

UNIVERSIDAD TECNICA PARTICULAR DE LOJA

ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

POSTGRADO ESPECIALIDAD EN DERECHO EMPRESARIAL

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO EN EL ECUADOR

AUTOR

Dr. Darío Lenín Andrade Arellano

DIRECTOR: Dr. Bolívar Chiriboga Valdivieso

Loja, 2008

DECLARACION DE AUTORIA

“Las ideas emitidas en el contenido del informe final de la presente investigación son de exclusiva responsabilidad del autor”

Nombre

Firma

Darío Lenín Andrade Arellano

CESION DE DERECHOS DE TESIS

Yo, Darío Lenín Andrade Arellano, declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad Técnica Particular la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

Nombre del autor

Firma

Darío Lenín Andrade Arellano

Dr. Bolívar Chiriboga Valdivieso
DOCENTE-DIRECTOR DE LA TESINA

CERTIFICA:

Que el presente trabajo de investigación, realizado por el estudiante Señor Darío Lenín Andrade Arellano, ha sido cuidadosamente revisado por el suscrito, por lo que he podido constatar que cumple con todos los requisitos de fondo y de forma establecidos por la Universidad Técnica Particular de Loja por lo que autorizo su presentación.

Loja, 17 de diciembre de 2008

Dr. Bolívar Chiriboga Valdivieso

DEDICATORIA

A mis abuelos quienes durante su vida me brindaron su apoyo y fortaleza y ahora desde el cielo me dan su protección y guía.

INDICE

INTRODUCCION	1
CAPITULO I	
1. MARCO CONCEPTUAL DEL FIDEICOMISO	6
1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS	6
1.1.1. En el Derecho Romano	6
1.1.2. En la Edad Media	8
1.1.3. En el Derecho Anglosajón	9
1.2. DEFINICION	9
1.3. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL	11
1.3.1. Elementos objetivos o reales	11
1.3.1.1. Los bienes fideicomitidos	11
1.3.1.2. Las solemnidades	12
1.3.1.3. Patrimonio especial	12
1.3.2. Elementos subjetivos	13
1.3.2.1. Fideicomitente	13
1.3.2.1.1. Derechos del fideicomitente	14
1.3.2.2. Fideicomisario	14
1.3.2.2.1. Derechos del beneficiario	14
1.3.2.3. El fiduciario	15
1.3.2.3.1. Deberes del fiduciario	15
1.3.2.3.2. Derechos del Fiduciario	16
1.4. NATURALEZA JURÍDICA	16
1.4.1. Teoría del mandato irrevocable	16
1.4.2. Teoría del patrimonio de afectación	17
1.4.3. Teoría del negocio fiduciario	17
1.4.4. Teoría del patrimonio separado	18
1.4.5. Teoría de la declaración unilateral de voluntad	19
1.4.6. Teoría del negocio jurídico complejo	19
1.4.7. Teoría de la titularidad del fiduciario	19
1.4.8. Teoría del desdoblamiento de la propiedad	20
1.4.9. Teoría del negocio jurídico fiduciario	20

CAPITULO II

2 EL FIDEICOMISO Y SUS PRINCIPALES APLICACIONES	21
2.1. FIDEICOMISO DE GARANTIA	21
2.1.1. Características	24
2.1.2. Ventajas	25
2.1.3. Clasificación	25
2.1.3.1. Fideicomiso en garantía de títulos valores	25
2.1.3.2. Fideicomiso en garantía de flujos de caja	25
2.1.3.3. Fideicomiso en garantía como medio de asegurar el cumplimiento de contratos	26
2.2. FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION	26
2.3. FIDEICOMISO INMOBILIARIO	27
2.3.1. Ventajas	28
2.3.2. Finalidades	29
2.3.3. Tipos de fideicomiso inmobiliario	29
2.3.3.1 Fideicomiso a precio fijo	29
2.3.3.2. Fideicomiso al costo	30
2.4. FIDEICOMISO DE INVERSION	30
2.5. FIDEICOMISO DE TITULARIZACION	31
2.5.1. Ventajas de la titularización	32
2.5.2. Bienes y activos objeto de titularización	33

CAPITULO III

3. PROCEDIMIENTO PARA LA CONSTITUCION, VALIDEZ Y EFECTOS DEL FIDEICOMISO	34
3.1. PROCEDIMIENTO	34
3.2. REQUISITOS DE EXISTENCIA	35
3.2.1. Voluntad	35
3.2.2. Objeto	36
3.2.3. Forma	37
3.3. REQUISITOS DE VALIDEZ	37
3.3.1. Capacidad	38
3.3.2. Ausencia de vicios de consentimiento	40
3.3.2.1. Error	40
3.3.2.1.1. Error de derecho	40

3.3.2.1.2. Error de hecho	40
3.3.2.2. Fuerza	41
3.3.2.3. Dolo	43
3.3.3. Objeto lícito	44
3.3.4. Causa lícita	44
3.4. FORMALIDADES	45
3.5. EFECTOS DE LA FALTA DE ALGUNO DE ESOS REQUISITOS	46
3.5.1. Inexistencia	46
3.5.1.1. Características de la inexistencia	47
3.5.2. Nulidad	47
3.5.2.1. Nulidad absoluta y relativa	48
3.5.2.1.1. Nulidad absoluta	48
3.5.2.1.2. Nulidad relativa	49
3.5.2.2. Efectos de la nulidad	49
3.6. LEY APLICABLE Y SOLUCION DE CONTROVERSIAS	50
3.6.1. Ley aplicable	50
3.6.2 Controversias	51

CAPITULO IV

ASPECTOS FINANCIEROS, TRIBUTARIOS Y ECONOMICOS DEL FIDEICOMISO

4.1. MERCADO DE CAPITALES	53
4.1.1. Concepto de Mercado de Capitales	53
4.1.2. Mercado de Valores	53
4.1.2.1. Características	53
4.1.2.2. Elementos que conforman el Mercado de capitales	54
4.1.2.3. Tipos de valores	54
4.1.2.4. Objetivos del Mercado de Capitales	54
4.1.2.5. División de Mercado de Capitales	55
4.1.2.6.. Estadísticas fiduciarias en el Ecuador	55
4.1.2.6.1. Análisis comparativo	57
4.1.2.6.2. Comisiones generadas	58
4.2. CONDICIONES ESENCIALES PARA ATRAER INVERSORES	58
4.2.1. Fortalecimiento de las reformas del Mercado	58
4.2.2. Fortalecimiento de los Mercados Financieros e incremento de la inversión	59

4.2.3. Incremento de la competitividad	59
4.2.4. Mejoramiento del capital humano	60
4.2.5. Mejoramiento de acceso a las oportunidades de Mercado	60
4.3. ESTRUCTURA FINANCIERA	60
4.4. PATRIMONIO AUTONOMO	61
4.4.1. Características del patrimonio autónomo	61
4.4.1.1. Separación de los bienes del resto de patrimonios	61
4.4.1.2. Exclusión de la garantía general de los acreedores del fiduciario	62
4.4.1.3. Exclusión de la garantía general de los acreedores del fideicomisario.	62
4.4.1.4. Garantía de las obligaciones contraídas para cumplir el fin	62
4.4.2. Efectos del patrimonio autónomo en los bienes fideicomitidos	63
4.4.3. Los bienes fideicomitidos y los efectos del patrimonio autónomo en ellos	64
4.4.3.1. Bienes que pueden ser objeto del fideicomiso	64
4.4.3.2. Efectos del patrimonio autónomo en los bienes fideicomitidos	65
4.4.3.3. Efectos del patrimonio autónomo respecto de las personas	65
4.4.3.3.1. Efectos respecto del fiduciario	65
4.4.3.3.2. Efectos respecto del fideicomitente	65
4.4.3.3.3. Efectos respecto del beneficiario	66
4.4.3.3.4. Respetto de terceros	66
4.5. TRIBUTACIÓN	67
4.5.1. Análisis del fideicomiso en el ámbito tributario	67
4.5.2. Exenciones	68
4.5.2.1. Condiciones	68
4.5.3. Titularización	68
4.5.3.1. Condiciones	69
4.5.4. Alcabalas	70
4.5.5. Impuesto al Valor Agregado	70
4.5.6. Impuesto a la Renta	70
4.6. VENTAJAS DEL FIDEICOMISO	70

CAPITULO V

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	72
5.1. Conclusiones	72
5.2. Recomendaciones	76
BIBLIOGRAFÍA	77

INTRODUCCION

Etimológicamente fideicomiso proviene del término fideicommissum y este a su vez del latín fides que significa fe y de commissum que equivale a confianza, por lo tanto el fideicomiso se trata de un pacto de confianza.

El Fideicomiso mercantil consiste en la transferencia de la propiedad de los bienes, conforme lo define la Ley de Mercado de Valores.

Según Maritza Yépez subgerente nacional de Fiducia de la Corporación Financiera Nacional (CFN) los fideicomisos pueden contribuir a la consecución de negocios. "No son un negocio en sí mismo, sino que constituyen con el objeto de alcanzar una finalidad". Por ejemplo, en el caso de los fideicomisos inmobiliarios, los constructores garantizan a los compradores del proyecto el buen uso de sus recursos. Esto, porque el dinero que adquiere un departamento o una casa no va al bolsillo del promotor, sino que ingresa al fideicomiso, el cual es administrado por un tercero independiente, que es la fiduciaria.

La legislación ecuatoriana en la Ley de Mercado de Valores en su Art. 109 inc. 1°. Manifiesta que: "Por el contrato de fideicomiso mercantil una o mas 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 a favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario".

El patrimonio autónomo, se forma con los bienes transferidos por el constituyente a favor del fiduciario en el fideicomiso, en nuestra legislación esta dotado de personalidad jurídica, razón por la cual puede contraer derechos y obligaciones. Es administrado por un fiduciario que puede ser una administradora de fondos o la Corporación Financiera Nacional y constituye una sociedad perfecta para efectos tributarios.

El contrato de fideicomiso mercantil tiene tantos elementos objetivos, llamados también reales y los elementos subjetivos. Dentro de los primeros están: los bienes fideicomitidos, las solemnidades y el patrimonio autónomo. Dentro de los segundos están: el fideicomitente o constituyente, el fideicomisario o beneficiario y el fiduciario. Por otra parte, el fideicomiso es

una figura completamente versátil que puede ser utilizada en las más diversas aplicaciones, es así que podemos establecer entre otros los siguientes tipos de fideicomisos que son:

Tabla 1: Tipos de Fideicomiso

Fideicomiso de garantía	Con el que el constituyente transfiere al fiduciario un bien con el encargo que éste proceda a la venta del mismo y entregue el producto obtenido hasta la concurrencia del crédito al acreedor en cuyo favor se ha constituido, cancelando total o parcialmente la deuda impaga.
El fideicomiso de administración	O fideicomiso de gestión que tiene por finalidad administrar y manejar los bienes del constituyente que está imposibilitado de hacerlo o porque requiere el apoyo de una entidad profesional que maximice los recursos producidos por dichos bienes.
El fideicomiso inmobiliario	Se realiza la entrega por parte del fideicomitente a la fiduciaria de un bien inmueble con la finalidad que ésta lo administre desarrolle un proyecto de construcción y transfiera las unidades construidas al beneficiario.
El fideicomiso de inversión	Su finalidad es invertir sumas de dinero o la administración de títulos entregados por el constituyente a fin de obtener respecto de los bienes transferidos al patrimonio autónomo seguridad, liquidez y rentabilidad ya sea con el ánimo de capitalizar los rendimientos entregarlos a terceros o beneficiarse de un flujo estable de ingresos.
El fideicomiso de titularización	O de titularización de activos, constituye un mecanismo relevante y útil para obtener liquidez a partir de activos ilíquidos o de baja rotación, como cartera o activos financieros, mediante la emisión de títulos valores, negociables en los mercados o bolsas de valores y con base en dichos activos. Nuestra ley define a la titularización como el proceso mediante el cual se emiten valores susceptibles de ser colocados y negociados libremente en el mercado bursátil, emitidos con cargo a un patrimonio autónomo.

Para que el fideicomiso cuente con plena validez y existencia debe considerar:

Tabla 2: Elementos de validez y existencia del Fideicomiso

Existencia	Validez
Voluntad: consiste en desprenderse de un derecho y la declaración de voluntad de querer adquirir el derecho por parte del	Capacidad: aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones.

fiduciario	
Objeto: motivo de la transferencia y doctrinariamente puede ser directo e indirecto.	Ausencia de vicios de Consentimiento: los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo.
Forma: son los elementos objetivos y establecen ciertas formalidades esenciales del acto constitutivo o contrato.	Objeto Lícito: se refiere a aquella cosa que mediante el contrato se trata de dar, hacer o no hacer
	Causa Lícita: significa el motivo, fin o interés jurídico que induce a las partes a contratar.

En virtud de lo novedoso del fideicomiso como figura sui generis y siendo una figura jurídica y comercial, resulta complicado y poco conveniente someter el mismo en caso de controversias a los jueces de la función judicial, quienes no están familiarizados con este tipo de contrato en su esencia y funcionamiento, ya que las leyes mercantiles aplicables al fideicomiso no especifican la manera de resolver los conflictos que pueden aparecer entre las partes, estos pueden ser sometidos a los procedimientos de la Ley de Mediación y Arbitraje.

Se pueden constituir en el Ecuador fideicomisos sobre bienes inmuebles como edificios, casas, terrenos. Y de bienes muebles como obras de arte, autos, etc. También se pueden constituir fideicomisos sobre derechos de autor de canciones, libros, etc.; siendo así infinitas las opciones de su aplicación práctica. Las Administradoras de fondos fiduciarios están controladas en el Ecuador por la Superintendencia de Compañías. Su marco legal se ampara en la Ley de Mercado de Valores

En el mercado ecuatoriano los fideicomisos de carácter administrativo y de garantía, conjuntamente representan el 87,6% del total; es decir los inversionistas buscan seguridad y complementar sus actividades comerciales y/o de servicios, sin embargo no gustan realizar inversiones de riesgo y tampoco esta muy difundido su aplicación para otros tipos de fideicomisos (vehículos, arte, etc.).

Para lograr un desarrollo de esta actividad se debe fomentar condiciones esenciales para atraer inversores, para lo cual se debe continuar con el fortalecimiento de las reformas de mercado, mientras se reconoce las limitaciones de los mercados; en el caso concreto del Ecuador, debería contar con una Ley para Fiducia, exclusiva, que permita dar una mayor seguridad a los inversionistas y la posibilidad que la sociedad participe directamente en la

constitución de fideicomisos para la creación e implementación de grandes obras nacionales, por ejemplo el ferrocarril, el tema de nuevas centrales eléctricas, refinerías, etc.

El fideicomiso puede ser de carácter civil y mercantil. La mayor utilización se la da en el ámbito mercantil, en este caso los bienes que le pertenecen a una persona son entregados a una entidad legalmente constituida a la que se le denomina fiduciaria, a fin de que estos bienes sean destinados al propósito determinado por el constituyente y que llegado el plazo o la condición se los entregue a un beneficiario, que puede ser el mismo constituyente u otra persona.

Desde el enfoque de carácter sustantivo y adjetivo; el fideicomiso, en el sistema bancario ecuatoriano está regido por la Ley de Mercado de Valores y su Reglamento, los cuales determinan el ámbito de aplicación y procedimiento

Constituye de vital importancia, determinar la utilidad e importancia de este mecanismo jurídico-financiero para el desarrollo de la Economía del país.

El desarrollo del presente trabajo de investigación se lo realiza considerando varios objetivos entre los que podemos mencionar que: La complejidad de las finanzas en el mundo actual que ha determinado la necesidad de buscar mecanismos que permitan obtener agilidad, seguridad, garantía y especialización para las inversiones, así como la facilidad de cobro de los créditos otorgados; que uno de estos mecanismos que ha tenido un notable desarrollo en los últimos años en el Ecuador es el Fideicomiso Mercantil, regulado en la Ley de Mercado de Valores y su reglamento de Negocios Fiduciarios.

Siendo el objetivo principal de este trabajo analizar y establecer con claridad y objetividad la validez de este mecanismo y como puede contribuir al desarrollo del país.

Los objetivos antes indicados se los alcanza mediante:

La conceptualización del Fideicomiso y determinación del procedimiento para la constitución y validez del mismo en el Ecuador. Identificación de las clases de Fideicomisos y sus principales aplicaciones.

Determinación del rol de cada uno de los participantes en el fideicomiso: fideicomitente (constituyente), fideicometido (beneficiario) y la fiduciaria.

Los métodos utilizados en el presente trabajo de investigación fueron:

Método Histórico, ya que a través de la historia se puede conocer el origen del Fideicomiso y su evolución hasta la actualidad.

Método Analítico, con la finalidad de analizar los diferentes tipos de fideicomisos y sus aplicaciones para ser estudiados en forma independiente.

Método Exegético, con el cual se determinó la intención del legislador al crear el fideicomiso y las causas que motivaron su expedición.

El trabajo desarrollado podrá brindar una orientación sobre el fideicomiso tanto a estudiantes, así como a profesionales y personas interesadas en conocer algunos aspectos sobre un instrumento que puede ayudar al desarrollo de la economía de un país.

CAPITULO I

1. MARCO CONCEPTUAL DEL FIDEICOMISO

1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1.1. EN EL DERECHO ROMANO

El fideicomiso actual se presume que tuvo su origen en el Derecho Romano en dos figuras: el fideicommissum y el pactum fiduciae.

El fideicommissum apareció como una figura jurídica que tenía por objeto eludir trabas legales, en este caso la lex falcidia, la cual impedía a ciertas personas poseer bienes en calidad de herederos, entre las cuales se hallaban: los peregrinus, extranjeros que tenían su residencia en Roma; los caelibes, considerados entre ellos a los solteros, a los viudos o a los divorciados no vueltos a casar; y por último, los orbi que eran personas casadas sin hijos legítimos vivos o concebidos. De esta manera, la forma en que operaba el fideicommissum consistía en que el testador entregaba los bienes a una persona que tenía la facultad para heredarlos a fin de que los utilice a favor del heredero que no tenía esta capacidad; a su vez, quien recibía estos bienes se convertía en propietario de ellos y por lo tanto el cumplimiento de su misión quedaba a su conciencia, es decir podía abusar de su calidad negándose a transferir los bienes al beneficiario, guardando para sí los frutos producidos por ellos e incluso podía enajenarlos a terceros, frustrando de esta forma la voluntad del causante.

