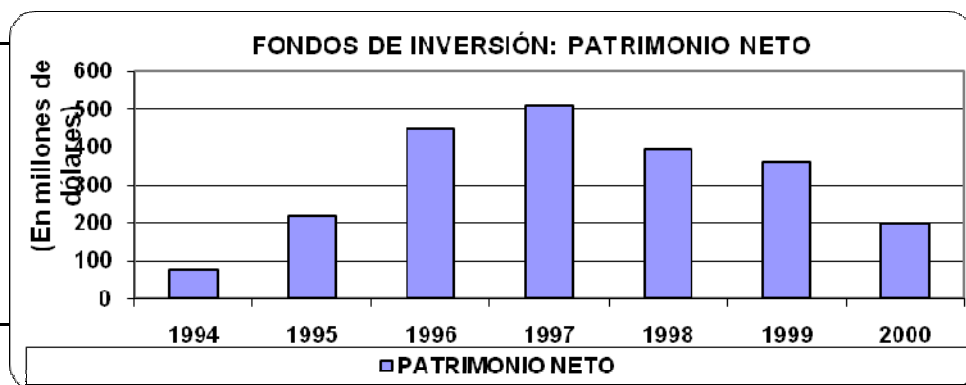


2000

173.366

PATRIMONIO NETO

1994	76,7
1995	216,7
1996	446,5
1997	510,3
1998	391,1
1999	359,4
2000	196,7

**Patrimonio De Los Fideicomisos Inscritos Por Administradora**

MAYO 2008

(Patrimonio neto en miles de dólares)

Administradoras de Fondos	No	Patrimonio
CFN		1.021.247
PRODUFONDOS		299.616
FIDUPACIFICO		173.985
MORGAN & MORGAN		165.899
FIDUCIA		154.132
UNION AFPV		105.033
FONDOSPICHINCHA		94.830
ADMINISTRADORA BG		89.945
ENLACEFONDOS		67.447
INTEGRASA		64.214
FIDEVAL		56.807
STCAF		22.610
FIDETRUST		9.738
FINVERFONDOS		9.279
ADMUNIFONDOS		430
CTH		11
AFP GENESIS		2
TOTAL	0	2.335.227

FUENTE: Base de Datos Superintendencia de Compañías.

PRINCIPALES VARIABLES POR TIPO DE FIDEICOMISOS INSCRITOS

MAYO 2008

(En miles de dólares)

TIPO	FIDEICOMISOS		
	No	ACTIVO	PATRIMONIO
Administración	161	2.245.062	1.435.167
Inmobiliario	130	352.440	142.211
Inversión	10	184.395	184.271
Garantía	52	504.726	502.878
Titularización	30	623.548	70.701
TOTAL	383	3.910.172	2.335.227

FUENTE: Base de Datos Superintendencia de Compañías.

PRINCIPALES VARIABLES POR TIPO DE FIDEICOMISO NO INSCRITOS

MAYO 2008

(En miles de dólares)

TIPO	FIDEICOMISOS	
	No	PATRIMONIO
Administración	896	1.091.999
Inmobiliario	226	240.622
Inversión	21	33.716
Garantía	2.293	711.329
Titularización	4	5.610
TOTAL	3.440	2.083.277

FUENTE: Base de Datos Superintendencia de Compañías.

Nota: Información tomada el 25.06.08

CAPITULO No. 5

Glosario de Términos

Al ser éste trabajo una herramienta de consulta, creo importante, para las personas que no conocen sobre el tema fiduciario entregar este glosario de términos con el fin de que se conozca su definición o explicación de cada una de ellas, incluiré algunas palabras que no se encuentran en este contenido pero que también son usadas en los espacios legales.

A

Acreedor(es):

Persona natural o jurídica a favor de la cual existen obligaciones que un DEUDOR, individual, conjunta o solidariamente con otras personas, ha contraído o contrajere a favor de él.

Acreedor Hipotecario:

Persona natural o jurídica, la cual ha otorgado un crédito y en garantía del mismo ha celebrado un contrato de hipoteca sobre un inmueble de propiedad de su deudor o de otra persona que garantiza la obligación.

Actividades comerciales

Son las actividades de compra, venta y alquiler de todo tipo de bienes, así como la prestación de servicios remunerados.

Actividades empresariales

Es el desarrollo de actividades en áreas económicas como industriales, comerciales, agrícolas, silvícola, mineras y servicios.

Actividades industriales

Son las actividades como la extracción, conservación o transformación de materias primas, elaboración y acabado de productos.

Acto jurídico

Expresión de la voluntad de una persona que tiene efectos jurídicos.

Aportes de los Constituyentes Adherentes:

Las sumas de dinero que los CONSTITUYENTES ADHERENTES entregarán al patrimonio autónomo en virtud de la celebración de los respectivos CONTRATOS DE ADHESIÓN.

