



Universidad Laica VICENTE ROCAFUERTE De Guayaquil

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO

CARRERA DE DERECHO

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO
DE ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA**

**TEMA: EL FIDEICOMISO MERCANTIL DE GARANTÍA Y LOS DERECHOS
CONSTITUCIONALES DEL DEUDOR**

TUTOR: MILTON GARCÍA CASTRO MSC.

AUTOR: MARTÍN VANEGAS ANDRÉS VALENTINO

Guayaquil, 2016

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Andrés Valentino Martín Vanegas, declaro bajo juramento que la autoría del presente trabajo de investigación, corresponde totalmente al suscrito y me responsabilizo con los criterios y opiniones científicas que en el mismo se declaran, como producto de la investigación realizada.

De la misma forma, cedo mis derechos de autor a la Universidad Laica VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil, según lo establece por la ley de propiedad intelectual, por su reglamento y normatividad institucionalidad vigente.

Este proyecto se ha ejecutado con el propósito de estudiar el Fideicomiso Mercantil de Garantía y su incidencia en los derechos constitucionales del deudor.

Andrés Valentino Martín Vanegas
C.C. 0917122038

CERTIFICACIÓN DE ACEPTACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Proyecto de Investigación, nombrado por el Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho de la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil.

CERTIFICO:

Haber dirigido, revisado y analizado el Proyecto de Investigación con el tema: “EL FIDEICOMISO MERCANTIL DE GARANTÍA Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DEL DEUDOR”, presentado como requisito previo a la aprobación y desarrollo de la investigación para optar al título de:

ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA

Presentado por el egresado: Andrés Valentino Martín Vanegas

Milton García Castro Msc.

Tutor

CERTIFICADO DE ANTIPLAGIO

URKUND

Urkund Analysis Result

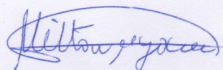
Analysed Document: TESIS-ANDRES MARTIN VANEGAS-ULVR-DERECHO-FMGyDCD.docx (D21878825)
Submitted: 2016-09-20 22:00:00
Submitted By: avmartinv@hotmail.com
Significance: 1 %

Sources included in the report:

tania martinez.docx (D15903824)
http://www.felaban.net/archivos_memorias/archivo20141120203041PM.pdf

Instances where selected sources appear:

2



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO de tesis

TÍTULO Y SUBTÍTULO: EL FIDEICOMISO MERCANTIL DE GARANTÍA Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DEL DEUDOR

AUTOR: MARTÍN VANEGAS
ANDRÉS VALENTINO

REVISORES: AB. MILTON GARCÍA
CASTRO MSC.

INSTITUCIÓN:
UNIVERSIDAD LAICA VICENTE
ROCAFUERTE DE GUAYAQUIL

FACULTAD:
CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO

CARRERA: DERECHO

FECHA DE PUBLICACIÓN:

N. DE PAGS: 130

ÁREAS TEMÁTICAS: DERECHO, FIDEICOMISO MERCANTIL

PALABRAS CLAVE:

Fideicomiso mercantil, garantía fiduciaria, fiducia, fideicomiso, ejecución, derecho constitucional, derecho mercantil

RESUMEN:

El Fideicomiso Mercantil de Garantía es una figura en constante desarrollo y crecimiento en Latinoamérica y nuestro país. Esta investigación es una fuente de conocimiento para quienes procedan a su lectura, a fin de enriquecer sus conocimientos respecto a esta institución jurídica, permitiéndoles entender su naturaleza y ponderar su incidencia en los derechos constitucionales del deudor en el Ecuador.

Las herramientas cognitivas abarcan el desarrollo histórico-lógico del Fideicomiso Mercantil, desde sus orígenes en Roma, y su evolución hasta la actualidad. La pieza clave de esta investigación comprende el análisis profundo de la Fiducia en garantía, efectuando una revisión legal y constitucional de la figura, en torno a la reforma restrictiva promulgada en la Ley de Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil en el año 2014.

La presente investigación permitirá a sus lectores formar un criterio jurídico complejo en torno al Fideicomiso Mercantil de Garantía. A través de los elementos analizados se podrá entender el alcance de la Fiducia en Garantía y su real incidencia en los derechos constitucionales del deudor en el Ecuador, valorando la eficiencia de esta institución jurídica respecto a la dinamización de la economía en las operaciones de créditos y recuperación de bienes objeto de éstos.

El primer capítulo comprende las particularidades que giran en torno al problema investigado, delimitando los alcances y objetivos de la exploración científica.

El segundo capítulo abarca el desarrollo teórico, conceptual y legal del Fideicomiso Mercantil en Garantía, para que el lector profundice sus nociones en respecto de esta clase de fiducia y su alcance e incidencia constitucional.

El tercer capítulo delimita la metodología de investigación implementada, desarrollando y analizando la información de campo obtenida, bajo un enfoque cualitativo y cuantitativo, estableciendo conclusiones y recomendaciones precisas, y aportando una propuesta jurídica para la sociedad ecuatoriana.

N. DE REGISTRO (en base de datos):	N. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):		
ADJUNTO URL (tesis en la web):		
ADJUNTO PDF:	SI <input checked="" type="checkbox"/>	NO <input type="checkbox"/>
CONTACTO CON AUTORES/ES: MARTÍN VANEGAS ANDRÉS VALENTINO	Teléfono: 0982728799	E-mail: avmartinv@hotmail.com
CONTACTO EN LA INSTITUCION:	Nombre: MSC. WASHINGTON VILLAVICENCIO SANTILLAN DECANO MSC. GUSTAVO MARRIOTT ZURITA	
	Teléfono: 2596500 EXT. 249 DECANO EXT. 233 DIRECTOR DE CARRERA DE DERECHO	
	E-mail: wvillavicencios@ulvr.edu.ec gmarriottz@ulvr.edu.ec	

AGRADECIMIENTO

Llegar a este momento culminante de mi proyecto de investigación, es fruto de la formación personal y académica que he recibido a lo largo de mi trayectoria. Mi empeño personal en convertirme en abogado se ha visto enriquecido por múltiples personas, quienes me han brindado apoyo, consejo y orientación personal y profesional.

Agradezco a Dios, por ser mi fuente de sabiduría y fortalezas, siendo el faro principal que guía mi vida día y noche.

Agradezco a mis padres Edmundo y Ketty, y a mi hermano Edmundo, por ser el núcleo de mi vida, brindándome su incondicional apoyo, motivándome a ser mejor persona. Gracias por estar conmigo para celebrar mis éxitos, y por darme ánimos para nunca rendirme.

Agradezco a mis abuelos Vicente, Ketty, Josefa y Edmundo (+), por cuanto cada uno supo darme fortaleza en cuerpo y espíritu. Son los cuatro pilares que sostienen mi mundo.

Agradezco a mis tíos, a mis primos y a toda mi familia, por ser fuente de motivación, para salir adelante ante cualquier situación y superarme día a día. Por familia, incluyo y agradezco particularmente a mis amigos y amigas, quienes por la estrecha confianza que tenemos, conocen los motivos por los que los considero mi familia.

Agradezco a mis maestros y tutor, por cuanto han sido fuente de conocimiento profesional y humanístico.

Agradezco al Padre Jorge Galeas S.J., por ser un gran amigo, quien con paciencia siempre me ha dado el mejor consejo.

DEDICATORIA

San Ignacio de Loyola de manera muy acertada puntualizó que las personas “Entramos para aprender y salimos para servir”. Esta frase me recuerda que entré a la Universidad con el fin de aprender sobre el derecho, para ahora salir y servir al mundo con mis conocimientos profesionales y humanísticos.

Dedico particularmente este trabajo a mis padres Edmundo y Ketty, y a mi abuelo Vicente. Ser partícipe de su ejercicio profesional fue una de mis mayores motivaciones para conocer más de cerca al Derecho y seguir sus pasos en firme. Con honor y dedicación continuaré con un legado de abogados en la familia, que comenzó hace 50 años.

La dedicatoria principal de este trabajo, es la más importante:

A.M.D.G.

Ad Majorem Dei Gloriam

ÍNDICE

Declaración de autoría y cesión de derechos de autor	II
Certificación de aceptación del tutor	III
Certificado de antiplagio	IV
Repositorio	V
Agradecimiento	VII
Dedicatoria	VIII
	Contenido
Resumen Ejecutivo	16
Abstract	17
Introducción	18
Capítulo I	
El Problema a investigar	
1.1 Tema	19
1.2 Planteamiento del problema	19
1.3 Formulación del Problema	21
1.4 Sistematización del problema	23
1.5 Objetivos de la investigación	23
1.5.1 Objetivo General	23
1.5.2 Objetivos específicos	24
1.6 Justificación de la investigación	24
1.7 Delimitación de la investigación	25
1.8 Hipótesis de la investigación	26
1.7 Identificación de Variables	26
Capítulo II	
2.1 Marco Teórico	
2.1.1 Antecedentes Históricos	27

2.1.1.1 El fideicomiso en el Derecho Romano	27
2.1.1.1.1 La <i>mancipatio</i> y el <i>pactum fiduciae</i>	27
2.1.1.1.2 <i>Fiduciae cum creditore</i>	28
2.1.1.1.2 <i>Fiduciae cum amico</i>	29
2.1.1.2 El Fideicomiso en el Derecho Inglés	30
2.1.1.2.1 Orígenes del <i>Trust</i>	30
2.1.1.2.2 El <i>use</i>	30
2.1.1.2.3 El <i>Trust</i> después del <i>use</i>	30
2.1.1.2.4 Características del <i>Trust</i>	31
2.1.1.2.5 Formalidades del <i>Trust</i>	32
2.1.1.2.6 Elementos fundamentales del <i>Trust</i>	33
2.1.2 El negocio fiduciario	33
2.1.2.1 El negocio fiduciario en general	33
2.1.2.1.1 Tránsito del <i>Trust</i> al fideicomiso	34
2.1.2.1.2 El <i>Trust</i> y el régimen legal de Latinoamérica	34
2.1.2.2 El fideicomiso mercantil	34
2.1.2.2.1 Características	35
2.1.2.2.2 Elementos esenciales	36
2.1.2.2.2.1 Elemento personal	37
2.1.2.2.2.2 Elemento real	37
2.1.2.3 Partes que intervienen en el fideicomiso mercantil	37
2.1.2.4 Clasificación general del fideicomiso mercantil	40
2.1.2.4.1 Fideicomiso Mercantil de Garantía	40
2.1.2.4.2 Fideicomiso Mercantil de Inversión	40
2.1.2.4.3 Fideicomiso Mercantil de Administración	41

2.1.2.4.4 Fideicomisos Inmobiliarios	41
2.1.2.4.5 Fideicomisos Testamentarios	42
2.1.2.5 Causas de terminación de un fideicomiso	42
2.1.1.6 Distinción entre fideicomiso y el negocio en fraude de Ley	43
2.1.3 El fideicomiso en el Ecuador	43
2.1.3.1 Incorporación del fideicomiso mercantil en el sistema jurídico ecuatoriano	44
2.1.3.2 Bases para la formulación de normativa fiduciaria	45
2.1.3.3 El dominio fiduciario en el Ecuador	46
2.1.3.4 Evolución normativa del fideicomiso en el Ecuador	47
2.1.3.4.1 Ley de Mercado de Valores de 1998	47
2.1.3.4.2 Codificación de la Ley de Mercado de Valores del 2006 y su posterior incorporación al Código Orgánico Monetario y Financiero	48
2.1.4 La fiducia en garantía	49
2.1.4.1 Nociones	49
2.1.4.2 Los bienes fideicomitados en garantía	50
2.1.4.3 El procedimiento de ejecución de la garantía fiduciaria	51
2.1.4.3.1 Pasos y etapas del procedimiento de ejecución	51
2.1.4.4 El conflicto y debate en torno a la ejecución de garantías fiduciarias	53
2.1.4.5 La estigmatización social en contra de la fiducia en garantía	54
2.1.4.6 La reforma, su evolución y contradicciones	56
2.1.5 Derechos constitucionales del deudor y la ejecución de la garantía fiduciaria	58
2.1.5.1 Alcance	58
2.1.5.2 Análisis del efecto de derechos constitucionales y el espíritu de las obligaciones	59

2.1.5.3 El debido proceso y el procedimiento de ejecución de garantía fiduciaria	61
2.1.6 La legitimidad de la fiducia en garantía	64
2.1.6.1 La licitud del procedimiento de ejecución de garantía fiduciaria	64
2.1.6.2 El fideicomiso mercantil y el volumen de negocios fiduciarios	66
2.1.6.3 Autonomía de voluntad, libertad de contratación y la ejecución de garantías fiduciarias	68
2.2 Marco legal	69
2.2.1 Constitución de la República	69
2.2.2 Código Civil	71
2.2.3 Código Orgánico Monetario y Financiero: Libro II: Ley de Mercado de Valores	73
2.2.4 Convención de la Haya aplicable al <i>Trust</i> y su reconocimiento	80
2.3 Marco conceptual	81
2.3.1 Autonomía de voluntad	81
2.3.2 Beneficiario	81
2.3.3 Causales de ejecución	81
2.3.4 <i>Common Law</i> o Derecho Anglosajón	81
2.3.5 Comodato precario	81
2.3.6 Contrato	82
2.3.7 Debido Proceso	82
2.3.8 Derecho constitucional	82
2.3.9 Equity	82
2.3.10 Fideicomiso mercantil	82
2.3.11 Fideicomitente	83
2.3.12 Fiducia en Garantía o Fideicomiso mercantil de garantía	83
2.3.13 Fiduciario o fiduciaria	83

2.3.14 Garantía	83
2.3.15 Incumplimiento	84
2.3.16 Obligación	84
2.3.17 <i>Pactum Fiduciae</i>	84
2.3.18 Patrimonio autónomo	84
2.3.19 Personalidad jurídica	84
2.3.20 Ponderación	84
2.3.21 Procedimiento de ejecución de garantía fiduciaria	85
2.3.22 Seguridad Jurídica	85
Capítulo III	
3.1 Marco metodológico	86
3.1.1 Objetivos planteados y método de investigación	87
3.2 Tipo de investigación	87
3.3 Población	88
3.4 Muestra	89
3.5 Entrevistas	90
3.6 Encuestas: Resultados y análisis	97
3.7 Conclusiones	112
3.8 Recomendaciones	113
3.8 Propuesta	114
Bibliografía	117

ÍNDICE DE ANEXOS

Gráficos	121
A) Gráfico N° 1: Fideicomisos Mercantiles - Ecuador	121
B) Gráfico N° 2: Fideicomisos Mercantiles de Garantía	121
C) Gráfico N° 3: Encuestas – Fideicomisos Mercantiles 2016	122
Fotografías de encuestas realizadas a personajes relevantes en el medio	123
D) Dr. Virgilio Jarrín Acunzo	123
E) Abg. Wendy María Vera Ríos	123
F) Abg. Juan Carlos Carmigniani Valencia	124
G) Abg. Carlos Martín Salazar	124
Fotografías de las entrevistas realizadas	125
H) Abg. Ketty Vanegas Rodríguez	125
I) Econ. Edgar Osorio	125
J) Matriz de entrevista	126
K) Matriz de encuesta	128

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla N° 1: Población	89
Tabla N° 2: Encuestas – Pregunta 1	97
Tabla N° 3: Encuestas – Pregunta 2	98
Tabla N° 4: Encuestas – Pregunta 3	99
Tabla N° 5: Encuestas – Pregunta 4	100
Tabla N° 6: Encuestas – Pregunta 5	101
Tabla N° 7: Encuestas – Pregunta 6	102
Tabla N° 8: Encuestas – Pregunta 7	103
Tabla N° 9: Encuestas – Pregunta 8	104
Tabla N° 10: Encuestas – Pregunta 9	105
Tabla N° 11: Encuestas – Pregunta 10	106

Tabla N° 12: Encuestas – Pregunta 11	107
Tabla N° 13: Encuestas – Pregunta 12	108
Tabla N° 14 Encuestas – Pregunta 13	109
Tabla N° 15: Encuestas – Pregunta 14	110
Tabla N° 16: Encuestas – Pregunta 15	111

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico N° 1: Fideicomisos Mercantiles - Ecuador	121
Gráfico N° 2: Fideicomisos Mercantiles de Garantía	121
Gráfico N° 3: Encuestas – Fideicomisos Mercantiles 2016	122
Gráfico N° 4: Encuestas – Pregunta 1	97
Gráfico N° 5: Encuestas – Pregunta 2	98
Gráfico N° 6: Encuestas – Pregunta 3	99
Gráfico N° 7: Encuestas – Pregunta 4	100
Gráfico N° 8: Encuestas – Pregunta 5	101
Gráfico N° 9: Encuestas – Pregunta 6	102
Gráfico N° 10: Encuestas – Pregunta 7	103
Gráfico N° 11: Encuestas – Pregunta 8	104
Gráfico N° 12: Encuestas – Pregunta 9	105
Gráfico N° 13: Encuestas – Pregunta 10	106
Gráfico N° 14: Encuestas – Pregunta 11	107
Gráfico N° 15: Encuestas – Pregunta 12	108
Gráfico N° 16 Encuestas – Pregunta 13	109
Gráfico N° 17: Encuestas – Pregunta 14	110
Gráfico N° 18: Encuestas – Pregunta 15	111

RESUMEN EJECUTIVO

El Fideicomiso Mercantil de Garantía es una figura en constante desarrollo y crecimiento en Latinoamérica y nuestro país. Esta investigación es una fuente de conocimiento para quienes procedan a su lectura, a fin de enriquecer sus conocimientos respecto a esta institución jurídica, permitiéndoles entender su naturaleza y ponderar su incidencia en los derechos constitucionales del deudor en el Ecuador.

Las herramientas cognitivas abarcan el desarrollo histórico-lógico del Fideicomiso Mercantil, desde sus orígenes en Roma, y su evolución hasta la actualidad. La pieza clave de esta investigación comprende el análisis profundo de la Fiducia en garantía, efectuando una revisión legal y constitucional de la figura, en torno a la reforma restrictiva promulgada en la Ley de Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil en el año 2014.

La presente investigación permitirá a sus lectores formar un criterio jurídico complejo en torno al Fideicomiso Mercantil de Garantía. A través de los elementos analizados se podrá entender el alcance de la Fiducia en Garantía y su real incidencia en los derechos constitucionales del deudor en el Ecuador, valorando la eficiencia de esta institución jurídica respecto a la dinamización de la economía en las operaciones de créditos y recuperación de bienes objeto de éstos.

El primer capítulo comprende las particularidades que giran en torno al problema investigado, delimitando los alcances y objetivos de la exploración científica.

El segundo capítulo abarca el desarrollo teórico, conceptual y legal del Fideicomiso Mercantil en Garantía, para que el lector profundice sus nociones en respecto de esta clase de fiducia y su alcance e incidencia constitucional.

El tercer capítulo delimita la metodología de investigación implementada, desarrollando y analizando la información de campo obtenida, bajo un enfoque cualitativo y cuantitativo, estableciendo conclusiones y recomendaciones precisas, y aportando una propuesta jurídica para la sociedad ecuatoriana.

ABSTRACT

The Guaranty Trust is still in constant development in Latin America and our Country. This investigation is a source of knowledge for its readers and audience, being able to enrich their knowledge regarding this legal institution, allowing them to understand it and assess the impact it produces on the constitutional rights of the debtor in Ecuador.

The cognitive elements include a logic and historic development of the Trust, from its origin in Rome until nowadays. The key instrument of this investigation goes through a complete review of the Guaranty Trust, including a legal and constitutional exam of the institution regarding the restrictive amend promulgated on de Bill for Optimization and Strengthening of the corporate and securities industries on year 2014.

This investigation will allow its audience and readers to scheme complex legal judgment regarding the Guaranty Trust. Through the elements analyzed people will understand the reach of the Guaranty Trust and its impact on the constitutional rights of the debtor, assessing the efficiency of this legal institution regarding the boosting of the economy, credit concessions and and the retrieval of the assets involved.

The first chapter includes the main peculiarities regarding the problem investigated, marking the extent and goals of the scientific research.

The second chapter comprises the theoretical, legal and conceptual development of the Guaranty Trust, in order for the audience and readers to be able to deepen their perception of this kind of trust and the constitutional impact it causes.

The third and final chapter marks the research methods used, developing and analyzing the field information acquired, under a quantitative and qualitative perspective, establishing accurate conclusions, recommendations and contributing with a legal proposal for the Ecuadorian society.

INTRODUCCIÓN

El fideicomiso mercantil de garantía es una herramienta jurídica vigente en el Ecuador, desde el año 1998. A lo largo de la evolución de la normativa y el negocio fiduciario, se fue perfeccionando el desarrollo de este negocio, el cual fue adquiriendo mayor relevancia con el transcurrir de los años.

La fiducia en garantía se basa en un contrato privado, cuyas cláusulas son estipuladas en virtud del principio de autonomía de voluntades. Esto le otorga libertad a las partes involucradas, al momento de diseñar sus esquemas de negocio, bajo la limitante de causa y objeto ilícito. Las bondades que brinda a las partes involucradas, abarcan desde la eficiencia como mecanismo de reducción de la siniestralidad de cartera, hasta como vía de favorabilidad para los deudores que tienen que recurrir a la dación en pago para extinguir la deuda por falta de solvencia; esto sin dejar de lado el hecho de que no se recurre a la Función Judicial para la ejecución de una garantía.

A nivel doctrinario –nacional e internacionalmente- han existido ciertos cuestionamientos respecto a la constitucionalidad de los procedimientos de ejecución de garantías, propios de estos contratos de fiducia, los cuales han sido contemplados como una estigmatización, o en ciertas ocasiones como un real problema jurídico. Por esta situación, en nuestro país, se realizaron reformas para que el desarrollo de estos negocios se vea limitado por mandato legal.

Por este motivo es que es necesario realizar un análisis del fideicomiso mercantil de garantía, respecto de su incidencia en los derechos constitucionales del deudor, valorando además su eficiencia para la recuperación de bienes dados en garantía.

CAPITULO I

EL PROBLEMA A INVESTIGAR

1.1 Tema

El fideicomiso mercantil de garantía y los derechos constitucionales del deudor.

1.2 Planteamiento del problema

El Fideicomiso es aquel por virtud del cual una persona (fiduciante) transmite a otra (fiduciario) la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho para lograr una finalidad práctica (de garantía -fiducia cum creditore- o de administración -fiducia cum amico-) (LEXIS S.A., 2016).

El Fideicomiso Mercantil como tal, recibe su más fuerte influencia a través del Derecho Clásico Francés, el cual heredó los principales estamentos del Derecho Romano, desde las primeras manifestaciones en el período arcaico, posteriormente convalidadas en el desarrollo de la República. En esencia, supusieron la transmisión de la propiedad de la persona a otra, por medio de la *mancipatio* o la *in jure cesio*, con el compromiso de quien la recibía de devolverla, cumplida que fuera la finalidad (Azüero, 2005), así también como la *fiducia cum creditore*.

Estas bases jurídicas dieron como fruto al Trust, en el marco del Derecho Anglosajón, figura que constituyó la primera manifestación de la evolución de la fiducia romana. Al Trust se lo conoció con el nombre de "Use" en el siglo doce, en el Derecho Inglés. En aquella época una persona ya le podía transferir tierra a otro para el beneficio de un tercero (Rengifo, La Fiducia. Ed. , Bogotá, 1984, p. 30, 1984) .

A posteriori, en el Ecuador, en el Título XV de la Ley de Mercado de Valores de 1993, se establecieron las primeras disposiciones legales en torno al Fideicomiso Mercantil, reformando el Código de Comercio de la época. Progresivamente, se fue ampliando la cobertura normativa del Fideicomiso Mercantil, acrecentando su alcance conforme la doctrina internacional del Trust, a través de la Ley de Mercado de valores de 1998, en la cual se delinea la naturaleza jurídica del Fideicomiso Mercantil en el Ecuador, acogiendo la doctrina de la total autonomía y separación del patrimonio del fideicomiso y la fiduciaria, incluyendo además las reglas para las acciones por contratos fraudulentos,

una amplia gama de los derechos y responsabilidades de las partes intervinientes en el contrato de fideicomiso, garantizando el lícito flujo en las actividades del negocio fiduciario.

En la actualidad, la Ley de Mercado de Valores promulgada en el 2006, fue reformada e incluida como el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, y se mantiene como la principal norma jurídica vigente, en torno al Fideicomiso Mercantil.

Durante los últimos años, el Fideicomiso Mercantil está siendo cuestionado, bajo perspectivas jurídicas y generales, carente del debido fundamento y motivación, causando una estigmatización social del desarrollo del negocio fiduciario, tanto a nivel local como internacional. En el caso de nuestro país, durante los últimos años el sector político oficialista inició una guerra mediática en contra del Fideicomiso de Garantía, desvirtuando análogamente las bases, alcances y efectos sociales de esta institución jurídica, “satanizándola”, y colocándola como causante de afectaciones patrimoniales al pueblo ecuatoriano. Por este motivo impulsaron una reforma a la normativa legal, estableciendo una disposición prohibitiva al respecto, bloqueando la celebración de nuevos negocios fiduciarios de garantía en respaldo de concesiones de crédito de consumo, causando a la empresa privada una traba y dificultad significativa para poder mantener la seguridad de la recuperación de la cartera. A inicios del año 2014, el discurso oficialista se redujo a decir que los bancos venían cometiendo una serie de abusos, utilizando como herramienta al Fideicomiso de Garantía, causando disminuciones al patrimonio de sus clientes y tachando el hecho de que se aporten al fideicomiso los bienes adquiridos por crédito, mientras que éstos aún se encuentren en proceso de pago; hecho que evidenció que esta clase de fiducia no era el problema, sino las desviaciones causadas por las personas que lo operan.

Mal se hizo en atacar el hecho de que la propiedad del bien se mantenía a favor del fideicomiso, ya que se pasó por alto la realidad de que el negocio se encontraba regulado por leyes claras, así como por el respectivo contrato de fideicomiso y sus contratos accesorios de adhesión. Específicamente en el negocio automotriz, el Fideicomiso de garantía fungió como blindaje de la liquidez de la empresa nacional, considerando que el objeto de la deuda en garantía (vehículo) se deprecia desde el momento en que sale de la concesionaria y entra en uso. Esta situación, entre otras, se

veían altamente controladas por la existencia y marco legal del Fideicomiso Mercantil de Garantía, que permitía al beneficiario ejecutar un procedimiento expedito convencional de garantía, con el cual podía recuperar con agilidad los bienes objeto del crédito, antes de que el índice de depreciación del bien aumente.