A esta primera etapa podemos llamarla como de negocios puros ya que la base sobre la que se fundamentaba el fideicomiso era la absoluta confianza.

La evolución resto pureza al encargo fiduciario debido a su incumplimiento; pues, no se respetó la voluntad del constituyente y prevaleció la conveniencia de quien tenía la facultad de ejecutarlo. Augusto establece el fideicomiso como una verdadera institución jurídica, exigiendo su cumplimiento con la actuación de los cónsules.

Posteriormente con Claudio, se instituyó el Pretor fideicomisario, quien también podía exigir el cumplimiento de los fideicomisos.

Entre las diferentes formas de fideicommissum que se conocieron en el Derecho Romano

tenemos: la pura, la simple, la condicional, la particular o universal y la gradual. Entre estas, la más destacada era la del fideicommissum gradual ya que a través de aquella la transferencia de bienes se hacía con cargo a otra u otras personas, quienes tenían la obligación de hacerlo en la misma forma más adelante.

En la época de Justiniano se limitó el derecho del testador para imponer esta obligación hasta el cuarto grado.

Por otra parte el pactum fiduciae estaba representado a través de dos figuras perfectamente diferenciadas: la fiducia cum amico y la fiducia cum creditore.

La primera buscaba transferir bienes a fin de que el fiduciario disponga de los mismos y ejercite las funciones inherentes al dueño como serían las de administrar, celebrar contratos en torno a ellos o defenderlos contra el ataque de terceros, es decir se entregaba la cosa para realizar un depósito o comodato. Esta figura se usaba cuando una persona se ausentaba por un tiempo largo y en lugar de dejar los bienes cuidados por un amigo a través de un simple contrato de tenencia, utilizaba la figura de la fiducia cum amico a fin de que tenga las más amplias facultades y la protección de sus bienes sea más eficaz.

La fiducia cum creditore tenía como objetivo garantizar la obligación a través de la figura denominada *cum creditore pignoris iure*, existiendo en esta última, el compromiso del acreedor de restituir la cosa, una vez cancelado el crédito; en caso de incumplimiento por parte del acreedor, el deudor tenía la facultad de ejercer la *actio fiduciae* (acción personal restitutoria).

Si la cosa hubiere permanecido en poder del deudor por más de un año, tenía el derecho de reclamarla para si mismo, recuperando de esta manera la propiedad; esta figura era conocida con el nombre de *usureceptio ex fiducia*. Para evitar esta situación, el acreedor dejaba la propiedad en manos del deudor a través de un contrato de arrendamiento o precario.

El acreedor podía vender la cosa sin necesidad de una autorización especial, pero existía el riesgo de ser condenado como resultado de la *actio fiduciae*, una vez que era abonada la deuda.

Cuando el deudor consentía en la venta de la cosa a un tercero, este solamente podía reclamar la diferencia entre lo que estaba obligado a cancelar y el precio de venta (*superfluum*).

En el caso de que el acreedor realizaba la venta a un tercero, podía iniciar la acción fiduciaria en contra del acreedor, lo cual le daba derecho a la indemnización por incumplimiento del deber de fidelidad en virtud del *pactum* existente, pero la cosa permanecía en poder del tercero.

De lo expuesto, podemos notar que la diferencia entre el fideicommissum y el *pactum fiduciae* consiste en que mientras el primero se producía por una transmisión por causa de muerte, el segundo era producto de un acuerdo entre vivos.

1.1.2. EN LA EDAD MEDIA

En la Edad Media en España aparece el llamado Mayorazgo que se deriva del fideicomiso romano, ya que el Señor feudal necesitaba mantener la unidad de sus propiedades y perpetuarlas en poder de su familia porque si entregaba las mismas a sus descendientes en una forma equitativa, perdía poder ante el monarca, lo cual le ponía en una situación desventajosa frente al soberano y a los otros señores feudales, es así que a través de esta figura jurídica, se entregaban los bienes al hijo primogénito y este a su vez tenía la obligación de hacer lo mismo con su descendencia. Vemos que aquí el primogénito al recibir las propiedades a través de esta figura jurídica lo hace bajo una condición determinada, cual es la de transmitir los bienes de la misma manera a su primogénito, el cumplimiento de esta obligación es la que la liga al fideicomiso romano.

Posteriormente el fideicomiso aparece en España como una consecuencia del derecho consuetudinario el mismo que fue instituido por primera vez en el testamento de Enrique II de Castilla en el año de 1379, y luego fue elevado a una categoría jurídica por las Leyes de Toro en 1505.

En Francia después de la Revolución Francesa se prohíbe los mayorazgos y los fideicomisos como una manera de transmitir los bienes inmuebles a sus posteriores generaciones, este tuvo un paréntesis en su vigencia durante la época de Napoleón ya que se autorizó nuevamente su utilización cuya finalidad era el mantener el poder en determinadas familias, en 1849 se suprimieron estas sustituciones fideicomisarias.

1.1.3. EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

El trust anglosajón no se conoce a ciencia cierta si proviene del Derecho Romano, del germánico o de movimientos autóctonos, personalmente considero que la teoría que procede del derecho Romano es la más acertada y es así que el trust tuvo su origen en la fiducia cum amico.

El trust comienza con el use, entendiéndose por tal la transmisión que se hace a un tercero con la obligación de conciencia a favor del transmisor u otro beneficiario.

Esta figura fue muy utilizada cuando se dictó la ley de las Manos Muertas y durante la guerra de las Dos Rosas.

Por la Ley de Manos Muertas se impedía a las comunidades religiosas poseer bienes inmuebles; para evitar este inconveniente, los religiosos transferían o adquirían los bienes destinados para beneficio de la comunidad a través de un tercero.

En la época de la Guerra de las Dos Rosas, los bienes de los vencidos corrían el riesgo de ser confiscados por el vencedor, debido a esto todos aquellos que participaban en las contiendas transferían sus bienes a otra persona teniendo el uso el cedente y sus herederos. En el caso de ser capturado quien transfirió los bienes, ya no los tenía en su patrimonio, estos pertenecían a otra persona.

1.2. DEFINICION

Etimológicamente fideicomiso proviene del término fideicommissum y este a su vez del latín fides que significa fe y de commissum que equivale a confianza, por lo tanto el fideicomiso se trata de un pacto de confianza. De tal forma que la confiabilidad y confidencialidad entregadas por quien encarga la administración del fideicomiso al gestor, son los elementos que identifican a esta figura jurídica.

Sergio Rodríguez Azuero define al fideicomiso mercantil: "Como el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de que su actividad cumpla una finalidad establecida por el

constituyente en su favor o en beneficio de un tercero"¹

Este concepto nos permite concluir que gracias al fideicomiso es posible separar ciertos bienes del patrimonio de una persona y destinarlos para que cumplan un objetivo determinado a través de un administrador, dicho objetivo es establecido por el constituyente del fideicomiso, ya sea para su propio beneficio o a favor de un tercero.

Es de importancia destacar que los términos fideicomiso y fiducia son utilizados indistintamente así, Hidelbrando Leal Pérez manifiesta: "La fiducia es el contrato comercial cuya finalidad es la de obtener la administración de un bien por parte del fiduciario, o su enajenación para cumplir la finalidad propuesta por el constituyente, bien en su provecho o de un tercero"²

Establecidos estos conceptos llegamos a la conclusión que los términos fideicomiso y fiducia tienen el mismo significado.

La legislación ecuatoriana en la Ley de Mercado de Valores en su Art. 109 inc. 1°. manifiesta: "Por el contrato de fideicomiso mercantil una o mas 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 a favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario"

La Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, en el capítulo V que trata de las normas sobre de las operaciones de la fiducia mercantil que realicen las instituciones financieras, en la sección I Art. 1inc 1°. prescribe: "Por el acto de fideicomiso mercantil una o mas personas llamadas constituyentes transfieren el dominio sobre dineros, derechos u otros bienes a un patrimonio autónomo cuya titularidad de dominio ejercerá otra llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos para cumplir una finalidad específica en provecho del constituyente o de un tercero llamado beneficiario. El constituyente y el beneficiario tendrán los derechos que a su favor se estipulen el acto

¹ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio; Contratos Bancarios: Su significación en América Latina; Editorial ABC; 3ª Edición Bogotá; 1985; Pág. 627

² LEAL PEREZ, Hidelbrando. Contratos Bancarios; Editorial ABC; 3ª. Edición; Bogotá; 1985; Pág. 627

constitutivo en el cual se podrá prever el reparto periódico de beneficios"

En virtud de lo expuesto anteriormente puedo definir al fideicomiso como un contrato en virtud del cual una persona denominada constituyente o fideicomitente transfiere bienes a favor de otra persona llamada fiduciario, a fin de que esta cumpla con ciertas finalidades determinadas en el contrato y a beneficio de un tercero o del mismo constituyente, recibiendo el nombre de beneficiario

1.3. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL

El contrato de fideicomiso mercantil tiene tantos elementos objetivos, llamados también reales y los elementos subjetivos los cuales voy a explicar a continuación.

1.3.1. ELEMENTOS OBJETIVOS O REALES

Son elementos objetivos o reales: los bienes fideicomitados, las solemnidades y el patrimonio especial.

1.3.1.1. LOS BIENES FIDEICOMITIDOS

Los bienes que el fideicomitente transfiere al fiduciario pasan a formar parte de un patrimonio autónomo independiente, el mismo que se origina en virtud del contrato de fideicomiso.

Dichos bienes deben ser especificados al momento de la constitución del fideicomiso.

Cuando se realiza la transferencia de los bienes al fideicomiso, estos deben cumplir con el objetivo determinado por el constituyente.

No se puede hacer la transferencia de bienes cuya entrega este prohibida por la ley.

La Ley de Mercado de Valores, y la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria establece que:

Este patrimonio autónomo puede estar integrado por los bienes, derechos, créditos obligaciones y contingentes que se hayan transferido al fideicomiso o por los que sean consecuencia del cumplimiento de la finalidad establecida por el fideicomitente.

La ley de Mercado de Valores establece que se puede transferir los bienes muebles, inmuebles, corporales o incorporales.

También podrán comprometerse en el contrato de fideicomiso, aquellos bienes que no existen pero se espera que existan y en el momento que aquello ocurra pasarán a formar parte del patrimonio del fideicomiso.

1.3.1.2. LAS SOLEMNIDADES

El Art. 110 de la Ley de Mercado de Valores, señala que el fideicomiso mercantil debe constituirse por instrumento público abierto. Además señala que cuando se trata de bienes inmuebles y otros bienes que requieran de esta solemnidad debe realizarse por escritura pública.

La solemnidad para estos actos está taxativamente determinada en la ley y constituyen formalidades sustanciales en razón a la naturaleza del contrato de fideicomiso, en consecuencia si un fideicomiso se celebra sin cumplir las solemnidades legales prescritas, es nulo y/o inexistente ya que dichas solemnidades son los requisitos generadores del contrato y constituyen la prueba para determinar su existencia pues no pueden ser suplidas por ningún otro acto.

Así el fideicomiso celebrado por documento privado no existirá, ni tendrá validez, aunque se hubiere cumplido el encargo y se hubiere restituido al constituyente los bienes, ya que es imposible probarlo, porque dicho fideicomiso, carece de existencia y validez.

Las solemnidades son excepciones al derecho común y deben ser consideradas de un modo restrictivo, por lo tanto si son exigidas para un acto jurídico específico no puede aplicarse a otro por parecido que sea, ni se puede establecer la exigibilidad de otras que la ley no determina en tal virtud, no hay más solemnidades que aquellas indicadas en la ley.

1.3.1.3. PATRIMONIO ESPECIAL

Este patrimonio se forma con los bienes transferidos por el constituyente a favor del fiduciario en el fideicomiso.

El patrimonio especial se diferencia del patrimonio del constituyente, del patrimonio del fiduciario y del que tenga el fideicomisario.

En nuestra legislación el patrimonio especial es conocido con el nombre de patrimonio autónomo y su titularidad es ejercida por el fiduciario, el cual está obligado a cumplir la finalidad indicada en el fideicomiso mercantil a favor del beneficiario, quien una vez cumplido el encargo será dueño de este patrimonio.

Los bienes que constituyen el patrimonio autónomo están libres de embargo y de medidas precautelatorias por parte de los acreedores del constituyente, del beneficiario Y del fiduciario, salvo acuerdo en contrario. Sin embargo los acreedores del beneficiario podrán seguir los derechos que le corresponde por los frutos que genere dicho patrimonio.

Por otro lado son embargables los bienes del patrimonio autónomo, cuando estos garantizan las obligaciones adquiridas para el cumplimiento del objetivo establecido en el fideicomiso mercantil y puede ser embargados o afectados por medidas precautelatorias por los acreedores de dicho patrimonio. El monto exigido no podrá exceder el del patrimonio autónomo, pues se hallan exceptuados los bienes propios del fiduciario, del fideicomitente y del beneficiario.

1.3.2. ELEMENTOS SUBJETIVOS

Se consideran elementos subjetivos: el fideicomitente o constituyente, el fideicomisario o beneficiario y el fiduciario

1.3.2.1. FIDEICOMITENTE O CONSTITUYENTE

El fideicomitente o constituyente es la persona que constituye un fideicomiso por una manifestación expresa de su voluntad, el fideicomitente dentro de esta relación jurídica es quien transfiere los bienes, al fiduciario.

Toda persona capaz de disponer de sus bienes puede ser fideicomitente; los incapaces pueden actuar a través de sus representantes legales, al igual que las personas jurídicas.

La Ley del Mercado de Valores utiliza la palabra fideicomitente o constituyente en forma indistinta.

El Art. 115 de la Ley de Mercado de Valores manifiesta: "Pueden actuar como constituyentes de fideicomisos mercantiles las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, quienes transferirán el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil."

1.3.2.1.1. DERECHOS DEL FIDEICOMITENTE

- a.- Los establecidos en el contrato
- b.- Exigir al fiduciario el cumplimiento del objeto del fideicomiso
- c.- Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo establecido en el contrato o en la ley
- d.- Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa leve en el desempeño de su gestión.

1.3.2.2. EL FIDEICOMISARIO O BENEFICIARIO

Es la persona en cuyo beneficio se destina el fideicomiso, éste puede ser el mismo constituyente si así se establece en el contrato.

La Ley del Mercado de Valores en el Art. 116 indica: "Serán beneficiarios de los fideicomisos mercantiles o de los encargos fiduciarios, las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, de derecho privado con finalidad social o pública, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica designada como tales por el constituyente en el contrato o posteriormente si en el contrato se ha previsto tal atribución. Podrá designarse como beneficiario del fideicomiso mercantil a una persona que al momento de la constitución del mismo no exista pero se espera que exista. Podrá existir varios beneficiarios de un contrato de fideicomiso, pudiendo el constituyente establecer grados de preeminencia entre ellos e inclusive beneficiarios sustitutos."

En el caso de falta o de renuncia del beneficiario que ha sido designado y de no existir otros beneficiarios sustitutos o sucesores, el beneficiario será el mismo constituyente o sus sucesores.

1.3.2.2.1. DERECHOS DEL BENEFICIARIO

- a.- los que consten en el contrato

- b.- Exigir el cumplimiento del fideicomiso
- c.- Exigir al fiduciario la rendición de cuentas
- d.- Ejercer las acciones correspondientes, en el caso de haber incumplido sus deberes
- e.- Impugnar los actos de disposición de bienes del fideicomiso mercantil realizados por el fiduciario en contra de las instrucciones y finalidades del fideicomiso mercantil, dentro de los términos establecidos en la ley
- f.- Pedir la sustitución del fiduciario, por los casos previstos en el contrato y en la ley

1.3.2.3 EL FIDUCIARIO

Es la persona que ejecuta los encargos dados por el fideicomitente o constituyente a favor del fideicomisario o beneficiario.

Jorge Serrano Transviña define al fiduciario de la siguiente manera: “Es la persona que tiene la titularidad de los bienes fideicomitados y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso. El fiduciario lleva a efecto la realización o cumplimiento de los fines por medio del ejercicio obligatorio de los derechos que le a transferido el fideicomitente”³

1.3.2.3.1 DEBERES DEL FIDUCIARIO

- a.- Ejecutar los objetivos del fideicomiso
- b.- Mantener los bienes del fideicomiso separados del patrimonio propio y de los que correspondan a otros fideicomisos
- c.- Conservar los bienes y derechos recibidos en su integridad material
- d.- Realizar las inversiones de los bienes del fideicomiso según las especificaciones dadas por el fideicomitente

³ Citado por Diego Gómez de la Torre Reyes; El Fideicomiso Mercantil; Editorial; Edición 1ª.; Quito; Pág. 54

e.- Procurar el mejor rendimiento de los bienes fideicomitidos

f.- Rendir cuentas de la gestión realizada por la fiduciaria

7.- No utilizar mal los derechos transferidos y no excederse en el ejercicio de las facultades conferidas

8.- Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley cuando ha concluido el fideicomiso

1.3.2.3.2. DERECHOS DEL FIDUCIARIO

1.- Ejercer todos los derechos y acciones que se requieren para el cumplimiento del fideicomiso.

2.- La obligatoriedad que tiene en el cumplimiento de su cargo.

3.- Tiene la obligación de conservar los bienes y derechos recibidos.

1.4 NATURALEZA JURÍDICA

1.4.1. TEORIA DEL MANDATO IRREVOCABLE

Es sostenida por el Panameño Ricardo Alfaro quien condujo a la incorporación del trust en Panamá y manifiesto que siendo una institución novedosa tiene que acomodarse a los esquemas tradicionales de las legislaciones basadas en el derecho romano, recoge la idea del trust anglosajón que establece que una vez aceptado el encargo, las facultades que le han sido otorgadas se convertían en irrevocables.