Auditoria

Es el examen objetivo y sistemático de las operaciones financieras y administrativas de un contribuyente.

B

Balance general

Es el estado de situación financiera de una empresa, a una fecha determinada el cual debe de ser preparado de acuerdo a principios de contabilidad generalmente aceptados.

Beneficiarios:

Personas naturales o jurídicas, a favor de las cuales se repartirán los beneficios del fideicomiso mercantil, dependiendo del caso y de la voluntad de los constituyentes, pueden ser terceras personas designadas o los propios constituyentes.

Beneficiario Principal:

Personas naturales o jurídicas, las cuales pueden ejercer su derecho, siempre y cuando se cumpla cierta condición

Beneficiario (s) Secundario (s)

Personas naturales o jurídicas las cuales ejercer su derecho de beneficiario siempre que no cumpla cierta condición

Bien

Todo aquello que puede ser objeto de apropiación, empleado para satisfacer alguna necesidad. Cosas o derechos susceptibles de producir beneficios de carácter patrimonial, ejemplo: casas, automóviles, computadoras, etc.

Bien inmueble

Son los terrenos y las construcciones adheridas al suelo.

Bien mueble

Los que por su naturaleza pueden trasladarse de un lugar a otro o se mueven por sí mismos. Ejemplo: equipo de transporte, equipo de computo o la maquinaria.

Bienes Fideicomitidos:

Los bienes muebles y/o inmuebles o derechos de propiedad de los CONSTITUYENTES, que transfieren a favor del Fideicomiso Mercantil, los cuales se encuentran detallados en el contrato de fideicomiso, así como cualquier otro bien o derecho que dicho constituyente transfiera al patrimonio autónomo a futuro.

C**Contralor (es)**

La o las personas naturales y/o jurídicas contratadas por el Fideicomiso Mercantil, que tiene la responsabilidad de realizar un control periódico de las actividades financieras, contables, comerciales y operacionales que se relacionen con el inmueble, con la finalidad de establecer la manera en que los mismos se encuentren operando.

Constituyentes:

Son las personas naturales o jurídicas, que voluntariamente desean constituir un determinado tipo de fideicomiso mercantil; al cual aportarán bienes o derechos, para el cumplimiento de un fin específico a través de las instrucciones impartidas por ellos a la fiduciaria.

Constituyentes Promotores:

Personas naturales o jurídicas las cuales tienen interés en promover y desarrollar un proyecto inmobiliario.-

Constituyentes adherentes:

Personas naturales o jurídicas, privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades con personalidad jurídicas, que en forma individual, las cuales celebran un contrato de adhesión mediante el cual se adhieren a un fideicomiso mercantil y aceptan expresamente todas las normas establecidas en este.

Convenio Privado

Es el acuerdo que podrán suscribir las partes por instrumento privado, a efectos de determinar disposiciones relativas a la entrega de aportes adicionales, beneficios específicos y demás disposiciones, que tendrán el carácter de instrucciones irrevocables para la fiduciaria en relación a la administración del Fideicomiso Mercantil.

E

Empresa

Persona física que busca obtener alguna ganancia al comprometer capital y trabajo en el desarrollo de una actividad.

Enajenación

Transmisión de propiedad de un bien o derecho a otra persona o personas.

Encargo Fiduciario:

Se trata de una simple administración de los bienes, sin transferencia de la propiedad.

Escritura Pública f.

Documento público notarial en el que se recogen negocios jurídicos, frente al acta notarial, que es aquél en el que se recogen actos o hechos jurídicos. La escritura pública es, por definición, un documento notarial. No hay escrituras públicas de otro fedatario.

También por definición, la escritura es un documento público. No hay, aunque a veces se use esta expresión, "escrituras privadas", que en realidad son documentos privados que usan el nombre de escritura de forma incorrecta, bien por ignorancia, bien para aprovecharse del nombre y fama de la escritura notarial

Las escrituras son documentos susceptibles de inscribirse en los registros de la propiedad, pero no todas ellas van necesariamente a ningún registro, sino que muchas recogen negocios que no necesitan inscribir .

Ejemplo. Son negocios jurídicos, y por tanto se recogen en escritura la compraventa, la herencia, la hipoteca, las capitulaciones matrimoniales, la emancipación o la constitución de una sociedad .

Algunos negocios no se inscriben en registro alguno, como por ejemplo el otorgamiento de un poder, negocio unilateral o el reconocimiento de deuda, que es bilateral.

Son actos jurídicos y se recogen en acta notarial la constancia de hechos o manifestaciones del compareciente, o la obtención de fotografías en presencia del notario.