En diversos focos locales se entabló una larga difusión de información errónea e infundada, entre la cual se destacaba la denuncia moral de que el negocio de la garantía de obligaciones, mediante la implementación del Fideicomiso Mercantil, era abusivo y perjudicaba a los deudores, quienes veían altamente perjudicados sus derechos constitucionales.

1.3 Formulación del problema

En el ámbito local, conforme a la estigmatización del Fideicomiso Mercantil en los inicios del año 2014, devinieron una serie de reformas legales, de entre las cuales cabe destacar al Código Orgánico Monetario y Financiero, en cuyo Libro II se introdujo a la Ley de Mercado de Valores. En el artículo innumerado posterior al artículo 120 *ibídem*, se estableció una prohibición expresa para la constitución de Fideicomisos de Garantía vehicular, y se restringió severamente los tipos de operaciones crediticias que podían ser respaldadas con esta garantía, afectando el mecanismo jurídico que se había constituido por años como una herramienta de seguridad financiera para Bancos, Casas Automotrices y Financieras, causando un menoscabo al sector empresarial del país. El artículo innumerado del Código Orgánico Monetario y Financiero en mención comprendió lo siguiente:

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

- 1. Créditos de vivienda;*
- 2. Para el desarrollo de proyectos inmobiliarios;*
- 3. Para el financiamiento de infraestructura, circunscritos a la formación bruta de capital fijo;*
- 4. De inversión pública;*

5. *Créditos sindicados conjuntamente con banca pública o instituciones financieras multilaterales;*

6. *Con respaldo de los Fondos de Garantía Crediticia; y,*

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

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

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

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

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

Ahora bien, un deudor, como sujeto susceptible de protección constitucional, goza principalmente del derecho al debido proceso. En este sentido se ha afirmado que la fiducia en garantía es atentatoria del debido proceso, por cuanto al no existir actuación judicial se deja al deudor en estado de indefensión, siendo éste privado de beneficios propios del litigio.

Pero, así mismo, el Fideicomiso Mercantil de Garantía se constituye con la finalidad lícita, plasmada y pactada por medio de un contrato para contar con una herramienta jurídica que aisle un patrimonio, afectándolo a un propósito específico; contrato en el que se establece un procedimiento convencional de garantía que se constituye en ley para las partes; administrado y operado por el fiduciario, ente independiente e imparcial, que además es supervisado por la autoridad de control.

Por lo tanto la formulación del problema se basa en la siguiente premisa: ¿El Fideicomiso Mercantil de Garantía realmente menoscaba los derechos constitucionales del ciudadano?

1.4 Sistematización del problema

Una vez formulado el problema a tratar dentro de la presente investigación, corresponde sistematizarlo mediante interrogantes que permitan concretar una hipótesis, para que mediante el desarrollo investigativo se pueda confirmarla mediante conclusiones precisas y sustentadas:

- ❖ El Fideicomiso Mercantil en sus antecedentes históricos, ¿tiene un origen lícito?
- ❖ ¿Existió un retroceso en la evolución normativa fiduciaria en el Ecuador, al limitar la constitución de fideicomisos de garantía?
- ❖ ¿El fideicomiso mercantil de garantía es un mecanismo que vulnera los derechos constitucionales del deudor?
- ❖ ¿El establecimiento de un procedimiento convencional de garantía consensuado por las partes contratantes vulnera el derecho al debido proceso?
- ❖ ¿El desarrollo del Fideicomiso Mercantil de garantía permite fortalecer la economía del sector empresarial del país, dinamizando las ventas a crédito?

1.5 Objetivos de la investigación

1.5.1 Objetivo general

Analizar el Fideicomiso Mercantil de Garantía y su incidencia en los derechos constitucionales del deudor dentro del proceso convencional de ejecución de garantías.

1.5.2 Objetivos específicos

- ❖ Diagnosticar un Marco Analítico que abarque las principales disposiciones jurídicas respecto del Fideicomiso Mercantil de Garantía Ecuatoriano.
- ❖ Desarrollar un análisis constitucional, sobre la existencia de un estado de indefensión de los deudores ocasionado por el Fideicomiso Mercantil.
- ❖ Evaluar la inclusión de pautas para el diseño y estructuración de adecuados procedimientos convencionales de ejecución de Garantía Fiduciaria.
- ❖ Plantear la reforma del artículo innumerado posterior al artículo 120, Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, que reincorpore la facultad de constituir Fideicomisos Mercantiles de Garantía en la sección de concesión de créditos de consumo.

1.6 Justificación de la investigación

Como estudiante de derecho, me veo en la estricta obligación de aportar a la sociedad una propuesta de reforma al marco regulatorio del Código Orgánico Monetario y Financiero, a fin de restituir la facultad de constituir Fideicomisos Mercantiles de Garantía en la sección de concesión de créditos de consumo

Es mi deber como ciudadano y futuro profesional del derecho, respetar y hacer respetar las normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Así mismo, tengo la responsabilidad moral de combatir con objetividad las tergiversaciones de los mecanismos jurídicos del sistema legal ecuatoriano, comprendiendo específicamente en este caso las finalidades de la implementación del Fideicomiso Mercantil de Garantía como herramienta jurídica de protección del crédito.

Tanto en la opinión pública, como en la de ciertos profesionales que ejercen la profesión en campos ajenos al fideicomiso, existe una errónea percepción de la fiducia mercantil de garantía, conceptualizándola como una herramienta que facilita el abuso financiero del acreedor -particularmente de las entidades bancarias-, considerándola atentatoria del debido proceso.

En este sentido, aparentemente la restricción y prohibición de la constitución de Fideicomisos Mercantiles de Garantía tuvo un origen netamente político, ajeno a los criterios jurídicos aplicables conforme la doctrina internacional. Esta situación surge a partir de la lectura del “Informe del Segundo Debate de la Ley Orgánica de Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil” realizado en la Asamblea Nacional. En ningún momento del desarrollo del debate legislativo se encaminó el Proyecto a prohibir la constitución de los Fideicomisos Mercantiles de Garantía de manera alguna. En la sección pertinente de éste instrumento, se manifestó lo siguiente:

“Sobre los fideicomisos de garantía, la Comisión ha considerado que debe mantenerse esta figura respecto a los bienes inmuebles toda vez que a través de ésta se han desarrollado varios proyectos de carácter inmobiliario muchos de interés social, por lo que no se ve la conveniencia de su derogatoria. Por otra parte sobre los fideicomisos de garantía sobre los bienes muebles se decidió que es pertinente su no eliminación, toda vez que la problemática asociada a los mismos obedece a problemas de control y supervisión que pueden ser regulados con la obligación de inscripción de los mismos en el registro de mercado de valores, y que el contrato respectivo se enmarque en las regulaciones que para el efecto emita la junta de regulación”. (Comisión Especializada Permanente del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control, 2013)

Por los motivos antes expuestos, me he constituido en el deber de investigar con profundidad al Fideicomiso Mercantil de Garantía, a fin de analizar su incidencia en los derechos constitucionales del deudor.

1.7 Delimitación o alcance de la investigación

Tiempo: Mayo a Septiembre del 2016

Lugar: Guayaquil

Objeto de Estudio: Código Orgánico Monetario y Financiero: Libro II: Ley de Mercado de Valores y Constitución de la República

Campo de acción: Derecho Fiduciario y Derecho Constitucional

Espacio: Colegio de Abogados del Guayas

1.8 Hipótesis de la investigación

Si se reforma la disposición prohibitiva de constituir Fideicomisos Mercantiles de Garantía contenida en el Código Orgánico Monetario y Financiero, se lograría mejorar la eficiencia de la recuperación de los bienes que garantizan las obligaciones, sin vulnerar los derechos constitucionales del deudor.

1.9 Identificación de las variables

Variable Independiente: Reformar la disposición prohibitiva de constituir Fideicomisos Mercantiles de Garantía contenida en el Código Orgánico Monetario y Financiero.

Variable Dependiente: Mejorar la eficiencia de la recuperación de los bienes que garantizan las obligaciones, sin vulnerar los derechos constitucionales del deudor.

CAPÍTULO II

2.1 MARCO TEÓRICO

2.1.1 Antecedentes históricos

El principio es la parte más importante del trabajo. En honor al pensamiento de Platón, previo al desarrollo principal de este trabajo, es necesario remontarnos a las instituciones que constituyen cimiento y origen de lo que hoy en día conocemos como el fideicomiso mercantil. Es en el Derecho Romano, el capítulo de la historia donde encontramos los primeros antecedentes históricos propios del fideicomiso mercantil. En lo posterior, surge el Use (*common law* británico) en la época del medioevo.

2.1.1.1 El Fideicomiso en el Derecho Romano

La base de los antecedentes históricos del fideicomiso se encuentra en el derecho romano. Etimológicamente, la palabra fideicomiso proviene del latín *fides* (fé o fidelidad) y *comissus* (encargo o comisión), por lo cual es propio afirmar que el principal factor que gira en torno a esta institución, es la fidelidad. Este es un valor esencial e intrínseco del derecho romano clásico, a través del cual destaca la libre voluntad de obligarse de las personas, otorgando el carácter de vinculantes a los actos jurídicos. “Esa fidelidad quedó sobre todo manifiesta en el concepto jurídico de la bona *fides*, concebida como honradez social que obliga a mantener la palabra dada y a actuar honradamente con sentido común...” (Mentxaca & Churruga, 2015). Es así que dentro de la evolución del Derecho Romano, se incorpora plenamente la *fides* en los negocios jurídicos, surgiendo así la fiducia.

2.1.1.1.1 La Mancipatio y el *Pactum Fiduciaie*

La *mancipatio* era un negocio jurídico solemne perteneciente al Derecho Romano, la cual básicamente consistía en la modalidad genérica de transmitir el dominio, sea ésta por dote, compraventa, legado, etc. Consistía en la venta simbólica que se realizaba por el procedimiento *per aes et libram* (por el cobre y la balanza), ante un *libripens* (funcionario portador de la balanza para pesar el metal a ser entregado como parte de pago en determinado acto jurídico). A través de esta institución operaba la enajenación y

posterior adquisición de las *res mancipi* (cosas mancipables), las cuales comprendieron los fundos ubicados en Italia (y en aquellas donde se concedió el *Jus Italicum*), las servidumbres rurales establecidas sobre las antedichas fincas, los esclavos y las bestias de carga (tales como bueyes, caballos, etc.). La *mancipatio* se utilizó para varias finalidades diferentes –en virtud de su carácter abstracto-, incluyendo al testamento o la emancipación del hijo. Este fue el motivo por el cual se la vinculó a las actividades fiduciarias, considerando que la *fides* comenzó a formar parte esencial en los negocios jurídicos romanos.

El *pactum fiduciae* o la venta con pacto de fiducia consistió en la venta de una res mediante la *mancipatio* o la *in iure cessio* -cesión cuyo fin consistió en la creación y extinción de derechos de señoría-. El negocio se basaba en la convalidación de una condición suspensiva o a su vez el fenecimiento de un lapso previamente establecido. Esta institución jurídica se aplicó, en lo principal, de dos maneras: la *Fiduciae cum creditore* y la *Fiduciae cum amico*.

2.1.1.1.2 *Fiduciae cum creditore*

Según Gorka Galicia, la *Fiducia cum creditore* consiste en:

“aquel negocio jurídico en cuya virtud una persona (fiduciante) transmite en plena propiedad un determinado bien o derecho a otra distinta (fiduciario) para garantizarle el pago de una deuda, con la obligación por parte de ésta de transmitirlo a su anterior propietario cuando la obligación garantizada se haya cumplido (*pactum fiduciae*)” (Galicia Aizpurua, 2014)

Esta aplicación constituye el antecedente más puro del actual Fideicomiso Mercantil de garantía. La *fiduciae cum creditore* operaba en la adquisición de una *res* a título oneroso, como garantía real de los créditos, por el cual el deudor transmitía la propiedad (mediante *mancipatio* o *in iure cessio*) de una *res* al acreedor, con la condición de que restituya el bien una vez que fuera cumplida la obligación principal. En caso de que hubiere suscitado el incumplimiento de la obligación principal, objeto de la fiducia, el acreedor se encontraba empoderado para enajenar la *res* otorgada en garantía, para así

satisfacer el crédito fallido. *A contrario sensu*, si la deuda era cumplida oportunamente, el acreedor se veía inmerso en la obligación de restituir el bien (dado en fiducia) al deudor.

Inicialmente el acto solo se realizaba con la seña de buena fe, aunque en lo posterior se establecieron mecanismos jurídicos de protección para las partes involucradas en esta fiducia, específicamente la *actio fiduciae* y la *actio fiduciae contraria*.

2.1.1.1.3 *Fiduciae cum amico*

La fiducia *cum amico* en el Derecho Romano “consistía en la transmisión de la propiedad por el procedimiento de la *mancipatio* (v.). a cuyo acto, de acuerdo con lo expuesto por Arias Ramos, se acompañaba un convenio mediante el cual el accipiens (v.) se comprometía a la devolución de la cosa recibida o a darle un destino determinado cuando acaeciese una circunstancia preestablecida.” (Ossorio, 2008)

Esta aplicación del *pactum fiduciae*, se basaba en un negocio jurídico celebrado a título no oneroso, y constituyó una máxima expresión de la *fides*, como valor intrínseco del derecho romano; por lo que en un símil con las modalidades del derecho actual, se enmarcaría como antecedente del Fideicomiso Mercantil de Administración. La *fiduciae cum amico* operaba mediante la transmisión de una res al fiduciario, a fin de que éste pudiera ejercer el cuidado y administración del bien, con amplias atribuciones inherentes a las del propietario.

Esta aplicación de la fiducia se utilizaba cuando por medio de una estrecha confianza, el fiduciante requería ausentarse de su localidad doméstica, por lo que surgía la necesidad de encomendar la protección de ciertos bienes a un *amico* (quien fungiría como fiduciario), con la finalidad de éste último pudiera proteger el bien bajo un contrato que si bien le otorgaba la mera tenencia, le confería amplias facultades sobre la res en fiducia.

2.1.1.2 El Fideicomiso en el Derecho Inglés

Posterior a la fiducia en el Derecho Romano, el siguiente antecedente histórico relevante del Fideicomiso lo encontramos en el *Common Law* y en el *Equity*, los cuales

son los cuerpos normativos base del Derecho Inglés, surgidos en la época del medioevo, los cuales se caracterizan, en lo principal, por basarse más en la jurisprudencia que en las leyes como tal. En lo que respecta al *common law* (derecho anglosajón), el antecedente se enmarca en la institución denominada *uses* (o usos), el cual “consistía en la transmisión de tierras, que se realizaba a favor de un testaferro quien las poseería en provecho de sí mismo o de un beneficiario” (Martino, 1986)

2.1.1.2.1 Orígenes del Trust

2.1.1.2.2 El *Use*

Al remontarnos a los orígenes del Trust –o fideicomiso anglosajón-, debemos tratar acerca de los *uses* o usos, institución jurídica vigente en el siglo doce, época en la cual ya se daban transmisiones de tierras *inter partes*, con la finalidad de beneficiar a un tercero. Inicialmente se utilizaba el mecanismo para legar a un tercero quien no era legítimo heredero, por lo cual se utilizaba un intermediario de extrema confianza para que a posteriori lo adquiriera el tercero en mención.

Esta particular situación se generaba por las condiciones impuestas por el common law, que le investía al Rey el dominio pleno y originario de las tierras, así como también la prohibición que pesaba sobre las comunidades religiosas respecto de ser titulares de predios, en virtud de la expedición del estatuto de manos muertas. En el primer caso en mención, resulta que los caballeros que partían en cruzadas, para asegurar el bienestar de su familia, utilizaban la figura del *use*, transmitiendo el bien, y evitando que la corona lo dispusiere de manera diferente, en su ausencia; y, en el caso de la prohibición a comunidades religiosas, estas adquirirían un bien mediante un tercero, pero manteniendo un pacto consistente en que el predio adquirido sería netamente en beneficio de la comunidad.

2.1.1.2.3 El Trust después del *use*

Durante el siglo XIV se generalizó una especie de renovación del *use*. Resulta que en la línea de elementos participantes en la figura inicial, se agregó un eslabón adicional.

El propietario inicial (a) realizaba la cesión de los bienes al *feoffe to use* (b), a fin de que sea un tercero (c) quien use y disfrute los bienes en cuestión. A esta figura tradicional, se agregó una cuarta persona (d). Lo que sucedió es que se facultó al beneficiario inicial para conceder el uso de los bienes dados en *use* a una cuarta persona. En virtud de que no surjan controversias o equivocaciones entre los usos, y la nueva figura, se la denominó a esta *Trust*.

Ya desde el siglo XVIII se comenzó a formalizar más al *Trust*. En 1873 se promulgó la Ley sobre Organización Judicial, la cual estableció que en los casos en que exista contraposición de normas aplicables entre el *como law*, y el *equity*, prevalecerían con mayor jerarquía, las normas de la equidad. Siendo esto preponderante a posteriori, cuando se unieron los dos mecanismos de justicia, siendo la causa de la creación de Salas especiales para la resolución de estas controversias. Finalmente, el antecedente que consolidaría al *Trust* como tal, en Inglaterra, fue el *Trust Act* -1893-, el cual consistió en una recopilación de jurisprudencia en la materia.

2.1.1.2.4 Características del *Trust*

El *Trust* es uno de los estandartes más nobles de la aportación jurídica inglesa, a la cultura del Derecho mundial. Si bien el Derecho Romano fue el cimiento de esta figura jurídica, es la evolución normativa y escalonada del *Trust* en el Derecho Inglés, lo que nos permite operar los negocios fiduciarios tal como se lo aplica en la actualidad, e inclusive lo que permitió al derecho latinoamericano crear normativa del Fideicomiso en base a sus propios estamentos jurídicos, conservando en ciertos casos más características heredadas de la fiducia romana, y otros dando mayor privilegio a las disposiciones heredadas del Derecho inglés.

“La particularidad que distingue al *trust* de otras formas jurídicas similares, está dada por el reconocimiento de la existencia de dos categorías distintas del derecho de propiedad, que recaen simultáneamente sobre la misma cosa” (Carregal, 1982).

Esta distinción se verifica al determinar que la propiedad como tal, recae sobre quien constituye el *Trust*, y a su vez, el beneficiario resulta ser el propietario en equidad, quien ve amparado sus derechos por las normas del *equity*, estando protegido inclusive

ante los legítimos herederos del constituyente o demás sujetos que quisieran vulnerar el legítimo dominio que ostenta sobre el bien fideicomitido.

El término *Trust*, en su literalidad implica la confianza (elemento heredado de la *fides* del derecho romano). Pero al realizar esta distinción, no puede quedar implícito el hecho de que el *Trust* meramente opera por el factor confianza, ya que la connotación de este negocio conlleva a su vez el cumplimiento de obligaciones legales, por lo cual nos alejamos de la acepción de la antigua Roma, donde se consideraba que la fiducia era ante todo, la operación de una cuestión moral (por la fidelidad y confianza como valor intrínseco en el negocio).

- Comentario

Podemos puntualizar que esta modalidad es una obligación que nace de la voluntad expresa de un constituyente, o a su vez surge por ministerio de la Ley, por la cual se restringe la administración de ciertos bienes, dejando a salvo y en protección los derechos en equidad e intereses de un determinado beneficiario del negocio jurídico, quien goza a su vez de la facultad legal para exigir el cumplimiento de determinadas obligaciones fijadas para asegurar sus mencionados intereses.

2.1.1.2.5 Formalidades del *Trust*

Este trust moderno opera mediante la declaración de una persona (considerada constituyente) que manifestaba su ánimo de transmitir ciertos bienes a otra, en calidad de administrador, con el afán de que un tercero obtenga un beneficio; sujetos a una serie de reglas o parámetros definidos para que se cumplan condiciones suspensivas, etc. Esta creación o declaración es efectuada por el constituyente de manera escrita u oral, en donde es vital que se establezca el alcance de su ánimo de crear el *Trust*, y la designación expresa de un beneficiario o la finalidad que se quiere alcanzar mediante ciertas condiciones especiales.

El constituyente debe de ser necesariamente una persona que goce de sus derechos y capacidad civil, a fin de que su declaración de voluntad no se vea viciada, y de manera pura pueda perfeccionarse el ánimo de la transmisión de bienes. Así mismo, cumplida esta condición, es menester que el constituyente sea el legítimo y absoluto propietario de

de los bienes que serán objeto del *Trust*. En esta figura del Derecho Anglosajón se incorpora la facultad de que se puedan transmitir derechos de crédito.

Por esta operación del *Trust*, se generan diversas obligaciones y derechos en equidad. Si bien el *trustee* -persona investida de confianza- recibía la propiedad de bienes, estaba condicionado a su administración en beneficio de un tercero, quien a su vez ostentaba los derechos en equidad por sobre los bienes transmitidos en el negocio jurídico.

2.1.1.2.6 Elementos fundamentales del *Trust*

Como es el caso en toda clase de fiducia, se destacan elementos personales y elementos patrimoniales.

“El trust se integra por los siguientes elementos: el *settlor*, quien proporciona los activos con los cuales se constituye un patrimonio autónomo; el *trustee*, quien administra los activos fideicomitidos con los cuales se constituye el patrimonio autónomo del fideicomitente; el *cestui que trust*, quien recibe los beneficios que se puedan generar, que puede ser el mismo constituyente o un tercero; y el *trust property* que recae sobre una cosa afectable a tal propósito.”
(Aguirre Soriano, 2013)

2.1.2 El negocio fiduciario

2.1.2.1 El Negocio Fiduciario en General

El negocio fiduciario opera por la manifestación expresa de la voluntad de un fideicomitente, por medio de la cual confiere a un fiduciario una serie de atribuciones por sobre bienes o derechos, con el espíritu de que se cumplan con reglas e instrucciones específicas y limitantes, que conllevan como finalidad, el bienestar jurídico de un beneficiario específico.

En la operación del negocio fiduciario es donde se da el perfeccionamiento de la aplicación de las principales disposiciones de los antecedentes históricos del mismo: la realización de un negocio con el factor confianza (proveniente de la *fides* del Derecho Romano) y así mismo el regimiento de la operación en base a una serie de instrucciones

específicas, determinadas por el constituyente o fideicomitente, las cuales tienen un carácter de vinculantes y limitantes para que el fiduciario pueda ejercer sus funciones como tal.

2.1.2.1.1 Tránsito del Trust al Fideicomiso

Comparar expresamente ambas figuras, sería inadecuado, pues como tal, el *Trust* anglosajón sufrió una evolución normativa, a lo largo de diversos siglos, adaptándose a las realidades sociales de cada época y forzando la existencia de un mecanismo de justicia paralelo: el *equity*. A su vez, el Fideicomiso es producto de la adaptación de una institución del common law, al derecho civil romano-francés. Es por esta particularidad que los países sujetos a este régimen proveniente de Roma, adaptaron el Trust al Fideicomiso conforme a las normas del Código Civil de Napoleón.

2.1.2.1.2 Trust y el Régimen legal de Latinoamérica

Fue Andrés Bello quien arraigó inicialmente al Fideicomiso dentro del Sistema Jurídico Latinoamericano, a través de la incorporación de este al Código Civil, como una limitante de la propiedad, lo cual hace evidente que Bello convergió las características del *pactum fiduciae* del Derecho Romano y el *Trust* Anglosajón. A partir de esto, una de las primeras legislaciones que admitieron al Trust (como negocio mercantil) fue la panameña, a través de la Ley 9 de 1925, y a su vez, la mexicana en el año de 1926.

2.1.2.2 El Fideicomiso Mercantil

Luego del análisis realizado por sobre los principales antecedentes del fideicomiso, y las generalidades del negocio fiduciario, compete realizar el análisis objetivo sobre la figura actual del Fideicomiso Mercantil, previo a derivarnos a la sección específica y concentrada del presente trabajo.

2.1.2.2.1 Características

El Fideicomiso mercantil es un contrato oneroso, solemne y principal. Se lo denomina generalmente como un contrato unilateral o bilateral, considerando que la concurrencia del fiduciario es una mera designación producto de la voluntad del fideicomitente, y además considerando que suele tener una finalidad testamentaria, que convierte al beneficiario en un receptor de bienes, derechos y obligaciones.

Su carácter de oneroso se verifica al existir distintas clases de obligaciones a cumplir por cada una de las partes involucradas, así como debidas retribuciones y beneficios económicos respectivamente. Es un contrato principal, en virtud de que es el que da apertura a la vigencia del negocio fiduciario, pudiéndose derivar de este contratos accesorios como el contrato de adhesión o las terminaciones. Recibe el carácter de solemne, en virtud de que a lo largo del sistema jurídico propio de cada país de Latinoamérica, necesita que se cumplan requisitos y formalidades legales previamente establecidas, tales como la constitución del mismo que debe realizarse por medio de instrumento o escritura pública, a fin de que adquiera plena vigencia y su total validez jurídica.

Objeto del Fideicomiso Mercantil, o bienes fideicomitidos, pueden ser aquellos que se encuentren en comercio, quedando al margen los derechos personales puros. De tal manera se puede puntualizar que en esta categoría de bienes, están los bienes corporales, tales como los bienes muebles o inmuebles, además, pudiendo considerarse también a los bienes incorporales, o diversos derechos e intereses económicos.

Finalmente es menester recalcar que en la mayoría de legislaciones latinoamericanas, el Fideicomiso Mercantil mantiene un patrimonio autónomo y en otros casos, personalidad jurídica. Respecto al patrimonio autónomo (encontrado en países como Venezuela, Colombia o Ecuador), se destaca su importancia para prevenir y evitar intromisiones patrimoniales por las operaciones propias de una fiduciaria, hecho que da un carácter afianzador y garantista, respecto de los derechos, ánimo y voluntad del fideicomitente. Esta situación se da, en virtud de que por más que se vea en riesgo el patrimonio de la fiduciaria, por sus operaciones ajenas al fideicomiso mercantil A, el patrimonio de este último no se verá afectado en caso alguno, en virtud de encontrarse

jurídicamente separado, siendo autónomo de los demás activos, pasivos y obligaciones que pudiera tener o contraer la fiduciaria para sí. En la práctica esto es lo que favorece y determina su inembargabilidad, protegiendo las instrucciones del fideicomitente y los derechos del beneficiario.