Esta teoría ha sido criticada no solo por la aparente inconsistencia entre la irrevocabilidad y el mandato que es de naturaleza revocable, sino que además el mandatario actúa en nombre y representación de su mandante y aún si no tuviera esta última los negocios jurídicos que realiza los hace en nombre de su comitente.

En el fideicomiso no ocurre esta situación ya que el fiduciario actúa como propietario de los

bienes frente a terceros, celebrando los negocios en su nombre o en el del fideicomiso, pero no en el del constituyente, ni en el de su beneficiario.

1.4.2. TEORIA DEL PATRIMONIO DE AFECTACIÓN

Teoría de Lepaulle jurista francés, quien pretende explicar la naturaleza jurídica del trust a través de un estudio a sus elementos fundamentales y afirma que dentro de las posibilidades del Derecho Inglés, no debe hacerse énfasis en las supuestas obligaciones derivadas de las relaciones entre las partes, pues ellas no son constantes ni necesarias.

En virtud de tal razón, se puede asegurar que el único elemento constante y vital en los negocios de trust radican en la existencia de un patrimonio y una destinación, es decir, es una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y que la unidad está constituida por una afectación que es libre dentro de los límites de las leyes en vigor y del orden público

Esta teoría ha sido muy criticada ya que es fruto de una construcción artificiosa al querer probar que los elementos personales no son esenciales tomando como ejemplos distintas modalidades del trust. Sosteniendo la expresión afectación que no tiene un contenido propio en nuestras legislaciones y por ende no puede otorgársele el alcance que pretendió el jurista francés.

Sin embargo esta teoría ha hecho grandes aportaciones a la debida comprensión de la figura, porque sin llegar a pensar que pueda existir un patrimonio desvinculado de todo sujeto, lo que si se puede reconocer en la mayor parte de las legislaciones es que los bienes recibidos por el fiduciario forman una unidad patrimonial separado del resto de los bienes de la institución la misma que está libre de problemas económicos que pudiesen afectar al fideicomitente, fiduciario y fideicomisario. Esta teoría ayudó a conseguir la autonomía jurídico económica de los bienes transferidos.

1.4.3. TEORIA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO

Esta acepta que la fiducia mercantil es una especie de negocio fiduciario por concurrir en ella los dos elementos. La real de una parte, por la transmisión de los bienes o derechos y la personal constituido por las limitaciones obligatorias resultantes del acuerdo entre las partes.

Este no se trata de un negocio fiduciario puro por cuanto en él no radica en forma exclusiva la confianza, sino que los derechos y obligaciones de las partes están cuidadosamente regulados por la ley sin que exista la posibilidad de abuso, en el sentido de un incumplimiento de la voluntad del fideicomitente y que la misma quede impune por no existir un control de otro orden que no sea el de su propia conciencia. Por ello se le considera una especie de negocio fiduciario impuro.

En nuestra legislación hay inclinación hacia esta última pues así se explica que el fiduciario tenga un derecho de propiedad restringido y encaminado a cumplir la finalidad prevista en el contrato.

Una de las cosas más importantes es que se haya constituido con los bienes adquiridos en propiedad fiduciaria un patrimonio autónomo o especial que se desvincula del patrimonio de la fiduciaria.

1.4.4. TEORIA DEL PATRIMONIO SEPARADO

Lisoprawski manifiesta que el fiduciario es propietario pero de un patrimonio separado del resto de bienes propios del fiduciario.⁴

Para que estos patrimonios sean considerados como tales deben presentar las siguientes características:

- 1.- Deben estar previstos en forma legal, constituyendo una excepción a la regla de que el patrimonio es prenda común de acreedores.
- 2.- Jurídicamente, tienen una separación del patrimonio general. En el caso particular del fideicomiso la separación es económica y además jurídica.
- 3.- El patrimonio separado debe responder de las deudas contraídas en virtud del mismo.

Esta teoría reconoce que las leyes crean patrimonios separados, como lo es el fideicomiso el

⁴ Lisoprawski, Silvio y Koper Claudio; Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización; Editorial Depalma; Primera Edición; Págs. 147, 148, Buenos Aires, 1995

mismo que tiene un dueño o titular y además que son independientes de otros patrimonios separados y del patrimonio general del fiduciario.

1.4.5 TEORIA DE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD

Quienes defienden esta teoría sostienen que el fideicomiso supone una declaración unilateral de voluntad, a tal punto que se puede constituir por acto testamentario.

Ahumada: "sostiene que si bien es cierto el fideicomiso es un contrato no será la voluntad de las partes el que lo constituya, sino que se constituirá por la voluntad unilateral del constituyente".

La crítica que se hace a esta teoría es que no basta con el (*animus fiduciae*) para que se lleve a cabo el fideicomiso, ni siquiera si se trata del fideicomiso testamentario, ya que debe mediar la aceptación del fiduciario, y será esta aceptación la que configure la (*causa fiduciae*) del acto.

1.4.6. TEORIA DEL NEGOCIO JURÍDICO COMPLEJO

Según esta teoría el fideicomiso implica un negocio unilateral en su constitución, pero en su ejecución es un acto de naturaleza contractual.

La primera fase está dada por la declaratoria unilateral de voluntad, la cual es seguida por un contrato.

Esta teoría es criticada porque no se puede separar estas dos fases en el tiempo ya que son coincidentes e indispensables para que se de el negocio jurídico.

Además porque si alguien desea constituir un fideicomiso requiere la aceptación del fiduciario, que es quien va a cumplir esos contratos.

1.4.7. TEORIA DE LA TITULARIDAD DEL FIDUCIARIO

Martorell manifiesta que la propiedad fiduciaria no es una forma especial de propiedad, sino que esta es verdadera y plena, pero con características peculiares. Además sostiene que las

limitaciones del fiduciario no recaen sobre el derecho real de dominio, sino que recaen sobre el sujeto.

Aquí el fideicomitente establece las obligaciones que deben ser cumplidas por el fiduciario bajo pena de responder por violación contractual. El fiduciario es un dueño que tiene cargas personales impuestas por el fideicomitente y no limitaciones a su propiedad sobre bienes fideicomitados.

1.4.8. TEORIA DEL DESDOBLAMIENTO DE LA PROPIEDAD

Esta considera que el dominio del bien objeto del fideicomiso se divide en dos aspectos: El primero el económico que le corresponde al fideicomisario y el jurídico que es del fiduciario, siendo ambos matices del derecho real simultáneos.

Esta tesis tiene su fundamento en el trust anglosajón el mismo que permite una bifurcación de la propiedad en (legal ownership) y en (equitable ownership).

Esta teoría es criticada ya que en el Derecho Romano la propiedad es absoluta y la existencia de varias personas en el dominio de un bien solo se puede traducir en copropiedad.

1.4.9. TEORIA DEL NEGOCIO JURÍDICO FIDUCIARIO

Parte de la distinción entre actos jurídicos fiduciarios y negocios jurídicos fiduciarios.

Los actos jurídicos fiduciarios son aquellos en los que se transmiten derechos o bienes y sus consecuencias jurídicas no pueden ser modificadas por la simple voluntad del transmisor.

En el negocio jurídico fiduciario en cambio se transmite el bien o derecho a través de un negocio que se desea y se actualiza voluntariamente y sobre el cual el transmisor tiene cierto control.

En el negocio jurídico fiduciario concurren dos elementos: uno real, que es la transferencia de los bienes o derechos y otro personal que está formado por las limitaciones obligatorias que resultan del acuerdo de las partes.

CAPITULO II

2. EL FIDEICOMISO Y SUS PRINCIPALES APLICACIONES

2.1. FIDEICOMISO DE GARANTIA

El Doctor Francisco Morales Casas, en su obra "Fundamento de la actividad y los negocios bancarios dice que el fideicomiso mercantil como forma de garantía es una de las posibilidades más importantes de los negocios de fideicomiso. Se presenta en todos aquellos casos donde el deudor transfiere como fiduciante bienes a la entidad fiduciaria, con el objeto de respaldar el cumplimiento de una obligación principal que aquel tiene a favor de un tercero, para que en el evento de que no se satisfaga oportunamente, proceda la fiduciaria a venderlos y destinar su producido en la amortización de la deuda"⁵

Carlos Gilberto Villegas, autor argentino, en su obra Las Garantías del Crédito manifiesta: "Por este contrato un deudor (u otra persona por él), actuando como fideicomitente, entrega un bien (mueble o inmueble) a otra persona que actúa como fiduciaria, para que sirva de garantía del pago de una deuda que tiene con un tercero, que es el fideicomisario o beneficiario del fideicomiso" ⁶

Nuestra legislación en el Reglamento sobre negocios fiduciarios en el Art. 17 Num. 1 indica:

"Se entiende por fideicomiso de garantía, al contrato en virtud del cual el constituyente transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones, designando como beneficiario al acreedor de éstas, quien en caso de incumplimiento puede solicitar a la fiduciaria, la realización o venta de los bienes fideicomitados para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo

⁵ MORALES CASAS, Francisco: Fundamentos de la Actividad y Negocios Bancarios; Análisis Institucional, Legal y Operativo; Jurídica Radar Ediciones; Primera Edición; Bogotá Colombia; 1991; págs. 296-297

⁶ VILLEGAS, Carlos Gilberto; Las Garantías del Crédito; Rubinzal-Culzoni Editores; Buenos Aires-Argentina, pág. 350

insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato."

En consecuencia, considero que el fideicomiso en garantía es un contrato en virtud del cual una persona que va a contraer o ha contraído una obligación o un tercero ajeno a la misma con la finalidad de garantizar al acreedor su cumplimiento, transfiere un bien a un patrimonio autónomo, cuya administración está a cargo de una administradora de fondos y fideicomisos (fiduciaria), a la que le instruye que en el caso de que se incumpla la obligación, venda el bien transferido y con el producto se cancele la deuda.

A través de este tipo de fideicomiso el constituyente transfiere al fiduciario un bien con el encargo que el fiduciario proceda a la venta del mismo y entregue el producto obtenido hasta la concurrencia del crédito al acreedor en cuyo favor se ha constituido, cancelando total o parcialmente la deuda impaga.

Esta figura ha ido ganando espacio en muchos países, desplazando a las garantías tradicionales como son la prenda, la hipoteca y la fianza, ya que esta en su ejecución como garantía es más rápida respecto a aquellas que para su cumplimiento requieren de un proceso judicial y que en caso de incumplimiento de la obligación principal trae como consecuencia el remate los bienes, en cambio en el fideicomiso en garantía se da cumplimiento a una orden recibida del fideicomitente y el fiduciario procede a venderlos y a satisfacer la obligación.

Este mecanismo tiene ventajas no solo para el fideicomisario (acreedor) sino también para el fideicomitente (deudor) ya que en la práctica si el bien es rematado se lo hace en valores muy inferiores a los comerciales y debido a esto las dos partes se ven afectadas y el deudor generalmente no recibe el saldo por la venta.

Debo manifestar que el fiduciario no se convierte en deudor de las obligaciones, este solamente asegura que en el caso de incumplirse con dichas obligaciones, él cumplirá con las disposiciones establecidas en el contrato.

El fideicomiso constituye una especie de caución, pues su finalidad consiste en establecer una obligación a cargo de un fideicomiso mercantil y a favor de un acreedor, con el propósito de que en caso de incumplimiento de una obligación principal por parte del deudor, el fideicomiso mercantil pague al beneficiario-acreedor el valor de las acreencias hasta por el monto producido por la enajenación de los bienes del patrimonio autónomo.

Para poder determinar en que categoría se encuentra el fideicomiso de garantía debemos analizar una nueva clasificación de las garantías, así tenemos:

a.- Garantías accesorias, las que están sujetas a su exigibilidad previa la comprobación de la existencia y validez de la obligación garantizada, por lo tanto se necesita de la declaración de un juez para su ejecución; y,

b.- Garantías abstractas o de primera demanda, en las que la obligación adquiere el garante con el beneficiario garantizado, no está sujeta a la eficacia de la obligación garantizada, sino de la comprobación por parte del garante, de la concurrencia o no concurrencia de uno o más hechos establecidos en su declaración de compromiso con el beneficiario garantizado.

"Estas garantías surgidas al amparo del principio de la autonomía de la voluntad privada y de la libertad que tienen los particulares de disponer de sus derechos patrimoniales, se caracterizan especialmente porque la comprobación de la validez, existencia o exigibilidad no está sujeta a la previa declaración de un juez sobre su ejecutabilidad, efecto propio de ser de la obligación del garante autónomo e independientemente de la obligación garantizada"⁷

Las características de este tipo de garantía abstractas son:

- Se crea un vínculo autónomo entre garante y garantizado
- Al ser una obligación relativamente autónoma e independiente, el garante no puede excusarse de pago de la garantía, por los efectos jurídicos de la relación que mantiene el deudor con el garantizado.
- El garante no puede oponer al garantizado las excepciones que opondría al constituyente de la garantía que surjan del contrato.
- El garante debe pagar al garantizado a la primera demanda, es decir cuando lo solicite previa justificación. El garante podrá negarse solamente cuando considere que haya mal uso o abuso del garantizado.

⁷ MANRIQUE NIETO, Carlos E, la Fiducia de Garantía, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho; Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez; Bogotá- Colombia, 1998, pág. 17.

- Los conflictos existentes entre el deudor y el acreedor se sustanciaran después de ejecutada la garantía y si en virtud de esto los órganos jurisdiccionales competentes consideran que el deudor tenía derecho a que no se le haya ejecutado la garantía este podrá solicitar que se le repita lo pagado al ejecutarse la garantía a favor del acreedor.

- Desarrolla el principio de presunción de buena fe

En razón de lo expuesto el fideicomiso en garantía es una caución personal, puesto que el fideicomiso debe hacer o dar algo al acreedor y además es una garantía autónoma o de primera demanda "Por cuanto la obligación que adquiere el fiduciario con el acreedor solo se rige por las reglas que el fiduciario exprese al obligarse con él, sin consideración a las condiciones de validez o de existencia de la obligación garantizada. A su vez, la obligación que adquiere el fiduciario está enmarcada por las reglas fijadas en el contrato de fiducia"⁸

2.1.1. CARACTERÍSTICAS

En este tipo de fideicomiso así como en todos los demás existen tres partes que son: el fideicomitente o constituyente, el fiduciario y el fideicomisario o beneficiario.

Aquí el deudor es el fideicomitente, el acreedor es el fideicomisario y a quien el fiduciario debe satisfacer la deuda, en caso de no hacerlo, deberá pagarle con el producto de la venta del bien.

El fideicomiso constituido pasa a formar parte de un patrimonio autónomo e independiente del patrimonio del constituyente, del fiduciario y del beneficiario y debe cumplir con la finalidad prevista en el contrato.

Con esta modalidad se puede garantizar todo tipo de obligaciones, pero las más comunes son aquellas que tienen como objetivo el aseguramiento de obligaciones de crédito establecidas en títulos valores.

El fideicomiso en garantía constituye un resguardo personal por medio del cual el

⁸ Manrique Nieto, Carlos E, la fiducia de garantía, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho; ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez; Bogotá- Colombia, 1998, Pág. 25.

fideicomisario (deudor) adquiere derechos de carácter personal frente al fiduciario a quien puede exigirle el cumplimiento de las obligaciones, pero este no tiene ningún tipo de derecho real frente a los bienes materia del fideicomiso.

2.1.2. VENTAJAS

El manejo de los bienes transferidos en garantía de obligaciones queda a cargo de una institución profesional e imparcial, ajena a los intereses de las partes.

El deudor puede incrementar su capacidad de endeudamiento y de garantía frente a varios acreedores, pues un mismo bien puede asegurar el cumplimiento de obligaciones diversas.

2.1.3. CLASIFICACION

2.1.3.1 FIDEICOMISO EN GARANTIA DE TITULOS VALORES

En este caso el fideicomitente transfiere valores al fiduciario a fin de que este los administre, cobre los rendimientos si los hubiere y los incorpore al fideicomiso con el objeto de que dicho patrimonio separado y especial sirva de medio de caución de créditos otorgados al fideicomitente por un acreedor.

El acreedor del constituyente se convierte en beneficiario del fideicomiso y tendrá derecho a la restitución del fideicomiso si se cumple una condición: la falta de pago del contrato de mutuo o la falta de cumplimiento de cualquier prestación de dar, hacer o no hacer caucionada por el fideicomiso.

2.1.3.2. FIDEICOMISO EN GARANTIA DE FLUJOS DE CAJA

En esta modalidad se puede por ejemplo utilizar los flujos del precio de venta de las mercaderías a plazo como medio de pago de las obligaciones dinerarias.

El mecanismo de funcionamiento es el siguiente: Aquí el constituyente transfiere al fiduciario el derecho de percepción del precio, para lo cual debe ceder los derechos que se derivan del correspondiente contrato de venta a plazo y consecuentemente las facturas de cada venta de los contratos seleccionados.

Los compradores se vinculan al fideicomiso celebrando el contrato de adhesión al fideicomiso, de esta manera se obligan a realizar los pagos al fiduciario a través de las cuentas del fideicomiso.

Este mecanismo es muy importante para las empresas que carecen de liquidez y sirve para reestructurar pasivos.

2.1.3.3. FIDEICOMISO EN GARANTIA COMO MEDIO DE ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS

Esta forma de fideicomiso se lo utiliza sobretodo en la compraventa internacional de equipos industriales cuya venta se sustenta en la promoción a las exportaciones que realice un gobierno de un determinado país, concediendo al comprador el financiamiento a través del Banco Central de ese país o por líneas concedidas a los bancos privados del país vendedor de los bienes.

2.2. FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN

El fideicomiso de administración se lo llama también fideicomiso de gestión, tiene como finalidad administrar y manejar los bienes del constituyente, que por diversas razones, esta imposibilitado de hacerlo o requiere el apoyo de una entidad profesional que maximice los recursos producidos por dichos bienes, los mismos que serán aplicados en los objetivos dispuestos por el constituyente.