Estados Financieros:

Documentos que indican la situación financiera de una empresa

Estipulación

Parte dispositiva. Cláusula de un negocio jurídico. Cada una de las disposiciones de un documento público o particular. Cada una de las cláusulas del otorgamiento de una escritura (parte dispositiva) son estipulaciones del contrato o negocio.

F

Fideicomiso

Es un acto en virtud del cual se entrega a una institución financiera (fiduciaria) determinados bienes para que disponga de ellos según la voluntad del que los entrega

(fideicomitente) en beneficio de un tercero (fideicomisario). Mediante la creación de un fideicomiso, una persona transmite un bien a un tercero con el encargo de que cumpla un fin lícito.

Fideicomisario:

También llamado beneficiario, es la persona en cuyo provecho se desarrolla la fiducia y se cumple la finalidad perseguida.

Este beneficiario puede ser el mismo fideicomitente (cliente) o la persona (s) que este designe. Puede ser una persona natural o jurídica, de naturaleza privada o publica, nacional o extranjera.

Fideicomitente:

Llamado también fiduciante o constituyente. Es la persona natural o jurídica, que constituye el fideicomiso, por medio de la transferencia de la titularidad de ciertos bienes y derechos de los cuales es propietaria. Dicha transferencia, es la que se efectúa al fiduciario.

Fideicomiso de Administración:

Son todas las fiducias en que el fideicomitente entrega a la fiduciaria un bien diferente de dinero, para que lo administre en la forma prevista en el contrato.

Fideicomiso Inmobiliario:

A la sociedad fiduciaria le es entregado un bien inmueble con el fin principal de desarrollar un proyecto de construcción inmobiliaria.

Fiducia:

El vocablo fiducia significa fé, confianza. Mediante la fiducia una persona natural o jurídica llamada fideicomitente o constituyente entrega a una sociedad fiduciaria uno o más bienes concretos, despojándose o no de la propiedad de los mismos, con el objeto de que dicha fiduciaria cumpla una determinada finalidad, en provecho del mismo fideicomitente o de quien este determine; este último se llama beneficiario.

Fiduciaria:

Institución Financiera que garantiza el cumplimiento de las obligaciones establecidas en un título valor.

Institución de crédito que queda a cargo de los bienes y la realización de los fines que son objeto del contrato de fideicomiso.

Fiducia Pública:

La fiducia pública no implica transferencia de la propiedad de los bienes o recursos fideicomitidos ni constituye un patrimonio autónomo afecto a la finalidad del contrato. Es necesaria que la adjudicación de los subcontratos sea realizada por la entidad estatal fideicomitente.

G

Garantía

Aquello que asegura el cumplimiento de una obligación.

H

Hipoteca

Un documento legal que prenda una propiedad al prestador como seguridad para el pago de la deuda.

Honorarios

Son todos los ingresos que obtienen una persona profesional, artista o intelectual, que presta sus servicios en forma independiente, sin estar subordinado a un patrón

O

Obligaciones Garantizadas

Todas las obligaciones que un deudor individual, conjunta o solidariamente con otras personas, haya contrito o contrajere a favor del Acreedor, cualquiera fuere el origen o naturaleza de los mismos, o que hubieren sido contraídas por el mismo

Deudor, así mismo en cualquier forma, como se ha indicado, a favor de terceros y posteriormente endosadas, cedidas o transferidas a favor del Acreedor, siempre y cuando exista constancia de las mismas en documentos públicos o privados.

S

Sociedades Fiduciarias:

Son entidades de servicios financieros, constituidas como sociedades anónimas, sujetas a la inspección y a la vigilancia permanente de la Superintendencia financiera.

Conclusiones:

- ✓ Esta figura jurídica es relativamente nueva en nuestro país
- ✓ La reacción del mercado ha sido ampliamente positiva en nuestro país, especialmente en las ciudades de Quito y Guayaquil y se registran como ya se indico importantes crecimientos a partir del año 2003 pero si considero que falta más promoción y un impulso adicional por parte de la Superintendencia de Compañías.
- ✓ No es un producto estándar
- ✓ Genera relaciones contractuales que no necesitan de un mercado para concretarse, ni para perfeccionar su objetivo
- ✓ La aplicación constante de los instrumentos financieros, como el fideicomiso, facilitaría y mejoraría la producción de operaciones en la economía productiva.
- ✓ La ejecución de un fideicomiso debe comenzar con un diagnostico de la situación y de un análisis cuidadoso de los términos que se deseen incluir en el contrato.
- ✓ Un buen diagnóstico de la situación no garantizan el éxito del fideicomiso, como se dijo es de medio mas no de resultado, reduce eso si riesgos pero no elimina el riesgo propio del negocio o actividad para la cual es estructura el fideicomiso.
- ✓ La estructura del fideicomiso, sumado a la confianza y la seriedad del fiduciario, permiten la originar grandes negocios.
- ✓ En la actualidad existe, con referencia al fideicomiso mercantil una limitada jurisprudencia, justamente por lo relativamente joven que es esta figura e nuestro país.