Respecto a la personalidad jurídica, este es un atributo muy particular del Fideicomiso Mercantil Ecuatoriano. Cabe recalcar que esta finalidad jurídica, en momento alguno conlleva que se lo trate al Fideicomiso Mercantil como una Sociedad Civil o Comercial. Lo que permite su personería jurídica es un mejor desarrollo de sus actividades económicas y cumplimiento de obligaciones generales y tributarias, transparentando así la operación del negocio fiduciario.

2.1.2.2.2 Elementos esenciales

La existencia de estos elementos es indispensable para la adecuada conformación del negocio fiduciario, más allá de las formalidades propias relevantes por su naturaleza jurídica.

Al hablar de estos elementos, podemos determinar que son requisitos formales para que se pueda reputar al contrato como Fideicomiso Mercantil. En primer lugar debe predominar la manifestación expresa de voluntad, por la cual se manifieste el ánimo puro y carente de vicios, respecto de celebrar el contrato. La controversia al respecto surge en torno a la supuesta unilateralidad del Fideicomiso Mercantil, ya que a pesar de que se celebra mediante un contrato solemne, este queda constituido bajo la manifestación de voluntad del fideicomitente y no el clásico acuerdo de voluntades.

Otro elemento esencial del Fideicomiso Mercantil, es el objeto, pues posterior a la manifestación de voluntad, este negocio jurídico necesita de un objeto o finalidad para que nazcan obligaciones, producto de la constitución del contrato, la entrega de bienes y la estipulación de las pertinentes reglas respecto su vigencia, desarrollo, modificación y extinción. Por mandato legal universal, este objeto debe de ser lícito, de acuerdo con la legislación internacional y la legislación propia de cada país, evitando que este negocio

jurídico sea utilizado para cometer Fraude de Ley, o a su vez, que funja como respaldo de actividades ilícitas e inmorales, que contravengan derechos fundamentales.

A falta de cumplimiento o existencia de estos elementos, se puede calificar la inexistencia del acto o contrato como tal, o a su vez la nulidad absoluta del mismo.

2.1.2.2.2.1 Elemento Personal

Este elemento se refiere a la limitación de la propiedad del administrador de los bienes fideicomitidos, establecida con el mero afán de dar cumplimiento a las reglas e instrucciones determinadas en el contrato durante la vigencia señalada para tales efectos por el fideicomitente, a más de las obligaciones generales estipuladas en la Ley.

2.1.2.2.2.2 Elemento Real: el patrimonio

Este elemento comprende la transmisión de bienes y/o derechos por parte del fideicomitente al fiduciario, por medio del contrato constitutivo del Fideicomiso Mercantil, a fin de que estos cumplan cierta razón, frente a la necesidad de otorgar un beneficio a un tercero.

2.1.2.3 Partes que intervienen en el Fideicomiso Mercantil

En el desarrollo de este negocio jurídico, intervienen tres partes claves, denominadas Fideicomitente o constituyente, Fiduciario y Beneficiario o fideicomisario.

a) Fideicomitente

Toda persona que se encuentra en goce de sus derechos y capacidad civil, puede fungir como Fideicomitente en este negocio jurídico, sin perjuicio de que quien resulta ser incapaz relativo, comparezca por el digno intermedio de su representante legal, y proceda a actuar como fideicomitente. Este rol, aparte de personas físicas, puede ser ocupado también por personas jurídicas o personas de derecho público.

En esta sección es menester realizar una distinción particular, ya que siendo el caso, pueden existir a su vez, fideicomitentes adherentes a un fideicomiso mercantil. Si bien no son quienes lo constituyen, adoptan el rol de fideicomitentes, al aportar un determinado bien al patrimonio autónomo del Fideicomiso, sujetándose a las reglas establecidas por el constituyente inicial, dejando su aporte sujeto a una finalidad particular.

b) Fiduciario

El Fiduciario es la persona sobre la cual recae la recepción de los bienes transmitidos, y le corresponde administrarlos o enajenarlos, conforme corresponda según la naturaleza del Fideicomiso Mercantil en cuestión, así como también actuar en pro de conseguir las finalidades estipuladas por el fideicomitente, respetando las reglas que este haya señalado para tal efecto.

En la legislación latinoamericana, existe una particularidad que es menester detallarla: el fiduciario debe de ser una entidad profesionalizada, participe del ámbito financiero y del mercado de valores local. Esta es una gran particularidad frente los antecedentes precios de este negocio jurídico, tanto en contraposición al *pactum fiduciae*, al *use* o al *trust*.

Estas sociedades o entidades fiduciarias están sujetas a disposiciones legales adicionales frente a las entidades mercantiles ordinarias, en lo que respecta a su nacimiento y funcionamiento. Las Superintendencias deben de ejercer un particular control frente a la operación de negocios fiduciarios, más allá del factor confianza existente. Así no es necesario mantener el régimen inglés, cuando se requería el control judicial sobre los negocios fiduciarios.

El fiduciario debe de ser nombrado por el fideicomitente, aunque en ciertos países latinoamericanos, también puede ser designado por el fideicomisario. Aquí la importancia de la comparecencia del fiduciario en el contrato, en virtud de que debe de quedar expresamente plasmada la aceptación del cargo. Existen también causas para que el fiduciario pueda renunciar a su cargo o designación, luego de cumplir con requisitos legales previamente establecidos (aprobados por las Superintendencias), o a su vez, para

que el fideicomitente o el beneficiario puedan proceder a la remoción del mismo, para la designación de uno nuevo.

La importante limitación que tiene el fiduciario, consiste en que bajo ningún motivo puede obtener beneficio alguno respecto de los bienes fideicomitados. Esta regla, en conjunto con la separación del patrimonio, (patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil) permite transparentar las operaciones del negocio fiduciario, y evitando el surgimiento de conflictos de interés. Esta situación es contrastable con la prohibición de ser Juez y parte, ya que ambas son situaciones donde deviene un evidente conflicto de intereses, ya que como partícipes de un negocio o de una Litis, por simple lógica, nadie va a buscar o permitirse perjudicarse así mismo, como pretender salvaguardar sus intereses propios.

c) Beneficiario o Fideicomisario

El beneficiario, o técnicamente denominado fideicomisario, es aquel quien está destinado, conforme las instrucciones del fideicomiso, a recibir los beneficios estipulados por el fideicomitente, así como los bienes fideicomitados con tal propósito.

Para ser beneficiario se requiere contar con plena capacidad civil. Respecto a las incapacidades, hay ciertas diferencias, ya que si bien un menor, como incapaz relativo puede acreditarse como beneficiario del Fideicomiso Mercantil, el o los demás incapaces, no pueden encontrarse inmersos en lo que la ley sucesoria determina como indignos.

Lo usual en la operación del negocio fiduciario, es que el beneficiario exista al momento en que se otorga y perfecciona el contrato de fiducia. En ciertas legislaciones está admitido que sean personas que se prevean que vayan a existir (concebidas) o en cierta manera posibilidad de fungir como beneficiario. Esta última opción, deriva del *Trust* anglosajón, en los cuales se estipulaban como beneficiarios a grupos en general, tales como heridos de una determinada guerra, o afectados por un fenómeno natural recurrente. Inicialmente no se podría determinar quiénes formarían parte de esa categoría, mas con el transcurrir del tiempo y la verificación con las reglas del contrato de fideicomiso, se pudieran considerar nuevos beneficiarios.

2.1.2.4 Clasificación General del Fideicomiso Mercantil

Existen diversas clases de Fideicomisos Mercantiles, por lo que a fin de establecer un marco teórico general, previo al encausamiento en el tema principal de la presente investigación, es menester tratar acerca de los Fideicomisos Mercantiles de Garantía, Inversión, Administración, Inmobiliarios y Testamentarios:

2.1.2.4.1 Fideicomiso Mercantil de Garantía

El Fideicomiso Mercantil de Garantía, o la fiducia en Garantía consiste en una de las variedades más clásicas de este negocio jurídico. Proveniente propiamente desde el Derecho Romano (Fiducia Cum Creditore), la Fiducia en Garantía consiste en un mecanismo para afianzar una obligación principal, bajo el afán de poder garantizar o efectivizar su cumplimiento.

La Fiducia en Garantía es un mecanismo moderno de afianzamiento del crédito, en virtud de la eficiencia de la figura para proteger los derechos del fideicomitente y fideicomisario. Esta clase de Fideicomiso convierte la garantía tradicional (ejecutable en largos procesos judiciales) en una garantía exigible de manera expedita, conforme a un procedimiento de ejecución que comienza con un aviso inicial (comparable con la presentación de una demanda).

“...puede decirse que mediante la fiducia en garantía, una persona, normalmente el deudor, transfiere uno o más bienes al fiduciario con el propósito de que los administre y que proceda a venderlos para el pago de obligaciones que con ellos se garanticen, de no ser satisfechas con oportunidad...” (Rodríguez Azuero, Negocios Fiduciarios, 2005).

2.1.2.4.2 Fideicomiso Mercantil de Inversión

Esta clase de Fiducia Mercantil es utilizada para clientes del fiduciario, o terceros, puedan colocar sumas de dinero en un proyecto de inversión específico, en virtud de los lineamientos estipulados inicialmente por el constituyente. La administración de estos bienes fideicomitados, conlleva que la fiduciaria coloque los recursos con profesionalismo, generando fondos con rendimientos altamente satisfactorios,

procurando una justa distribución de beneficios, conforme a las reglas previas determinadas por el fideicomitente.

2.1.2.4.3 Fideicomiso Mercantil de Administración

Este Fideicomiso encuentra sus antecedentes directos tanto en el Derecho Romano (*Fiducia Cum Amico*) como en el Derecho Inglés (en el mismo *use* y el *trust* anglosajón).

La ventaja del Fideicomiso de Administración, es que la evolución normativa (en comparación con sus antecedentes históricos) ha permitido construir mecanismos legales que garanticen la real y eficiente protección de los derechos e intereses de las partes involucradas en el negocio fiduciario.

“Por el fideicomiso de administración el fideicomitente transfiere a la empresa fiduciaria la propiedad de bienes a fin de que los administre. A modo de ejemplo, se puede transferir un inmueble a un banco con el objeto de que lo arriende, pague los impuestos y entregue la renta neta a una persona determinada.”
(Avendaño Arana, 2013)

2.1.2.4.4 Fideicomisos inmobiliarios

El origen de esta clase de Fiducia Mercantil, se remonta a los inconvenientes y falta de seguridad jurídica en el manejo de proyectos de edificación y adquisición en planos. La constitución de esta clase de Fideicomisos, permite a diversos actores, ser partícipes de un proyecto macro de edificación, sin limitaciones a propietarios de predios, fincas o heredades, quienes no cuentan con los fondos o experticia para armar una operación macro de edificación, juntándolos con quienes pueden aportar con los recursos técnicos y monetarios para desarrollar esa clase de operaciones comerciales.

En esta clase de Fideicomisos Mercantiles, intervienen diversas partes. En primer lugar, están los Fideicomitentes, divididos en el inicial y los adherentes. Los iniciales son quienes tendrán que tener definido el marco base del proyecto, desde la propiedad de los predios, planos, diseños, programas habitacionales, estimación de flujos y esquematización del proyecto, así también como los permisos y requisitos legales que hagan viable un proyecto de tal escala.

A través de la conformación de comités fiduciarios, también participan los promotores, constructores e interventores o fiscalizadores.

2.1.2.4.5 Fideicomisos Testamentarios

Finalmente, en lo que respecta a esta clasificación general de los fideicomisos, cabe destacar al fideicomiso testamentario. A través de esta clase de fideicomisos (que suelen tener un alcance internacional) se establecen mecanismos eficientes de sucesión, que no se limitan a las disposiciones locales testamentarias, y que permiten una canalización de bienes más personalizada para los fideicomitentes que buscan establecer reglas específicas para legar.

2.1.2.5 Causas de Terminación de un Fideicomiso

Cabe determinar que las distintas legislaciones poseen diversas clases de requisitos, condiciones o situaciones en las que un Fideicomiso mercantil incurre en su terminación, más de carácter general, podemos enumerar: el cumplimiento de su finalidad, la imposibilidad de cumplir su fin, la expiración de su plazo o vigencia, declaración de nulidad y la muerte del beneficiario.

En el caso del cumplimiento de su finalidad, es menester considerar que ese es el objeto de constituir en Fideicomiso Mercantil. Si se cumple el propósito o condición determinada por el fideicomitente, la cual, por su naturaleza no es de carácter sucesivo, se debe proceder a su terminación, o a su vez a la entrega de los bienes al beneficiario.

Respecto al fenecimiento del plazo o vigencia, y a la declaración de nulidad del instrumento, resulta más simple. Siendo una obligación pura, el Fideicomiso Mercantil tiene una vigencia estipulada en el contrato. Si ésta se cumple, o a su vez fenece el término máximo legal para el efecto, se debe liquidar el Fideicomiso para proceder a su respectiva terminación.

En el caso de la declaratoria de nulidad del acto constitutivo o si prosperan las acciones de nulidad en su contra, obteniendo como producto resoluciones firmes en contra, el fideicomiso deja de existir.

En el caso en que se señala en el contrato constitutivo la causal de terminación por muerte del beneficiario, sin que se haya designado algún sustituto o a su vez, existan otros beneficiarios principales, se terminará el fideicomiso.

2.1.2.6 Distinción entre el Negocio Fiduciario y el Negocio en Fraude de Ley

Una vez que se ha establecido el alcance y desarrollo del negocio fiduciario, previo a formular el símil respectivo, es menester definir brevemente lo que conlleva el negocio en fraude de la Ley. Este último consiste en la utilización de mecanismos y contratos lícitos para realizar una serie de actos, que si bien pueden tener inicialmente el carácter de legales, se vician en virtud de que se persigue una finalidad estrictamente ilícita o ajena a la Ley.

El Negocio Fiduciario, en su expresión pura, es una actividad lícita, regida por normas existentes previas, bajo la operación de una entidad profesionalizada que – fiduciaria- se encuentra supervisada por un ente de control. La fiducia mercantil no presenta ninguna generalidad o especificidad en su naturaleza jurídica, que pueda considerarse ilícita.

Distinto es, que como cualquier otra actividad lícita y reglada por la Ley, las personas le otorguen una finalidad oculta que permita distraer al ordenamiento jurídico, no exclusivamente para causar muertes, sino también delitos económicos, delitos contra la actividad estatal o financiamiento puro de terrorismo y demás actividades ilícitas.

2.1.3 El Fideicomiso en el Ecuador

Hay diversas particularidades que surgen en las legislaciones latinoamericanas al distinguir al fideicomiso dentro de la estructura normativa. En el Ecuador, no hay excepción, por cuanto en el Código Civil existe el Fideicomiso como una institución propia del régimen civil, y en la Ley de Mercado de Valores (actualmente incorporada al Código Monetario Financiero como Libro II) se ha establecido al negocio fiduciario o fideicomiso mercantil.

2.1.3.1 Incorporación del Fideicomiso Mercantil en el Sistema Jurídico Ecuatoriano

El fideicomiso mercantil aparece en el ordenamiento jurídico, con la promulgación de la Ley de Mercado de Valores de 1993, por medio del Registro Oficial Suplemento N° 199, del 28 de mayo de 1993. En esta etapa, el Derecho Fiduciario daba sus primeros pasos en el Ecuador, aunque las disposiciones contenidas en la primera Ley de Mercado de Valores respecto del Fideicomiso Mercantil, no eran muy extensas.

Aquí se abarcaba un concepto general, muy apegado a la fiducia civil (conforme el Código Civil) o similar al Trust anglosajón de antaño. Se hablaba de una simple transmisión de bienes o dinero al fiduciario, para que este los administre en virtud de las instrucciones conferidas por el constituyente, en relación a una finalidad específica. Se hablaba de un Fideicomiso no revocable, no negociable e inembargable, cuya administración se profesionalizó, imposibilitando a los bancos administrar estos negocios. La Ley de Mercado de Valores de 1993 realmente fue una reforma al Código de Comercio vigente en ese entonces.

Uno de los aportes significativos adicionales, atribuibles a esta primera Ley de Mercado de Valores, es el génesis de la existencia de las compañías Administradoras de Fondos y Fideicomisos, las cuáles debían ser sociedades anónimas, con un objeto enfocado exclusivamente a la administración de fondos de inversión y fideicomisos mercantiles.

En lo posterior, esta Ley contó con su reglamento de aplicación. En este cuerpo normativo se estableció que el Fideicomiso Mercantil era una herramienta perteneciente al Mercado de Valores. A pesar de la intención de profesionalización del negocio fiduciario en el Ecuador, el Reglamento a la Ley de Mercado de Valores (1993) tuvo una disposición contraproducente (artículo 41), por medio la cual se permitió que instituciones del Sistema Financiero Nacional pudieran ser administradoras de negocios fiduciarios, situación que implicaba un retroceso normativo o ambigüedad.

A estos dos cuerpos normativos principales, se sumaron diversas resoluciones dictadas por el Consejo Nacional de Valores o la Superintendencia de Bancos, a fin de estructurar mejor el Régimen Legal Fiduciario.

2.1.3.2 Bases para la formulación de la normativa fiduciaria

Para poder establecer las bases de la formulación del régimen legal fiduciario, es menester recurrir al espíritu de la Ley, cuyas bases fueron plasmadas en la parte considerativa de su promulgación:

“Que una eficiente utilización de los instrumentos financieros en el mercado de valores permite una mejor canalización del ahorro, lo que fortalece el sector productivo, con la consiguiente generación de empleo e incremento en la producción de bienes y servicios;

Que es necesario precautelar los intereses de los inversionistas en valores, democratizar la participación en el capital social de las empresas y velar por un mercado de valores auto sostenido, eficiente, organizado, integrado y transparente;

Que la Ley No. 111, expedida el 26 de enero de 1969 por la Comisión Legislativa Permanente, promulgada en el Registro Oficial No. 144 de 26 de marzo del mismo año, regula el mercado bursátil nacional;

Que algunas instituciones jurídicas necesarias para el desarrollo del mercado de valores no se encuentran reguladas;

Que las condiciones del mercado de valores señaladas en el segundo considerando solamente pueden ser alcanzadas mediante la reestructuración del marco jurídico e institucional vigente...” (Congreso Nacional del Ecuador, 1993)

En relación a los considerandos establecidos en la promulgación de la Ley de Mercado de Valores de 1993, es posible dilucidar que como primer base para la formulación de la normativa fiduciaria, tenemos la necesidad de que se utilice al Mercado de Valores como una vía eficiente de canalización de los recursos captados como ahorro, dentro del Sistema Financiero, acogiendo así parámetros de doctrina y legislación internacional. Así mismo se encuentra que el legislador conceptualizó al negocio

fiduciario como fuente de empleo y potenciador de la industria nacional. Esto demuestra que el Fideicomiso, en general, nació en el Ecuador como un mecanismo de eficiencia financiera y económica.

En segundo lugar, el legislador definió que era necesario incorporar normativa fiduciaria para poder transparentar procesos en Mercado de valores, estableciendo un método de seguridad y prevención en el campo de inversiones.

Finalmente, como tercera base encontramos que al momento previo de promulgación del primer cuerpo normativo fiduciario, no existía un régimen normativo que regularice y forme un verdadero Mercado de Valores en el Ecuador.

2.1.3.3. El Dominio Fiduciario en el Ecuador

“Los bienes objeto del fideicomiso constituyen un patrimonio destinado a un fin predeterminado, patrimonio que no podrá verse afectado por las eventuales quiebras y deudas del constituyente, del fiduciario, ni del fideicomisario” (Gonzalez Torre, 1996)

En el Ecuador, el dominio fiduciario se refiere a una serie de bienes que constituyen un patrimonio autónomo. Este patrimonio se refiere a la separación de los bienes aportados un Fideicomiso, de los bienes propios de la Fiduciaria que lo administra. Este es un mecanismo para proteger los intereses tanto del fideicomitente así como de los beneficiarios o de la finalidad determinada para el fideicomiso al momento de su constitución. Es decir, a pesar de que por la naturaleza del contrato de fideicomiso mercantil se transfiere el dominio de bienes, éstos se mantienen independientes de los adquiridos a título propio para sí por parte de la fiduciaria.

Esta separación patrimonial o constitución de un patrimonio autónomo, conlleva la separación jurídica y económica de los bienes propios de la fiduciaria, de los bienes cuya administración le ha sido encomendada. Claro está que podría cuestionarse que no puede existir un patrimonio determinado, sin que éste sea ostentado por un titular. He aquí la razón por la cual el Fideicomiso Mercantil ecuatoriano goza de personalidad jurídica.

En general, se determina que el patrimonio autónomo de los bienes fideicomitidos, poseen las siguientes características:

“a) La derogación de la garantía ilimitada de la que disponen los acreedores. Los bienes que conforman estos fondos no pueden ser agredidos por ningún acreedor del constituyente, del administrador o del beneficiario del Fondo.

b)La limitación a la libre disposición de los recursos del Fondo. Las facultades de disposición, uso y disfrute sobre los bienes que conforman el Fondo se encuentran predeterminados por la ley.

c)La presencia de un ente (persona natural o jurídica) administrador de este patrimonio, excepto el caso del fideicomiso bancario o de titularización en que se tiene al titular del dominio fiduciario.

d)El control contable separado de las operaciones que se realizan en la ejecución el propósito específico.” (Villanueva Gutierrez, 2013)

2.1.3.4 Evolución Normativa del Fideicomiso en el Ecuador:

Con el transcurso de los años, el Ecuador fue tecnificando sus prácticas de negocios fiduciarios, hecho que permitió que la normativa aplicable sufra una adecuada evolución, que perfeccione al Fideicomiso Mercantil.

2.1.3.4.1 Ley de Mercado de Valores de 1998

A fin de actualizar y extender la normativa de la Ley previa, mediante Registro Oficial 367 del 23 de Julio de 1998 se promulgó la Ley de Mercado de Valores de 1998. Es mediante la expedición de este cuerpo normativo cuando se profesionaliza íntegramente la operación del negocio fiduciario en el Ecuador. Se puntualiza esta situación en relación por los siguientes motivos, expuestos en relación al contenido de la norma en mención:

a) **Tecnificación de las Fiduciarias:** En la L.M.V. de 1998, se creó un régimen específico para la creación y operación de las denominadas Fiduciarias o Administradoras de Fideicomisos. Su objeto social se limitó en virtud de la doctrina internacional, que requiere que las fiduciarias se dediquen exclusivamente al negocio fiduciario, por cuanto requiere una particular gestión y administración, distinta a cualquier otra clase de negocio. Además, se estableció un monto de capital mínimo de constitución y patrimonio mínimo, considerando que estas entidades deberían tener un respaldo y soporte financiero especial, que garantice su adecuado funcionamiento.

b) **Conformación conceptual completa del Fideicomiso:** En la Ley de Mercado de Valores de 1998 se establece la conceptualización del Fideicomiso, en el artículo 109 *ibídem*:

“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.” (Lexis S.A., 1998)

c) Se jerarquiza la inembargabilidad de los bienes fideicomitados.

2.1.3.4.2 Codificación de la Ley de Mercado de Valores del 2006 y su posterior incorporación al Código Orgánico Monetario y Financiero

Mediante Registro Oficial Suplemento del 22 de febrero del 2006 se promulgó la codificación de la Ley de Mercado de Valores. Este cuerpo normativo es la base pura del derecho fiduciario en la actualidad. Si bien sufrió ciertas reformas a través de los años, su estructura no se vio afectada ni modificada. El único cambio trascendental fue que en virtud de la disposición general décimo octava del Código Monetario y Financiero, la L.M.V. entró a formar parte de esta norma, como su libro II.

2.1.4 La fiducia en garantía

2.1.4.1 Nociones

El tratadista Ramiro Rengifo refiere al respecto de la fiducia en garantía o fideicomiso mercantil de garantía, lo siguiente:

“Mediante la fiducia en garantía el propietario de unos bienes y quien necesita garantizar créditos que se le han otorgado o se le van a otorgar por parte de terceros, transfiere dichos bienes a un fiduciario para que éste los tenga en beneficio de aquellos terceros acreedores, de tal suerte que si el deudor no paga, el acreedor o acreedores pueden solicitarle al fiduciario que enajene el bien o bienes, con su producto pague sus acreencias y que el remanente lo tenga a favor del fiduciante. Para el caso de que el fiduciario no logre vender el bien, deudor y acreedores pueden pactar en el contrato de fiducia que los últimos recibirán el bien en dación en pago.” (Rengifo, La Fiducia: Legislación Nacional y Derecho Comparado, 2001)

El Fideicomiso Mercantil de Garantía es un contrato solemne por el cual comparece uno o más deudores, transfiriendo uno o varios bienes al fiduciario, con la finalidad de respaldar o afianzar el cumplimiento de una obligación estipulada a favor de un tercero.

Conforme a las instrucciones del Fideicomiso, cuando un deudor incumpla con el pago oportuno de la deuda, el fiduciario debe proceder a la ejecución de la garantía, mediante la venta del bien aportado, a fin de poder cubrir el monto fallido a favor del tercero. *A contrario sensu*, si el deudor cumple oportunamente con sus obligaciones, el bien será restituido al mismo.

En el Ecuador, la constitución del contrato de Fideicomiso Mercantil de Garantía, por ser solemne, se realiza mediante escritura pública. Con la finalidad de contar con garantías idóneas que respalden las obligaciones que adquieran los deudores, el

fideicomitente constituye el Fideicomiso para que las antedichas personas se adhieran al contrato constitutivo, aportando el bien adquirido a crédito y garantizando las obligaciones adquiridas.

2.1.4.2 Los bienes fideicomitados en garantía

La constitución de la Garantía Fiduciaria puede realizarse sobre bienes de toda clase de naturaleza, sean éstos muebles o inmuebles, o materiales e inmateriales.