Nuestra legislación en el Reglamento sobre negocios fiduciarios en el Art. 17 Num. 2 manifiesta: "Se entiende por fideicomiso de administración, al contrato en virtud del cual se transfiere dinero o bienes a un patrimonio autónomo, para que la fiduciaria los administre y desarrolle la gestión encomendada por el constituyente y destine los rendimientos, si los hay, al cumplimiento de la finalidad deseada."

En el fideicomiso de administración, como en otras figuras en las que se da la administración por cuenta de otro, los riesgos de la cosa administrada corren a cargo de la persona que hace el encargo, el constituyente y no por cuenta de quien lo realiza, el fiduciario, porque este solamente es el instrumento de la voluntad del constituyente.

2.3. FIDEICOMISO INMOBILIARIO

Esta figura se inició en la década de los 70 en Estados Unidos, país que más ha utilizado este sistema. En Europa es relativamente reciente, en Inglaterra, Francia y España, se creó en la década de los 80, en Italia en el año 2000.

El origen de la titularización se originó en Estados Unidos, en la Década de 1930, cuando dada la depresión existente, el gobierno implementó mecanismos para proteger el ahorro del público y la solvencia de las entidades financieras, creando Agencias federales con el objeto de garantizar el repago de los créditos hipotecarios. En 1983 se observa cambios en el proceso de titularización con el ingreso de las emisiones respaldadas con otro tipo de activos, como cartera crediticia en todas sus acepciones, así como bonos de grado especulativo, con la modalidad a corto plazo. Este cambio permitió que se incursionaran valores respaldados con activos. El mercado de titularización en Estados Unidos es el que más desarrollo ha alcanzado en el mundo de titularización de créditos hipotecarios.

En Inglaterra, la titularización se inicia a mediados de la década pasada con la titularización de cartera hipotecaria a través de la figura de las sociedades especializadas de objeto social único. Las hipotecas objeto de titularización son aquellas que generan intereses mensuales, teniendo amortizaciones del capital al final de la vida de la hipoteca. El desarrollo de la titularización se vio favorecida por un ambiente regulatorio y legal amplio. Hay un gran desarrollo al punto que se está a la vanguardia en el total de emisiones efectuadas bajo el sistema de titularización frente a los demás países europeos.

En España a través de la Ley 19 del 7 de julio de 1992, se consagró legalmente el mecanismo de la titularización (transformación de créditos hipotecarios en rentas fijas) labor desarrollada por fondos de titularización hipotecaria, la cual tiene una amplia cobertura, dado que el 80% de los préstamos hipotecarios otorgados, son utilizados para la emisión de títulos.

En Francia su origen esta dado en el desarrollo del marco legal consagrado en la Ley 88-1201 y Ley 88-1202 de 1988. Con las cuales se crearon los fondos comunes contra los cuales se emiten títulos de propiedad y se permite la titularización de activos determinando los mecanismos y estructura permitidos.

El fideicomiso inmobiliario consiste en la entrega por parte del fideicomitente a la fiduciaria de

un bien inmueble con la finalidad de que éste lo administre, desarrolle un proyecto de construcción y transfiera las unidades construidas (casas, departamentos, oficinas, centros comerciales, etc...) a los beneficiarios.

La característica distintiva del fideicomiso inmobiliario es la transferencia de un bien inmueble, formando con este un patrimonio autónomo, con el fin de desarrollar un proyecto inmobiliario.

El Reglamento sobre negocios fiduciarios en el Art... 17 Num. 3 dice: "El fideicomiso inmobiliario es el contrato en virtud del cual se transfieren bienes para que el fiduciario mercantil realice gestiones administrativas y legales ligadas o conexas con el desarrollo de proyectos inmobiliarios, todo en provecho de los beneficiarios instituidos en el contrato."

Esta clase de fideicomiso mercantil se basa en que el fideicomitente que puede ser el dueño del terreno o un promotor fideicomitente quien no es necesariamente el propietario del lote, transfiere al fiduciario determinados bienes, corporales o incorporales, a fin de que aquel ejecute varios encargos y de esta manera desarrollar un proyecto inmobiliario determinado.

2.3.1. VENTAJAS

- Preventa.- Una de las ventajas tanto para el constructor, así como para el inversionista es la preventa, el inmueble desde su inicio ya tiene un comprador.
- Independencia patrimonial.- El control y movimiento de los bienes se mantiene en forma separada tanto financiera, jurídica y contablemente.
- Flujo garantizado.- La institución fiduciaria se encarga de conseguir el financiamiento.
- Estudios de alta calidad.- Tanto financieros, presupuestos, de riesgo y de mercado ofreciendo ventajas a los distintos participantes.
- Manejo ordenado del proyecto.- Tanto en la aplicación de un cronograma técnico de ejecución en todas sus etapas, como en la administración financiera.
- Proyectos sin sociedad.- No hay necesidad de constituir una sociedad.
- Empleo de recursos.- Los recursos son destinados exclusivamente al proyecto.

- Eliminación de costos.- Se disminuyen los costos en el desarrollo del proyecto.
- Movilización de activos improductivos.- Convierten los recursos inactivos en fuentes de liquidez.

2.3.2. FINALIDADES

- Llevar a cabo la construcción del proyecto con cargo al patrimonio fiduciario que se formará con los recursos que aporte el fideicomitente, los terceros adquirentes o con los financiamientos que se obtengan.
- Conservar los bienes inmuebles sean terrenos y construcciones, aportados por el fideicomitente o que se adquieran o construyan con los financiamientos obtenidos.
- Contratar las obras y los servicios profesionales para la construcción de las unidades a construirse.
- Otorgar las garantías de la cartera de ventas.
- Realizar las ventas y con su producto pagar todos los gastos realizados.
- Constituir el régimen de condominio.
- En su oportunidad transmitir la propiedad a los compradores.
- Cumplidos los fines, proceder a la extinción del fideicomiso y entregar los remanentes siguiendo los términos previstos en el fideicomiso.

2.3.3. TIPOS DE FIDEICOMISO INMOBILIARIO

2.3.3.1. FIDEICOMISO A PRECIO FIJO

Aquí los inversionistas adquieren el bien a un precio fijo invariable e inmodificable, esto es posible porque el fideicomitente inicial o promotor del proyecto se obliga a asumir el costo que pueda generar el mismo, pero como contrapartida, percibe la ganancia, que se derive de una reducción del costo.

Dentro del contrato es claro que la obligación de vender a un precio fijo, recae sobre el fideicomitente inicial y no sobre el fiduciario, pues se entiende que las obligaciones del

fiduciario son de medio y no de resultado y por ende este no podría adquirir una obligación en tal sentido.

2.3.3.2. FIDEICOMISO AL COSTO

Este consiste en la transferencia de un bien inmueble para un proyecto inmobiliario, aquí el valor final de las unidades depende del valor real del mismo y por consiguiente los sobrecostos que se pueden generar por mayor valor de materiales o demoras en la ejecución del proyecto son asumidos por el inversionista.

2.4. FIDEICOMISO DE INVERSIÓN

El fideicomiso de inversión, tiene como finalidad la inversión de sumas de dinero o la administración de títulos entregados por el constituyente a fin de obtener, respecto de los bienes transferidos al patrimonio autónomo, seguridad, liquidez y rentabilidad, ya sea con el ánimo por parte de constituyente de capitalizar los rendimientos, entregarlos a terceros o beneficiarse de un flujo estable de ingresos.

Los fondos de inversión que resultan de este tipo de fideicomiso pueden ser administrados individualmente, en cuyo caso son llamados fideicomisos de inversión específica o administrados en forma colectiva, en cuyo caso son conocidos como fondos de inversión. En los primeros, la suma de dinero entregada al fiduciario es administrada en forma separada de las sumas de otros constituyentes y los títulos en que están representadas las inversiones corresponden únicamente al constituyente.

En los segundos, el fiduciario está igualmente obligado a mantener total separación jurídica y contable de las sumas de dinero entregadas por cada constituyente, pero los títulos que representan las inversiones del fondo no pertenecen a ningún constituyente en particular.

Aparte de servir a personas naturales que deseen encargar la inversión y el manejo de sus dineros a una persona jurídica especializada, en este tipo de fideicomisos es ideal para sociedades dedicadas a actividades distintas a la financiera, que generan recursos en cantidades que justifican un manejo financiero profesional.

Otro importante uso de este fideicomiso es el que le dan los fondos de pensión voluntarios, debido a la cantidad de dinero involucrado y al deficiente servicio del Instituto Ecuatoriano de

Seguridad Social en este aspecto. En este caso el objetivo del fideicomiso es el manejo e inversión del dinero y el pago posterior al beneficiario, de acuerdo con los términos e instrucciones del correspondiente plan de jubilación o invalidez.

El Reglamento sobre negocios fiduciarios en el Art. 17 Num. 3 expresa: "Se entiende por fideicomiso de inversión el contrato en virtud del cual los constituyentes o fideicomitentes adherentes entregan al patrimonio autónomo sumas de dinero para que la fiduciaria los invierta según sus instrucciones para beneficio propio o de terceros".

2.5. FIDEICOMISO DE TITULARIZACION

El fideicomiso de titularización, llamado también titularización de activos, se originó en el mercado hipotecario en Estados Unidos, donde se lo conoce como securitization of assets, cuando las circunstancias exigieron nuevas técnicas de financiamiento mediante el desplazamiento de hipotecas hacia el mercado secundario.⁹

Constituye un mecanismo relevante y útil para obtener liquidez a partir de activos ilíquidos o de baja rotación, como cartera o activos financieros, mediante la emisión de títulos valores, negociables en los mercados o bolsas de valores y con base en dichos activos. Se vuelve importante acudir a este mecanismo cuando las tasas de interés están muy altas y existe contracción monetaria, pues facilita a las entidades financieras la obtención de dinero a menor costo, la colocación de la cartera y la posibilidad de ofrecer un mejor servicio a sus clientes.

En el ámbito financiero, el fideicomiso es un mecanismo que facilita el proceso de "securitización" (titularización). La securitización es la emisión de títulos valores para cuyo repago se afectaron créditos o bienes. El sistema permite movilizar créditos y activos, descontando al inicio (mediante la colocación de los títulos emitidos) un flujo de fondos futuro, que se generará con la realización de los bienes (créditos o cosas) que constituyen el fondo afectado a la garantía. La "titularización" facilita el crédito a largo plazo y el recurso a la oferta pública atrae un espectro más amplio de inversores. La tasa de descuento debe ser atractiva para los inversores y, normalmente, es más barato que otras opciones crediticias para el emisor. El mecanismo funciona cuando los elementos de riesgo sobre los créditos

⁹ Borja Gallegos, Ramiro. La fiducia o fideicomiso mercantil y la titularización, Ed.. Jurídica del Ecuador Quito-Ecuador 1995 pág. 87

"titularizados" son limitados.

Si bien es cierto que el Reglamento sobre Negocios Fiduciarios al indicar sobre los fideicomisos mercantiles hace referencia al fideicomiso de garantía, al de administración, al inmobiliario y al de inversión y no considera al fideicomiso de titularización debemos indicar que la Ley de Mercado de Valores manifiesta que se puede utilizar el contrato de fideicomiso mercantil como medio de llevar a cabo procesos de titularización.

El autor colombiano Juan Carlos Varón Palomino respecto a la titularización manifiesta que es "una operación jurídica compleja que tiene por finalidad la movilización de diversas clases de activos mediante la emisión y colocación de nuevos títulos (llamados títulos movilizados) representativos de derechos sobre activos objeto de movilización, así como la administración de los activos movilizados y el cumplimiento oportuno de las prestaciones incorporadas en los valores emitidos con ocasión del proceso."¹⁰

Nuestra ley define a la titularización como el proceso mediante el cual se emiten valores susceptibles de ser colocados y negociados libremente en el mercado bursátil, emitidos con cargo a un patrimonio autónomo.

2.5.1. VENTAJAS DE LA TITULARIZACION

a.- Es una nueva fuente de fondeo para el originador ya que le permite transformar activos ilíquidos en dinero.

b.- Puede servir para mejorar los índices financieros de una entidad financiera por el efecto multiplicador del uso del dinero.

c.- Los inversionistas pueden contar con documentos que les permita tener una fuente de liquidez.

d.- El originador puede obtener ganancias por la negociación de activos titularizados, sino que además del eventual remanente del fideicomiso que podría tener.

¹⁰ Varón Palomino, Juan Carlos; Portafolio de Inversión: La Norma y el Negocio; Asociación de Fiduciarias de Colombia y Universidad de los Andes. Bogotá; 1994; Pág. 127

e.- Es una figura que puede aprovechar el mercado de capitales.

f.- Su desarrollo puede ser un factor determinante en bajar las tasas de interés a los préstamos en las instituciones financieras a sus deudores.

g.- La estructura de aislamiento de créditos en un fideicomiso le permite al inversionista tener mayor seguridad ante cualquier problema de capacidad de pago del originador, ya que el título no representa una obligación con cargo de éste.

2.5.2. BIENES Y ACTIVOS OBJETO DE TITULARIZACION

Titularización de créditos: cualquier tipo de cartera provenientes de corporaciones de ahorro y vivienda y cartera comercial proveniente del sector real.

Titularización inmobiliaria: emitidos a partir de proyectos inmobiliarios.

Titularización de Obras de infraestructura y servicios públicos: corresponde a obras específicas o a fondos de obras de infraestructura y de servicios públicos cuyos recursos se destinen a este tipo de proyectos.

Titularización de valores: se realiza sobre títulos valores inscritos en el registro nacional de valores.

CAPITULO III

3. PROCEDIMIENTO PARA LA CONSTITUCION, VALIDEZ y EFECTOS DEL FIDEICOMISO

3.1. PROCEDIMIENTO

No existe ningún cuerpo legal o un instructivo en el cual se determine los pasos a seguir para la constitución del fideicomiso mercantil, sin embargo de la investigación a la Ley de Mercado de Valores, Reglamento de Negocios Fiduciarios y las Codificaciones de la Superintendencia de Bancos y de la Junta Bancaria, podemos establecer que, el acto de la constitución del contrato de fideicomiso mercantil deberá constar por escrito y además se otorgará mediante instrumento público, reuniendo todas las formalidades previstas en la ley, al mismo tiempo que cabe recordar que la constitución de fideicomisos mercantiles en cuyo patrimonio ingresen bienes inmuebles siempre se deberán otorgar mediante escritura pública.

Lo que si está claro es que los fideicomisos mercantiles tendrán un plazo de vigencia o podrán subsistir hasta el cumplimiento de la finalidad prevista o de una condición y la duración no podrá ser superior a ochenta años, sin embargo el Art. 110 de la Ley de Mercado de Valores, literal b) dispone que, si los fideicomisos son constituidos con fines culturales o de investigación, altruistas o filantrópicos, 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, o personas menesterosas, podrán subsistir hasta que sea factible cumplir el propósito para el que se hubieren constituido. Es decir, en este caso no existe un plazo establecido para la extinción de fideicomisos, sino será el cumplimiento del objetivo para el cual fue constituido el que pondrá fin al mismo.

Al momento de constituir el fideicomiso obligatoriamente se determinará:

- 1.- La transferencia de bienes y derechos del contribuyente al patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil;
- 2.- La recepción de la transferencia anteriormente anotada, por parte del representante legal

de la institución fiduciaria para ello se realizará el registro contable respecto a los bienes transferidos al fideicomiso.

Una vez constituido el fideicomiso mercantil la fiduciaria administrará el patrimonio autónomo y al final del ejercicio, es decir cuando concluye el contrato, los réditos se transfieren al beneficiario, conforme lo dispuesto por el contrato.

3.2. REQUISITOS DE EXISTENCIA

Los requisitos para la existencia como su nombre lo indica, deben estar presentes para que el acto jurídico subsista; y, estos son:

1.- Voluntad 2.- Objeto 3.- Forma

3.2.1. VOLUNTAD

"La voluntad es el resultado de un proceso interno del hombre. Fruto de un deseo, de un apetito o de un querer espontáneo o fruto de una reflexión prolongada y madurada en lo recóndito de la mente humana, termina por exteriorizarse o manifestarse"¹¹.

La primera declaración de voluntad que se da en el fideicomiso es el hecho de querer desprenderse de un derecho patrimonial, aparentemente en un principio sin ninguna contraprestación de naturaleza alguna. Podría darse el hecho de que exista una contraprestación en el evento que se constituya con la finalidad de garantizar alguna obligación.

La segunda declaración de voluntad consiste en querer adquirir ese mismo derecho y como se establece en el punto anterior entregar una suma de dinero o al cumplimiento de la condición o el plazo, hacer la entrega del bien al fideicomisario.

Aquí la declaración de voluntad del constituyente consiste en querer desprenderse de un derecho y la declaración de voluntad del fiduciario consiste en querer adquirir el mismo derecho.

¹¹ Análisis de la voluntad en Scialoja en el artículo publicado; Citado por PESCIO VARGAS, Victorio; Manual de Derecho Civil. Editorial Jurídica de Chile. Chile; 1978; Tomo II; Pág. 43.

Estas dos declaraciones de voluntad deben ser aceptadas expresamente por ambas partes.

Por lo manifestado podemos notar que el fideicomisario no debe dar su consentimiento por lo menos en principio.

En los actos jurídicos unilaterales se habla propiamente de voluntad; pero en los actos bilaterales ésta toma el nombre de consentimiento y constituye el acuerdo de las voluntades de dos o más personas dirigido a lograr un resultado jurídico.

En los actos jurídicos bilaterales, denominados convenciones y contratos cuando crean obligaciones, la concorde manifestación de la voluntad de las partes toma el nombre de consentimiento. Sin consentimiento no hay contrato.

En el caso del fideicomiso mercantil, la ley requiere que además de una manifestación de voluntad respecto del negocio jurídico exista una declaración expresa que se evidencie por escrito. Se ha discutido si en el caso del contrato de fideicomiso es suficiente la manifestación individual de voluntad o si se requiere una manifestación bilateral o incluso plurilateral, del deseo de realizar la operación fiduciaria. En otras palabras surge la operación fiduciaria de la declaración del constituyente exclusivamente o depende su existencia también del consentimiento del fiduciario u otra persona.

