



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO BANCARIO Y LEGISLACIÓN BURSÁTIL**

**TRABAJO DE TITULACIÓN EXAMEN COMPLEXIVO PARA LA  
OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO BANCARIO Y  
LEGISLACIÓN BURSÁTIL**

**“NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO EN GARANTÍA:  
INAPLICABILIDAD DEL ARGUMENTO DE LA VULNERACIÓN AL  
DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN”**

**ANDREA CECILIA RADA YELA**

**ENERO 2018**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO BANCARIO Y LEGISLACIÓN BURSÁTIL**

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

Yo, Ab. Andrea Cecilia Rada Yela

**DECLARO QUE:**

El examen complejo “**NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO EN GARANTÍA: INAPLICABILIDAD DEL ARGUMENTO DE LA VULNERACIÓN AL DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN**” previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Bancario y Legislación Bursátil**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

**Guayaquil, a los 29 días del mes de enero del año 2018**

**EL AUTOR**

---

**Ab. Andrea Cecilia Rada Yela**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO BANCARIO Y LEGISLACIÓN BURSÁTIL**

**AUTORIZACIÓN**

Yo, Ab. Andrea Cecilia Rada Yela

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del examen complejo “**NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO EN GARANTÍA: INAPLICABILIDAD DEL ARGUMENTO DE LA VULNERACIÓN AL DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN**” cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, a los 29 días del mes de enero del año 2018**

**EL AUTOR:**

---

**Ab. Andrea Cecilia Rada Yela**

A DIOS fuente infinita de amor y sabiduría, mi gratitud eterna por las bendiciones recibidas. Con EL la vida cobra todo sentido, doy testimonio de su inmenso amor y perfección. A mis PADRES, mis mejores amigos, pilares fundamentales en mi formación profesional y a quienes la vida entera les debo. A mis HERMANOS por su apoyo constante en este largo camino que todavía falta por recorrer. A mis AMIGOS por su compañía en esta trayectoria. A TODOS quienes siempre confiaron en mí.

### **DEDICATORIA**

A mi mamá, el mejor ejemplo de mujer que conocí y quien siempre me inspiró a ser mejor. Tengo la plena convicción que me amas desde el cielo como lo hiciste aquí en la tierra, casi puedo escucharte diciéndome: ¡Tú puedes negrita!

Yo pude por ti mamá.

## INDICE

CAPÍTULO I.....	1
INTRODUCCIÓN.....	1
1.1. EL PROBLEMA.....	1
1.2. OBJETIVOS.....	2
1.2.1. OBJETIVO GENERAL.....	2
1.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	2
1.3. BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL:.....	2
CAPÍTULO II.....	4
DESARROLLO.....	4
2.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	4
2.1.1. ANTECEDENTES.....	4
ORIGEN ROMANO.....	4
ORIGEN GERMÁNICO.....	5
ORIGEN ANGLOSAJÓN.....	6
2.1.2. EL FIDEICOMISO MERCANTIL EN ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.....	6
2.1.3. EL FIDEICOMISO MERCANTIL EN LATINOAMÉRICA.....	7
2.1.4. EL FIDEICOMISO MERCANTIL EN EL ECUADOR.....	8
2.1.5. PARTICIPANTES DEL FIDEICOMISO MERCANTIL.....	9
<i>CONSTITUYENTE O FIDEICOMITENTE</i> .....	9
<i>FIDUCIARIO</i> .....	10
<i>BENEFICIARIO O FIDEICOMISARIO</i> .....	10
2.1.6. CARACTERÍSTICAS DEL FIDEICOMISO MERCANTIL.....	11
2.1.7. TIPOS DE FIDEICOMISO MERCANTIL.....	12
FIDEICOMISO MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN.....	13
FIDEICOMISO INMOBILIARIO.....	13
FIDEICOMISO MERCANTIL DE INVERSIÓN.....	13
FIDEICOMISO MERCANTIL DE GARANTÍA.....	13
TITULARIZACIÓN.....	14
2.2. Descripción del objeto de la Investigación: El Fideicomiso en Garantía.....	14
2.3. Formulación del Problema.....	16
2.4. Variable única.....	16
2.5. Indicadores.....	16
2.6. Preguntas Complementarias de Investigación.....	16

2.7. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA .....	17
2.8. Bases Teóricas: Antecedentes Precontractuales del Proceso de Ejecución del Fideicomiso en Garantía .....	18
2.8.1. EL PROCEDIMIENTO CONVENCIONAL DE ENAJENACIÓN DE LA GARANTÍA.....	18
2.8.2. NATURALEZA CONTRACTUAL DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA: CONCURSO DE VOLUNTADES ..	19
2.9. METODOLOGÍA.....	27
CAPÍTULO III. ....	32
CONCLUSIONES .....	32
3.1. RESPUESTAS .....	32
3.1.1. BASE DE DATOS:.....	32
3.1.2. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS:.....	38
3.2. CONCLUSIONES: .....	44
3.3. RECOMENDACIONES:.....	46
BIBLIOGRAFÍA.....	48
ANEXOS	
ANEXO 1	
ANEXO 2	

## CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

### 1.1. EL PROBLEMA

El fideicomiso en garantía usualmente ha sido atacado por algunos autores y abogados como una aplicación ilegal o abusiva, por cuanto estaría encuadrada en el supuesto del *pacto comisorio*; entendiéndose por éste a aquella facultad que tiene el acreedor para practicar el comiso o apropiación directa e inmediata, de la cosa que se halla especialmente vinculada en garantía del cumplimiento de la obligación incumplida; así también podría decirse que su mala reputación se debe a la existencia de criterios divergentes sobre el proceso mediante el cual se ha dado la venta o realización de los bienes fideicomitados en garantía, para pagar con su producto el valor del saldo insoluto de la obligación.

Se analizará entonces, esta institución desde la óptica más elemental que supone su naturaleza jurídica y el proceso de enajenación convencional por incumplimiento del deudor (constituyente) estipulado en su contrato constitutivo, para de este modo determinar que la estructura del fideicomiso en garantía no vulnera de ninguna manera el derecho a la defensa y que por lo tanto las excepciones que se plantean en este sentido no son aplicables ya que, como se indicará, la naturaleza del mismo se fundamenta en dos corrientes distintas que tienen como punto en común precisamente la voluntad del fideicomitente reflejada en las cláusulas que conforman el contrato constitutivo del fideicomiso de garantía.

En este contexto la presente investigación pretende ubicar al fideicomiso mercantil de garantía como una herramienta útil y confiable que sirve para optimizar la capacidad de crédito del deudor y proporcionar agilidad y seguridad jurídica al acreedor a través de la administración realizada por un tercero imparcial llamado fiduciario. La posibilidad de la arbitrariedad como naturaleza

jurídica del contrato, prácticamente no tiene cabida en la legislación pues, como se ve; la ley le da al fideicomiso un carácter expresamente contractual.

## **1.2. OBJETIVOS**

### **1.2.1. Objetivo General**

1.- Establecer si el proceso de ejecución pactado en el contrato de fideicomiso en garantía vulnera el derecho a la defensa del deudor.

### **1.2.2. Objetivos Específicos**

1.- Analizar el proceso de ejecución pactado en un contrato de fideicomiso en garantía.

2.- Precisar en qué circunstancias el proceso de ejecución acordado en un contrato de fideicomiso en garantía vulnera el derecho a la defensa el deudor.

3.- Definir el rol de la fiduciaria en la administración de los bienes entregados en garantía.

4.- Resaltar la importancia del fideicomiso en garantía.

## **1.3. BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL:**

Citando el pensamiento que expone Pérez Hualde (2000) cuando dice que comúnmente se entiende a las garantías como “una relación que se establece entre el acreedor y el patrimonio del deudor” (p. 238). De ahí que se defina al patrimonio como la prenda común de los acreedores, entendiendo, claro está en el contexto a la prenda como sinónimo de garantía. Como consecuencia de lo expuesto, citando al mismo autor, “ante el axioma que reza mayor seguridad que la moral es el patrimonio de la persona, mayor seguridad que un patrimonio entonces, son dos” (p. 238).

El fideicomiso de garantía, en su concepción actual es la primera forma en la que tuvo aplicación la figura de la fiducia, sin profundizar en el tema, por ser

éste materia del siguiente capítulo, de manera breve se puede decir que la aplicación del fideicomiso como garantía corresponde a una de las disposiciones más tradicionales de esta figura. La doctrina coincide en que la fiducia en garantía encuentra sus antecedentes remotos en la *fiduciae cum creditore* romana, la cual fue un negocio a título o con causa onerosa y representó la forma de garantía consistente en que el deudor, requerido por su acreedor para prestarle una seguridad real, transfería la propiedad de un bien al patrimonio del acreedor con cargo de que le fuera retransmitido una vez satisfecha la obligación.

Para realizar a una definición del fideicomiso en garantía más próxima, se debe partir de un concepto sencillo que brinda Rodríguez (2005):

Puede decirse que mediante la fiducia en garantía una persona, normalmente el deudor, transfiere uno o más bienes al fiduciario con el propósito de que los administre y que proceda a venderlos para el pago de las obligaciones que con ellos se garanticen, de no ser estas satisfechas en su oportunidad (p. 464).

Esta sencilla definición, encierra una particularidad que es recogida también en la legislación ecuatoriana, que es la ausencia de un tercer acreedor determinado. Esto refleja de una manera clara la esencia de la naturaleza jurídica del fideicomiso en garantía, tema objeto del presente estudio.