“La utilización del Negocio Fiduciario es meramente instrumental y, por consiguiente, aunque se obtienen las evidentes ventajas...ella no mejora la calidad de los bienes dados en garantía.” (Rodríguez Azuero, Negocios Fiduciarios, 2005) Por este motivo es importante destacar que la finalidad general de operar un negocio fiduciario en garantía, no es la potenciación o revalorización de los bienes aportados, mas bien consiste en el respaldo de obligaciones de una manera en que todas las partes involucradas obtengan sus propios beneficios, particulares del Fideicomiso Mercantil y el procedimiento de ejecución de garantía fiduciaria.

La fiduciaria se encuentra en la obligación de la verificación de los bienes. Inicialmente debe medir y ponderar la buena calidad del bien entregado en garantía, para que pueda concretarse una venta oportuna y efectiva, a fin de que sea relevante la necesidad de constituir el Fideicomiso (para esto se debe realizar un avalúo que determine la realidad del precio del bien). Además, se debe verificar la naturaleza y comerciabilidad del bien, ya que el fideicomiso no puede ser mecanismo de simulación, fraude o financiamiento de actividades ilícitas.

Este es un negocio donde opera la esencia de la confianza pues en casos de bienes inmuebles o muebles, el bien dado en garantía permanece en posesión del fideicomitente que realiza el aporte, por lo cual debe mantenerlo en óptimas condiciones.

Aún así, en nuestro país contemplamos que los bienes fideicomitados no suelen ser siempre conservados propiamente, o inclusive, no son restituidos de buena fe cuando corresponde, por lo que las fiduciarias (en amparo del contrato principal) dan por

terminado el comodato precario, a fin de recuperar el bien y culminar con el procedimiento de ejecución iniciado.

2.1.4.3 El procedimiento de ejecución de la garantía fiduciaria

El Fideicomiso Mercantil de Garantía se caracteriza por ser una herramienta eficiente en la recuperación de los bienes que garantizan un crédito. Da ventajas óptimas a todas las partes involucradas:

a) Permite el respeto de un avalúo comercial real de un bien fideicomitado, lo que facilita al deudor la dación en pago del bien. Esto facilita que el deudor extinga la deuda por intermedio de la dación en pago, en la mayoría de situaciones. Esto es muy ventajoso frente al embargo del bien dentro de un proceso judicial, en el que se realiza un avalúo con peritos propios del sistema judicial, obteniendo un monto de avalúo muy inferior al avalúo comercial y real del bien a rematar.

b) Permite al acreedor contar con un mecanismo eficiente y raudo de recuperación de cartera o bienes que garantizan una operación crediticia. En el procedimiento clásico de garantías por títulos valores o demás clases de negocios jurídicos de afianzamiento, el acreedor se ve obligado a recurrir a la vía judicial, lo cual conlleva un lapso muy dilatado para poder recuperar un vehículo, considerando las propias demoras del sistema judicial.

Esto trae dos clases de consecuencias: la primera es el deterioro y depreciación del bien, situación que es claramente entendible, debido a la mora del proceso hasta que llegare el momento de restitución del bien y el riesgo que asume el acreedor de no recuperar el vehículo por acciones fraudulentas del deudor.

2.1.4.3.1 Pasos y etapas del procedimiento de ejecución

Este procedimiento es una estipulación contractual propia de este negocio fiduciario, por lo que está regido, a más de la normativa fiduciaria, a los principios básicos del derecho civil, en lo que respecta a las obligaciones y contratos.

Recordemos que el contrato es el acto mediante el cual, una parte se obliga a dar o hacer o no hacer una cosa, a favor de otra. Las partes concurren a la celebración de un contrato, de manera libre y voluntaria. En lo que respecta al contrato de Fideicomiso Mercantil de Garantía, no hay excepción alguna: las partes libremente convienen las estipulaciones específicas y concurren y celebran el acto. Estas partes gozan de su plena capacidad civil para contratar, por lo cual hay validez de sus disposiciones.

a) Existencia de las condiciones previas

A fin de que se proceda a dar inicio al procedimiento de ejecución, deben de reunirse requisitos y condiciones previas (el deudor tiene que estar inmerso en causal de ejecución). Por excelencia, el Fideicomiso -por intermedio de la fiduciaria- debe de ser notificado por parte del acreedor -sea este fideicomitente o beneficiario- respecto de un incumplimiento puntual del deudor. Este aviso deberá estar respaldado instrumentalmente.

b) Aviso de incumplimiento al deudor

Superada la primera etapa, la fiduciaria deberá proceder con un aviso escrito al deudor, dentro del cual por lo menos debe de incluirse los nombres completos del fideicomitente adherente –deudor- incumplido, así como los datos completos del vínculo jurídico que lo une con el contrato principal -contrato de adhesión-; la o las causales de ejecución invocadas, sustento del inicio del procedimiento; el detalle de los valores vencidos reclamados y los respectivos soportes instrumentales de éstos, y; la solicitud expresa de cumplimiento de las obligaciones vencidas dentro del término prudencial acordado en el contrato principal.

El aviso de incumplimiento debe de efectuarse en la dirección en que el deudor expresamente haya establecido mediante el contrato, a fin de que las fiduciarias realicen la entrega con la presencia de un Notario público (afianzando la validez del proceso y legitimidad de la entrega del aviso).

c) Contestación y descargos

Luego de recibido el aviso, el deudor tiene un término más que prudencial -suele fijarse en cinco días- para pronunciarse al respecto, indicando y demostrando que ha satisfecho las obligaciones pendientes, que al efecto no se encuentra en causal de incumplimiento y ejecución, o a su vez, que ha llegado a un acuerdo directo con el acreedor. Si se verifica que no procede la ejecución termina el procedimiento.

d) Vencimiento del Término y retiro del bien

En el caso de que fenezca el término pactado *inter partes*, la Fiduciaria da por terminado el comodato precario y debe retirar el bien que permanece en tenencia del deudor, debiendo seguir detalladamente las instrucciones del fideicomiso para tal efecto.

2.1.4.4 El conflicto y debate en torno a la ejecución de la garantía fiduciaria

A lo largo de los años, en el ámbito doctrinario en general, ha surgido una contraposición de criterios en torno a la Fiducia Mercantil en garantía. Existen ciertas corrientes que alegan que la ejecución de estas garantías vulneran el debido proceso y el derecho a la defensa del deudor. Esta situación sagazmente se la ampara en que no se permite ser oído al deudor, quien tampoco podría defenderse instrumentalmente de la situación presentada en un aviso de incumplimiento previo a una ejecución de garantía fiduciaria.

Por principio general y disposición del Código Civil, el contrato es Ley para las partes. En la práctica de la fiducia en garantía en el país, los deudores ingresan a ser regidos por el contrato principal, en virtud de la adhesión contractual que realizan. En estas adhesiones, bajo pleno conocimiento del contenido del contrato principal, los deudores se convierten en fideicomitentes adherentes, aceptando así todas las reglas pre existentes del contrato. Esto incluye la naturaleza del procedimiento de ejecución, los requisitos previos que se deben reunir para su inicio y los demás pasos que conllevan el desarrollo de este procedimiento.

- Comentario

Producto de la investigación realizada hasta esta etapa, y por el análisis de contratos de fideicomisos mercantiles de garantía, hemos encontrado que las disposiciones de los procedimientos de ejecución son claras y lícitas.

2.1.4.5 La estigmatización social en contra de la fiducia en garantía

En este ámbito comenzaron a prevalecer estigmatizaciones sociales y políticas, por encima del análisis jurídico meritorio; mientras que ya se debatían reformas al régimen jurídico societario-mercantil (incluyendo aquí a la Ley de Mercado de Valores). En el medio digital El Ciudadano, consta el resumen de ponencia del Presidente de la República, Rafael Correa, respecto a nuestro tema, manifestada en el Enlace Ciudadano N° 363 del 1 de marzo del 2014, llevado a cabo en Cutuglagua, Pichincha.

“El Presidente Rafael Correa ratificó que la política económica del Gobierno de la Revolución Ciudadana es el ser humano sobre el capital, y que no permitirá los abusos sobre todo del capital financiero.

En el Enlace Ciudadano 363, el Mandatario dijo que es necesario eliminar los fideicomisos de garantías que es un contrato mediante el cual el deudor transfiere un activo a un patrimonio autónomo para garantizar con el y/o con su producto el cumplimiento de una o varias obligaciones.

Cuando el deudor incumple la obligación se ejecuta la garantía y se enajena el bien para el pago de la obligación.

El Mandatario reiteró que hay abusos con el fideicomiso de garantía, porque el deudor está sujeto al pago de comisiones, tasas y cargos adicionales a las tasas de interés.

El fideicomiso de garantía, según el Mandatario, tiene condiciones excesivamente favorables para el banco por sobre los intereses del deudor y otros acreedores como trabajadores y el Estado. Asimismo, se evidencia una disminución del patrimonio del prestatario, porque el bien fue transferido a un patrimonio autónomo y no es propiedad del prestatario.

En el informe de labores, el Presidente reveló que existen 2.061 fideicomisos, con un patrimonio de 2.966 millones de dólares de garantía que representan casi el 40% del total de negocios fiduciarios.

El comportamiento del mercado de los fideicomisos de garantía son automotrices con 1.411 millones de dólares, comerciales \$ 904 millones, contingentes fondos de liquidez y convenios 545 millones de dólares y en vivienda 106 millones de dólares.

Ante esa situación anunció que solo se constituirán fideicomisos de garantía inscritos en el Mercado de Valores, de acuerdo con la normativa de la Junta Bancaria para operaciones crediticias de infraestructura, principalmente de vivienda, operaciones de crédito con varios prestamistas (instituciones multilaterales) y créditos productivos específicos, pero no se podrán constituir fideicomisos de garantía sobre operaciones de crédito de consumo, comercial o microcrédito.

Con la Revolución Ciudadana se le acabó la fiesta al capital financiero, comentó el Mandatario.” (MNC/El Ciudadano, 2014)

- Comentario

A criterio personalísimo, considero que estas manifestaciones forman parte de una estigmatización social. En esta manifestación se mencionan abusos relativos al negocio de la Fiducia Mercantil en Garantía, tales como pago excesivo de tasas, etc.

¿Acaso hay algún mecanismo de garantía o ejecución de garantía que sea a título gratuito?

Los costos y tasas, son parte de los parámetros que el ente de control (Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros) vigila y controla a las administradoras de fideicomisos (fiduciarias). Estas sociedades mercantiles no fijan y establecen precios a libre albedrío Se regulan precios en base al costo de operación del negocio fiduciario, en el marco de un negocio que es a título oneroso, que permiten la

rentabilidad del mismo, sin menoscabar el hecho de que existen beneficios para cada una de las partes involucradas.

Otro de los motivos por los que se ha denominado a esto estigmatización social, es en lo que concierne a la queja respecto a la disminución del patrimonio del prestatario. Cuando una persona adquiere un bien a crédito, claro está que no goza plenos derechos sobre el mismo, hasta que éste satisfaga sus obligaciones íntegramente, comode hecho sucede en la venta con reserva de dominio.

Constituida una hipoteca (bien inmueble), o un gravamen por una venta con reserva de dominio (inmueble), el deudor no puede enajenar el bien, por seguridad jurídica y financiera del deudor (a más de la lógica común). Estas son limitaciones del dominio, necesarias para garantizar una deuda. El patrimonio del deudor no se disminuye respecto de un bien pagado al 100%, sino de un bien adquirido a crédito, y permanece fuera de su dominio hasta que satisfaga el precio completo, situación que se instrumenta mediante contratos solemnes, que lo amparan al deudor a ejercer sus derechos propia y oportunamente.

- Comentario

Es comprensible que su mayor segmento esté en el ámbito automotriz, bienes de alto consumo y demanda en el país, a más de que estos sufren una rápida depreciación, por lo que el acreedor de estas operaciones necesita una garantía adecuada.

2.1.4.6 La reforma, su evolución y sus contradicciones:

El 25 de abril del 2013 comenzó la tramitación del Proyecto de la Ley de Optimización y Fortalecimiento del Sector Societario y Bursátil, asignada a la Comisión Especializada del Régimen Económico y Tributario y su regulación y control. Durante las primeras etapas se recibieron a diversos partícipes de todo el ámbito Societario y Bursátil, incluyendo representantes de las Casas de Valores, Bancos, sectores automotrices e inmobiliarios y a la Asociación de Administradoras de Fondos y Fideicomisos (a más de la participación de los mismos assembleístas, miembros de la comisión y los ministros de Estado correspondientes, etc.) De esta manera está

determinado que fueron partícipes de la formación de esta Ley, los actores más relevantes y empoderados con conocimiento y experiencia en los negocios fiduciarios y de valores.

El 25 de octubre del 2013 se realizó el informe del segundo debate en la Asamblea Nacional. Dentro de este informe, es menester recalcar la parte relevante a nuestra figura en estudio, el Fideicomiso Mercantil de Garantía:

“Sobre los fideicomisos de garantía, la Comisión ha considerado que debe de mantenerse esta figura respecto a los bienes inmuebles toda vez que a través de ésta se han desarrollado varios proyectos de carácter inmobiliario muchos de interés social, por lo que no se ve la conveniencia de su derogatoria. Por otra parte sobre los fideicomisos de garantía sobre los bienes muebles, se decidió que es pertinente su no eliminación, toda vez que la problemática asociada a los mismos obedece a problemas de control y supervisión que pueden ser regulados con la obligación de inscripción de los mismos en el registro de mercado de valores, y que el contrato respectivo se enmarque en las regulaciones que para el efecto emita la junta de regulación.” (Asamblea Nacional, 2013)

- Comentario

De esta manera surge aquí la controversia en lo que respecta al análisis del proceso de formación de esta Ley Orgánica. La comisión especializada y la Asamblea, dentro de un procedimiento de análisis, concluyeron expresamente que el fideicomiso mercantil de garantía debía de permanecer vigente con plenitud, aunque solo era necesario trabajar en la regularización de la normativa de control de los procesos de ejecución. Esto es concordante con lo estudiado dentro del presente trabajo al momento, en el cual se ha podido comprender los beneficios de la implementación del negocio fiduciario en garantía, en pro de todos sus partícipes, acreedor, deudor y fiduciario.

Resultó equívoco, contradictorio y contraproducente que en el texto final de la Ley Orgánica en cuestión, se prohiba expresamente la celebración de Fideicomisos Mercantiles de Garantía sobre negocios de créditos de consumo, y más preocupante que se imponga una restricción a este negocio fiduciario respecto de operaciones crediticias automotrices. El gobierno manifestó conocimiento de que la Fiducia en Garantía conformaba el 40% del volumen de los negocios fiduciarios en el país, y aún así decidió

menoscabar una herramienta jurídica, causando considerables impactos al sector crediticio y de la fiducia en el país.

En el caso del negocio fiduciario, no solo se afectan las fiduciarias, sino también aquellos acreedores fideicomitentes, ya que pierden un mecanismo de garantía, teniendo que limitar sus operaciones crediticias, siendo esta la causa de afectación a potenciales deudores, ya que no podrán acceder a un método más sencillo y menos complicado que las garantías ordinarias.

2.1.5 Derechos Constitucionales del deudor y la Ejecución De Garantía Fiduciaria

En lo principal, como persona amparada por la Constitución de la República, el deudor goza de todos los derechos y garantías constitucionales, destacando inclusive la prohibición de la prisión por deudas. Bien podemos determinar que sobresalen entre estos, la Seguridad Jurídica y el Debido Proceso (artículos 82 y 76 de la Constitución de la República). En el debate doctrinario general, y en la estigmatización social a nivel local, se ha señalado que los Derechos Constitucionales que menoscaba la Fiducia en Garantía, son el Debido Proceso y la Seguridad Jurídica.

2.1.5.1 Alcance

Para comprender el alcance del Debido Proceso, es menester recurrir al análisis que efectúa Jorge Zavala Egas:

“Actualmente el derecho al debido proceso va mucho más allá que cumplir con la norma-regla que supone el hecho de un procedimiento y preceptúa la necesidad de la defensa ante un juez imparcial, se trata ahora de una norma principio con todas las consecuencias que su adhesión implica, incluso para la determinación de su contenido.

Desde este contemporáneo punto de vista el debido proceso es un derecho fundamental resultante de un conjunto de principios que deben operar en todo tipo

de procedimiento, pues se trata de un deber.” (Zavala Egas, Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, 2010)

La Seguridad Jurídica, es un derecho más práctico y preciso, pues conlleva el cumplimiento y acatamiento de las disposiciones legales del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

2.1.5.2 Análisis del efecto de Derechos Y Garantías Constitucionales y el espíritu de las obligaciones

Las disposiciones, derechos y garantías constitucionales gozan de absoluta jerarquía en relación con el resto de la normativa en el Ecuador, conforme lo establece el artículo 424 de la Constitución de la República y el numeral cuarto del artículo 11 ibídem (las normas no pueden restringir derechos y garantías constitucionales). Este es el punto de partida para determinar que toda Ley, desde su formación, espíritu y promulgación, debe pasar por estrictos controles de constitucionalidad, a fin de que puedan tener validez y relevancia jurídica. No pueden establecerse disposiciones que contravengan un derecho constitucional, por cuanto tienen carácter de vinculante para el legislador.

Ahora bien, por este motivo no se limita el campo de aplicación de los derechos constitucionales, a las actuaciones administrativas o judiciales. A lo largo del desarrollo de toda clase de negocios jurídicos, subsiste el respeto a los derechos, principios y garantías constitucionales. Es así que mientras la operación de un negocio jurídico no sobrepase ningún derecho constitucional, se mantiene el respeto a la Seguridad Jurídica.

Por ejemplo, en análisis de la prohibición de que una persona no pueda ser sancionada por un acto que no exista o esté determinado como tal, podemos realizar una comparación entre la aplicación en materia penal o administrativa, versus el régimen civil-contractual el cual abarca la esencia y espíritu de las obligaciones. Así como no puedo ser sancionado en un procedimiento judicial en relación a una infracción penal no existente, o no puedo ser castigado en un procedimiento administrativo con una sanción que no esté estipulada en el cuerpo normativo pertinente, tampoco se me puede ejecutar una penalidad dentro de un marco contractual, si ésta no está debidamente estipulada dentro de las cláusulas del instrumento -cláusula penal-.

A este respecto, cabe entrar en un breve análisis. El sujeto A contrató a B para la realización de determinado negocio jurídico. B cumple su obligación extemporáneamente, y A pretende forzarlo para que le cancele una multa del 50% de la cuantía del contrato. La cláusula penal del instrumento civil, determina que la multa por cumplimiento tardío, solo asciende al 2% de la cuantía del contrato. Por principio fundamental y esencia constitucional, B no puede afectarse por una penalidad que no está en estipulada en el acuerdo inter partes.

Otro ejemplo, A y B acuerdan por medio de un instrumento solemne, como precio de un negocio jurídico, la cantidad de cien mil dólares de los Estados Unidos de América. En el supuesto no consentido de que A quiera exigir a B un precio al triple de lo estipulado, B está totalmente amparado, en ejercicio a su derecho a la defensa, a judicializar el asunto, y reclamarlo o en caso de irregularidades, demandar la nulidad del mismo.

Ahora bien, nuevamente en lo que corresponde a cláusulas penales, para su ejecución deben de existir notificaciones previas, dentro del término establecido en un contrato previo, se efectúan descargos y luego se ejecutan las penalidades del caso. En un Pagaré, si el deudor principal no cancela, el acreedor tiene la facultad de ejercer su derecho al cobro al deudor solidario. ¿Cuál es el caso de éstos ejemplos?

A pesar de la existencia del debido proceso como garantía fundamental y constitucional, esto no es limitante para que no se respete el principio de autonomía de voluntades del derecho civil general, así como la libertad a la hora de realizar actos y contratos, siempre y cuando no comprendan objetos ilícitos. “En general puede decirse que esos efectos de las obligaciones configuran en su conjunto, el régimen legal establecido con el fin de asegurar la satisfacción de los derechos crediticios correlativos a ellas” (Ospina, 1984).

De tal manera, cuando nos obligamos por medio de un contrato, estamos regidos al cumplimiento del mismo en relación a las reglas e instrucciones estipuladas dentro del instrumento, con respeto a la libertad y capacidad para contratar y obligarse de las

personas, estando facultados para realizar negocios jurídicos que no contravengan las buenas costumbres y la Ley.

2.1.5.3 El debido proceso y el procedimiento de ejecución de la garantía fiduciaria

Una vez que hemos determinado el alcance del procedimiento de ejecución de garantía fiduciaria, y los efectos del debido proceso, es menester que relacionemos estos dos estamentos, y ponderar si realmente pueden coexistir dentro del desarrollo de un negocio jurídico.

“...los derechos de autonomía civil o comercial son derechos-poder que inciden en la esfera jurídica de los demás con riesgo de lesión para sus derechos fundamentales. Por ello deben de estar sometidos a límites y vínculos...” (Ferrajoli, y otros, 2011).

Si bien el proceso de ejecución es fruto de estipulaciones contractuales que han sido convenidas y aceptadas libre y voluntariamente por las partes, este no se encuentra exento de aprobar el análisis y ponderación de constitucionalidad, razón fundamental por la cual existen Derechos Fundamentales que supervigilan toda clase de actos.

Pues recordemos que “la incorporación de estos a las constituciones es seguramente su rasgo jurídico más sobresaliente y decisivo, pues de ese modo cumplen su función más característica, la de encarnar límites y vínculos frente al ejercicio de cualquier poder constituido.” (Prieto Sanchís, 2013)

A pesar de que el principio de autonomía de voluntad prevalece en los negocios civiles privados, este no puede dar como fruto disposiciones contractuales que vulneren o quebranten derechos fundamentales, por cuanto son límites de los actos de los sujetos.

- Comentario y Análisis

La problemática del Fideicomiso Mercantil de Garantía, durante su existencia en el Ecuador y Latinoamérica, ha girado en torno al posible menoscabo de los derechos

constitucionales del deudor. Esto en virtud de que transgrediría el derecho constitucional y fundamental al debido proceso, falta de tutela judicial efectiva y hasta seguridad jurídica. Los detractores de esta figura alegan que el procedimiento de ejecución no respeta el debido proceso y que no se aplican las normas apropiadas.

El proceso de ejecución no es una invención de la administradora de fideicomisos (fiduciaria) ni tampoco del beneficiario o fideicomitente de una fiducia mercantil en garantía. El proceso de ejecución, tal como se lo ha investigado *a priori*, conforma una estructura pre establecida dentro del contrato principal, acordada y aceptada por todas las partes involucradas. El contrato de adhesión es un contrato accesorio a un contrato principal como lo es el Fideicomiso Mercantil de Garantía. Por medio de la adhesión, el fideicomitente adherente o deudor conoce y acepta las estipulaciones del contrato principal, y de manera libre y voluntaria se somete a las disposiciones de éste.

Una vez que el deudor adquiere la calidad fideicomitente adherente, ya es considerado parte del fideicomiso mercantil de garantía. Si durante el desarrollo de este negocio, resulta que nuestro fideicomitente adherente incumple con determinados pagos, incurre en la causal de ejecución de garantía estipulada en el contrato solemne de Fideicomiso.

Una vez reunidos los requisitos previos, el acreedor da el aviso al Fiduciario, solicitando el inicio del procedimiento de ejecución, en virtud de haberse cumplido con las condiciones contractuales libremente aceptadas por las partes para este efecto. No habría una vulneración de garantía constitucional alguna en esta fase del negocio fiduciario en garantía, en virtud de que se siguen estipulaciones aceptadas por los partícipes legítimos del contrato en cuestión.

Continuando con el procedimiento de ejecución, la fiduciaria notifica de manera instrumentada al deudor en el domicilio y dirección que éste ha señalado contractualmente para tal efecto, la situación de mora en que se encuentra. La fiduciaria no ha tomado acciones aún contra el bien fideicomitado. Está poniendo al tanto de la situación al deudor, para que dentro de un período oportuno exponga sus descargos y solicite lo que en derecho le correspondiere.

Este hecho se lo cumple con la solemnidad particular de entregar el aviso de incumplimiento en presencia de un notario que da fe pública del acto, garantizando al deudor la transparencia del procedimiento de ejecución. Si existiere un aviso que no esté de acuerdo con el contrato, no hay disposición alguna que impida al deudor recurrir a la justicia ordinaria.

En esta etapa de la ejecución de la garantía fiduciaria, el deudor puede contestar formular y sustentar sus descargos, conforme se lo ha acordado dentro del contrato principal de fideicomiso mercantil, al cual libremente se adhirió mediante la firma de un contrato accesorio. Si documenta que no está en causal de ejecución o que ha llegado a un arreglo, culmina el procedimiento de ejecución, caso contrario, o si no contesta, deviene la siguiente fase. Esta etapa descrita, se asemeja a la etapa de ejecución de una cláusula penal contractual -no interviene un juez o autoridad administrativa, pero se respetan las normas jurídicas, y se procede conforme a las reglas contractuales-.

Si corresponde la continuación de la ejecución de la garantía fiduciaria, el deudor deberá cancelar el monto adeudado o entregar el bien en dación en pago. En caso de que no se concrete un acuerdo de pago mediante el cual el fideicomitente adherente o deudor solucione el incumplimiento, contractualmente el fiduciario está facultado a retirar el bien -situación contractual aceptada previamente por el deudor-. Esta es una situación básica, análoga, de causa y efecto.

Una vez que el fiduciario está en tenencia del bien, procede en base a las instrucciones del contrato, sea vendiendo el bien para entregar al beneficiario, el producto de esta, o como pago de la obligación incumplida. Las partes en todo momento se encuentran facultados de reclamar sus derechos ante la autoridad competente.

En ningún momento encontramos pautas de posibles vulneraciones de derechos constitucionales dentro de este procedimiento convencional. Si se suscita un abuso de derecho, no se podría atribuir la situación al negocio fiduciario en garantía. Al incurrir en incumplimiento, el deudor es sometido a un procedimiento de ejecución, cuyas cláusulas fueron conocidas y aceptadas por sí mismo.