De acuerdo a la doctrina, el fideicomiso está conformado por dos actos, uno, el acto unilateral del constituyente que inicia la operación al transferir determinados bienes, y otro, el acto bilateral que se ejecuta en el contrato al obligarse el fiduciario a cumplir con un fin determinado y a recibir a cambio una remuneración.

La dificultad de definir de qué tipo de contrato se trata, tiene como origen la naturaleza sui generis de la operación fiduciaria y del régimen de la propiedad fideicomitada.

3.2.2. OBJETO

El segundo requisito esencial de un negocio jurídico es el objeto, el mismo que es tratado por la ley en términos generales y por la doctrina como dos objetos: el directo y el indirecto.

El Objeto directo de un negocio constituye el nacimiento de efectos jurídicos que consisten en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos, obligaciones o situaciones

jurídicas.

El objeto indirecto del negocio jurídico es dar la cosa o el deber de hacer o no hacer, relacionados con la obligación impuesta por el objeto directo. Los dos deben reunir determinadas características. El objeto directo debe ser jurídicamente posible y el segundo debe existir físicamente, es decir, estar en la naturaleza o estar en el comercio, o ser determinado o determinable en cuanto a su especie.¹²

En el caso del fideicomiso mercantil el objeto directo produce como efectos jurídicos un régimen especial de propiedad, al que se someten los bienes fideicomitados, y un conjunto de derechos y obligaciones correspondiente al constituyente, al fiduciario y al beneficiario de acuerdo a la ley y al contrato.

El objeto indirecto puede estar conformado por cualquier clase de bienes y derechos que sean jurídicamente posibles.

3.2.3. FORMA

Según Van Ihering el acto formal puede definirse así: "el acto por el cual la inobservancia de la forma jurídicamente prescrita para la manifestación de la voluntad encuentra su sanción en el acto mismo."¹³

3.3. REQUISITOS DE VALIDEZ

Son elementos de validez: capacidad para celebrar el acto o contrato; la ausencia de vicios en la voluntad; la licitud en el objeto; la causa del negocio y las formalidades previstas en la ley.

El Art. 1461 del Código Civil al respecto dice: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

¹² DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo; El Fideicomiso; Editorial Porrúa; México; 1995; Págs. 44 y 45.

¹³ PESCIO VARGAS, Victorio. Manual de Derecho Civil, Ed. Jurídica de Chile. Chile. Santiago. 1978 Tomo II, Pág. 166

- 1.- Que sea legalmente capaz;
- 2.- Que se consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;
- 3.- Que recaiga sobre un objeto lícito;
- 4.- Que tenga una causa lícita

3.3.1.- CAPACIDAD

En su sentido corriente, la palabra capacidad significa aptitud o suficiencia para alguna cosa. En el lenguaje forense, quiere decir aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones, o facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces en derecho.¹⁴

La capacidad es de dos categorías: La capacidad adquisitiva o de goce y la de ejercicio.

La primera es aquella en virtud del cual una persona puede ser sujeto de derechos, por eso se la llama adquisitiva ya que habilita para adquirir derechos. Este concepto se liga íntimamente con el concepto de la personalidad, ya que "Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición."¹⁵ y desde que la capacidad es un atributo inherente a la personalidad no se concebiría la existencia de personas que carecieran de esa aptitud para adquirir derechos.

La segunda consiste en la aptitud legal de una persona para contraer obligaciones, adquirir derechos y ejercerlos por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

La capacidad de ejercicio supone necesariamente la capacidad de goce; porque no se podría utilizar un derecho que se carece.

Por el contrario si se puede dar que una persona que está provista de la capacidad de goce carezca de la capacidad de ejercicio: el impúber es dueño de un inmueble fue capaz de adquirirlo, pero no es capaz de ejercitar los derechos que le confiere su calidad de titular del dominio del inmueble. Al respecto el Art. 1461 del Código Civil manifiesta: "La capacidad legal de una persona consiste en poder obligarse por sí misma y sin el ministerio o la

¹⁴ PESCIO VARGAS, Victorio. Manual de Derecho Civil, Ed. Jurídica de Chile. Chile. Santiago. 1978 Tomo II, Pág. 96.

¹⁵ Código Civil. Editora Galbar. Art. 42. Ecuador. Quito. 1994. Libro Primero. Art. 42

autorización de otra".

La capacidad de goce es la regla; la incapacidad es la excepción, esto es la falta de aptitud para adquirir derechos, es limitada a ciertos derechos; una incapacidad de carácter general anularía la personalidad del individuo.

De acuerdo a nuestro Código Civil la incapacidad de ejercicio constituye la norma y la incapacidad la excepción. Así lo expresa nuestro código Civil en su Art. 1462 "Toda persona es capaz, excepto las que la ley declara incapaces".

La incapacidad puede ser absoluta y relativa y es así que "son absolutamente incapaces los dementes, impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito" Art. 1463 Código Civil.

Este mismo artículo manifiesta que "Son incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de esta clase de personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes".

Puesto que las normas mercantiles respecto del contrato de fideicomiso mercantil no establecen requisitos de capacidad, son aplicables las normas generales al respecto. Por lo tanto, podrán ser constituyentes las personas naturales o jurídicas privadas, nacionales o extranjeras con capacidad de goce por si misma o debidamente representada en caso de ser relativamente incapaces.

El constituyente deberá tener además la capacidad de ejercicio para poder disponer de los bienes con el fin de destinarlos al fideicomiso, siendo por ende su legítimo propietario.

El fideicomisario, en cambio necesitará de capacidad jurídica de goce mas no de ejercicio, pudiendo constituirse un fideicomiso a favor de un menor impúber por ejemplo. El fiduciario como el constituyente deberá ser plenamente capaz para poder ser titular de derechos y obligaciones y poder obrar para alterar esa situación jurídica. Ya que el fiduciario es necesariamente bajo nuestra legislación una persona jurídica, es decir, relativamente incapaz, deberá actuar siempre por representante legal Arts.

564, 570 y 571 Código Civil.

3.3.2. AUSENCIA DE VICIOS DE CONSENTIMIENTO

Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo Art. 1467 del Código Civil.

3.3.2.1. ERROR

Dentro de un acto jurídico, el error puede referirse al error de derecho, que está dado por una falsa creencia respecto de la existencia o interpretación de una norma jurídica y al error de hecho, dado por una noción falsa sobre la realidad.

3.3.2.1.1. ERROR DE DERECHO

Al respecto nuestra legislación manifiesta: El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento Art. 1468 del Código Civil.

3.3.2.1.2. ERROR DE HECHO Arts. 1469, 1470 del Código Civil.

El error de hecho vicia el consentimiento en los siguientes casos:

El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación....

También el error de hecho vicia el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree; como si alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún metal semejante.

Podemos ver que el error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato. Art. 1471 del Código Civil

Se trata de error obstativo en los siguientes casos:

1.- Cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra

2.- Cuando recae sobre la identidad de la cosa específica de que trata un acto o contrato

Es un error substantivo en los siguientes casos:

1.- Cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree.

2.- Cuando cualquier otra calidad de la cosa sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree, si esa calidad es el principal motivo de una de las partes para contratar y la otra parte conoce dicho motivo.

3.- El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, cuando esta persona es la causa principal del contrato.

Si me refiero al fideicomiso mercantil resulta mejor entenderlo con algunos ejemplos de los posibles errores. Hay error obstativo respecto de la identidad de la cosa cuando una parte, por ejemplo el fiduciario, cree que el bien afectado en fideicomiso se trata de un inmueble ubicado en una determinada ciudad, mientras que la otra parte, el constituyente fideicomitió un inmueble ubicado en otra ciudad. Existe un error obstativo cuando hay equivocación respecto de la identidad de la persona con quien se contrató puesto que se trata de un negocio intuitus personae. El consentimiento está viciado cuando el constituyente cree haber contratado con un fiduciario en particular pero la celebración del contrato fue con otro, ya que la individualidad del fiduciario es esencial al tipo de negocio.

Esto se asemejaría a un tipo de contrato de servicios en el cual se cree encargar la elaboración de un cuadro, por ejemplo a un pintor famoso pero en efecto se lo hace a otro de inferiores habilidades.

3.3.2.2. FUERZA

El derecho romano, al tratar de los vicios del consentimiento, incluyo entre estos a la violencia, distinguiendo en ella dos matices: la vis compulsiva, que era la presión moral ejercida sobre el agente mediante la amenaza de un mal grave; y la vis absoluta que era la presión física o material mediante la cual se obligaba a alguien a ejercer un acto o ha dejar de ejecutarlo.

En el Derecho Moderno subsiste el distingo entre ambas formas de coacción, pero no siempre se coincide ni en la denominación con que se marca externamente la diferencia, ni en el trato de sus efectos por la legislación positiva. Así, en cuanto a lo primero, algunos autores prefieren denominar intimidación a la coacción que se ejercita sobre la gente a través de una amenaza grave dirigida contra su persona o bienes o contra las personas o bienes de allegados suyos, y reservan el nombre de violencia para la presión física con la cual se obliga a alguien a hacer algo que no quiere o a dejar de hacer lo que quería; mientras que otros con mejor acierto usan el vocablo violencia para comprender genéricamente a las dos, y específicamente llaman intimidación y fuerza a la segunda.

La Fuerza Irresistible es uno de los vicios de los actos jurídicos, puede ser ejercida a través de la coacción moral, la amenaza o intimidación; o por medio de la directa coacción de orden físico, material, la denominada vis mayor o fuerza irresistible.¹⁶

Al respecto nuestra legislación manifiesta lo siguiente en el Art. 1472 del Código Civil: La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos a ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave.

El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza el que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona, con el fin de obtener el consentimiento.

En la práctica, solo se puede determinar si existe vicio en una manifestación de voluntad una vez establecida la presencia de un temor de estar expuesto, ya sea la parte contractual misma, su consorte, ascendientes o descendientes, "a un mal irreparable y grave"; debe existir una relación causal entre el miedo infundido y la gravedad del mal amenazante en relación con el daño que amenaza a los bienes tutelados y con el impacto que esta amenaza

¹⁶ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA; Editorial Driskill; Argentina Buenos; 1979; Tomo XII; Pág. 925.

tenga sobre el individuo victimado.

Lo que significa una amenaza de mal irreparable y grave en el contrato de fideicomiso mercantil, variará de persona en persona, y la presencia de fuerza como factor obstativo de la voluntad tendrá que ser determinada caso por caso.

Un buen ejemplo del uso de fuerza para la constitución de un fideicomiso mercantil es una amenaza que ponga en peligro los bienes patrimoniales, aquellos bienes jurídicos apreciables en dinero o extra patrimoniales, como son la vida, la integridad corporal, la libertad, la honra, etc. del constituyente, o de alguien suficientemente allegado a él para que le incite a actuar como consecuencia del temor infundado. Un constituyente puede decidir por fuerza constituir un fideicomiso que, en ausencia de ella no constituiría, afectando ciertos bienes a beneficio de alguien para evitar algún mal grave e irreparable

3.3.2.3. DOLO

El término dolo se deriva del latín dolus o del griego doloa y significa comúnmente engaño, fraude, simulación, mentira.

Respecto al dolo Domat expresaba que "el dolo es toda mala vía empleada para engañar"¹⁷

Pothier definió al dolo y dijo que "es toda especie de artificio de que una persona se vale para engañar a otra".¹⁸

La normativa ecuatoriana con respecto al dolo manifiesta que es la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. Art. 29 Código Civil

El Art. 1474 del Código Civil manifiesta: El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

¹⁷ PESCIO VARGAS, VICTORIO; Manual de Derecho Civil; Editorial Jurídica de Chile; Chile Santiago; 1978; Tomo II; Pág. 79.

¹⁸ PESCIO VARGAS, Victorio; Manual de Derecho Civil; Editorial Jurídica de Chile; Chile. Santiago; 1978; Tomo II; Pág. 79.

Por lo indicado el dolo no constituye vicio de consentimiento si proviene de una persona que no es parte del contrato. Una de las partes debe actuar en forma dolosa para que este constituya vicio en la voluntad.

Adicionalmente como se nota el dolo tiene que ser una condición imprescindible para la ejecución del contrato.

Si no se cumplen estas dos condiciones el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él.

En el caso del fideicomiso mercantil podemos imaginar la intención de una de las partes, el fideicomitente, de constituir un fideicomiso con el propósito de irrogar injuria a una persona, como a un acreedor, o a los bienes de otra persona, fideicomitiendo bienes que no le pertenecen. En ambos casos, el dolo es claramente obra de una de las partes. Ahora debe cumplirse con la segunda condición y es que esta intención de irrogar daño tendría que ser el único motivo del fideicomiso, sin que ello signifique que la otra parte, el fiduciario esté consciente de que existe dolo en la ejecución del acto. El Art. 1475 del Código Civil además indica que: "El dolo no se presume sino en los casos especiales previstos por la ley. En los demás debe probarse".

3.3.3. OBJETO LÍCITO

El objeto del fideicomiso significa aquella cosa que mediante el contrato se trata de dar, hacer o no hacer.

El Art. 1476 del Código Civil manifiesta: Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.

Art. 1478 Código Civil. Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano.

3.3.4. CAUSA LÍCITA

La causa del fideicomiso significa el motivo, fin o interés jurídico que induce a las partes a contratar. De acuerdo a la ley ecuatoriana, la causa debe ser real y lícita para que exista una

obligación.

Se entiende por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Art. 1483 Código Civil

La licitud del objeto y de la causa del fideicomiso mercantil se tiene que determinar tanto en el caso particular del contrato fiduciario como en el caso de los contratos ejecutados para cumplir con la finalidad del fideicomiso. Esta función la tiene la autoridad judicial como interprete de las concepciones de orden público y de las buenas costumbres prevalecientes en la colectividad.¹⁹

3.4. FORMALIDADES

Respecto al fideicomiso mercantil la legislación ecuatoriana establece ciertas formalidades esenciales del acto constitutivo o contrato. Por tratarse de requisitos para el perfeccionamiento del contrato, son elementos esenciales y no meras formalidades. El fideicomiso mercantil debe celebrarse por contrato solemne es decir por contrato sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales sin las cuales no surtirá efecto alguno y no simplemente por contrato consensual, sujeto únicamente al consentimiento de las partes. Así lo establece nuestro Código Civil en su Art. 1459 que establece "El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento".

Asumo que la diferenciación que existe entre el término instrumento e instrumento público se debe a un descuido involuntario de los legisladores, ya que el Reglamento de Negocios Fiduciarios al mencionar el fideicomiso dispone que el acto de constitución debe constar por instrumento público abierto y otorgarse por escritura pública según los requisitos de la ley de Mercado de Valores en su Art. 110 y a su Reglamento Art. 24.

Con respecto al instrumento público el Art. 1716 del Código Civil manifiesta: "Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado.

¹⁹ BATIZA, Rodolfo; El Fideicomiso Teoría y Práctica, Teoría y Práctica; Editorial Juus México; 1991; Pág. 232 5ta edición.

Otorgado ante notario, e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública."

El Art. 1717 del mismo cuerpo legal indica que tal instrumento"... hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha,..." "

Pero además:

La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere de esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo cláusula penal. Esta cláusula no tendrá efecto alguno.

La incorporación de bienes adicionales al patrimonio autónomo debe ser hecho de la misma manera y cumpliendo los mismos requisitos que se utilizaron en la constitución del fideicomiso, es decir por instrumento público. Cuando la constitución haya requerido de escritura pública, toda modificación al contrato original se sujetará a la siguiente disposición:

Art. 1724 del Código Civil: "Las escrituras privadas hechas por los contratantes, para alterar lo pactado en escritura pública, no surtirán efecto contra terceros.

Tampoco lo surtirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero."

Aunque nuestra legislación no es precisa al respecto, todo fideicomiso está sujeto a la satisfacción de los métodos formales de transferencia de los bienes fideicomitidos de acuerdo a las normas aplicables a cada especie de bien, como por la escritura pública cuando se trata de bienes inmuebles u de otros para la transferencia cuando la ley así lo exija.

3.5. EFECTOS DE LA FALTA DE ALGUNO DE ESTOS REQUISITOS

La falta de alguno de los elementos considerados traerá como consecuencia:

3.5.1. INEXISTENCIA

Según Aubry y Rau acto jurídico inexistente: "es aquel que no reúne los elementos de hecho

que supone su naturaleza u objeto y en cuya ausencia es imposible concebirlo"²⁰

La inexistencia jurídica se produce cuando falta al acto jurídico un requisito o elemento sin el cual es imposible concebirlo, es decir cuando falta el consentimiento, el objeto o la forma solemne establecidas en la ley, el negocio es considerado como inexistente. "En este caso, ha dicho la jurisprudencia francesa, se está ante una apariencia, un malentendido, ante una tentativa de acto más que ante un acto, y de una tentativa abortada; podría decirse que el acto ha nacido muerto y desprovisto por lo tanto de existencia legal."²¹

La inexistencia no requiere declaración judicial.

3.5.1.1. CARACTERÍSTICAS DE LA INEXISTENCIA

La inexistencia tiene ciertas características propias que la distinguen de la nulidad absoluta y estas son:

- 1.- Los tribunales no declaran la inexistencia; se limitan a constatar o verificar que el acto jurídico es inexistente.
- 2.- El acto inexistente no es susceptible de confirmación ni de ratificación, ya que la nada no es confirmable.
- 3.- Ningún plazo cambia la condición jurídica de la inexistencia, ya que el transcurso del tiempo no crea lo que no existe.
- 4.- Este acto inexistente, por ser tal, no produce efectos jurídicos, y por lo tanto no se puede sanear ni ratificar como sucede en la nulidad.

3.5.2. NULIDAD

La nulidad es la sanción impuesta por la Ley en cuya virtud el acto queda privado de efectos;

²⁰ PESCIO VARGAS, Victorio. Manual de Derecho Civil, Editorial Jurídica de Chile. Chile.Santiago. 1978 Tomo II, Pág. 190.