- ✓ La figura jurídica del fideicomiso es una herramienta eficaz, que puede permitir diseñar estructuras de financiamiento a medida del proyecto que se inicia.
- ✓ Su concepción es esencialmente mercantil y no bursátil, aunque existe un caso como la titularización, que es un proceso mediante el cual se transforman en títulos valores, los derechos que poseen una o varias personas sobre uno o más bienes que tienen la capacidad de generar un flujo de caja estable y predecible en el tiempo. La idea es transformar activos en títulos valores, éstos a su vez son susceptibles de ser colocados y negociados libremente en el mercado de valores de allí su carácter bursátil.
- ✓ Es una alternativa interesante, para la ejecución de negocios, además que su aplicación no es restringida, puede ser aplicada en la educación, la construcción, el deporte, bienes muebles y bienes inmuebles. En el fideicomiso, el constituyente es el que impone las condiciones del contrato y especifica como quiere que la fiduciaria administre el patrimonio
- ✓ La Fiduciaria debe ser especializada en su asesoramiento para que los resultados sean los esperados.
- ✓ El patrimonio autónomo que nace una vez que se celebra el contrato de fideicomiso es autónomo e independiente para las partes contratantes, la fiduciaria es su representante legal.
- ✓ El contratante tiene todo el derecho de cambiar de fiduciaria si existe una mala administración de fideicomiso, la fiduciaria es responsable por los daños y perjuicios que se puedan ocasionar.

- ✓ Las compañías administradoras de fondos deben ser autorizadas por la Superintendencia de Compañías, que es el órgano de control de la actividad fiduciaria.
- ✓ En el Ecuador se supervisa la actividad fiduciaria y no cada contrato de fideicomiso.

Recomendaciones:

- ✓ Unificación en un en una sola ley de toda la legislación referente al fideicomiso ya que la normatividad al momento se encuentra demasiado dispersa.
- ✓ Difusión por parte de las empresas fiduciarias de ésta figura, recalcando en las ventajas que se obtienen.
- ✓ El Estado y los gobiernos seccionales deben involucrarse más directamente en la estructuración de fideicomisos en los diversos proyectos que lleva adelante, esto le garantiza que bajo el amparo de la ley las obras se realizaran y sus recursos estarán debidamente protegidos, además se estaría como valor agregado dando confianza al sector privado para que utilice ésta modalidad.
- ✓ Las Instituciones del sector financiero no ha participado activamente por lo que considero que al ser un sector estratégico debería involucrarse especialmente con lo que tiene que ver con el fideicomiso en garantía.

BIBLIOGRAFIA:

- Azuero, Dergio Rodriguez, EL DESAFIO FIDUCIARIO. SANTAFE DE BOGOTA, D.C. : ABC ltda, 1997.
- Batiza, Rodolfo, EL FIDEICOMISO “Teoría y Práctica” Edit. Porrúa México, 1977.
- Claudio Kiper, TEORIA Y PRÁCTICA DEL FIDEICOMISO, Depala, Buenos Aires, Argentina.
- Diego Gomez de la Torre Reyes, EL FIDEICOMISO MERCANTIL, Albazul offset, Quito, Ecuador.
- Jorge Hugo Lascala, PRACTICA DEL FIDEICOMISO, editorial ASTREA, Buenos Aires, Argentina.
- Jorge Roberto Hayzus, FIDEICOMISO, editorial ASTREA, Buenos Aires, Argentina.
- Ley de Mercado de Valores
- MORALES, FRANCISCO CASAS. Fundamentos de la Actividad y Los Negocios bancarios. Bogotá, D.E. : Edit. Ediciones Juridicas Radar, 1991.
- Reglamento General de la Ley de Mercado de Valores
- Reglamento sobre Negocios Fiduciarios
- Rodolfo Batiza, EL FIDEICOMISO , TEORIA Y PRACTICA, Porrúa, México
- Rodolfo Batiza, PRINCIPIOS BÁSICOS DEL FIDEICOMISO Y DE LA ADMINISTRACIÓN FIDUCIARIA., Porrúa, México
- www.bce.fin.ec
- www.colafi.com
- www.felaban.com
- www.fondospichincha.com
- www.latinbanking.com
- Entrevistas a representantes comerciales y asesores legales de las compañías administradoras de fondos y fideicomisos del Ecuador.
- www.supercias.gov.ec
- www.superban.gov.ec
- Reportaje Diario el Comercio. Domingo 30 de Julio del 2006.