La ejecución de la garantía fiduciaria es un procedimiento más expedito que el juicio, y afianza los derechos de un acreedor, fomentando que exista una amplia oferta de

créditos en el mercado, factor necesario en pro de mantener una buena economía en un país. Este procedimiento es más conveniente para ambas partes, en relación con los procedimientos judiciales ordinarios aplicables para las garantías. Pues la recuperación de bienes vendidos en crédito bajo la figura de venta con reserva de dominio, dilatan mucho la recuperación de la cartera. Además, son perjudiciales para el deudor, cuando éste pretende dar el bien en dación en pago, debido a que los avalúos judiciales son muy bajos en relación a los avalúos comerciales implementados en los fideicomisos mercantiles de garantía.

Es menester recalcar que no hay indicios de vulneración de derechos, en virtud de que las etapas del procedimiento de ejecución son completamente lícitas, basadas en el principio de autonomía de voluntades, en lo cual, el debido proceso no tiene aplicación directa, por la falta de desarrollo de un proceso judicial o administrativo. Esta situación es avalada por el análisis que Alfredo Morles Hernández realizó para la Federación Latinoamericana de Bancos:

“El fiduciario no tiene atribuidas funciones jurisdiccionales, no actúa como juez ni dirime conflictos... No puede haber lesión del derecho de defensa si no ha habido juicio y el fideicomiso evita o suprime el procedimiento judicial. En caso de abuso o de otra anomalía proveniente del cumplimiento del contrato, queda abierta la instancia jurisdiccional” (Morles Hernandez, 2014)

2.1.6 La Legitimidad De La Fiducia En Garantía

2.1.6.1 La licitud del Procedimiento de Ejecución de Garantía Fiduciaria

“...tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en México y Colombia, para citar dos ejemplos representativos, la figura se acepta hoy de manera pacífica con argumentos que, en términos generales, serían aplicables en otras latitudes, porque se ha hecho notar que no es una situación de controversia la que debe ser juzgada por el fiduciario, sino la simple circunstancia de hecho de que, en una cierta fecha, no se haya producido un pago. No hay pues en la gestión que debe cumplir el fiduciario ningún campo para la calificación subjetiva sobre la conducta de las partes sino simple y llanamente, sobre la circunstancia de no haberse realizado el

pago. Pero, además, no se trata de que el acreedor disponga por sí y ante sí del bien recibido en garantía sino que tal bien ha sido transferido previamente por parte del deudor al fiduciario, en forma deliberada y consciente, encomendándole una determinada gestión que puede traducirse, seguramente, en la venta del bien y en el pago al acreedor, pero incluso, al cumplimiento de otras finalidades, si la suma lo permite. Y por último, no parece que haya propiamente una privación del derecho de defensa si se advierte que la renuncia anticipada a controvertir cualquier circunstancia accesorias tiene un contenido eminentemente patrimonial y dispositivo, como el que estaría implícito en un acuerdo transaccional que tal cosa previere.” (Rodríguez Azuero, El Fideicomiso Mercantil Contemporáneo, 2007)

- Comentario

El análisis previo efectuado respecto del debido proceso y el procedimiento de ejecución de garantía fiduciaria, es concordante con la postura de Sergio Rodríguez Azuero. El fiduciario es la parte a la cual se le ha encomendado el cumplimiento de las instrucciones del contrato principal. Para iniciar la ejecución de la garantía, el fiduciario no cumple un rol de juzgador ni se dedica a ponderar una situación en mérito de reconocer derechos y obligaciones a ninguna parte. En el contrato -a cuya celebración las partes concurren libre y voluntariamente- están estipuladas las reglas y requisitos para que la ejecución de la garantía fiduciaria sea viable. Es decir, el fiduciario debe únicamente cumplir con las reglas acordadas por las partes, en virtud de que lo han facultado para tal efecto.

En este sentido, se determinaría que la ejecución de la fiducia mercantil no contraviene principios legales, fundamentales o constitucionales. Distinto es que se lleven a cabo procedimientos de ejecución con irregularidades, en virtud de una inobservancia de las estipulaciones contractuales o de la inadecuada estructuración de las reglas para el desarrollo de este procedimiento. Esta situación negativa no es atribuible a la existencia de la fiducia en garantía por sí misma; correspondería al abuso de derecho por una de las partes intervinientes y una posible falta de vigilancia por el ente de control.

En el desarrollo de todo negocio jurídico, las partes están contractual y legalmente obligadas a dar cumplimiento de las obligaciones generadas, conforme a lo pactado o

establecido en la norma objetiva, pero los partícipes del sistema legal son personas que carecen de perfección.

El hecho de que uno de estos partícipes del negocio fiduciario actúe de mala fe, con dolo o en aras de cometer fraude, no es atribuible a que la Fiducia en Garantía es lesiva. En cualquier etapa del desarrollo del fideicomiso o del procedimiento de ejecución, las partes se encuentran empoderadas para acudir al respectivo régimen de resolución de controversias, para hacer valer sus argumentos, o inclusive, en casos especiales, recurrir a las acciones constitucionales, por cuanto consideran que se les debería de resarcir un derecho o garantía constitucional.

2.1.6.2 El Fideicomiso Mercantil de garantía y el volumen de negocios fiduciarios

La fiducia en garantía es un negocio legítimo, y constituye un mecanismo eficiente para el desarrollo de negocios jurídicos. Estos fideicomisos han sido el mecanismo fiduciario más relevante en el mercado desde la época previa a la reforma de la Ley de Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil hasta la actualidad, moviendo miles de millones de dólares en el mercado nacional.

a) Período 2013

Conforme los datos oficiales, publicados por el Diario el Comercio, el desarrollo de los 4390 negocios fiduciarios se encontraba dividido al 31 de octubre del 2013, de la siguiente manera:

Fideicomisos Inmobiliarios: 11%

Titularizaciones: 3%

Fideicomisos de inversión: 1%

Fideicomisos de administración: 38%

Fideicomisos de garantía: 47%

(Para revisar el gráfico estadístico véase el anexo A)

Ocupando un 47% del volumen nacional de estos negocios, se encontraba el Fideicomiso Mercantil de Garantía, con 2061 contratos –siendo el fideicomiso más relevante a nivel nacional.

Estos 2061 contratos de Fideicomiso Mercantil de garantía representaban 2966 millones de dólares, según el medio de comunicación El Ciudadano –administrado por la Secretaría Nacional de Comunicación-. El volumen específico de estos negocios se distribuía de la siguiente manera:

Automotores: 48%

Comerciales o de consumo: 30%

Convenios: 18%

Vivienda: 4%

(Para revisar el gráfico estadístico véase el anexo B)

Los segmentos del Fideicomiso Mercantil de garantía que pasarían a ser restringidos por la reforma al Código Orgánico Monetario y Financiero, corresponden a las garantías automotrices y comerciales –o de créditos de consumo-. Se restringió la constitución de negocios fiduciarios en garantía que conformaban el 78% del volumen de los fideicomisos mercantiles, los cuales representaban un patrimonio de 2315 millones de dólares -1411 millones y 904 millones entre garantías automotrices y comerciales, respectivamente-.

- Comentario

Resulta ilógico bloquear y prohibir negocios que representan mas de dos mil millones de dólares para la economía nacional. No se trata de dinero que circula entre los accionistas de las fiduciarias y beneficiarios de estos contratos. Estos fondos dinamizaban la economía nacional, considerando todos los actores y partícipes del negocio fiduciario involucrados, sin perjuicio de ser un estímulo importante para las entidades financieras que confieren créditos, en virtud de ser un mecanismo altamente usado a nivel nacional.

- b) Período 2016

En la actualidad, según las estadísticas oficiales de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros a corte del 31 agosto del 2016, el desarrollo de los 4364 negocios fiduciarios se encuentra dividido de la siguiente manera:

Fideicomisos Inmobiliarios: 13%

Titularizaciones: 2%

Fideicomisos de inversión: 2%

Fideicomisos de administración: 39%

Fideicomisos de garantía: 44%

Fideicomisos de Gestión: 0%

(Para revisar el gráfico estadístico véase el anexo C)

En este período 2016, el volumen de negocios fiduciarios se distribuía entre Fideicomisos de Garantía, de administración, titularizaciones, inmobiliarios y de inversión. Ocupando un 44% del volumen nacional de estos negocios, se encuentra el Fideicomiso Mercantil de Garantía, con 4869 contratos administrados por 30 compañías administradoras de fideicomisos –siendo el fideicomiso mas relevante a nivel nacional.

- Comentario

La Fiducia en Garantía resulta ser el principal negocio fiduciario del país, por ser el más utilizado y generar la mayor cantidad de fondos en estímulo de la economía nacional. Por el análisis estadístico podemos colegir que en los pocos meses de vigencia plena del fideicomiso mercantil de garantía -desde octubre a agosto del 2013-, se mantuvo una tendencia de crecimiento de este negocio fiduciario, por consiguiente un mayor flujo de dinero inyectado en la economía nacional, demostrando que es una mecanismo eficiente para todos sus fines lícitos.

2.1.6.3 Autonomía de Voluntad, libertad para contratar y la ejecución de garantía fiduciaria

El contrato de Fiducia Mercantil en garantía, conserva la esencia de su legitimidad en principios básicos del Derecho Civil. Entre estos destacan principalmente la autonomía de voluntad y la libertad para contratar.

Al hablar de la autonomía de voluntad, es menester recurrir a uno de los maestros del derecho civil contemporáneo, Arturo Alessandri Rodríguez:

“...es la aplicación en materia contractual de los principios liberales e individualistas proclamados por la Revolución Francesa y que alcanzaron su mayor auge durante el siglo XIX. Si los derechos, se dice, son meras facultades que la ley reconoce a los individuos para que puedan desarrollar su personalidad y satisfacer sus necesidades, si la libertad es la base de la actividad humana, claro está que aquéllos pueden obrar como mejor les plazca, no siendo, naturalmente, contra el orden público o las buenas costumbres.” (Alessandri Rodríguez, 1990)

Por la prevalencia del principio de autonomía de voluntades, las partes involucradas dentro del contrato de Fideicomiso Mercantil, se encuentran en la libertad de estipular cuanto les conviniera en afán de la consecución de sus finalidades individuales, siempre y cuando no se contravenga el orden público.

Por lo tanto, este es el eje principal del cual nace la estipulación de los requisitos previos y el procedimiento de ejecución de garantía fiduciaria como tal. En base a las necesidades del acreedor, y respetando los derechos fundamentales del deudor, se crea un marco contractual que permita desarrollar la Fiducia en Garantía, a fin de que todas las partes puedan beneficiarse en de las bondades de este negocio jurídico.

2.2 MARCO LEGAL

2.2.1 Constitución de la República:

Dentro del marco de análisis general de esta investigación, es necesario tener en cuenta el alcance de las disposiciones de la Carta Magna respecto de los derechos constitucionales atribuibles al deudor, en virtud de ponderar una posible vulneración en los procedimientos de ejecución de garantías fiduciarias. Los derechos a contemplar para tal efecto son el Debido Proceso y la Seguridad Jurídica.

El debido proceso es un derecho fundamental que consiste en el fiel cumplimiento de las leyes y estamentos legales en torno a una persona, así como la importancia de la legitimidad de su defensa. Su alcance constitucional está reglado en el artículo 76 de la Carta Magna:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.” (Asamblea Constituyente, 2008)

El Derecho a la Seguridad Jurídica como principio constitucional, supervigila el adecuado desarrollo de los negocios fiduciarios:

“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.” (Asamblea Constituyente, 2008)

- Comentario

Conforme se han realizado los análisis respectivos en el marco teórico, se desprende que la naturaleza del debido proceso es aplicable a los procedimientos judiciales y administrativos. Sería erróneo pretender aplicar estas disposiciones al ámbito contractual civil y mercantil, en virtud de que no son actos jurisdiccionales. En lo que respecta a la Seguridad Jurídica, va ligado intrínsecamente al tema, considerando que el Fideicomiso Mercantil de Garantía, no puede violar o transgredir derechos constitucionales ni norma alguna del régimen legal ecuatoriano, específicamente las propias de su naturaleza, que son la Ley de Mercado de Valores y el Código Civil.

2.2.2 Código Civil:

Por lo expuesto a lo largo del presente trabajo, hay normativa del régimen sustantivo civil que abarca al Fideicomiso Mercantil, por cuanto es un contrato del cual se emanan obligaciones interpartes en base al principio de autonomía de voluntad:

“Art. 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.” (Congreso Nacional de la República del Ecuador, 2005)

“Art. 1454.- 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.” (Congreso Nacional de la República del Ecuador, 2005)

“Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

Que sea legalmente capaz;

Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.” (Congreso Nacional de la República del Ecuador, 2005)

“Art. 1561.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.” (Congreso Nacional de la República del Ecuador, 2005)

“Art. 1576.- Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.” (Congreso Nacional de la República del Ecuador, 2005)

- Comentario

La esencia de las obligaciones contenida en el Código sustantivo civil, es la base de las disposiciones y estipulaciones contractuales que se desarrollan en el contrato de fiducia en garantía. Precisamente la autonomía de voluntades nace en el artículo 1453 del Código Civil, en donde se establece que las obligaciones nacen de las convenciones voluntarias de las partes que se involucran en el negocio jurídico.

Claro que esta norma sustantiva recoge los principios y reglas para que se considere capaz a un sujeto de obligarse, conforme se estipula en el artículo 1461. Esto conlleva que no cualquier sujeto puede comprometerse legalmente, por lo que entendemos que las personas capaces son quienes pueden obligarse en los fideicomisos mercantiles.

En el artículo 1561 del Código Civil se establece una regla básica que confirma la legitimidad del contrato de Fiducia en garantía: El contrato es ley para las partes. Cuando los distintos partícipes del negocio fiduciario constituyen un Fideicomiso Mercantil de Garantía, libre y voluntariamente están sujetos a las disposiciones contractuales acordadas, incluyendo el sometimiento a los procedimientos de ejecución y respetando siempre la intención de las partes al contratar –esencia de las obligaciones y autonomía de la voluntad-.

2.2.3 Código Orgánico Monetario y Financiero: Libro II: Ley de Mercado de Valores (L.M.V.)

La Ley de Mercado de Valores, contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, constituye la principal fuente normativa aplicable para los negocios fiduciarios. A continuación se detallan las disposiciones más relevantes al respecto:

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

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

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

El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato.” (Congreso Nacional del Ecuador, 2006)

- Comentario

La esencia de la Fiducia en Garantía se consolida en un contrato mercantil. Para su caracterización específica hay que recurrir a la Ley propia de la materia: La Ley de Mercado de Valores. En el artículo 109 *ibídem*, se definen las particularidades del contrato de fiducia en garantía, entre las cuales sobresalen su patrimonio autónomo y dotación de personalidad jurídica, sin que esto conlleve que se considere al Fideicomiso como una sociedad civil o mercantil.

“Art. 110.- El contrato de fideicomiso mercantil deberá otorgarse mediante escritura pública.

La transferencia de la propiedad a título de fideicomiso se efectuará conforme las disposiciones generales previstas en las leyes, atendiendo la naturaleza de los bienes.

El fideicomiso mercantil 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, altruistas o filantrópicos, tales como los que tengan por objeto el establecimiento de museos, bibliotecas, institutos de investigación científica o difusión de cultura, o de aliviar la situación de los interdictos, los huérfanos, los ancianos, minusválidos y personas menesterosas, podrán subsistir hasta que sea factible cumplir el propósito para el que se hubieren constituido.” (Congreso Nacional del Ecuador, 2006)

“Art. 113.- De la transferencia a título de fideicomiso mercantil.- La transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita ya que la misma no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario y se da como medio necesario para que éste último pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato. Consecuentemente,

la transferencia a título de fideicomiso mercantil está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones ya que no constituye hecho generador para el nacimiento de obligaciones tributarias ni de impuestos indirectos previstos en las leyes que gravan las transferencias gratuitas y onerosas.

La transferencia de dominio de bienes inmuebles realizada en favor de un fideicomiso mercantil, está exenta del pago de los impuestos de alcabalas, registro e inscripción y de los correspondientes adicionales a tales impuestos, así como del impuesto a las utilidades en la compraventa de predios urbanos y plusvalía de los mismos. Las transferencias que haga el fiduciario restituyendo el dominio al mismo constituyente, sea que tal situación se deba a la falla de la condición prevista en el contrato, por cualquier situación de caso fortuito o fuerza mayor o por efectos contractuales que determinen que los bienes vuelvan en las mismas condiciones en las que fueron transferidos, gozarán también de las exenciones anteriormente establecidas. Estarán gravadas las transferencias gratuitas u onerosas que haga el fiduciario en favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que las disposiciones generales previstas en las leyes así lo determinen.

La transferencia de dominio de bienes muebles realizada a título de fideicomiso mercantil está exenta del pago del impuesto al valor agregado y de otros impuestos indirectos. Igual exención se aplicará en el caso de restitución al constituyente de conformidad con el inciso precedente de este artículo.

Se entiende en todos los casos por restitución la transferencia de dominio que haga el fiduciario a favor del mismo constituyente, del bien aportado a título de fideicomiso mercantil, en las mismas condiciones en las que fueron transferidos inicialmente.

Las constancias documentales sobre los derechos personales derivados del contrato de fideicomiso mercantil no constituyen valores.” (Congreso Nacional del Ecuador, 2006)

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

1.- Requisitos mínimos:

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

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

- a) La facultad o no y la forma por la cual el fiduciario pueda emitir certificados de participación en los derechos personales derivados del contrato de fideicomiso mercantil, los mismos que constituyen títulos valores, de conformidad con las normas de titularización que dicte el C.N.V.; y,
- b) La existencia o no de juntas de beneficiarios, de constituyentes o de otros cuerpos colegiados necesarios para lograr la finalidad pretendida por el constituyente y,
- c) Los demás requisitos que establezca la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

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

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

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

c) La determinación de circunstancias que no se hayan destacado con caracteres visibles en la primera página del contrato al momento de su celebración, a partir de las cuales se derive, sin ser ilegal, una consecuencia en contra del constituyente o beneficiario, o que conlleve la concesión de prerrogativas a favor del fiduciario;

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

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

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

(Congreso Nacional del Ecuador, 2006)

- Comentario

Las disposiciones de los artículos 110, 113 y 120, contienen las solemnidades necesarias para la constitución de un contrato de fiducia, así como los requisitos mínimos que éste debe de contener. Como todo negocio jurídico específico, deben existir normas

previamente establecidas que rijan la aplicación del principio de autonomía de voluntades, tal como el caso de la compraventa. Es decir, si bien las partes gozan de libertad para establecer condiciones y estipulaciones contractuales, es menester que también existan parámetros que delimiten el accionar de los sujetos partícipes del negocio fiduciario en salvaguarda de la Seguridad Jurídica.

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

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

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

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

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

Cualquier estipulación contractual cuyo objeto o efecto sea eludir o burlar el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se entenderá no escrita.” (Congreso Nacional del Ecuador, 2006)

- Comentario

La reforma anti *trust* en garantía, se basó en argumentos análogos que no estuvieron reflejados en los debates de la Asamblea Nacional. Medios oficialistas utilizaron como argumento la vulneración de derechos constitucionales del deudor y abusos, como excusa para que desaparezca esta figura.

No obstante, cabe recalcar que en el último ejercicio fiscal -2013- previo a la promulgación de la Ley que restringió los fideicomisos mercantiles de garantía, el volumen del negocio fiduciario en garantía, ocupaba el primer puesto en su categoría, con “2061 fideicomisos mercantiles registrados. En segundo y tercer lugar se encontraron los negocios fiduciarios en administración y proyectos inmobiliarios, con 1600 y menos de 500 fideicomisos mercantiles registrados” (MNC/El Ciudadano, 2014), respectivamente.

Estos 2061 fideicomisos mercantiles de garantía vigentes hasta tal fecha, representaban un negocio de casi tres mil millones de dólares, monto considerable que estimula positivamente la economía local. Mediante la promulgación de la Ley Orgánica de Fortalecimiento y Optimización del Sector Solitario y Bursátil, se invalidó un mecanismo legal eficiente para el respaldo de la emisión de créditos de consumo y recuperación de bienes –artículo innumerado posterior al 120 de la Ley de Mercado de Valores-. Los fideicomisos mercantiles de garantía que únicamente se pueden celebrar en la actualidad, no representan ni el 15% de las operaciones que se realizaban previo a la promulgación de la Ley, por lo que se perdió una herramienta eficaz para el respaldo de los créditos de consumo.

2.2.4 Convenio de la Haya sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento: *Hecho el 1 de julio de 1985; entrado en vigor el 1º de enero de 1992.*

“Artículo 2

A los efectos del presente Convenio, el término "trust" se refiere a las relaciones jurídicas creadas - por acto inter vivos o mortis causa - por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un trustee en interés de un beneficiario o con un fin determinado.

El trust posee las características siguientes:

- a) los bienes del trust constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del trustee;
- b) el título sobre los bienes del trust se establece en nombre del trustee o de otra persona por cuenta del trustee;

- c) el trustee tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del trust y las obligaciones particulares que la ley le imponga.

El hecho de que el constituyente conserve ciertas prerrogativas o que el trustee posea ciertos derechos como beneficiario no es incompatible necesariamente con la existencia de un trust.” (Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, 1985)

- Comentario

A fin de recalcar la relevancia del Fideicomiso –trust por su denominación anglosajona-, es imperativo conocer que existe legislación internacional al respecto. Esta normativa es de autoría de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, la cual reconoció al Trust como negocio jurídico relevante a nivel internacional.

2.3 MARCO CONCEPTUAL

2.3.1 Autonomía de Voluntad

“Potestad que tienen los individuos para regular sus derechos y obligaciones mediante el ejercicio de su libre arbitrio, representada en convenciones o contratos que los obliguen como la ley misma y siempre que lo pactado no sea contrario a la ley, a la moral, al orden público o a las buenas costumbres” (Ossorio, 2008)

2.3.2 Beneficiario

En Derecho Mercantil: dicese del sujeto o parte a favor de quien se constituye un Fideicomiso o Negocio Fiduciario.

2.3.3 Causales de ejecución

Son las condiciones que se estipulan en el contrato de Fideicomiso Mercantil de garantía, que reglaran la apertura del procedimiento de ejecución de garantía fiduciaria.

2.3.4 Common Law o Derecho Anglosajón

“Esta expresión inglesa significa literalmente ley o Derecho Común; y así se denomina el Derecho consuetudinario inglés. Castillo y Alonso lo define como el “conjunto de prácticas, costumbres y observancias a que da vida la conciencia jurídica del pueblo inglés, y que, constituyendo la fuente más interesante y copiosa de su Derecho, se exterioriza mediante declaraciones del Parlamento y, más singularmente, de los tribunales de justicia” (Cabanellas, 1993)

2.3.5 Comodato Precario

“Se aplica cuando la persona que ha facilitado el bien en un contrato de comodato se reserva el derecho de pedir su restitución en cualquier momento o cuando no hay plazo para la restitución ni se fija la finalidad u objeto para lo cual se aplica el bien.” (Casado, 2009)

También se lo denomina como préstamo de uso. Es el acto jurídico por medio del cual, un Fideicomiso Mercantil entrega el bien fideicomitado a los fideicomitentes adherentes, estando estos últimos condicionados a devolver el bien en caso de que sea requerido.

2.3.6 Contrato

“Es una convención por la cual dos partes se obligan recíprocamente, o sólo una de las dos, prometen y se obligan para con la otra a darle alguna cosa, o a hacer o no hacer tal cosa.” (Pothier, 1978)

2.3.7 Debido Proceso

“El debido proceso, que constituye un límite a la actividad estatal, se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos” (García Ramírez, 2012)

2.3.8 Derecho constitucional

“Conjunto de normas jurídicas que regulan la organización fundamental del Estado, los derechos fundamentales de los individuos y agrupaciones” (Lexis S.A., 2016)

2.3.9 Equity o Equidad

Inicialmente aplicados exclusivamente por los Tribunales o Cortes de Equidad, “la equity es el conjunto de principios constituidos a partir de los precedentes del antiguo Tribunal de la Cancillería... cuyo origen es dos siglos posterior al de los Tribunales del Common Law, y aplicadas por los Tribunales ingleses.” (Falcón y Tella, 2005)

2.3.10 Fideicomiso Mercantil

En nuestro régimen jurídico latinoamericano, hay una amplia diversidad (conforme a cada país) respecto al alcance conceptual del fideicomiso, ligada exclusivamente al hecho de que cada legislación contiene particularidades frente a las demás, e inclusive algunas destacan innovaciones destacables, como la autonomía del patrimonio fiduciario, aquí en Ecuador.

El Fideicomiso Mercantil es la institución jurídica, por medio de la cual una persona denominada constituyente o fideicomitente, transfiere bienes o derechos a un patrimonio autónomo, para la administración de un fiduciario, quien se encuentra regido a

determinadas reglas e instrucciones de administración, a fin de cumplir una finalidad específica o dar beneficios expresos a un tercero designado por el fideicomitente.

El Fideicomiso Mercantil conlleva “...el establecer un conjunto de limitaciones al fiduciario, precisando que, si bien es propietario frente a tercero, carece de facultades dispositivas ilimitadas, salvo aquellas que le ha conferido el acto constitutivo o le resulten necesarias para el cumplimiento de la finalidad prevista...” (Rodríguez Azuero, Negocios Fiduciarios, 2005).

2.3.11 Fideicomitente

“Persona que ordena o dispone el Fideicomiso” (Lexis S.A., 2016). En términos coloquiales, al referirnos al Fideicomitente, se trata del Constituyente del contrato de Fideicomiso Mercantil.

De este término deriva el fideicomitente adherente. Sin ser el constituyente inicial, el fideicomitente adherente es aquella parte que se adhiere posterior a la constitución del contrato principal de fiducia, aportando bienes al patrimonio autónomo del Fideicomiso.

2.3.12 Fiducia en garantía o Fideicomiso Mercantil de Garantía

Por la operación de esta clase de fiducia, “el deudor transfiere determinados bienes a una entidad fiduciaria con el objeto de respaldar una o más obligaciones principales”. (Rengifo García, 1998)

2.3.13 Fiduciario o Fiduciaria

Institución legalmente autorizada para brindar servicios en el campo de negocios fiduciarios profesionalizados, quien es responsable de la administración de los fideicomisos mercantiles.