²¹ Josserand; Citado por Gamboa, Manuel; El Fideicomiso Bancario; Pontificia Universidad Javeriana; Colombia Bogotá; Pág. 88

el acto nulo es aquel que a causa de un vicio de que adolece y que es sancionado por la ley, se encuentra privado de efectos.

El Art. 1697 de nuestro Código Civil señala cuando es nulo un acto o contrato: "Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes". Como vemos no dice que es o en que consiste la nulidad.

Determinamos que la nulidad está contrapuesta a la validez, por lo que hay una estrecha relación entre acto nulo y el acto que carece de valor.

La nulidad pone a las partes en la misma situación como si nunca hubieran contratado. Este es el resultado que nos indica el Art. 1704 del Código Civil que dice: "La nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto contrato nulo ... ". Así se observa que la ley hace fracasar los propósitos de los contratantes o del autor del acto; frustra el acto jurídico, negándole los efectos que la parte o las partes perseguían.

3.5.2.1. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA

Conforme el Art. 1697 Inc. 2°. la nulidad puede ser absoluta o relativa.

3.5.2.1.1. NULIDAD ABSOLUTA

Producen nulidad absoluta, de acuerdo con el Art. 1698 del Código Civil los siguientes vicios: el objeto ilícito, la causa ilícita, la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Las causales de nulidad absoluta no son ni pueden ser otras que las que se enumeran en el párrafo anterior.

Nuestra legislación hace referencia a las características de la nulidad absoluta en el Art. 1699 del Código Civil y manifiesta que: 1.- puede y debe ser declarada por el Juez sin petición de parte (es decir de oficio), cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; 2.- puede

alegarse por todo el que tenga interés en ello, es decir en que se declare su nulidad, sin embargo, no podrá ser invocada por el que ejecutó el acto o celebró el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba 3.- puede pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley; 4.- no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años.

3.5.2.1.2. NULIDAD RELATIVA

El Art. 1698 del Código Civil en su Inc. 3º. Establece que: Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

Los caracteres que corresponden a la nulidad relativa se encuentran señaladas en el Art. 1700 de nuestro Código Civil, y estas son:

- 1.- Esta no puede ser declarada por el juez (de oficio) sino a pedimento de parte.
- 2.- Por lo mismo que sus fundamentos son de beneficio privado, el ministerio público no puede alegarla en el solo interés de la ley.
- 3.- Únicamente puede invocarla aquel en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios.
- 4.- La nulidad relativa puede sanearse por el transcurso del tiempo. El plazo para pedir la rescisión, dice el Art.1708 del mismo cuerpo legal durará cuatro años.
- 5.- También puede sanearse por la ratificación de las partes.

3.5.2.2. EFECTOS DE LA NULIDAD

Una vez que tenemos en firme o ejecutoriada la sentencia judicial que declara la nulidad, esta produce efectos respecto de las partes que actuaron en el acto jurídico y que debieron figurar en el juicio en que se pronunció la sentencia.

El efecto o consecuencia fundamental de la nulidad, tanto de la absoluta como de la relativa, es el derecho de las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

El acto jurídico es borrado, es aniquilado, se reputa que jamás se ha celebrado. La destrucción del acto no sólo comprende lo pasado, puesto que actúa con retroactividad, sino que también lo futuro. Los efectos que produjo se destruyen y en lo sucesivo las partes se consideran absoluta y totalmente desligadas.

La nulidad pronunciada en sentencia tiene la fuerza de cosa juzgada (Art. 1704 Código Civil) esto es de sentencia firme o ejecutoriada.

3.6 LEY APLICABLE Y SOLUCION DE CONTROVERSIAS

3.6.1. LEY APLICABLE

Con la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación se derogó el pertinente artículo del Código Civil que era el 1505 (que constaba antes de la Codificación 10, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de Junio del 2005 que decía: "La promesa de someterse en el Ecuador a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas, es nula por vicio de objeto"

Según este las partes no podían someter a legislación extranjera los convenios firmados en territorio ecuatoriano, sino que para hacerlo tenían que hacerlo en el extranjero.

Derogado el artículo mencionado, un contrato de fideicomiso mercantil firmado en el Ecuador o en el Extranjero puede regirse por ley ecuatoriana.

Respecto a la supletoriedad del Código Civil sobre un contrato de fideicomiso mercantil sujeto a la ley mercantil ecuatoriana, considero que a pesar de su utilidad frente a la insuficiente legislación al respecto, tal supletoriedad desconoce importantes diferencias entre la figura mercantil y la figura civil, ignora las particularidades y por ende las ventajas del fideicomiso mercantil.

Algunas de estas diferencias son:

- 1.- La fiducia civil es por esencia condicional, mientras que el fideicomiso mercantil no siempre lo es.

- 2.- En la fiducia civil el beneficiario sólo tiene una mera expectativa sobre la propiedad fiduciaria, mientras que en el fideicomiso mercantil tiene un derecho contabilizable y negociable

sobre los bienes fideicomitidos.

3.- En la fiducia civil la propiedad fiduciaria constituye una limitación del dominio de los bienes transferidos al fiduciario, mientras que en el fideicomiso mercantil se constituye un patrimonio separado, cuyo dueño y responsable es el fiduciario.

Para evitar la referencia al Código Civil y lograr una autonomía del fideicomiso como figura mercantil, fue necesaria una reforma a las disposiciones pertinentes.

Son estas razones por las que el legislador en la Ley del Mercado de Valores, promulgada el 30 de junio de 1998 en su Art. 137 manifiesta que se excluye expresamente de la interpretación y efectos de los contratos de fideicomiso mercantil a las instituciones civiles referentes al fideicomiso, previstas en los libros Segundo y Tercero del Código Civil, por tener un fundamento diferente y de diversa naturaleza.

Debido a sus implicaciones, es importante hacer mención expresa de que el contrato de fideicomiso es irrevocable, y de índole mercantil. Al hacerle irrevocable, el legislador ha querido darle a la figura mayor permanencia y seriedad, aunque en la práctica representa una limitación a la libertad contractual del constituyente. El hecho de tener carácter mercantil implica que las partes tienen una relación remunerada, sujeta a ciertas normas de carácter específico.

3.6.2. CONTROVERSIAS

Las leyes mercantiles aplicables al fideicomiso no especifican la manera de resolver los conflictos que pueden aparecer entre las partes con relación al contrato. Por lo tanto las partes pueden someterse a los jueces civiles dentro de la respectiva jurisdicción o a los mecanismos que establece la ley de Arbitraje y Mediación.

Es así que la Constitución Política de la República en el Art. 191 garantiza el reconocimiento del arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.

Art. 32 de la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones dice: A este respecto lo que la ley de Mercado de Valores establece es que en caso de suscitarse controversias se aplicarán las

normas de competencia previstas en la Ley, en los juicios en que las Administradoras de Fondos y Fideicomisos actúen como actoras en representación de los fideicomisos mercantiles o bien sea como demandadas.

Y además se pueden acoger a los mecanismos alternativos determinados en la Ley de Mediación y Arbitraje, para la solución de conflictos que se susciten entre el constituyente, los constituyentes adherentes, el fiduciario y el beneficiario por causa de los contratos de fideicomiso mercantil.

En virtud de lo novedoso del fideicomiso como figura sui generis y siendo una figura jurídica y comercial, resulta complicado y poco conveniente someter el mismo en caso de controversias a los jueces de la función judicial, quienes no están familiarizados con este tipo de contrato en su esencia y funcionamiento.

La mejor alternativa para las partes en caso de suscitarse controversias relacionadas con el contrato fiduciario es someter su resolución al arbitraje, el cual "es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo las controversias existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias". Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Este mecanismo del arbitraje ofrece la posibilidad de tener mayor eficiencia y acceso a árbitros que entiendan legal y comercialmente la figura del fideicomiso. De lo contrario, es decir si un juez o un arbitro no conocen bien esta figura, las partes contractuales corren el riesgo que se desvirtúe la esencia del contrato y se pierdan las ventajas financieras y mercantiles del mismo.

Además del procedimiento judicial y del arbitraje se puede recurrir a la mediación, el mismo que es "un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto". Art. 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

CAPITULO IV

ASPECTOS FINANCIEROS, TRIBUTARIOS Y ECONÓMICOS DEL FIDECOMISO

4.1 MERCADO DE CAPITALES

4.1.1 CONCEPTO DE MERCADO DE CAPITALES

El mercado de capitales es una "herramienta" básica para el desarrollo económico de una sociedad, ya que mediante él, se hace la transición del ahorro a la inversión, este moviliza recursos principalmente de mediano y largo plazo, desde aquellos sectores que tienen dinero en exceso (ahorradores o inversionistas) hacia las actividades productivas (empresas, sector financiero, gobierno) mediante la compraventa de títulos valores.

Como es sabido, por medio de una mayor propensión al ahorro, se genera una mayor inversión, debido a que se producen excedentes de capital para los ahorradores, los cuales buscan invertirlos y generar mayor riqueza. Esta inversión da origen, por su parte, a nuevas industrias generadoras de ingresos, siendo este el principal objetivo del mercado de capitales.

"Es el conjunto de mecanismos a disposición de una economía para cumplir la función básica de asignación y distribución, en el tiempo y en el espacio, de los recursos de capital, los riesgos, el control y la información asociados con el proceso de transferencia del ahorro a inversión".

4.1.2. MERCADO DE VALORES

4.1.2.1 CARACTERÍSTICAS:

- Aglomera los recursos de los ahorradores.
- Ofrece numerosas alternativas de inversión a corto y largo plazo.
- Reduce los costos de transacción por economías de escala en la movilización de recursos.
- Las entidades partícipes constantemente reportan información, facilitando la toma de decisiones y el seguimiento permanente.
- El ofrecimiento de un mayor número de alternativas de inversión reduce los riesgos y diversifica el portafolio.

- El Mercado de Capitales es el principal motor de crecimiento. Entre más eficiente sea la transferencia de recursos, habrá mayor crecimiento.
- Mejor manejo de los ciclos de liquidez e iliquidez.
- Permite acceder a montos importantes de financiamiento.

4.1.2.2. ELEMENTOS QUE CONFORMAN EL MERCADO DE CAPITALES

La emisión, suscripción, intermediación y negociación de los documentos emitidos en serie o en masa respecto de los cuales se realiza oferta pública que otorgan a sus titulares derechos de crédito, de participación y de tradición o representativos de mercancías.

4.1.2.3. TIPOS DE VALORES

- a. Las acciones
- b. Los bonos
- c. Los papeles comerciales
- d. Los certificados de depósito de mercancías
- e. Cualquier título o derecho resultante de un proceso de titularización
- f. Cualquier título representativo de capital de riesgo
- g. Los certificados de depósito a término
- h. Las aceptaciones bancarias
- i. Las cédulas hipotecarias
- j. Cualquier título de deuda pública.

4.1.2.4. OBJETIVOS DEL MERCADO DE CAPITALES:

- Permite la transferencia de recursos de los ahorradores, a inversiones en el sector productivo de la economía.
- Establece eficientemente recursos a la financiación de empresas del sector productivo.
- Reduce los costos de selección y asignación de recursos a actividades productivas.
- Posibilita la variedad del riesgo para los agentes participantes.

Ofrece una amplia gama de productos, de acuerdo con las necesidades de inversión o financiación de los participantes en el mercado.

"La protección de los inversores, garantiza que los mercados sean justos, eficientes y transparentes, la reducción del riesgo sistémico".

4.1.2.5. DIVISIÓN DE MERCADOS DE CAPITALS

El mercado de capitales está dividido en:

- **Intermediado**, cuando la transferencia de los recursos de los ahorradores a las inversiones se realiza por medio de instituciones tales como bancos, corporaciones financieras, etc.
- **No Intermediado** (o de instrumentos), cuando la transferencia de los recursos se realiza directamente a través de instrumentos.

4.1.2.6. ESTADÍSTICAS FIDUCIARIAS EN EL ECUADOR

De acuerdo a la información obtenida en la página Web de la Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN), con su última actualización a septiembre del 2006, el Ecuador presenta el siguiente cuadro:

CUADRO No.4.1

En Millones de Dólares de los Estados Unidos					
Patrimonio Fideicometido					
Origen	31 Diciembre 2005		%	Fideicomisos	
	Monto en Millones Moneda Local	Monto en Millones US\$ Dólares		No.	%
Fideicomisos Públicos	950,50	950,50	29%	873	29%
Fideicomisos Privados	2.355,22	2.355,22	71%	2162	71%
Totales	3.305,72	3.305,72	100%	3035	100%
Por Tipo de Fideicomiso	31 Diciembre 2005		%	Fideicomisos	
	Monto en Millones Moneda Local	Monto en Millones US\$ Dólares		No.	%
Fideicomisos de Inversión	194,45	194,45	5,9%	179	6%
Fideicomisos de Garantía	1.401,78	1.401,78	42,4%	1.287	42%
Fideicomisos de Administración	1.495,52	1.495,52	45,2%	1.373	45%
Titularización				0,0%	0%
Fideicomisos de Inversión Fondos Mutuos					
Fideicomisos Mixtos				0,0%	0%
Otros	213,99	213,99	6,5%	196	6%
Totales	3.305,74	3.305,74	100%	3035	100%
Situación Económica					
Tipo de Cambio con respecto al Dólar			1		
Producto Interno Bruto MM US\$			36.488,9		
Comisiones Generadas Millones Dólares			18.533.901,15		

Fuente: FELABAN (Última Actualización: Septiembre 25 de 2006)

Como se puede apreciar por el origen de los fideicomisos el 71% corresponde a privados, mientras que el restante 29% al Sector Público; siendo por tanto los primeros los más importantes en el mercado ecuatoriano.

En cambio por el tipo de fideicomiso, por orden de importancia tenemos:

- Fideicomisos Administrativos, con el 45.2%
- Fideicomisos de Garantía, con el 42.4%
- Fideicomisos de Inversión, 5.9%
- Otros, 6.5%

Se puede concluir que en el mercado ecuatoriano los fideicomisos de carácter administrativo y de garantía, conjuntamente representan el 87,6% del total; es decir los inversionistas buscan seguridad y complementar sus actividades comerciales y/o de servicios, sin embargo no gustan realizar inversiones de riesgo y tampoco esta muy difundido su aplicación para otros tipos de fideicomisos (vehículos, arte, etc.)

4.1.2.6.1. ANALISIS COMPARATIVO

CUADRO No.4.2.

COMPARATIVO ENTRE LOS ANOS 2004 Y 2005				
Patrimonio Fideicometido Millones de Dólares				
Origen	31 Diciembre 2004	31 Diciembre 2005	Variación	
Fideicomisos Públicos	943,38	950,50	7,12	1%
Fideicomisos Privados	2.201,23	2.355,22	153,99	7%
Totales	3.144,61	3.305,72	161,11	5%
Por Tipo de Fideicomiso	31 Diciembre 2004	31 Diciembre 2005	Variación	
Fideicomisos de Inversión	186,30	194,45	8,15	4%
Fideicomisos de Garantía	1.286,38	1.401,78	115,40	9%
Fideicomisos de Administración	1.376,41	1.495,52	119,11	9%
Titularización	47,69	-	(47,69)	-100%
Fideicomisos de Inversion Fondos Mutuos		-		
Fideicomisos Mixtos	204,61	-	(204,61)	-100%
Otros	43,22	213,99	170,77	395%
Totales	3.144,61	3.305,74	161,13	5%

Fuente: FELABAN (Última Actualización: Septiembre 25 de 2006)

Como se aprecia en el cuadro anterior, el análisis comparativo por sector demuestra que el sector privado ha tenido un mayor crecimiento porcentual del 7%, en comparación con el

sector público el cual tuvo un incremento del 5%. Sin embargo hay que señalar que ambos sectores han incrementado cuantitativamente el mercado fiduciario ecuatoriano y se espera que en los próximos años sea mayor debido a su difusión y las bondades que el mismo genera.

En cuanto al análisis por tipo de fideicomiso, existe un comportamiento similar creciente para los fideicomisos para Administración y de Garantía que confirma la tendencia, de concentrarse en estas dos figuras el negocio fiduciario ecuatoriano.

4.1.2.6.2. COMISIONES GENERADAS

CUADRO No.4.3.

Información Económica	31 Diciembre 2004	31 Diciembre 2005	Variación	
Tipo de Cambio con respecto al Dólar	1.00	1.00	-	0%
Producto Interno Bruto MM US\$	32.635,71	36.488,92	3.853,21	12%
Comisiones Generadas en Dólares	16.946.159,65	18.533.901,15	1.587.741,50	9%
Numero de Empleados	300	ND		

Fuente: FELABAN (Última Actualización: Septiembre 25 de 2006)

Las comisiones obtenidas por las casas de valores y fiduciarias son significadas para el país, al cual se lo considera un mercado relativamente pequeño para el mercado de capitales; el incremento de estos márgenes ha sido del 9% lo que convertiría a esta actividad para los siguientes años con gran potencial, para estas entidades.

4.2. CONDICIONES ESENCIALES PARA ATRAER INVERSORES

Para atraer inversores para los negocios fiduciarios, se debe tomar a criterio del investigador los siguientes parámetros:

4.2.1. Fortalecimiento de las Reformas de Mercado

Una tarea muy importante para el país es la de continuar con el fortalecimiento de las reformas de mercado, mientras se reconoce las limitaciones de los mercados; en el caso concreto del

Ecuador, debería contar con una Ley para Fiducia, exclusiva, que permita dar una mayor seguridad a los inversionistas y la posibilidad que la sociedad participe directamente en la constitución de fideicomisos para la creación e implementación de grandes obras nacionales, por ejemplo el ferrocarril, el tema de nuevas centrales eléctricas, refinerías, etc.

4.2.2. Fortalecimiento de los Mercados Financieros e Incremento de la Inversión

A fin de duplicar las recientes tasas de crecimiento en la economía ecuatoriana, se requiere incrementar el nivel de inversión del país. Un sector financiero fuerte y sólido es un sine qua non para lograr alcanzar exitosamente las metas de mayor inversión, y por lo tanto, es importante que haya reglamentaciones claras y una efectiva supervisión destinadas al fortalecimiento del sector financiero, para evitar a tiempo quiebras de bancos por falta de liquidez que no se ha superado como lo demuestra el caso del Banco de los Andes.