## CAPÍTULO II. DESARROLLO

### 2.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### 2.1.1. Antecedentes

Conforme a varios textos revisados, el fideicomiso es una figura financiera que tiene su origen en el derecho romano, la misma fue evolucionando con el tiempo y perfeccionándose en Alemania, Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica, pudiendo mencionarse como a estas dos últimas naciones como los padres del fideicomiso moderno (Márquez, 2012).

#### **Origen Romano**

Los negocios de confianza pueden encontrar sus antecedentes remotos en dos figuras romanas que son el *fideicommissum* y el *pactum fiduciae*. Mientras el primero de ellos tenía como dato característico la transmisión de la propiedad por causa de muerte, el segundo se verificaba por acto entre vivos. El *fideicommissum* era un acto que consistía en la transferencia de un bien mediante testamento de una persona a otra en la cual el constituyente deposita su confianza para que administre ese bien a favor de otra u otras personas que el testador quería favorecer (Sablich, 2010).

Por su parte, el *pactum fiduciae*, tuvo diversas manifestaciones en el derecho romano, siendo las más importantes la *fiduciae cum creditore pignoris iure* y la *fiduciae cum amico*. La primera no era más que una forma de garantía que consistía en que el deudor de una obligación, para darle la debida seguridad a su acreedor, transfiera la propiedad de un bien con cargo de que le fuera retransferida una vez que se haya satisfecho total y oportunamente la obligación debida. (González, 2009).

Mientras que la *fiducia cum amico*, se celebraba en estricto interés del fideicomitente para proporcionarle la debida seguridad y tranquilidad a éste, otorgándole al fiduciario la posibilidad de ejercitar todas aquellas acciones y facultades inherentes a la calidad de dueño. El acto se daba cuando el fideicomitente debía salir a largos viajes y le resultaba inapropiado dejar la propiedad y el cuidado de los bienes en manos de un mero tenedor quien tenía – jurídicamente- facultades limitadas. El único problema que presentaba la figura era el eventual abuso en que pudiese incurrir el fiduciario sin perjuicio de las acciones que por responsabilidad podía incoar el fideicomitente (*actio fiduciae*)

### **Origen Germánico**

En el derecho germánico, hubo ciertas figuras ligadas con la historia del fideicomiso, existiendo tres antecedentes: la prenda inmobiliaria, el *Manus fidelis* y el *Salman* o *Truehand*. La prenda inmobiliaria era un mecanismo en el cual la persona que adeudaba transfería como garantía de cumplimiento un inmueble a su acreedor a través de un papel denominado *Carta Venditionis* y éste último se obligaba con una contracarta a devolver el bien y el documento entregado por el deudor cuando éste cancele la obligación por completo. Este es un acto muy similar al *pactum fiduciae*, con la diferencia de que la garantía se limita a inmuebles y la formalización de la operación a través de una carta (Batiza y Luján, 2009).

El *Manus Fidelis* tuvo trascendencia en el derecho germánico de las sucesiones. Se lo utilizó como medio para contravenir limitaciones o prohibiciones establecidas en la ley para determinar la calidad de los herederos legítimos (Kiper y Lisoprawski, 2004).

El donante transfería la cosa a donarse al fiduciario, llamado *manusfidelis*, mediante una carta *venditionis* a efectos de que transmita a una persona definida por aquel, reservándose –tal donante- el derecho de goce sobre la cosa donada para disfrutarla mientras viva (González, 2009).

El *salman* o *treuhand*, eran las personas que ocupaban el cargo de fiduciarios. La función del *salman* consistía en actuar como intermediario para hacer efectiva la transferencia de dominio de un bien inmueble de su propietario inicial al nuevo dueño.

### **Origen Anglosajón**

Haciendo una referencia al derecho inglés y por tanto a los antecedentes del trust, el *use* devenía de una relación jurídica mediante la cual una persona era revestida en base al *common law* de un poder jurídico – la propiedad legal de la cosa – de cuyo ejercicio resultaba el beneficio económico a favor de un tercero. La principal característica del trust que lo diferencia sobre todo del fideicomiso romano es la existencia de dos propiedades sobre un mismo bien: el *trustee* es el propietario legal y el *cestiu* que trust (beneficiario) es considerado el propietario en equidad (Rodríguez, 2005).

El trust en la actualidad es la figura jurídica más utilizada en los países anglosajones ya que se emplea para formalizar una simple compraventa; por otra parte, es calificado como un negocio fiduciario impuro por estar regulado legislativamente, ya que cuenta con medios jurídicos para forzar al *trustee* a cumplir con sus obligaciones. El *trust* es una relación que recae sobre bienes, en virtud de la cual una persona que los posee (fiduciario) está obligada en equidad a administrarlos en beneficio de un tercero conocido como *cestui que trust*. (Peralvo, 2004).