2.3.14 Garantía

“Efecto de afianzar lo estipulado” (Real Academia Española, 2016).

2.3.15 Incumplimiento

El incumplimiento es la comunicación mediante la cual la Fiduciaria pone en conocimiento del Fideicomitente Adherente moroso, la solicitud de ejecución de la garantía fiduciaria, efectuada previamente por el beneficiario del contrato principal de Fideicomiso Mercantil.

2.3.16 Obligación

Es “el vínculo legal, voluntario o de hecho que impone una acción o una omisión.” (Cabanellas, 1993)

2.3.17 Pactum Fiduciae

Pacto de fiducia, o fiducia. “En el Derecho Romano, contrato traslativo de la propiedad de una cosa al acreedor, por la mancipación o cesión judicial de la misma, con la promesa que el acreedor hacía de restituir la cosa luego que hubiere sido pagada. (Cabanellas, 1993)

2.3.18 Patrimonio Autónomo

Se entiende por patrimonio autónomo al conjunto de bienes creado a través de un Fideicomiso Mercantil, así como aquellos derechos, créditos y obligaciones que le sean transferidos a título de Fideicomiso Mercantil. El patrimonio del Fideicomiso Mercantil goza de autonomía al ser independiente del de su administrador, la fiduciaria.

2.3.19 Personalidad Jurídica

“Jurídicamente, la personalidad o personería representa la aptitud para ser sujeto de Derecho” (Ossorio, 2008)

2.3.20 Ponderación

“Método de análisis consistente en determinar el peso o trascendencia de cada uno de los principios constitucionales en el caso concreto que se juzga, tratando de buscar una solución en armonía o equivalencia” (Zavala Egas, Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, 2010).

2.3.21 Procedimiento de Ejecución de la garantía fiduciaria

Es el trámite previsto en el contrato de Fideicomiso Mercantil, para proceder a la venta o dación en pago del bien fideicomitado por parte del fideicomitente adherente, que incumpla con las obligaciones mantenidas con el beneficiario, o a su vez con las establecidas contractualmente.

2.3.22 Seguridad Jurídica

(Carbonell, 2004) sostiene que la seguridad jurídica es un derecho fundamental que comprende y abarca la existencia de un Estado de Derecho, en sentido formal, comprendiendo la preexistencia de normas claras que deberán ser respetadas por los poderes públicos y privados.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1 Definición de la metodología de la investigación

En la presente investigación se implementará una metodología mixta de exploración, considerando que este particular enfoque “va más allá de la simple recolección de datos de diferentes modos sobre el mismo fenómeno, implica desde el planteamiento del problema mezclar la lógica inductiva y la deductiva” (Hernandez Sampieri, Fernandez-Collado, & Baptista Lucio, 2006). La metodología es mixta en virtud de que se implementarán enfoques cuantitativos y los cualitativos.

“Las técnicas cualitativas son un instrumento tan válido como el de las cuantitativas y, si bien, las discrepancias y variabilidad internas de escuelas y autores son importantes, nada impide delinear una a modo de estrategia básica que, como hilo conductor, las aglutine y agrupe.” (Ruiz Olabuénaga, 2012)

La principal característica de la investigación cualitativa, se basa en la implementación de entrevistas como la principal herramienta de apoyo. “Esta suele ser practicada por los investigadores de esta escuela en su modalidad abierta y no estructurada, entendida como una conversación controlada por el arte de saber formular preguntas y de saber escucharlas.” (Ruiz Olabuénaga, 2012). Se implementará adicionalmente la observación, como herramienta que permita entrar a la situación social del tema.

Se implementará simultáneamente el método cuantitativo, por cuanto “Esta suele ser practicada por los investigadores de esta escuela en su modalidad abierta y no estructurada, entendida como una conversación controlada por el arte de saber formular preguntas y de saber escucharlas.” (Instituto de Perfeccionamiento y Estudios Superiores de Uruguay, 2014). La principal herramienta de este método a utilizar consiste en las encuestas, que previa la definición de la población y muestra, permitan recoger datos reales a fin de construir estadísticas que sustenten la hipótesis planteada.

La observación cualitativa se implementará para establecer dentro de la realidad social del problema como investigador, a fin de valorarlo como parte del problema y como espectador. De esta manera se podrá interpretar de manera válida los aspectos recogidos durante la ejecución de la técnica de la realización de entrevistas a profesionales especializados en esta materia.

La elaboración de preguntas para las encuestas como técnica de investigación es el resultado de un análisis cuantitativo teórico de todos los aspectos planteados dentro del problema de investigación, a fin de que permitan explotar la muestra de la población objetiva, determinando estadísticas que sirvan de sustento a la hipótesis formulada.

3.1.1 Objetivos planteados y método de investigación

Respecto a los objetivos señalados, en esta investigación se aplicarán los métodos de investigación histórico-lógica, analítica sintética y el inductivo-deductivo:

La aplicación del método histórico lógico permite alcanzar un balance en el manejo de la información que se investiga, a fin de cumplir los objetivos planteados en el presente trabajo. “Lo histórico y lo lógico son complementarios, debido a que el método lógico opera en relación a la información recolectada por la implementación del método histórico, a fin de que la investigación no constituya un análisis o razonamiento especulativo” (Enciclopedia Cubana EcuRed, 2016).

El método analítico-sintético es la vía idónea para alcanzar los objetivos específicos planteados en el presente trabajo. El análisis dentro de la investigación, debe de estar complementado por la síntesis, a fin de lograr su mayor eficacia, basado en la concepción de Lopera, Ramírez y Zuluaga. El criterio de estos autores puntualiza que “Al descomponer –analizar- la realidad, se le está *deconstruyendo*, razón por la cual es necesaria su reconstrucción a partir de la síntesis” (Lopera Echavarría, Lopera Echavarría, Ramírez Gomez, & Zuluaga Aristizabal, 2010).

Como método o sistema macro para lograr un avance adecuado en la investigación, en torno a los objetivos planteados, se implementan los métodos deductivos e inductivos. El deductivo se lo utiliza por ser “un sistema para organizar

hechos conocidos y extraer conclusiones, lo cual se logra mediante una serie de enunciados que reciben el nombre de silogismos” (Davila Newman, 2006). El método inductivo de Francis Bacon se basa en la búsqueda de la verdad a través de hechos, según Dávila Newman, quien puntualizó al respecto que “según Bacon las observaciones se hacían sobre fenómenos particulares de una clase, y luego a partir de ellos se hacían inferencias acerca de la clase entera.” (Davila Newman, 2006).

3.2 Tipo de investigación

La presente investigación se ha realizado de manera descriptiva. Sebastián Ackerman la define como aquella que “permite establecer relaciones y vínculos entre los elementos en juego, permitiendo realizar un diagnóstico específico” (Ackerman & Sergio, 2013).

Con la finalidad de verificar la hipótesis planteada, se formularán encuestas dirigidas a los profesionales del derecho registrados en el Colegio de Abogados del Guayas. Las preguntas contendrán parámetros básicos de evaluación de la constitucionalidad del Fideicomiso Mercantil de Garantía y su procedimiento de ejecución, medir la legitimidad de su estructura, analizar su validez como herramienta eficiente para recuperar bienes que garantizan obligaciones, bajo los lineamientos jurídicos adecuados.

3.3 Población

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la población comprende el conjunto de elementos sometidos a una evaluación estadística mediante muestreo” (Real Academia Española, 2016). Específicamente en nuestra investigación, la población comprende la cantidad de personas a entrevistar bajo la aplicación de métodos cuantitativos.

Quienes conforman esta población, son el conjunto de profesionales del derecho de la provincia del Guayas, quienes brindarán criterios objetivos para satisfacer la hipótesis planteada.

Tabla N° 1

Población de Estudio	Cantidad
Colegio de Abogados del Guayas	16.000
Total	16.000

*Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Elaborado por: Andrés Martín Vanegas

3.4 Muestra

A fin de conseguir resultados objetivos e imparciales en el análisis de las encuestas, es menester determinar matemáticamente el número de una muestra adecuada, tomando como base la población universo, comprendida por los 16000 afiliados al Colegio de Abogados del Guayas.

“El error estándar tiene mucho que ver con los intervalos de confianza. Para muchos parámetros, su intervalo de confianza es habitualmente la estimación obtenida sobre la muestra y un margen de error que nos es más que un múltiplo del error estándar. Un ejemplo muy común, consiste en elegir niveles de confianza del 95%. Para ello un margen de error de dos errores estándar es habitualmente la respuesta.” (Barón López & Tellez Montiel, 2004)

Como parámetro de confianza razonable y confiable, se ha establecido el coeficiente de error al 6%, lo que equivale a un 0.06 en números enteros –equivale a dos errores estándar-. A continuación el desglose de la fórmula aplicada para calcular el tamaño de la muestra:

N= Tamaño de la muestra

E= Coeficiente de error

n= Población universo

$$N = \frac{n}{(E)^2 (n-1) + 1}$$

$$N = \frac{16000}{(0.0036)(15999) + 1}$$

$$N = \frac{16000}{57.60}$$

N= 273

3.5 Entrevistas

Universidad Laica VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO
CARRERA DE DERECHO

TEMA: El Fideicomiso Mercantil de Garantía y los Derechos Constitucionales del Deudor

OBJETIVOS: Analizar los criterios de los profesionales especialistas en Derecho Mercantil y Fiduciario, específicamente en el Fideicomiso Mercantil de Garantía, a fin de formular conclusiones, recomendaciones y una propuesta respecto de esta institución jurídica.

Nombres y apellidos del entrevistado: Edgar Osorio Vaca

Cargo del entrevistado: Gerente Regional (Guayaquil) de la compañía Fiducia Administradora de Fondos y Fideicomisos S.A.

1) Considera usted que el procedimiento de ejecución de garantías fiduciarias atenta contra los derechos constitucionales del deudor?

No, en absoluto. El procedimiento de ejecución de garantías fiduciarias se rige por una serie de disposiciones contractuales establecidas a un contrato principal, al cual el deudor se adhiere libremente, con pleno y total conocimiento de las condiciones aplicables para el desarrollo de las ejecuciones.

Además, este negocio jurídico es administrado por una fiduciaria independiente, lo cual evita que se produzca situación alguna que menoscabe derechos constitucionales de las partes involucradas, tanto acreedor como deudor. La fiduciaria no debe estar relacionada con el acreedor de manera alguna.

2) ¿Qué impacto produjo en el mercado la restricción de constituir fideicomisos mercantiles de garantía respecto de la concesión de créditos de consumo?

El impacto fue la reducción del financiamiento de vehículos ya que los bancos tenían el recelo de acudir a la prenda comercial, por cuanto la ejecución de esta garantía requiere involucrarse en un proceso judicial largo y dilatado.

3) ¿ Considera usted que el principio de autonomía de voluntad puede sustentar adecuadamente las estipulaciones contractuales sobre la forma en que opera el proceso de ejecución de garantía fiduciaria?

Si, este principio puede sustentar los contratos, siempre y cuando en los fideicomisos se estipulen condiciones neutrales que no menoscaben derechos de ninguna de las partes involucradas.

4) ¿Considera usted que se podría restituir la facultad de constituir fideicomisos mercantiles de garantía para respaldar créditos de consumo? ¿Por qué?

Si lo considero. Actualmente hay condiciones que conllevan que el acreedor sea ajeno en relación a la administradora, por lo cual no existe impedimento alguno para tal efecto. Es una herramienta adecuada para las garantías de crédito, que brinda facilidades al deudor (como el avalúo comercial del bien en dación en pago), y oportunidad para la recuperación adecuada de bienes.

5) ¿Considera que los procedimientos de ejecución de garantía fiduciaria deberían

estar normados por disposiciones legales que sirvan de marco jurídico para los acuerdos contractuales sobre la forma de llevarlos a cabo?

Si, correcto. Esta situación permitiría precautelar los derechos constitucionales del deudor y acreedor. Esto siempre y cuando se establezca mecanismos que no vulneren la naturaleza del contrato y los procedimientos de ejecución, dejando que opere el principio de autonomía de voluntad ante todo.

*Ver fotografía de la entrevista en los anexos

- Análisis

El entrevistado ha sido alto funcionario de la compañía Fiducia Administradora de Fondos y Fideicomisos durante los últimos años. Tiene experiencia práctica previa y post reforma restrictiva de la fiducia en garantía.

Pregunta N°1: Respecto a los procedimientos de ejecución, mantiene que en el desarrollo de estas cláusulas contractuales, se establecen disposiciones neutrales, que son prácticas para el beneficiario y el deudor o fideicomitente adherente. No es un procedimiento lesivo de derechos constitucionales y arbitrario, ya que ha sido puesto en conocimiento del deudor previa a la manifestación de ánimo y voluntad de suscribir el contrato. Mantiene parámetros adecuados en el período de descargo del deudor por el aparente incumplimiento y respeto de avalúos comerciales que dan ventajas a ambas partes para la dación en pago del bien dado en garantía.

Pregunta N°2: Respecto al impacto de la restricción de constitución de fideicomisos mercantiles, explicó que se ha reducido el financiamiento de vehículos, por cuanto los bancos y demás entidades financieras preferían el uso de la garantía fiduciaria por sobre la venta con reserva de dominio, en virtud de que la primera les otorgaba múltiples seguridades financieras y beneficios a corto plazo.

Pregunta N°3: El profesional entrevistado sostiene que el principio de autonomía de voluntad es óptimo para sostener las disposiciones contractuales del procedimiento de ejecución, siempre que contenga disposiciones neutrales.

Pregunta N°4 y N°5: Considera firmemente que hay condiciones más que suficientes para

reestablecer la plenitud de la fiducia en garantía, herramienta que brinda muchas facilidades al deudor y permite recuperar los bienes dados en garantía con mayor eficiencia. Está de acuerdo con que se normen disposiciones que regulen el procedimiento de ejecución, siempre y cuando sean generales y no menoscaben el principio de autonomía de voluntad.

Universidad Laica VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO
CARRERA DE DERECHO

TEMA: El Fideicomiso Mercantil de Garantía y los Derechos Constitucionales del Deudor

OBJETIVOS: Analizar los criterios de los profesionales especialistas en Derecho Mercantil y Fiduciario, específicamente en el Fideicomiso Mercantil de Garantía, a fin de formular conclusiones, recomendaciones y una propuesta respecto de esta institución jurídica.

Nombres y apellidos de la entrevistada: Ketty Vanegas Rodríguez

Cargo: Socia - Directora del Estudio Jurídico Martín & Vanegas y asesora externa fiduciaria nacional e internacional. Ex Asesora de la Corporación Andina de Fomento en el Grupo Núcleo de Redacción de la Ley de Mercado de Valores (2009-2010)

1) Considera usted que el proceso de ejecución de garantías fiduciarias atenta contra los derechos constitucionales del deudor?

No. El proceso convencional de ejecución de las garantías fiduciarias está estructurado de una manera en la cual el deudor incumplido pueda demostrar si las pretensiones del acreedor –beneficiario de la garantía- son correctas. Según corresponda, el deudor podrá obtener un acuerdo de reestructuración de crédito, o un proceso de venta del bien fideicomitado que ofrece un mejor avalúo que el realizado judicialmente.

De esta manera, mientras que se respeten las estipulaciones contractuales del Fideicomiso, el deudor ve salvaguardado sus derechos patrimoniales y constitucionales.

2) ¿Qué impacto produjo en el mercado la restricción de constituir fideicomisos mercantiles de garantía respecto de la concesión de créditos de consumo?

Por mi ejercicio profesional, estoy involucrada con las tres partes que intervienen en estos fideicomisos. En un inicio, las entidades financieras utilizaban la venta con reserva de dominio como garantía. Pero en los últimos 20 años, con el desarrollo del Fideicomiso Mercantil, estas mismas entidades prefirieron utilizar la garantía fiduciaria, en virtud de que proporcionaba beneficios para todas las partes. Los índices de siniestralidad de la cartera mejoraron de manera considerable, situación que a la larga protege el interés de los depositantes, cuyos fondos son los que estimulan el mercado de créditos conferidos por instituciones financieras. Esta medida no benefició solo a los bancos, sino que fue un mecanismo de extrema cautela para los fondos de los depositarios.

Si bien es cierto que el entorno macro económico del país ha provocado la reducción de la concesión de créditos de consumo, no es menos cierto que las instituciones financieras, al carecer de este mecanismo jurídico, tuvieron que modificar las condiciones para la concesión de créditos, por verse incrementado el riesgo de recuperación de la cartera. Por lo tanto, por estos reajustes se redujo de manera importante el monto destinado por las instituciones financieras para los créditos de consumo. Paradójicamente se incrementó de manera muy importante, el índice de siniestralidad de cartera.

3) ¿ Considera usted que el principio de autonomía de voluntad puede sustentar adecuadamente las estipulaciones contractuales sobre la forma en que opera el proceso de ejecución de garantía fiduciaria?

El principio de autonomía de voluntad de las partes es la columna vertebral de las relaciones contractuales mercantiles y civiles entre los miembros de la sociedad. Por lo tanto, si las partes son plenamente capaces de contratar y adquirir obligaciones libremente, pueden estipular las condiciones del contrato de Fideicomiso Mercantil de

Garantía y del proceso convencional de ejecución de garantías, teniendo como restricción el objeto y causa ilícita, salvaguardando la prevalencia de la seguridad jurídica.

4) ¿Considera usted que se podría restituir la facultad de constituir fideicomisos mercantiles de garantía para respaldar créditos de consumo? ¿Por qué?

Si. Por las razones previamente expuestas. El Fideicomiso es una herramienta jurídica que tutela los derechos de todas las partes. Además, a lo largo de los últimos años, se ha probado sus efectos positivos en el mercado de créditos nacional: la concesión de créditos aumentó, y los índices de siniestralidad de la cartera bajaron.

5) ¿Considera que los procedimientos de ejecución de garantía fiduciaria deberían estar normados por disposiciones legales que sirvan de marco jurídico para los acuerdos contractuales sobre la forma de llevarlos a cabo?

Si, correcto. Pero esta normativización debe basarse en pautas macro, que delimiten una estructura general de los procedimientos de ejecución, a fin de evitar los abusos de ley en las estipulaciones contractuales, salvaguardando los derechos constitucionales de las partes involucradas.

Uno de los temas a abarcar en estas pautas macro, es la manera en la que el deudor es informado de la pretensión del acreedor –beneficiario de la garantía-, respecto de proceder con la ejecución de la garantía. Es importantísimo precisar, que el hecho de señalar pautas no debe de interferir con la libertad que otorga el principio de autonomía de voluntad de las partes, que resulten complejos de constituir, propiciando la estipulación de disposiciones fraudulentas.

Estos parámetros adecuados servirían como instrumento de apoyo para la autoridad de control para el desarrollo adecuado de sus labores de control y supervisión.

*Ver fotografía de la entrevista en los anexos

- Análisis

La entrevistada ha sido alta funcionaria de dos fiduciarias grandes en el mercado de valores nacional, en dos ocasiones ha sido miembro del equipo núcleo de redacción de la Ley de Mercado de Valores, y es una de las pioneras en desarrollo de la fiducia en garantía en el Ecuador.

Pregunta N°1: Respecto a los procedimientos de ejecución, nos indicó que comprenden una disposición contractual que opera por el incumplimiento del deudor. Este último goza de sus derechos y libertad para presentar sus descargos, manifestar su desacuerdo con la ejecución o inclusive concretar acuerdos de pago. Su criterio comprende que mientras se respeten las cláusulas establecidas en el contrato, no hay vulneración de derechos constitucionales.

Pregunta N°2: La profesional nos indica que durante los últimos 20 años, la garantía fiduciaria ha sido el instrumento preferido en el mercado para respaldar la concesión de créditos, por cuanto mantiene bajos los índices de siniestralidad de la cartera y brinda cautela a los fondos de los depositarios. Mencionó un impacto negativo en el mercado por los reajustes y reducciones considerables de los montos destinados por instituciones financieras para créditos de consumo.

Pregunta N°3: La entrevistada nos indicó que el principio de autonomía de voluntad funge como adecuado sustento de las estipulaciones contractuales del procedimiento de ejecución, debido a que las personas gozamos de libertad para contratar en ejercicio de nuestros derechos, mientras que los negocios jurídicos no estén viciados de objeto o causa ilícita.

Pregunta N°4 y N°5: Finalmente opinó que por los efectos demostrados por el fideicomiso mercantil de garantía en el mercado, es menester que se lo restituya en el Código Orgánico Monetario y Financiero. Está de acuerdo con la inclusión de pautas y disposiciones muy generales en la Ley, respecto de las ejecuciones de garantía fiduciaria, pero a su vez comentó que esa clase de reformas deben de respetar la naturaleza de los contratos en general y la autonomía de voluntad.

3.6 Encuestas: Resultados y Análisis

Pregunta N° 1

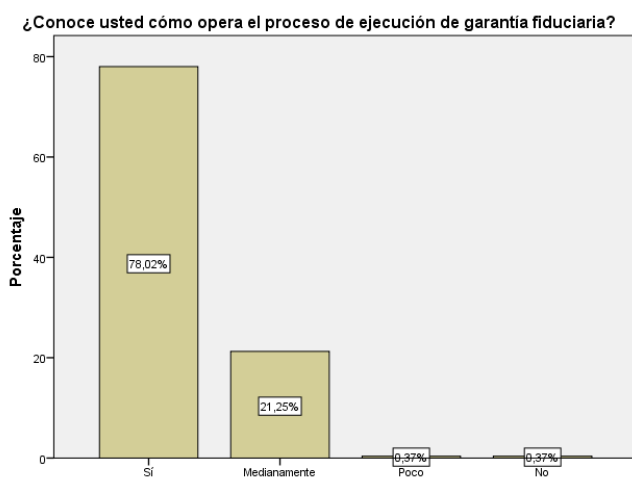
¿Conoce usted cómo opera el proceso de ejecución de garantía fiduciaria?

Tabla N°2

Detalle	Datos	Porcentajes
Si	213	78%
Medianamente	58	21,2%
Poco	1	0,4%
No	1	0,4%
TOTAL	273	100%

Elaborado por: Andrés Martín Vanegas Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Gráfico N° 4



Elaborado por: Andrés Martín Vanegas (mediante el uso del software IBM®

SPSS® Statistics V.22)

Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Análisis

Conforme a los datos recolectados de la muestra, se generaron estadísticas que demuestran que el 78% de los encuestados tienen pleno conocimiento de cómo opera la ejecución de la garantía fiduciaria, así como un 21,2% posee un mediano conocimiento al respecto. Apreciados en conjunto demuestran que un 99,3% de los encuestados tiene bases cognitivas al respecto.

Pregunta N° 2

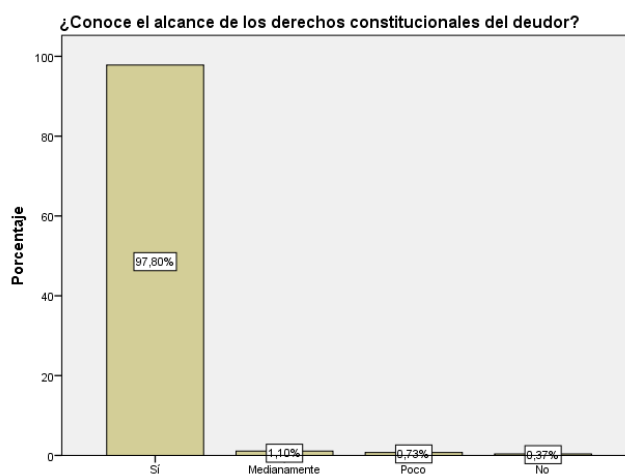
¿Conoce el alcance de los derechos constitucionales del deudor?

Tabla N°3

Detalle	Datos	Porcentajes
Si	267	97,8%
Medianamente	3	1,1%
Poco	2	0,7%
No	1	0,4%
TOTAL	273	100%

Elaborado por: Andrés Martín Vanegas Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Gráfico N° 5



Elaborado por: Andrés Martín Vanegas (mediante el uso del software IBM® SPSS® Statistics V.22)

Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Análisis

Un altísimo índice de los encuestados -97,8%-, afirmaron tener pleno conocimiento del alcance de los derechos del deudor, por lo cual se garantiza que la información recolectada en las siguientes preguntas es fidedigna.

Pregunta N° 3

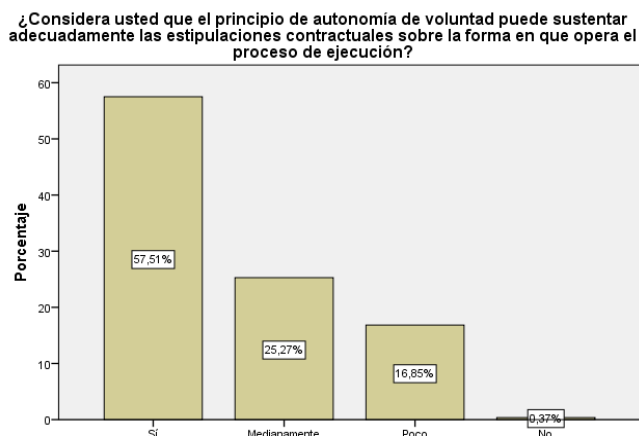
¿Considera usted que el principio de autonomía de voluntad puede sustentar adecuadamente las estipulaciones contractuales sobre la forma en que opera el proceso de ejecución?

Tabla N°4

Detalle	Datos	Porcentajes
Si	157	57,5%
Medianamente	69	25,3%
Poco	46	16,8%
No	1	0,4%
TOTAL	273	100%

Elaborado por: Andrés Martín Vanegas Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Gráfico N° 6



Elaborado por: Andrés Martín Vanegas (mediante el uso del software IBM®

SPSS® Statistics V.22)

Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Análisis

Conforme las estadísticas generadas a partir de los datos recolectados de la muestra, un 57% mantiene en firme que el principio de autonomía de voluntad si constituye sustento adecuado para las estipulaciones contractuales, y un 25,3% sostiene medianamente esta premisa. En contraste, un 16,8% considera que el sustento que da este principio es mínimo, y un 0,4% puntualizó que esta premisa es negativa.