A fin de facilitar un amplio incremento en las inversiones se deberán alcanzar tres condiciones esenciales:

Primero, el gobierno de turno de América Latina debe continuar con una política de austeridad y de responsabilidad fiscal.

Segundo, un mayor nivel de inversión requiere un nivel más alto de ahorros y un incremento de la tasa de ahorro interno. El gobierno deberá mejorar los mecanismos de incentivos al ahorro, o al menos, no penalizar a los ahorristas.

Tercero, el capital privado extranjero continúa siendo una fuente necesaria e importante del financiamiento de inversión. La estabilidad institucional sin cambios constantes en las reglas y reglamentaciones, políticas fiscales y monetarias sólidas, y un sector financiero fuerte son requisitos necesarios para fortalecer los mercados de capital nacionales y regionales, para atraer inversión extranjera, y para reducir los riesgos asociados con los mercados de capital globales.

4.2.3. Incrementar la Competitividad

Con el objeto de incrementar la competitividad del Ecuador en los mercados internos e internacionales es necesario reducir la existente brecha tecnológica que lo enfrenta a las economías más avanzadas y otros países de la región y de Asia. Adicionalmente, el país

sigue experimentando altos costos de transacción, especialmente en las áreas de transporte, comunicación y finanzas, además que sus costos productivos se han incrementado a raíz de la dolarización de su economía; de ahí que la importancia que el Ecuador busque sus ventajas competitivas para hacer frente a la globalización de la economía mundial. Por ejemplo el sector del turismo es muy prometedor por su ventajas climáticas, biológicas, geográficas únicas en el mundo.

4.2.4. Mejoramiento del Capital Humano

A fin de ser más competitivos en los ámbitos nacionales e internacionales, el país también necesita invertir en el capital humano. En una economía mundial altamente integrada, los países con grandes activos de capital humano tienen una ventaja comparativa para atraer inversiones, especialmente en los sectores de alto valor agregado. Así mismo, dados los rápidos cambios en la tecnología que suceden en el mundo hoy, educación y entrenamiento son elementos esenciales para que un país permanezca competitivo en la economía global. En otras palabras, educación y entrenamiento laboral son una de las condiciones más importantes para el logro de más altos niveles de desarrollo económico con una distribución de ingresos más equitativa.

4.2.5. Mejoramiento de Acceso a las Oportunidades de Mercado

A fin de reducir las inequidades sociales y económicas, una condición necesaria, pero no suficiente, es la de incrementar el crecimiento económico del país. Sin embargo, a menos que exista un esfuerzo sostenido y deliberado para incrementar el acceso de los pobres a las oportunidades de mercado, no se reducirán los altos niveles actuales de pobreza en Ecuador. Estas oportunidades incluyen acceso a los capitales físicos, humanos y sociales para aquellos que se encuentran marginados económica y socialmente.

4.3. ESTRUCTURA FINANCIERA

Documento que presenta la composición de la forma en la que se financia una empresa o entidad. Muestra la organización patrimonial de la empresa y su capacidad para mantener el equilibrio constante entre los flujos monetarios de entrada y salida sin perjudicar el resultado económico de la gestión.

4.4 PATRIMONIO AUTÓNOMO

Para comprender de una mejor manera que es el patrimonio autónomo voy a indicar algunas definiciones primero respecto a que el patrimonio:

Josserant “es el conjunto de valores pecuniarios, positivos o negativos, pertenecientes a una misma persona, figurando unos en el activo y otros en el pasivo”.

Colin y Capitant: “es el conjunto de relaciones jurídicas apreciables en dinero que tienen por sujeto activo o pasivo a una misma persona”.

Aubré y Raut: “el patrimonio es el conjunto de los bienes de una persona, considerado como formando una universalidad de derecho. La idea de patrimonio se deduce directamente de la de personalidad”.

Enneccerus: “el patrimonio es el conjunto de los derechos que sirven para la satisfacción de las necesidades de una persona”.

Hermanos Mazeut: “El conjunto de derechos y obligaciones de una persona se integran en su patrimonio. El patrimonio es lo que contiene esos derechos y obligaciones”.

Dentro de todas estas concepciones podemos notar la existencia de dos corrientes, la una que es la corriente materialista que considera al patrimonio como un conjunto de bienes que pertenecen a una misma persona; y la otra es la idealista que considera al patrimonio como una idea que proviene de la personalidad.

El patrimonio autónomo tiene personalidad jurídica.

La responsabilidad por las obligaciones del patrimonio autónomo se limita al monto de los bienes que a este le corresponda.

4.4.1 CARACTERÍSTICAS DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO.

4.4.1.1 SEPARACION DE LOS BIENES DEL RESTO DE PATRIMONIOS.

Esta separación es contable y su objetivo es que los bienes correspondientes al patrimonio autónomo no se confundan con los que pertenecen al fiduciario ni con otros fideicomisos que estén manejados por la entidad.

Este supone la existencia de cuentas separadas para cada uno de los fideicomisos, en los cuales existen indicaciones exactas sobre el fideicomitente, el fideicomisario, de tal forma no quedaran dudas sobre la forma de cómo se encuentran constituidos los incrementos recibidos, los cargos hechos, etc.

Así podemos ver que en nuestra legislación el Patrimonio Autónomo es aquel que se origina en virtud de un contrato de fideicomiso mercantil y es distinto de los patrimonios individuales tanto del fideicomitente, del fiduciario, así como del beneficiario y de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario. Art. 118 Ley de Mercado de Valores.

4.4.1.2 EXCLUSION DE LA GARANTIA GENERAL DE LOS ACREEDORES DEL FIDUCIARIO.

Los bienes del patrimonio autónomo no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciario, ni aun si se produce un ingreso de nuevos bienes en el patrimonio autónomo, cuya titularidad radica en nombre de la entidad fiduciaria, la aplicación de la autonomía del patrimonio conduce a sostener que sus acreedores no pueden prevalerse de tal incremento ni perseguir los bienes respectivos.

No existe riesgo para el constituyente, ni para el beneficiario, ya que los problemas económicos que pudiera sufrir el fiduciario no compromete el destino de los bienes recibidos.

4.4.1.3 EXCLUSION DE LA GARANTIA GENERAL DE LOS ACREEDORES DEL FIDEICOMISARIO.

El fideicomisario o beneficiario no es el propietario de lo que tiene, es una expectativa sobre la transmisión de los bienes y/o percibe los frutos que producen los bienes del patrimonio autónomo. Los acreedores del beneficiario no pueden perseguir los bienes dados en fideicomiso, pero lo que si pueden es embargar o perseguir los frutos de ellos que se han destinado al fideicomiso.

4.4.1.4 GARANTIA DE LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS PARA CUMPLIR EL FIN.

El activo de los bienes que constituyen el patrimonio autónomo del fideicomiso responde únicamente por las deudas contraídas en el desarrollo de la finalidad fijada y que se hallan incluidas en ese patrimonio.

La categoría constituida por los acreedores de la masa de bienes del fideicomiso mercantil solo puede hacer efectivos sus créditos con los bienes del patrimonio autónomo, no puede perseguir los demás bienes del fiduciario que conforman su patrimonio propio.

Los bienes fideicomitados no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciante. Los acreedores del beneficiario no pueden perseguir los bienes fideicomitados, porque solamente los frutos que ellos producen son de su propiedad.

Cuando el fideicomiso finalice desaparecerá el patrimonio autónomo, esos bienes tendrán que transferirse al beneficiario y en ese momento ingresaran a su patrimonio personal, pudiendo desde entonces ser perseguido por sus acreedores.

Con la constitución del fideicomiso se forma un patrimonio especial, sometido a un régimen jurídico propio y compuesto por relaciones jurídicas de contenido económico, cuyos bienes deben ser destinados por su titular – el fiduciario – al cumplimiento de determinadas finalidades señaladas por el constituyente; el activo de este patrimonio responde únicamente por las obligaciones contraídas en el desarrollo de la finalidad señalada y de allí que solo los acreedores del patrimonio autónomo puedan perseguir sus bienes.

4.4.2 EFECTOS DEL PATRIMONIO AUTONOMO EN LOS BIENES FIDEICOMITIDOS.

La consagración legal del fideicomiso mercantil como patrimonio autónomo lo encontramos en el Art. 118 de la Ley de Mercado de Valores: “El patrimonio autónomo que se origina en virtud del contrato de fideicomiso mercantil es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y del beneficiario, así como de otros fideicomiso mercantiles que mantenga el fiduciario”.

En efecto para que se origine este patrimonio, debe el fiduciante transferir unos bienes que son de su propiedad y por tanto objeto de las relaciones jurídicas que forman su patrimonio personal. Al realizarse la transferencia los bienes salen del patrimonio del constituyente, pero a pesar de que los derechos sobre ellos quedan radicados en cabeza del fiduciario, no ingresan a su patrimonio personal sino que en virtud de la destinación específica señalada por el constituyente, forman una masa de bienes especial sometida a un régimen jurídico propio.

De acuerdo con el Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores el constituyente es quien determina los fines del fideicomiso en el correspondiente contrato y a ellos debe ceñirse el fiduciario.

La determinación de estos fines puede hacerla el constituyente en provecho suyo o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Es importante también señalar que los bienes objeto del fideicomiso solamente garantizan las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida, es así que la Ley de Mercado de Valores en su Art. 122 manifiesta que: “Los bienes transferidos al patrimonio autónomo respaldan todas las obligaciones contraídas por el fideicomiso mercantil para el cumplimiento de las finalidades establecidas por el constituyente”. Es decir que son estas finalidades las que en última instancia determinan los límites de la responsabilidad en el patrimonio autónomo del fideicomiso.

4.4.3 LOS BIENES FIDEICOMITIDOS Y LOS EFECTOS DEL PATRIMONIO AUTONOMO EN ELLOS.

4.4.3.1 BIENES QUE PUEDEN SER OBJETO DEL FIDEICOMISO.

La ley de Mercado de Valores manifiesta que los bienes que pueden ser objeto de contrato de fideicomiso mercantil y que por lo tanto pasan a un patrimonio autónomo son: bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existan o se esperan que existan.

Nuestra legislación define a estos bienes de la siguiente manera:

Los bienes corporales son los que tienen un ser real y pueden ser percibidos por los sentidos, como una casa, un libro.

Los bienes incorporales los que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.

Muebles son los que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por si mismas como los animales, sea que solo se muevan por una fuerza externa como las cosas inanimadas.

Inmuebles, fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; las tierras y minas y las que adhieren permanentemente a ellas como los edificios y árboles.

4.4.3.2 EFECTOS DEL PATRIMONIO AUTONOMO EN LOS BIENES FIDEICOMITIDOS

Al constituir el fideicomiso se forma un patrimonio autónomo cuyo objeto es decir los bienes fideicomitidos, deben ser destinados a ciertos fines específicos, por ende la principal consecuencia que el patrimonio autónomo produce en los bienes objeto del fideicomiso es que no pueden destinarse sino a los fines fijados en el acto constitutivo y por tanto garantizan las deudas contraídas en cumplimiento de sus fines. Estos bienes salen del patrimonio personal del constituyente por lo tanto no pueden ser perseguidos por sus acreedores.

4.4.3.3 EFECTOS DEL PATRIMONIO AUTONOMO RESPECTO DE LAS PERSONAS.

4.4.3.3.1 EFECTOS RESPECTO DEL FIDUCIARIO.

Como titular que es del patrimonio autónomo del fideicomiso sus deberes son los siguientes:

- 1.- Destinar los bienes a la realización de los fines señalados por el constituyente en el contrato de fideicomiso mercantil. (Art. 109 LMV).
- 2.- Mantener separados los bienes fideicomitidos de los que forman parte de su patrimonio propio.
- 3.-El fideicomiso mercantil es el titular de los bienes que integran el patrimonio autónomo. Por lo tanto debe ejercer la personería jurídica y la representación legal del fideicomiso.
- 4.- Transferir los bienes del patrimonio autónomo una vez finalizado el contrato de fideicomiso mercantil ya sea el beneficiario o al mismo constituyente (Art. 116 MLV segundo Inc.)

4.4.3.3.2. EFECTOS RESPECTO DEL FIDEICOMITENTE.

La constitución del fideicomiso y la formación del patrimonio autónomo trae las siguientes consecuencias en relación con el constituyente:

1.- Los bienes fideicomitidos son transferidos a un patrimonio autónomo, por lo tanto este conjunto de bienes sale real y jurídicamente del patrimonio personal del constituyente y por lo tanto no pueden ser perseguidos estos bienes por sus acreedores.

2.- Puede ejercitar las acciones de responsabilidad en contra de fiduciario, que responde hasta por dolo, culpa leve en el cumplimiento de su gestión (Art. 125 LMV Inc. segundo y 126 Lit. d).

3.- Tiene derecho a que al término del fideicomiso los bienes que constituyen el patrimonio autónomo le sean devueltos sin en el contrato no se dispuso otra cosa (Art. 109 y 116 LMV).

4.4.3.3.3 EFECTOS RESPECTO DEL BENEFICIARIO.

El beneficiario no tiene muchos derechos durante la existencia del fideicomiso, y que estos se limitan a recibir los frutos de los bienes fideicomitidos, pero sin embargo el hecho de crearse el patrimonio autónomo le concede algunas facultades como son:

1.- Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones (Art. 127 Lit. b) y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento (Art. 127 Lit. d)

2.- Impugnar la disposición de bienes del patrimonio autónomo en contra de las disposiciones del fideicomiso mercantil.

4.4.3.3.4 RESPECTO DE TERCEROS.

Son terceros no solamente los acreedores personales del fiduciario, sino también los acreedores del constituyente y los del beneficiario. Los principales efectos que produce el patrimonio autónomo respecto a ellos son los siguientes:

1.- Los acreedores personales del fiduciario no tienen derecho alguno sobre los bienes del patrimonio autónomo.

2.- Los acreedores del fideicomitente no pueden hacerse satisfacer sus acreencias con los bienes del patrimonio autónomo. Si el contrato de fideicomiso mercantil ha sido otorgado en fraude de terceros por el constituyente o en acuerdo fraudulento de este con el fiduciario, estos podrán ser impugnados judicialmente por los interesados, mediante las acciones de nulidad, simulación o cualquiera otra prevista en la ley. (Art. 123 LMV).

3.- Los acreedores del beneficiario no tienen ningún derecho a perseguir los bienes fideicomitidos mientras estos se encuentren en el patrimonio autónomo, es decir mientras dure el contrato de fideicomiso ya que el beneficiario no tiene derecho alguno sobre aquellos.

Sin embargo los acreedores del beneficiario podrán perseguir los derechos y beneficios que a este le correspondan en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso mercantil. (Art. 121 LMV).

4.5 TRIBUTACIÓN

4.5.1 ANALISIS DEL FIDEICOMISO EN EL AMBITO TRIBUTARIO.

El artículo 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno establece que el fideicomiso mercantil y los patrimonios autónomos a excepción de los constituidos por instituciones del Sector Público siempre que ellos mismos sean los beneficiarios, se constituyen en sociedades para efectos de esta ley.

Queda establecido que el fideicomiso por si mismo constituye una sociedad para efectos impositivos y por lo tanto debe obtener el registro único de contribuyentes (RUC), debe llevar contabilidad y se constituye en un sujeto pasivo de impuestos.

Los fideicomisos son sujetos pasivos del impuesto a la renta en calidad de contribuyentes y de agentes de retención así lo determina el Art. 2 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario.

Siendo por lo tanto el fideicomiso un agente de retención en los pagos que efectuó a favor de terceras personas, siempre que esto constituya para quien recibe un ingreso gravado deberá declarar y pagar las retenciones efectuadas en los plazos establecidos en el Art. 77 del reglamento de la Ley de Régimen Tributario Interno.

El fideicomiso mercantil tendrá la calidad de agente de recepción o de percepción respecto de los impuestos que al fideicomiso le corresponde retener y percibir. (Art. 135 de la Ley de Mercado de Valores).

El fiduciario será responsable solidario con el fideicomiso mercantil por el incumplimiento de deberes formales que como agente de retención y percepción le corresponde al fideicomiso.

El fideicomiso es una actividad normada y controlada por entidades gubernamentales y debido a los útil que resulta su empleo en el ámbito financiero a ley le ha creado una serie de incentivos tributarios que le hagan atractiva a los intereses de los inversionistas, por la seguridad que ofrece y por las ventajas tributarias de que goza. Es por esta razón que indicare las ventajas tributarias de que goza el fideicomiso:

4.5.2 EXENCIONES.

El Art.113 de la Ley de Mercado de Valores indica cuales son las exenciones que brinda al fideicomiso y bajo que condiciones se dan estas:

1.- Cuando se trata de bienes inmuebles la transferencia esta exenta de alcabalas, registro, inscripción y de los correspondientes adicionales a estos impuestos, también esta exento del impuesto a las utilidades en la compra – venta de predios urbanos y plusvalía de los mismos.

2.- La transferencia de dominio de bienes muebles realizada a titulo de fideicomiso mercantil esta exenta del pago del Impuesto al Valor Agregado (IVA) y de otros impuestos indirectos.

4.5.2.1 CONDICIONES:

a.- La transferencia a titulo de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita ya que la misma no genera un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario.

b.- La exención anotada anteriormente se da cuando la transferencia se da por parte del constituyente a la fiduciaria, pero también en las transferencias que haga el fiduciario restituyendo el dominio al mismo constituyente, sea que tal situación se deba a la falla de la condición establecida en el contrato, por caso fortuito o por efectos contractuales.

c.- Están grabadas las transferencias gratuitas y onerosas que haga el fiduciario a favor de los beneficiarios.