Pregunta N° 4

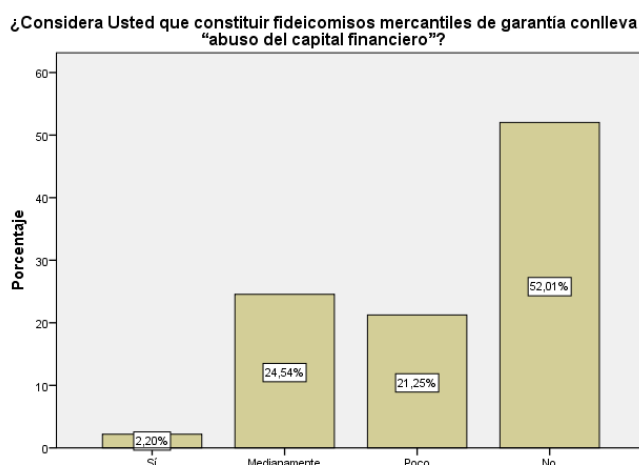
¿Considera Usted que constituir fideicomisos mercantiles de garantía conlleva “abuso del capital financiero”?

Tabla N°5

Detalle	Datos	Porcentajes
Si	6	2,2%
Medianamente	67	24,5%
Poco	58	21,2%
No	142	52%
TOTAL	273	100%

Elaborado por: Andrés Martín Vanegas Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Gráfico N° 7



Elaborado por: Andrés Martín Vanegas (mediante el uso del software IBM®

SPSS® Statistics V.22)

Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Análisis

Conforme con las estadísticas generadas, un 24,5% de la población asevera que la constitución de Fideicomisos mercantiles de garantía podría –en cierta proporción– considerarse como abuso de capital de financiero, y un 2,2% convalida la premisa a plenitud. En contraste, un 52% de los encuestados niega que la constitución de esta clase de fiducia sea abuso de capital, y un 21,2% mantiene que este abuso es mínimo.

Pregunta N° 5

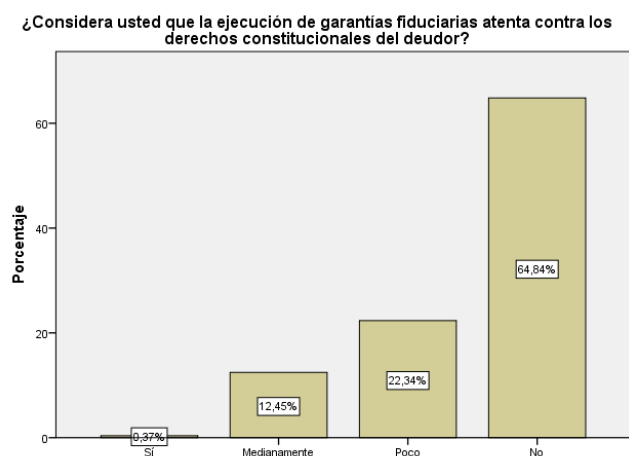
¿Considera usted que la ejecución de garantías fiduciarias atenta contra los derechos constitucionales del deudor?

Tabla N°6

Detalle	Datos	Porcentajes
Si	1	0,4%
Medianamente	34	12,5%
Poco	61	22,3%
No	177	64,8%
TOTAL	273	100%

Elaborado por: Andrés Martín Vanegas Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Gráfico N° 8



Elaborado por: Andrés Martín Vanegas (mediante el uso del software IBM®

SPSS® Statistics V.22)

Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Análisis

De la revisión de las estadísticas obtenidas, un 64,8% de los encuestados manifestó que la ejecución de la garantía fiduciaria no atenta contra derechos constitucionales del deudor. En contraste, un 22,3% considera que esta vulneración es mínima, un 12,5% considera que se da en mediana proporción, y a penas el 4% de los encuestados afirma que si existe esta clase de vulneración.

Pregunta N° 6

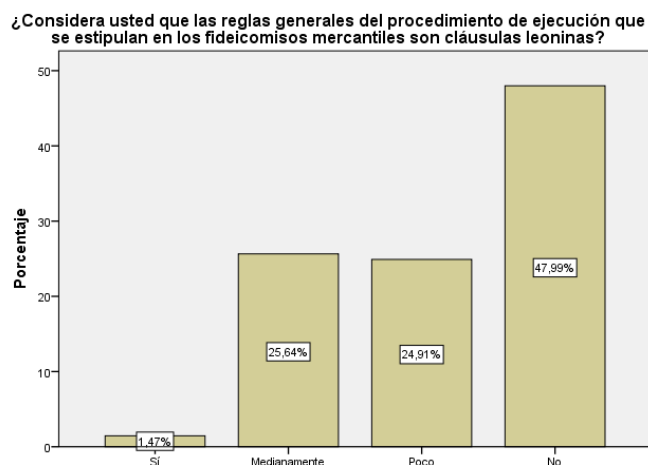
¿Considera usted que las reglas generales del procedimiento de ejecución que se estipulan en los fideicomisos mercantiles son cláusulas leoninas?

Tabla N°6

Detalle	Datos	Porcentajes
Si	4	1,5%
Medianamente	70	25,6%
Poco	68	24,9%
No	131	48%
TOTAL	273	100%

Elaborado por: Andrés Martín Vanegas Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Gráfico N° 9



Elaborado por: Andrés Martín Vanegas (mediante el uso del software IBM®

SPSS® Statistics V.22)

Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Análisis

Un 25,6% de los encuestados afirma que las reglas generales del procedimiento de ejecución son medianamente leoninas, un 24,9% considera que son poco leoninas, y el 1,5% de la muestra afirma plenamente que estas cláusulas o reglas son leoninas. En contraste, un 48% manifestó que estas cláusulas no son leoninas en absoluto.

Pregunta N° 7

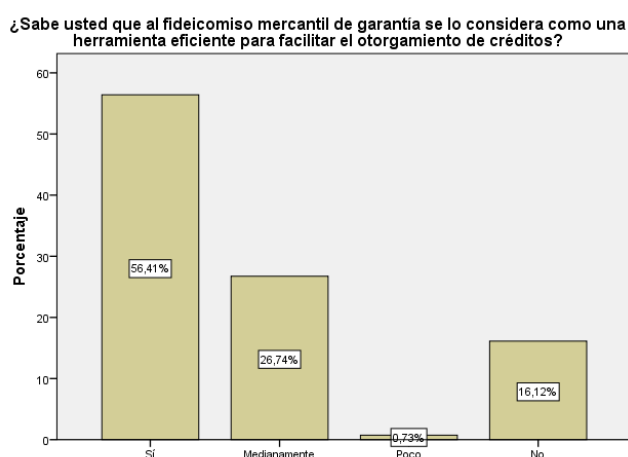
¿Sabe usted que al fideicomiso mercantil de garantía se lo considera como una herramienta eficiente para facilitar el otorgamiento de créditos?

Tabla N°8

Detalle	Datos	Porcentajes
Si	154	56,41%
Medianamente	73	26,74%
Poco	2	0,73%
No	44	16,12%
TOTAL	273	100%

Elaborado por: Andrés Martín Vanegas Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Gráfico N° 10



Elaborado por: Andrés Martín Vanegas (mediante el uso del software IBM®

SPSS® Statistics V.22)

Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Análisis

De la revisión de los datos analizados, se aprecia que el 56.4% de los encuestados mantiene con firmeza que el fideicomiso mercantil de garantía es una herramienta eficiente para facilitar el otorgamiento de créditos, y un 26.7% indicó que esta clase de fiducia medianamente sirve como herramienta eficiente para el efecto señalado previamente. En contraste, un 16,1% precisó que la fiducia en garantía no es una herramienta eficiente para estos efectos, y un 0,7% indicó que su eficacia es mínima.

Pregunta N° 8

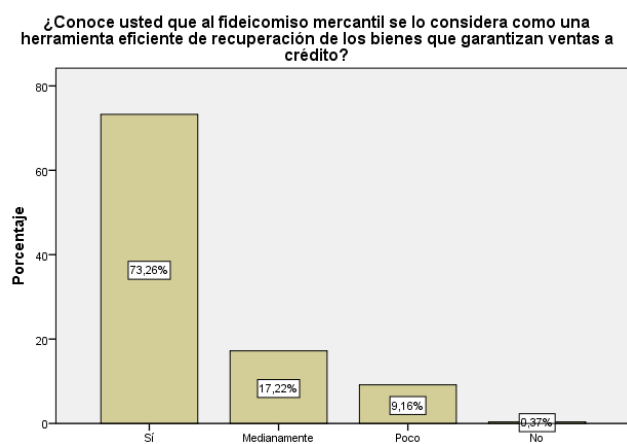
¿Conoce usted que al fideicomiso mercantil se lo considera como una herramienta eficiente de recuperación de los bienes que garantizan ventas a crédito?

Tabla N°9

Detalle	Datos	Porcentajes
Si	200	73,26%
Medianamente	47	17,22%
Poco	25	9,16%
No	1	0,37%
TOTAL	273	100%

Elaborado por: Andrés Martín Vanegas Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Gráfico N° 11



Elaborado por: Andrés Martín Vanegas (mediante el uso del software IBM®

SPSS® Statistics V.22)

Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Análisis

Conforme el análisis de los datos recolectados, una minoría de 9,16% sostiene que la eficiencia de la fiducia en garantía para la recuperación de bienes dados en crédito es mínima, y un 0,4% considera que es nula. En contraste, un 17,2% considera que esta eficiencia es media, y la mayoría absoluta del 73,3% manifestó con firmeza que el Fideicomiso Mercantil de Garantía es una herramienta eficiente de recuperación de bienes que garantizan créditos conferidos.

Pregunta N° 9

¿Considera usted que debería restituirse a plenitud la facultad de constituir fideicomisos mercantiles de garantía, reformando el Código Orgánico Monetario y Financiero?

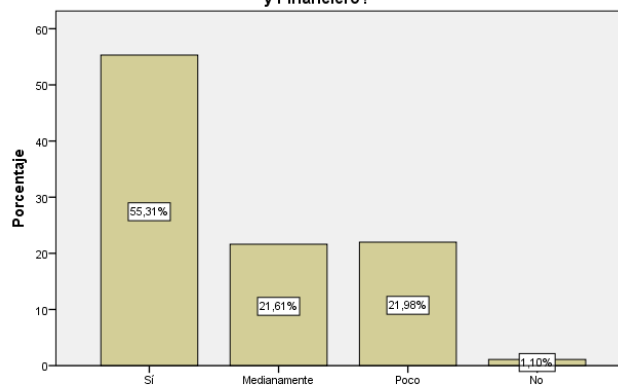
Tabla N°10

Detalle	Datos	Porcentajes
Si	151	55,3%
Medianamente	59	21,6%
Poco	60	22%
No	3	1,1%
TOTAL	273	100%

Elaborado por: Andrés Martín Vanegas Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Gráfico N° 12

¿Considera usted que debería restituirse a plenitud la facultad de constituir fideicomisos mercantiles de garantía, reformando el Código Orgánico Monetario y Financiero?



Elaborado por: Andrés Martín Vanegas (mediante el uso del software IBM®

SPSS® Statistics V.22)

Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Análisis

De la revisión de los datos recolectados, se evidencia que un 55,3% de los encuestados sostiene que se debe restituir a plenitud la facultad de constituir fideicomisos mercantiles de garantía, reformando el Código Orgánico Monetario y Financiero; mientras que el 21,6% respaldó medianamente esta premisa. En contraste, el 22% de los encuestados sostuvo que la necesidad de restituir esta figura jurídica es mínima, así como el 1,1% la rechazo en su totalidad.

Pregunta N° 10

¿Considera que los procedimientos de ejecución de garantía fiduciaria deberían estar normados por disposiciones legales que sirvan de marco jurídico para los acuerdos contractuales sobre la forma de llevarlos a cabo?

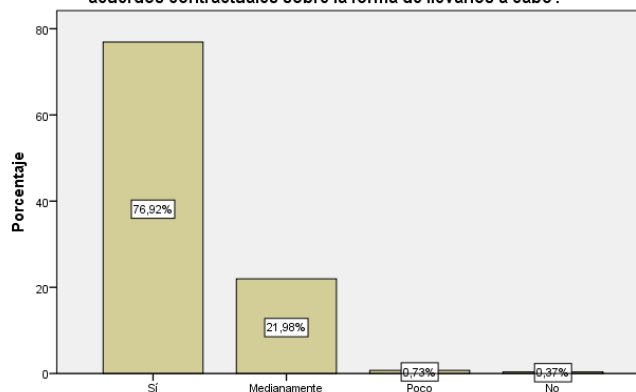
Tabla N°11

Detalle	Datos	Porcentajes
Si	210	76.9%
Medianamente	60	22%
Poco	2	0,7%
No	1	0,4%
TOTAL	273	100%

Elaborado por: Andrés Martín Vanegas Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Gráfico N° 13

¿Considera que los procedimientos de ejecución de garantía fiduciaria deberían estar normados por disposiciones legales que sirvan de marco jurídico para los acuerdos contractuales sobre la forma de llevarlos a cabo?



Elaborado por: Andrés Martín Vanegas (mediante el uso del software IBM®

SPSS® Statistics V.22)

Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Análisis

Conforme de los datos recolectados, una mayoría absoluta del 76,92% establece que se deberían normar los procedimientos de ejecución, como marco jurídico para los acuerdos contractuales sobre la manera en que se llevan a cabo. Un 21,98% sostiene medianamente que podrían normarse estos procedimientos. En contraste, un 0,73% considera mínima la necesidad de normar estos procedimientos, y el 0,37% rechaza esta idea.

Pregunta N° 11

¿Considera usted que el establecimiento de un procedimiento convencional de garantía consensuado por las partes contratantes vulneraría derechos constitucionales de los deudores?

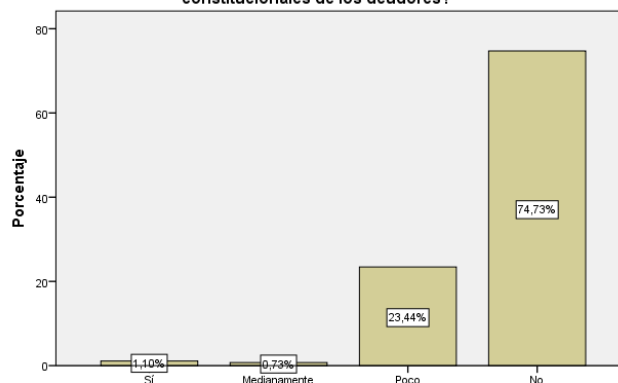
Tabla N°12

Detalle	Datos	Porcentajes
Si	3	1,1%
Medianamente	2	0,73%
Poco	64	23,44%
No	204	74,73%
TOTAL	273	100%

Elaborado por: Andrés Martín Vanegas Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Gráfico N° 14

¿Considera usted que el establecimiento de un procedimiento convencional de garantía consensuado por las partes contratantes vulneraría derechos constitucionales de los deudores?



Elaborado por: Andrés Martín Vanegas (mediante el uso del software IBM®

SPSS® Statistics V.22)

Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Análisis

En revisión de las estadísticas generadas, se concibe que un 74,73% de los encuestados considera que no hay vulneración de derechos constitucionales del deudor cuando el procedimiento convencional de garantía es consensuado entre las partes. En contraste, un 23,44% considera que esta situación provocaría una mínima vulneración de derechos constitucionales, un 0,73% en proporción media, y el 1,10% afirma que si existiría la antedicha vulneración.

Pregunta N° 12

¿Considera usted que el desarrollo del fideicomiso mercantil de garantía permite fortalecer la economía del sector empresarial del país, dinamizando las ventas a crédito?

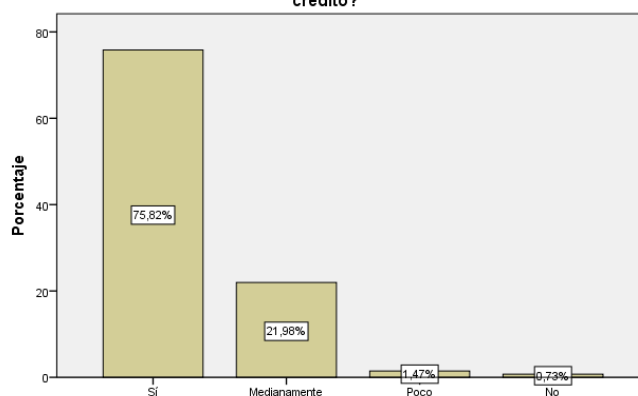
Tabla N°13

Detalle	Datos	Porcentajes
Si	207	75,8
Medianamente	60	22,0
Poco	4	1,5
No	2	0,7
TOTAL	273	100%

Elaborado por: Andrés Martín Vanegas Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Gráfico N°15

¿Considera usted que el desarrollo del Fideicomiso Mercantil de garantía permite fortalecer la economía del sector empresarial del país, dinamizando las ventas a crédito?



Elaborado por: Andrés Martín Vanegas (mediante el uso del software IBM® SPSS® Statistics V.22)

Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Análisis

De la revisión de los datos recogidos, resulta que una mayoría del 75,8% considera que el fideicomiso mercantil de garantía fortalece la economía del sector empresarial del país. Un 22% respalda medianamente esta premisa. En contraste, un 1,5% de los encuestados lo considera en una mínima proporción, y el 0,7% rechaza la premisa.

Pregunta N° 13

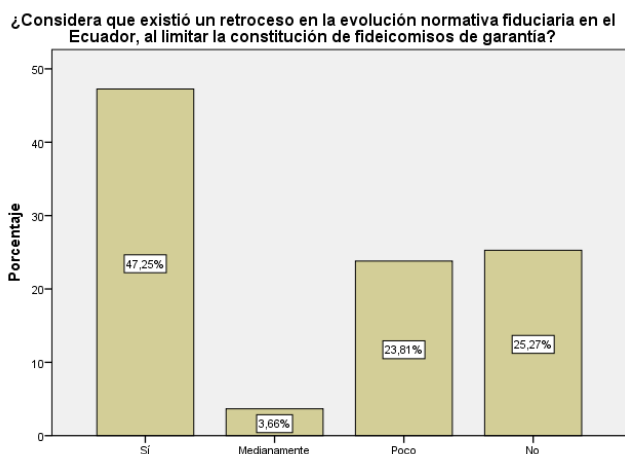
¿Considera que existió un retroceso en la evolución normativa fiduciaria en el Ecuador, al limitar la constitución de fideicomisos de garantía?

Tabla N°14

Detalle	Datos	Porcentajes
Si	129	47,25%
Medianamente	10	3,66%
Poco	65	23,81%
No	69	25,27%
TOTAL	273	100%

Elaborado por: Andrés Martín Vanegas Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Gráfico N°16



Elaborado por: Andrés Martín Vanegas (mediante el uso del software IBM®

SPSS® Statistics V.22)

Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Análisis

En virtud de la revisión de los datos recolectados, se aprecia que el 47,25 de los encuestados considera que la limitación de la constitución de fideicomisos de garantía si conllevó un retroceso en la evolución normativa fiduciaria en el país. Un 3,66% valora el retroceso como mediano y el 23,81 como mínimo. En contraste, el 25,27 de los encuestados manifestó que no hubo retraso alguno en la evolución normativa fiduciaria nacional.

Pregunta N° 14

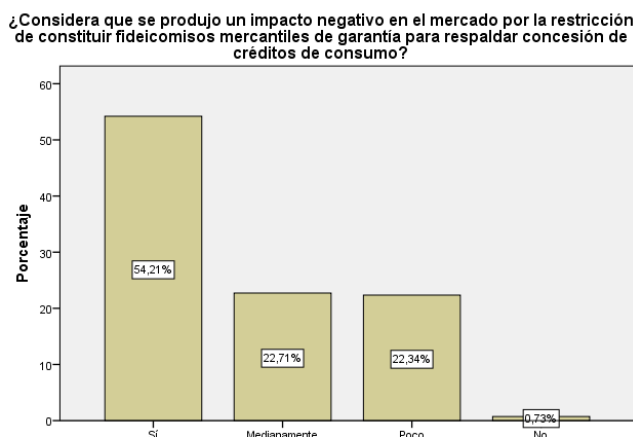
¿Considera que se produjo un impacto negativo en el mercado por la restricción de constituir fideicomisos mercantiles de garantía para respaldar concesión de créditos de consumo?

Tabla N°15

Detalle	Datos	Porcentajes
Si	148	54,21%
Medianamente	62	22,71%
Poco	61	22,34%
No	2	0,73%
TOTAL	273	100%

Elaborado por: Andrés Martín Vanegas Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Gráfico N° 17



Elaborado por: Andrés Martín Vanegas (mediante el uso del software IBM®

SPSS® Statistics V.22)

Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Análisis

De la revisión de los datos recolectados, se aprecia que el 54,21% de los encuestados sostuvo que existió un impacto negativo en el mercado, debido a la restricción que se impuso sobre la fiducia en garantía, para respaldar la concesión de los créditos de consumo. Un 22,71% consideró que el impacto fue mediano, y el 22,34% como mínimo. En contraste, el 0,73% indicó que no hubo impacto negativo alguno en el mercado, por las causas antes señalados.

Pregunta N° 15

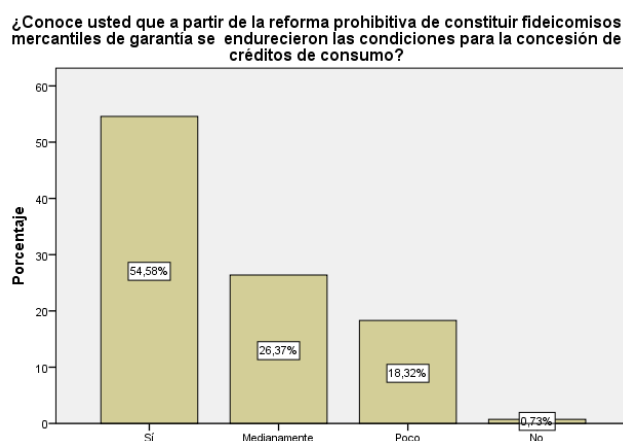
¿Conoce usted que a partir de la reforma prohibitiva de constituir fideicomisos mercantiles de garantía se endurecieron las condiciones para la concesión de créditos de consumo?

Tabla N°16

Detalle	Datos	Porcentajes
Si	149	54,6%
Medianamente	72	26,4%
Poco	50	18,3%
No	2	0,7%
TOTAL	273	100%

Elaborado por: Andrés Martín Vanegas Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Gráfico N°18



Elaborado por: Andrés Martín Vanegas (mediante el uso del software IBM® SPSS® Statistics V.22)

Fuente: Colegio de Abogados del Guayas

Análisis

Un 54,58% de los encuestados afirma que a partir de la reforma prohibitiva sobre la Fiducia en Garantía, fue causa para el endurecimiento de las condiciones para la concesión de créditos de consumo. El 26,37% consideró que medianamente tuvo incidencia la reforma en el endurecimiento de estas condiciones, y el 18,32% de los encuestados, mínima. En contraste, un 0,73% sostuvo que la reforma no constituyó motivo alguno para el endurecimiento de las condiciones para la concesión de créditos de consumo.

3.7 Conclusiones

Producto de la investigación de campo realizada, el levantamiento de estadísticas y posterior análisis de los resultados, es pertinente formular las siguientes conclusiones:

1. El desarrollo del marco teórico-analítico permitió evaluar los aspectos generales y constitucionales en torno al Fideicomiso Mercantil de Garantía, incluyendo los procedimientos de ejecución, por lo que tomando estos datos se formularon las encuestas y entrevistas. Los resultados de la pregunta 5 de la encuesta demostraron que el 64.80% de los encuestados afirmó que la ejecución de garantías fiduciarias no vulnera derechos constitucionales alguno, ratificado por el criterio de dos especialistas de amplia trayectoria en el mercado fiduciario. En contraste con el análisis realizado a lo largo de este trabajo de investigación es pertinente concluir que ni el debido proceso, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva del deudor se ven menoscabados o coartados durante el proceso de ejecución de garantías fiduciarias, ni se crea una situación de indefensión.

El fideicomiso mercantil de garantía es un contrato estructurado de acorde con el principio de autonomía de voluntad, careciendo de objeto y causa ilícita, por lo cual no representa una amenaza a los derechos constitucionales del deudor. Estos derechos se encuentran tutelados con la facultad que poseen todas las partes involucradas en la fiducia en garantía, para judicializar las controversias en el momento en que lo consideren pertinente.

2. El fideicomiso mercantil de garantía es una herramienta jurídica lícita, cuyo desarrollo permitiría fortalecer la economía del sector empresarial del país, criterio respaldado por el 75.82% de los encuestados (pregunta 12). La restricción de constituir esta clase de fiducia en respaldo de créditos de consumo produjo un impacto negativo en el mercado, medido como alto por un 54% de los encuestados, y medianamente por un 26% de este grupo (pregunta 14). Este impacto tuvo una considerable incidencia en el endurecimiento de las condiciones de crédito, según el 54% de los encuestados, y medianamente según el 26%.

3. Por su naturaleza y disposiciones contractuales, el fideicomiso mercantil de garantía es una herramienta eficiente para la recuperación de los bienes que garantizan ventas a crédito. Esta premisa fue convalidada por el 73,3% de los encuestados (pregunta 8). En este sentido es menester que se restituya la plenitud de esta figura jurídica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, reformando el artículo innumerado posterior al 120 del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero; criterio que fue convalidado por el 76% de los encuestados –el 55% confirmó que procede la reforma y el 21% lo ratificó en una mediana proporción (pregunta 9). De esta manera, se convalida la hipótesis planteada en esta investigación, considerando que la restitución plena del fideicomiso mercantil de garantía permitiría mejorar la recuperación de los bienes que garantizan el crédito, sin afectar los derechos constitucionales del deudor.

3.8 Recomendaciones

Producto del desarrollo de la presente investigación, y el análisis de las conclusiones formuladas, es pertinente plantear las siguientes recomendaciones:

1. Se recomienda principalmente que se reforme el artículo innumerado posterior al 120 del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, restituyéndose la facultad de constituir fideicomisos mercantiles de garantía en respaldo de créditos de consumo. Por la situación económica actual, y por las bondades que brinda esta herramienta jurídica para todas las partes involucradas, contaríamos en nuestro medio con un dinamizador positivo de la economía local: se recuperaría una herramienta eficiente para la recuperación de los bienes que garantizan los créditos, y además los deudores podrían acogerse a una dación en pago basada en un avalúo comercial justo del bien, sin tener que entrar en contiendas judiciales que generan menoscabo en su economía personal.