4.5.3 TITULARIZACION.

Considerando que la titularización es una figura jurídica relativamente nueva que ha sido recogida por la ultima ley de mercado de valores, concediéndole un tratamiento tributario especial y que uno de los mecanismo para titularizar, es la constitución de fideicomisos se hace

necesario revisar el contenido del Art. 159 de la Ley de Mercado de Valores en la parte que hace referencia a la transferencia de activos de bienes muebles y de bienes inmuebles.

1.- Las transferencias de dominio de activos, cualquiera fuere su naturaleza, realizadas con el propósito de desarrollar procesos de titularización están exentas de todos tipos de impuestos, tasas y contribuciones, así como de impuestos indirectos que gravan las transferencias de bienes.

2.- Están exentas las transferencias de dominio de bienes inmuebles del pago de los impuestos de alcabalas, registro e inscripción y de los adicionales a tales impuestos.

3.- Están exentos del pago del impuesto a las utilidades en la compra venta de predios urbanos y plusvalía.

4.- La transferencia de bienes muebles realizada con el propósito de desarrollar procesos de titularización esta exenta del pago del Impuesto Al Valor Agregado y otros impuestos indirectos.

4.5.3.1 CONDICIONES.

a.- Debe realizarse con el propósito de desarrollar procesos de titularización.

b.- En el caso de que no se haya alcanzado el punto de equilibrio y el agente de manejo proceda a restituir el dominio de los bienes inmuebles al originador, dicha restitución también gozara de las mismas exenciones antes establecidas.

c.- la exención del literal anterior se aplicara en el caso de restitución del dominio de los bienes muebles al originador.

El Art. 234 de la Ley de Mercado de Valores establece que las inscripciones que deban hacerse por estos actos están exentos del impuesto de registro y sus adicionales.

Los derechos y todo tipo de gastos o cobros que hagan los registradores mercantiles o de la propiedad por la inscripción de los actos que contengan fideicomisos mercantiles y transferencias de bienes a patrimonios independientes o autónomos, sumados todos aquellos, en ningún caso serán superiores al cero veinticinco por mil de la cuantía del acto o contrato ni superiores al equivalente a trescientos UVC's.

4.5.4 ALCABALAS.

Ley de Régimen Municipal Art. 360 Inc. segundo.

Los impuestos adicionales al de alcabalas creados o que se crearen por leyes especiales, se cobraran conjuntamente con el tributo principal, a menos que en la ley que los establezca se ordene la recaudación por distinto agente del Tesorero Municipal. El monto del impuesto adicional no podrá exceder del 50% de la tarifa básica que establece el artículo anterior, ni la suma de los adicionales excederá del 100% de esa tarifa básica. En caso de que excediere se cobrara únicamente un valor equivalente a ese ciento por ciento que se distribuirá entre los partícipes.

Queda exonerado del pago de todo impuesto, tasa o contribución fiscal, provincial o municipal, inclusive los impuestos de timbre, plusvalía y registro de las transferencias de dominio de bienes inmuebles que se efectúen con el objeto de constituir un fideicomiso mercantil.

4.5.5 IMPUESTO AL VALOR AGREGADO.

Se encuentran gravados con tarifa IVA cero por ciento los servicios que prestan las administradoras de fondos y fideicomisos solamente y en forma exclusiva por concepto de administración de fondos y fideicomisos de inversión. (Art. 152 del R.L.R.T).

4.5.6 IMPUESTO A LA RENTA.

El Art. 9 de la L.R.T.I establece que se encuentran exonerados con fines de determinación y liquidación del impuesto a la renta:

Num. 15 las ganancias de capital, utilidades, beneficios o rendimientos distribuidos por los fideicomisos mercantiles a sus beneficiarios, siempre y cuando estos fondos de inversión y fideicomisos mercantiles hubieren cumplido con sus obligaciones como sujetos pasivos satisfaciendo el impuesto a la renta correspondiente.

4.6. VENTAJA DEL FIDEICOMISO.

Para el originador:

- Liquidez: permite acceder a liquidez mediante la aceleración de flujos futuros, la reducción de activos fijos o el aumento de rotación de activos.

- Endeudamiento: no existen restricciones ante entidades crediticias, las condiciones de financiamiento encaja a los flujos de la empresa, mejora el indicador de endeudamiento y se obtienen mejores tasas de financiamiento.
- Nivel de activos improductivos: disminuyen recursos ociosos, mejora los índices de rentabilidad.
- Capacidad de crecimiento: no requiere de incremento en patrimonio o endeudamiento adicional, facilita la inversión en nuevos proyectos.
- Capacidad de asumir el cambio: facilidad de financiar reconversión industrial y reestructuraciones.
- Gestión de riesgos: transferencia de parte o todo el riesgo al mercado, equilibra estructura de plazos de activos y pasivos.

Para el inversionista.

- Ofrece una gran gama de alternativas de inversión debido a la gran cantidad de títulos existentes en el mercado.
- Alta rentabilidad: en promedio en 35% dependiendo de la calidad del inmueble titularizado.
- Bajo riesgo: tiene una alta calificación por parte de las calificadoras de riesgo.
- Buena experiencia de pago de los títulos en otros países.

Para el mercado.

- Genera una nueva área de operaciones para los agentes.
- Promueve el desarrollo de los mercados.
- Estructura financiera que mejora circulación de los recursos.
- Sustituye intermediación financiera tradicional por una mediación directa.

CAPITULO V

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES

A través de la presente investigación he pretendido conocer, así como entender la naturaleza y el funcionamiento del fideicomiso mercantil, figura legal relativamente nueva en nuestro medio, de la doctrina jurídica y del acto constitutivo y, por otra, tener los conocimientos adecuados del fideicomiso para poder estructurar el respectivo contrato mercantil de una manera que sea jurídicamente correcta y económicamente útil.

En nuestro país el fideicomiso aún no ha desarrollado todo el potencial de un instrumento legal, cuyo alcance y utilidad que en todos los campos de la actividad humana han sido probados en otros regímenes y sociedades.

Las conclusiones concretas del presente trabajo son:

- Para que el fideicomiso mercantil pueda llevarse a cabo necesita ser reconocido y aceptado ampliamente, tanto por personas naturales y jurídicas particulares, así como por entidades del sector público.
Esto no ocurre en nuestro país, a pesar de que el fideicomiso mercantil tiene una función esencial, no sólo en el área financiera-mercantil sino en todas las actividades personales, sociales y económicas. Esta figura puede representar para el constituyente una alternativa legal, ágil y confiable para llevar a cabo operaciones fiduciarias, es decir, que el constituyente transfiera al fiduciario ciertos bienes para que cumpla con el objetivo señalado en beneficio de una tercera persona o del mismo constituyente.
- La transferencia de los bienes que se hace en esta figura jurídica es a título de fideicomiso mercantil, según lo establece el Art. 115 de la Ley de Mercado de Valores y no por ninguno de los previstos en el Código Civil en el que se habla de que los modos de adquirir el dominio son la tradición, ocupación, accesión, la prescripción y la sucesión por causa de muerte.
Esto se explica ya que el fideicomiso mercantil es una figura distinta en la que se crea un patrimonio autónomo en el que la titularidad la ejerce el fiduciario con la finalidad de cumplir los objetivos previstos en el contrato.
- Con relación a la naturaleza jurídica de la figura del fideicomiso se crea un patrimonio

autónomo que se transfiere al fiduciario quien debe destinar y utilizar los bienes de dicho patrimonio de acuerdo a los designios del fideicomitente, razón por la cual es necesario llevar una contabilidad independiente para cada uno de los patrimonios autónomos.

- La intervención de la fiduciaria, otorga a los inversionistas la tranquilidad que las instrucciones dadas a ésta se cumplirán estrictamente y que los recursos no se desviarán para fines diferentes a los previstos. Por esta razón brinda seguridad, buena imagen y transparencia durante su desarrollo.
- Los fideicomisos pueden tener un tiempo máximo de vida de ochenta años, salvo que sean constituidos con fines culturales o de investigación, altruistas o filantrópicos, 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, o personas menesterosas, podrán subsistir hasta que sea factible cumplir el propósito para el que se hubieren constituido, esta salvedad es lógica ya que esta persigue fines sociales que de una u otra manera ayudan y prestan servicio a toda la colectividad, ayudando así al progreso y fortalecimiento del país.
- El fideicomiso constituye un mecanismo de administración profesional de los proyectos y la diversificación de los servicios financieros, sin embargo es una gestión de medio y no de resultado lo que quiere decir que el fiduciario no garantiza el éxito de su gestión, pero si responde por culpa leve o dolo.
- El fideicomiso tiene múltiples aplicaciones y los más variados fines, se puede decir que existen tantas aplicaciones como fines existan, sin embargo estas pueden ser empleados con fines no muy claros, es decir para perjudicar a terceros. Ante esto existe la posibilidad de impugnar judicialmente por parte de los interesados planteando acciones como la nulidad, la simulación o cualquier otra prevista en la ley.
- Posibilita el desarrollo del país, mediante la realización de grandes y numerosas obras permite la inversión de capitales nacionales e internacionales propiciando así la dinamización de la economía.

Los recursos derivados de las captaciones se dirigen al otorgamiento de líneas de crédito a través de operaciones directas y por lo tanto el riesgo se encuentra centralizado. Por medio del fideicomiso, el riesgo se diversifica porque se involucra a inversionistas grandes y pequeños, quienes colocan activos o dineros para la ejecución de proyectos, mecanismo este que permitirá recibir mayor rentabilidad que las simples colocaciones.

- El fideicomiso es una figura que en el ámbito tributario goza de una serie de ventajas, ya que existe una exoneración de una serie de tributos al constituir el fideicomiso, cuanto al regresar dichos bienes al constituyente, pero en el caso de que dichos bienes se los transfiera al beneficiario en esta operación los tributos que corresponden pagar, el beneficiario si se los debe cancelar ya que para el si genera un beneficio dicha operación.
- Las entidades autorizadas para actuar como fiduciarias son las Administradoras de fondos y fideicomisos.
- Debido a lo nuevo de esta figura jurídica y a su complejidad respecto a la creación de un patrimonio autónomo, se ha determinado en la ley otros mecanismos para la solución de los conflictos que pueden suscitarse como son los mecanismos de mediación y arbitraje, los cuales a través de árbitros especializados en esta materia pueden dar mas ágil, oportuna y real solución a los problemas sin desvirtuar la esencia misma de este contrato que de otra manera debería ser dirimido por los jueces de lo civil con quienes se corre el riesgo de entorpecer la solución de los problemas surgidos, haciendo que se pierda el objetivo mismo de estos contratos.
- Los mercados de capitales, financieros y los de valor son los pilares en los que se asienta la economía de un país, ya que cumplen la función de canalizadores de recursos hacia el sector productivo, permitiendo un alto grado de desintermediación financiera y estableciendo un estrecho vínculo entre ahorristas y demandantes de dinero, por lo que la figura del Fideicomiso Mercantil permitirá el crecimiento de éstos y el fortalecimiento de la economía del país.
- El fideicomiso mercantil, posibilita el que pequeños inversionistas puedan acceder a los servicios de administración profesional de sus inversiones, así como también posibilita el ingreso de capitales externos (por la confianza que otorga su manejo) constituyendo una puerta para la inversión extranjera.
- La aparición de bolsas de valores en el país se debe a la necesidad de las empresas de buscar fuentes de financiamiento baratas, sin acudir a los intermediarios financieros (bancos, financieras, cooperativas). Es decir, los demandantes de dinero buscan maximizar sus fuentes de financiamiento. Por otro lado se justifica la creación de estos centros financieros, ya que los ahorristas buscan otras fuentes de inversión que les permita maximizar sus beneficios.
El instrumento jurídico estudiado, permite movilizar recursos en forma ordenada, estimulando los niveles de crecimiento y desarrollo económico.
- De igual forma, el modelo de dolarización y de internacionalización del sector

financiero, como incluso la intervención del Estado ecuatoriano, suponen que a mediano plazo se produzca una reducción de las tasas de interés, que resultará de un menor margen de intermediación "spread" (diferencia entre tasas activas y pasivas), obligándoles a llevar la tasa de interés pasiva a niveles mínimos y poco competitivos, frente a la rentabilidad esperada que puede ofrecer el mercado de capitales, brindando a las bolsas ecuatorianas una gran oportunidad para su desarrollo y potencialidad como impulsores de la economía ecuatoriana. Un producto novedoso para los potenciales ahorristas-inversionistas es la titularización, herramienta nueva en nuestro mercado que entró en operabilidad apenas en el año 2003, sin embargo a partir de esta fecha ha tenido un crecimiento geométrico.

5.2 RECOMENDACIONES

Una vez que ha sido analizado el presente trabajo, debo realizar algunas recomendaciones a fin de que se las pueda llevar a la práctica:

- Se debe difundir de una manera más amplia la utilización del fideicomiso ya que esta herramienta jurídica se la puede aplicar no solamente en los grandes proyectos, sino que también puede ser un mecanismo idóneo para desarrollar proyectos medianos e incluso pequeños.
- Conociendo las bondades de esta figura los inversionistas tanto pequeños, medianos y grandes deberían utilizar este mecanismo en forma regular ya que como se indica antes esta disminuye el riesgo y permite una mayor rentabilidad de su dinero, en base a un manejo profesional de los recursos.
- En vista de que no existe ningún manual para la constitución del fideicomiso, la Superintendencia de Compañías debería emitir uno para esclarecimiento de su procedimiento y una mejor comprensión del mismo tanto para profesionales vinculados con este instrumento, así como para todas las personas en general.
- Cuando se constituya un fideicomiso por parte de una institución financiera o de sus empresas vinculadas y en los cuales exista el riesgo que se comprometa recursos provenientes de depositantes o de otras fuentes del sector privado o público, en la ley debería incorporarse una disposición que obligue a estas entidades a justificar la proveniencia de los recursos, el objetivo de la constitución del fideicomiso y además establecerse que en el caso de comprobarse alguna acción fraudulenta en su constitución se le anulará inmediatamente a fin de evitar que el fideicomiso se utilice como un mecanismo de perjuicio frente a la colectividad. .
- El gobierno debería fomentar la utilización del fideicomiso de titularización a fin de que este se convierta en un mecanismo de gran uso.
- Que la Bolsas de Valores del país, den a conocer y publiciten de mejor manera los beneficios que conllevan la titularización para proyectos especialmente inmobiliarios.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

Batiza, Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso Y de la Administración Fiduciaria. Editorial Porrúa. México -México. 1977.

Bofia Boggero, Luís María. Tratado de las obligaciones. Tomo 1. Editorial Astrea. Segunda Edición. Buenos Aires - Argentina. 1979.

Borja Gallegos, Roberto. El Fideicomiso en el Derecho Civil y Comercial Del Ecuador. Primera Edición. Guayaquil- Ecuador. 1996.

Corregal, María. El Fideicomiso, Regulación Jurídica Y Posibilidades Prácticas; Editorial Universidad. Buenos Aires - Argentina. 1982.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. El Fideicomiso. Editorial Porrúa. México. 1990.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Dos aspectos de la esencia del Fideicomiso Mexicano (Acto constitutivo unilateral y propiedad conservada por el fideicomitente con la titularidad del fiduciario) Editorial Porrúa. México. 1994

D'Ors, Álvaro. Derecho Privado Romano. Ediciones Universidad de Navarra S.A. Pamplona. 1973.

González, Torre Roberto. El Fideicomiso en el Derecho Civil y Comercial del Ecuador. Guayaquil. 1996.

Jors, Paul y Kunkel, Wolfgang. Derecho Privado Romano Editorial labor S.A... Barcelona. 1937.
Leal Pérez, Hidélbrando. Fiducia Mercantil. Bogota - Colombia. 1990.

Pescio Vargas, Victoria. Manual de Derecho Civil, Ed. Jurídica de Chile. Chile. Santiago. 1978
Tomo 11

Rengifo, Ramiro. La Fiducia Legislación Nacional y Derecho Comparado. Editorial Colección Pequeño Foro. Bogota. 1984.

Rengifo, Ramiro. La Fiducia. Editorial Colección Pequeño Foro. Bogota Colombia, 1984.

Rodríguez Azuero, Sergio. Contratos Bancarios, su significación en América Latina, Federación Latinoamericana de Bancos. Felaban. Cuarta Edición. Bogotá - Colombia. 1990.

Somarriva Undurraga, Manuel. Tratado de las cauciones. Contable Chilena Ltda. Editores. Santiago de Chile. 1981.

Tejada Mora, Juan. El offshore Trust: Algunas ventajas y desventajas en diferentes sistemas el anglosajón y el latino. El fideicomiso en Panamá Icaza Gonzáles Ruiz y Alemán 1996

Vegas Rolando, Nicolás. El fideicomiso en Venezuela. Editorial Magon. Segunda edición. Caracas - Venezuela. 1996.

SAPAG Chain Preparación y Evaluación de Proyectos Colombia, Editorial Mc Graw Hill, 2004.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

Asociación Bancaria de Colombia, Servicios Fiduciarios y banca de inversión, Bogota Colombia, Talleres Gráficos de la Asociación Bancaria de Colombia, 1988.

Asociación de Fiduciarios de Colombia Nociones Fundamentales de Fiducia, Bogotá Colombia, Escuela de Judicial, Rodrigo Lara BONILLA, 1994.

Asociación de fiduciarios Nuevos productos fiduciarios, Bogotá Colombia, Editorial ABC, Ltda., 1993

Asociación de Fiduciarios, El desafío fiduciario, Editorial ABC, Ltda. Bogota Colombia, 1995.

Ley del Mercado de Valores

Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros de la Junta Bancaria

Codificaciones de Resoluciones del Banco Central

Criterios Básicos para la calificación de valores provenientes de procesos de titularización

Reglamento sobre procesos de titularización aplicable a organizadores de derecho privado

Reglamento sobre negocios fiduciarios

Reglamento de participación del sector público en el mercado de valores Código de Procedimiento Civil

Programa jurídico de computación. FIEL. Corporación MYL, Ediciones Legales, Quito- Ecuador.

Programa Jurídico de Computación. LEXIS. Sistema integrado de Legislación Ecuatoriana. Quito- Ecuador.

Publicación de la Bolsa de Valores de Quito
Internet.