2. En virtud de las actuales disposiciones de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, se recomienda que dentro de la reforma se eleve

a jerarquía de Ley la obligatoriedad de la inscripción en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, de todos los fideicomisos mercantiles de garantía masivos.

3. En virtud de los resultados obtenidos por los datos recogidos en campo, se recomienda que al restituir a plenitud la constitución de fideicomisos mercantiles de garantía, se establezcan artículos en el Código Orgánico Monetario y Financiero, que contengan pautas generales para el desarrollo y estructuración de los procedimientos de ejecución de garantía fiduciaria, a fin de que sirvan como marco jurídico regulatorio y preventivo.

3.9 Propuesta

En este trabajo se han revisado los antecedentes históricos del Fideicomiso Mercantil, su evolución normativa, alcances doctrinarios y su relevancia en el Ecuador. Una vez que se sentaron las bases debidas, se ha revisado exhaustivamente el alcance de la Fiducia en garantía y el procedimiento de ejecución, en contraste con la ponderación constitucional, a fin de determinar su licitud.

Citando a Alfonso Zambrano Pasquel, quien recurre a su vez a la dogmática de Ferrajoli, debemos entender que “la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye como una especie de meta-garantía del ordenamiento jurídico en su conjunto” (Zambrano Pasquel, 2011)

Por este motivo, y producto de este proceso de investigación, se ha determinado la necesidad de que en la reforma recomendada al Libro II del Código Monetario Orgánico y Financiero (en la que se erradicaría la limitación que pesa por sobre el fideicomiso mercantil de garantía), se incluya un capítulo que establezca disposiciones legales análogas, que funjan como pautas básicas para el establecimiento de procedimientos de ejecución de garantía fiduciaria, sin que se atente contra la autonomía de voluntad de la que gozan estos contratos de fiducia.

El texto sugerido para el debate en la Asamblea Nacional, es el siguiente:

Código Orgánico Monetario y Financiero
Libro II: Ley de Mercado de Valores
Título XV: Del Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario

Capítulo II: Generalidades de los procedimientos de ejecución de garantías fiduciarias.

Art. ... (1).- El procedimiento convencional de ejecución de garantías fiduciarias deberá de constar de manera clara y precisa dentro del contrato, señalando las distintas etapas de su desarrollo.

Art. ... (2).- Entiéndase por procedimiento de ejecución de garantía fiduciaria, aquel que se estipula dentro del contrato de fiducia mercantil en garantía, a fin de que se pueda recuperar el (los) bien (es) fideicomitido (s), y proceder a la venta o dación en pago del vehículo aportado por el fideicomitente que incumpla con las obligaciones que mantiene con el beneficiario.

Art. ... (3).- El aviso escrito del beneficiario, que deberá ser entregado oportunamente al fiduciario, en la dirección registrada en el contrato principal, deberá contener por lo menos la siguiente información:

- a) Los generales de ley del fideicomitente que ha incurrido en incumplimiento
- b) La solicitud de realización del bien fideicomitido
- c) La invocación expresa de la causal de ejecución de garantía, debidamente soportada por los instrumentos que acrediten el incumplimiento
- d) El detalle de los valores reclamados por el incumplimiento y la liquidación detallada que contenga el desglose de estos valores, en contraste con los valores cumplidos previamente, según corresponda.

Art. ... (4).- Disposiciones generales para el procedimiento de ejecución.- Los fiduciarios deberán considerar los siguientes parámetros al momento de iniciar los procedimientos de ejecución, una vez que ha sido recibido el aviso oportuno por parte del beneficiario:

- a) El fiduciario deberá entregar el aviso de incumplimiento al deudor en la presencia de un Notario Público, en las direcciones señaladas contractualmente por el fideicomitente adherente.
- b) El avalúo pericial del bien dado en garantía fiduciaria, deberá realizarse conforme la valoración establecida en el contrato.

Art. ...(5).- Las administradoras de fondos y fideicomisos obligatoriamente deberán de inscribir en el Catastro Público de Mercado de Valores, los fideicomisos mercantiles de garantía que consideren la posibilidad de la incorporación de fideicomitentes adherentes. Para este efecto, la Junta Política de Regulación Monetaria y Financiera establecerá los requisitos pertinentes.

Bibliografía

- (s.f.).
- Ackerman, S. E., & Sergio, L. (2013). *Metodología de la investigación*. Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina: Ediciones del Aula Taller.
- Aguirre Soriano, D. A. (1 de marzo de 2013). Negocio fiduciario de inversión: único vehículo fiduciario que prevé protección para el fideicomitente y el fideicomisario, como inversionistas del mercado de valores. *Revista de Derecho Privado*(24), 209-233.
- Alessandri Rodríguez, A. (1990). Autonomía de Voluntad. *Anuario de Filosofía Jurídica Social: Homenaje a Norberto Bobbio*, 405.
- Asamblea Constituyente. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi, Manabí, 2008.
- Asamblea Nacional. (23 de octubre de 2013). Informe para Segundo Debate. *Proyecto de Ley Orgánica de Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil*. D.M. de Quito, Pichincha, Ecuador.
- Avenidaño Arana, F. (diciembre de 2013). El Fideicomiso. *Revista de Derecho PUCP*(25), 343-365.
- Azuero, S. R. (2005). *Negocio Fiduciarios*. Colombia: LEGIS.
- Barón López, F. J., & Tellez Montiel, F. (1 de diciembre de 2004). Apuntes de Bioestadística: Tercer Círculo en Ciencias de la Salud y Medicina. *Apuntes de Bioestadística: Tercer Círculo en Ciencias de la Salud y Medicina*. Málaga, Málaga, España: Universidad de Málaga. Obtenido de <https://www.bioestadistica.uma.es/baron/apuntes/ficheros/cap01.pdf>
- Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental* (Undécima edición ed.). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Carbonell, M. (2004). *Los Derechos Fundamentales en México*. México D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México.
- Carregal, M. A. (1982). *El Fideicomiso: Regulación Jurídica y Posibilidades Prácticas*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.
- Casado, M. L. (2009). *Diccionario Jurídico* (6ª edición ed.). Buenos Aires, Argentina: Valletta Ediciones.
- Comisión Especializada Permanente del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control. (2013). *Informe del Segundo Debate del Proyecto de la Ley de Optimización y Fortalecimiento del Sector Societario y Bursátil*. Asamblea Nacional de la República del Ecuador. Quito: Asamblea Nacional de la República del Ecuador.
- Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. (01 de julio de 1985). *Convenio de 1 de julio de 1985 sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento*. Recuperado el 14 de agosto de 2016, de Portal Web de Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=59>
- Congreso Nacional de la República del Ecuador. (24 de junio de 2005). Lexis Finder - Módulo de Legislación Vigente. *Registro Oficial 46 - 24/jun/2005*. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Congreso Nacional del Ecuador. (28 de mayo de 1993). Lexis Finder - Módulo de *Registro Oficial*. Recuperado el 10 de agosto de 2016, de Lexis: Lexis Finder:

- <http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/ImageVisualizer/ImageVisualizer.aspx?id=FCDA91FA6959EADD7B73E1976734D42F37332A9C&type=RO&pagenum=1>
- Congreso Nacional del Ecuador. (22 de febrero de 2006). Ley de Mercado de Valores. *Registro Oficial Suplemento 215 - 22/feb/2006*. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Consortio Internacional de Periodismo Investigativo. (2016). *Web del Consortio Internacional de Periodismo Investigativo*. Recuperado el 24 de Mayo de 2016, de The Panama Papers: <https://panamapapers.icij.org>
- Davila Newman, G. (2006). El razonamiento inductivo y deductivo dentro del proceso investigativo en ciencias experimentales y sociales. *Laurus*, 12, 180-205.
- Diario El Comercio - Ecuador. (31 de octubre de 2013). *Correa presentará ley para regular los fideicomisos*. Recuperado el 31 de agosto de 2016, de Web del Diario el Comercio: <http://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/correa-presentara-ley-regular-fideicomisos.html>
- Enciclopedia Cubana EcuRed. (13 de septiembre de 2016). *Método de análisis histórico-lógico*. (G. Pérez, Productor) Recuperado el 13 de septiembre de 2016, de Enciclopedia Cubana EcuRed: http://www.ecured.cu/index.php/Método_de_análisis_histórico-lógico
- Falcón y Tella, M. J. (2005). La Equity Angloamericana. *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*(1), 89.
- Ferrajoli, L., Guastini, R., Taruffo Michele, Mazzarese, T., Bulygin, E., Garzon Valdez, E., . . . Senese, S. (2011). *Derecho y Democracia Constitucional: Una discusión sobre Principia Iuris de Luigi Ferrajoli* (1ª Edición ed.). Lima, Perú: ARA Editores E.I.R.L.
- Galicia Aizpurua, G. (2014). *Fiducia, leasing y reserva de dominio*. Madrid, España: Reus.
- García Ramírez, S. (2012). *El Debido Proceso: Criterios de la Jurisprudencia Interamericana*. México D.F., México: Editorial Porrúa.
- Gonzalez Torre, R. (1996). *El Fideicomiso en el Derecho Civil y Comercial del Ecuador* (1ª Edición ed.). Guayaquil, Ecuador: Edino.
- Hernandez Sampieri, R., Fernandez-Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2006). *Metodología de la Investigación* (Cuarta Edición ed.). México D.F., México: Mc Graw Hill.
- Instituto de Perfeccionamiento y Estudios Superiores de Uruguay. (4 de enero de 2014). *Investigación Cuantitativa*. Recuperado el 5 de septiembre de 2016, de Portal web del Instituto de Perfeccionamiento y Estudios Superiores - Consejo de Formación en Educación: http://ipes.anep.edu.uy/documentos/investigacion/materiales/inv_cuanti.pdf
- Lexis S.A. (28 de Julio de 1998). *Legislación Histórica: Ley de Mercado de Valores de 1998*. Recuperado el 10 de agosto de 2016, de Lexis Finder: : http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=HISTORIC-LEY_DE_MERCADO_DE_VALORES_1998&query=ley%20mercado%20de%20valores#I_DXDataRow0
- Lexis S.A. (14 de agosto de 2016). *Diccionario Jurídico*. Recuperado el 14 de agosto de 2016, de Lexis Finder:

- <http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/Search/HerramientasJuridicas/DiccionarioJuridico.aspx>
- LEXIS S.A. (2016). *Diccionario Jurídico*. Recuperado el 24 de Mayo de 2016, de E-Silec Pro:
<http://www.silec.com.ec/webtools/esilecpro/Search/HerramientasJuridicas/DiccionarioJuridico.aspx>
- Lopera Echavarría, J. D., Lopera Echavarría, J. D., Ramírez Gomez, C. A., & Zuluaga Aristizabal, M. U. (Enero de 2010). El método analítico como método natural. *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 25(1), 327-353.
- Martino, D. B. (1986). *El Fideicomiso*. Caracas, Venezuela: Editorial Jurídica Alava.
- Mentxaca, R., & Churruca, J. (2015). *Introducción histórica al Derecho Romano (10a. ed.)* (10ª edición ed.). Bilbao, España: Publicaciones de la Universidad de Deusto.
- MNC/El Ciudadano. (01 de marzo de 2014). “No permitiremos los abusos del capital financiero”. Recuperado el 11 de agosto de 2016, de Portal Web de El Ciudadano: <http://www.elciudadano.gob.ec/no-permitiremos-los-abusos-del-capital-financiero-presentacion/>
- Morles Hernandez, A. (20 de Noviembre de 2014). *El fideicomiso de garantía del derecho venezolano*. (FELABAN, Ed.) Recuperado el 30 de Agosto de 2016, de Web de la Federación Latinoamericana de Bancos:
http://www.felaban.net/archivos_memorias/archivo20141120203041PM.pdf
- Ospina, G. (1984). *Régimen General de las Obligaciones* (Cuarta Edición ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Ossorio, M. (2008). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Pothier, R. (1978). *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*. Madrid, España: Editorial Trotta S.A.
- Real Academia Española. (14 de agosto de 2016). *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado el 14 de agosto de 2016, de Portal Web de la Real Academia Española: <http://dle.rae.es/?id=IsE8t8h>
- Real Academia Española. (2016). *Diccionario de la Lengua Española* (23ª edición ed.). Madrid, España: Real Academia Española.
- Rengifo García, E. (1998). *La Fiducia mercantil y pública en Colombia* (1ª edición ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Rengifo, R. (1984). *La Fiducia*. Ed. , Bogotá, 1984, p. 30. Bogotá, Colombia: Colección Pequeño Foro.
- Rengifo, R. (2001). *La Fiducia: Legislación Nacional y Derecho Comparado* (Segunda Edición ed.). Medellín, Colombia: Fondo Editorial Universidad EAFIT.
- Rodríguez Azuero, S. (2005). *Negocios Fiduciarios* (Primera Edición ed.). Bogotá, Colombia: LEGIS.
- Rodríguez Azuero, S. (2005). *Negocios Fiduciarios* (Primera Edición ed.). Bogotá, Colombia: LEGIS.
- Rodríguez Azuero, S. (enero-abril de 2007). El Fideicomiso Mercantil Contemporáneo. *Revista Icade*(70), 41.

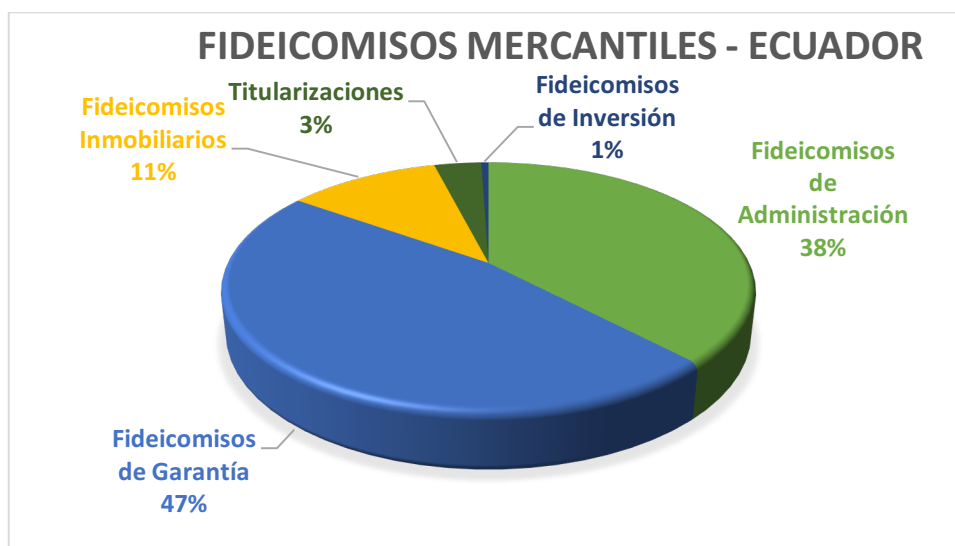
- Ruiz Olabuénaga, J. I. (2012). *Metodología de la investigación cualitativa* (5ª Edición ed.). Bilbao, España: Publicaciones de la Universidad de Deusto.
- Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros del Ecuador. (7 de septiembre de 2016). *Reporte Consolidado Nacional de Participe MV*. Recuperado el 7 de septiembre de 2016, de Portal Web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros del Ecuador: <http://181.198.3.71/portal/cgi-bin/cognos.cgi>
- Villanueva Gutierrez, W. (Diciembre de 2013). El Fideicomiso y sus implicaciones tributarias. *Ius Et Veritas*(47), 268.
- Zambrano Pasquel, A. (2011). *Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo*. Lima, Perú: Edilex S.A.
- Zavala Egas, J. (2010). *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Guayaquil, Guayas, Ecuador: Edilex S.A.
- Zavala Egas, J. (2010). *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica* (Primera Edición ed.). Guayaquil, Guayas, Ecuador: Edilex S.A.

ANEXOS

Gráficos estadísticos del volumen de negocios fiduciarios en el Ecuador

A) Fideicomisos mercantiles en el Ecuador

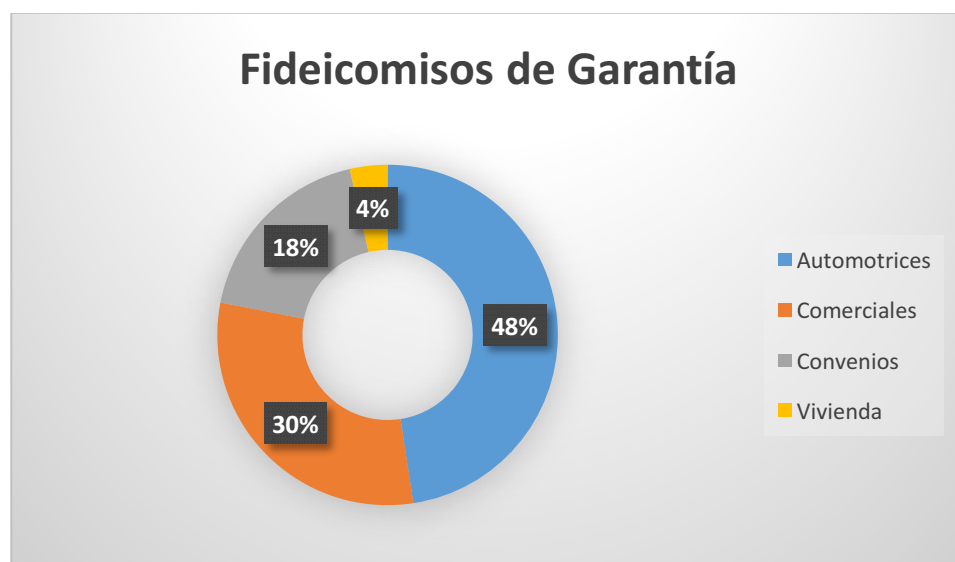
Gráfico #1



*Fuente: (Diario El Comercio - Ecuador, 2013) - Elaborado por: Andrés Martín Vanegas

B) Fideicomisos de garantía: distribución del volumen de negocios fiduciarios

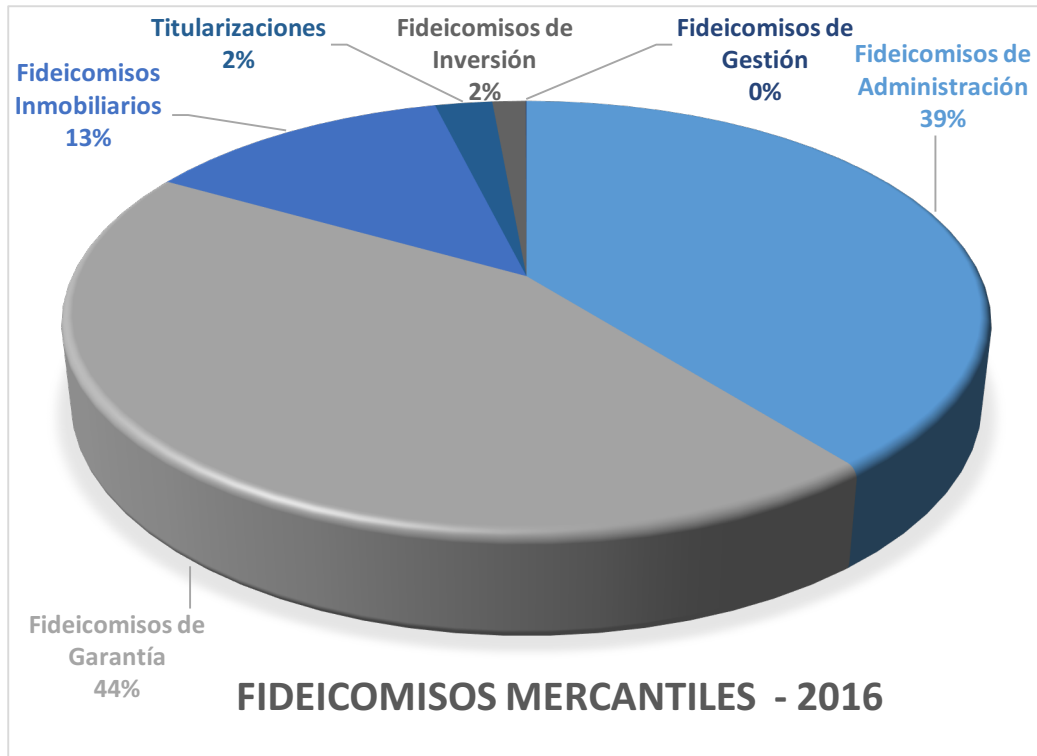
Gráfico #2



*Fuente: SECOM – (MNC/El Ciudadano, 2014)- Elaborado por: Andrés Martín Vanegas

C) Fideicomisos de garantía: distribución del volumen de negocios fiduciarios

Gráfico #3



*Fuente: (Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros del Ecuador, 2016) –
Elaborado por: Andrés Martín Vanegas

Fotografías de encuestas realizadas a personajes relevantes del medio:

D) Dr. Virgilio Jarrín Acunzo – Presidente del Colegio de Notarios del Guayas /
Notario Décimo Tercero de Guayaquil



E) Abg. Wendy María Vera Ríos – Notaria Trigésimo Séptima de Guayaquil



F) Abg. Juan Carlos Carmigniani Valencia – Apoderado General y Fundador del estudio jurídico Carmigniani & Asociados



G) Abg. Carlos Martín Salazar – Procurador judicial de la Universidad Laica VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil



Fotografías de las entrevistas realizadas

H) Abg. – Ketty Vanegas Rodríguez / Asesora legal en Derecho Fiduciario y miembro del grupo núcleo de redacción de la Ley de Mercado de Valores en dos ocasiones



I) Econ. Edgar Osorio – Gerente Regional de Fiducia Administradora de Fondos y Fideicomisos S.A.



J) Matriz de entrevista



Universidad Laica VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO
CARRERA DE DERECHO

TEMA: El Fideicomiso Mercantil de Garantía y los Derechos Constitucionales del Deudor

OBJETIVOS: Analizar los criterios de los profesionales especialistas en Derecho Mercantil y Fiduciario, específicamente en el Fideicomiso Mercantil de Garantía, a fin de formular conclusiones, recomendaciones y una propuesta respecto de esta institución jurídica.

Nombres y apellidos del entrevistado:

Cargo del entrevistado:

- 1) **Considera usted que el proceso de ejecución de garantías fiduciarias atenta contra los derechos constitucionales del deudor?**

- 2) **¿Qué impacto produjo en el mercado la restricción de constituir fideicomisos mercantiles de garantía respecto de la concesión de créditos de consumo?**

3) ¿Considera usted que el principio de autonomía de voluntad puede sustentar adecuadamente las estipulaciones contractuales sobre la forma en que opera el proceso de ejecución de garantía fiduciaria?

4) ¿Considera usted que se podría restituir la facultad de constituir fideicomisos mercantiles de garantía para respaldar créditos de consumo? ¿Por qué?

5) ¿Considera que los procedimientos de ejecución de garantía fiduciaria deberían estar normados por disposiciones legales que sirvan de marco jurídico para los acuerdos contractuales sobre la forma de llevarlos a cabo?

K) Matriz de encuesta



Universidad Laica VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO
CARRERA DE DERECHO

MATRIZ DE ENCUESTA

OBJETIVOS:

Analizar los niveles de conocimiento de la normativa legal que rige para los Fideicomisos Mercantiles, a fin de formular conclusiones, recomendaciones y una propuesta que garanticen la eficacia y constitucionalidad de esta institución jurídica.

INSTRUCCIONES

Revise y analice cada pregunta, y conteste de acuerdo a su conocimiento. La información proporcionada tiene carácter académico y es estrictamente confidencial. Gracias por su colaboración.

#	PREGUNTA	SI	MEDIA-NAMENTE	POCO	NO
1	¿Conoce usted cómo opera el proceso de ejecución de garantía fiduciaria?				
2	¿Conoce el alcance de los derechos constitucionales del deudor?				
3	¿ Considera usted que el principio de autonomía de voluntad puede				

	sustentar adecuadamente las estipulaciones contractuales sobre la forma en que opera el proceso de ejecución?				
4	¿Considera Usted que constituir fideicomisos mercantiles de garantía conlleva “abuso del capital financiero”?				
5	¿Considera usted que la ejecución de garantías fiduciarias atenta contra los derechos constitucionales del deudor?				
6	¿Considera usted que las reglas generales del procedimiento de ejecución que se estipulan en los fideicomisos mercantiles son cláusulas leoninas?				
7	¿Sabe usted que al fideicomiso mercantil de garantía se lo considera como una herramienta eficiente para facilitar el otorgamiento de créditos?				
8	¿Conoce usted que al fideicomiso mercantil se lo considera como una herramienta eficiente de recuperación de los bienes que garantizan ventas a crédito?				
9	¿Considera usted que debería restituirse a plenitud la facultad de constituir fideicomisos mercantiles de garantía, reformando el Código Orgánico Monetario y Financiero?				
10	¿Considera que los procedimientos de ejecución de garantía fiduciaria deberían estar normados por disposiciones legales que sirvan de marco jurídico para los acuerdos				

	contractuales sobre la forma de llevarlos a cabo?				
11	¿Considera usted que el establecimiento de un procedimiento convencional de garantía consensuado por las partes contratantes vulneraría derechos constitucionales de los deudores?				
12	¿Considera usted que el desarrollo del Fideicomiso Mercantil de garantía permite fortalecer la economía del sector empresarial del país, dinamizando las ventas a crédito?				
13	¿Considera que existió un retroceso en la evolución normativa fiduciaria en el Ecuador, al limitar la constitución de fideicomisos de garantía?				
14	¿Considera que se produjo un impacto negativo en el mercado por la restricción de constituir fideicomisos mercantiles de garantía para respaldar concesión de créditos de consumo?				
15	¿Conoce usted que a partir de la reforma prohibitiva de constituir fideicomisos mercantiles de garantía se endurecieron las condiciones para la concesión de créditos de consumo?				