#### **2.1.2. El fideicomiso mercantil en Estados Unidos de Norteamérica**

Los Estados Unidos de Norteamérica heredaron de la antigua Inglaterra su sistema jurídico y con éste el Trust, pero aunque en principio el Trust Inglés y el Trust Norteamericano guarden estrecha relación y gran semejanza, éste último tuvo un desenvolvimiento y funciones que no se asemejan al trust inglés. En Norteamérica, la existencia del trust estuvo relacionada con el crecimiento

industrial y financiero del país siendo acogido por grandes empresas aseguradoras, instituciones financieras, hasta que su uso se generalizó como instrumento jurídico para las operaciones financieras, principalmente con las de estilo monopolístico. A partir del año 1818, las compañías e instituciones financieras empezaron a integrar un departamento fiduciario como parte de su estructura organizacional lo cual derivó en la creación de fiduciarias; de esta forma se alcanzan proporciones de primera magnitud en la práctica bancaria y financiera, tanto así que ocuparon un lugar importante en la vida jurídica y económica norteamericana. En este país, el trust era utilizado para el manejo de bienes corporativos como: el trust de inversión, el trust de voto, el trust con fines de garantía, entre otros (Guerra, 2002).

### **2.1.3. El fideicomiso mercantil en Latinoamérica**

El fideicomiso se ha manifestado en las diversas legislaciones de los países latinoamericanos con una serie de rasgos esenciales en común, que denotan una directa influencia del trust anglosajón, aunque por la denominación más bien pareciera derivar de la fiducia romana. El trust desembarcó en México junto con la pacífica penetración económica de inversiones de capitales norteamericanos, fundamentalmente en los rubros ferroviarios y de explotación petrolera. El contacto entre hombres de negocios y profesionales del Derecho de Estados Unidos y de México, hizo interesar a éstos últimos en los aspectos técnicos del trust hasta entonces pacíficamente ignorado fuera de las fronteras de los países anglosajones (Giacomello & General, 2003).

Los latinoamericanos al ver que el fideicomiso es una figura que permite dar soluciones integrales de carácter no sólo legal sino también de orden administrativo y financiero, decidieron unir esfuerzos con el fin de crear un tipo de asociación. Tal como Alegrett (2013) afirmó; un grupo de fiduciarios mexicanos y venezolanos se propusieron en 1989, el promover una asociación a fin de contribuir con el desarrollo, difusión y formación de la materia del fideicomiso en Latinoamérica, dando paso al Comité Latinoamericano de

Fideicomiso (COLAFI), cuya primera reunión tuvo lugar en Caracas, el 15 de noviembre de 1990 con la participación de representantes de países como Colombia, Venezuela, Cuba, El Salvador y México.

#### **2.1.4. El fideicomiso mercantil en el Ecuador**

Se lo introdujo por primera vez en el Ecuador a través de las reformas realizadas en el Código de Comercio y en la creación de la Ley de Mercado de Valores del año de 1993; pero ninguna de las normas legales mencionadas estableció que los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio especial e independiente. Posteriormente en el mismo año, el Reglamento General a la Ley de Mercado de valores corrigió dicho error, estableciendo que el patrimonio constitutivo del fideicomiso es uno separado e independiente de aquel o aquellos del constituyente, fiduciario o beneficiario. Con la ley de Mercado de Valores del año 1998 el fideicomiso fue eliminado del Código de Comercio y pasó a ser catalogado como un contrato y ya no como un acto. Además se le da al patrimonio autónomo personalidad jurídica. Desde aquella época el contrato de fideicomiso ha sido regulado por la Ley de Mercado de Valores, por la Codificación de Resoluciones emitidas por el Consejo Nacional de Valores del Ecuador y actualmente también por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Siendo éste, una figura celebrada con fines lícitos.

Queda así evidenciado que a lo largo de la historia son variados los ordenamientos jurídicos que han servido de antesala para la creación de la figura que hoy se conoce como fideicomiso mercantil, la misma que ha sido utilizada con el objeto de soslayar trabas legales teniendo como pilar fundamental la confianza, pues fiducia en latín significa justamente eso. No fue por azar ni por coincidencia que los romanos denominaron este contrato con la misma palabra que en su idioma significaba confianza, sino que escogieron tal palabra cuidadosamente pues era indudablemente la que mejor expresaba la naturaleza y el carácter íntimo de esta forma jurídica.

En la mayoría de países latinoamericanos, el desarrollo de los negocios fiduciarios, encuentra su sustento en la profesionalización de la actividad, sea a través de bancos e instituciones del sistema financiero o por la existencia de sociedades fiduciarias especializadas. En tal sentido, el principal cliente generador de productos fiduciarios, ha sido el sector privado. Y es así que la frecuencia de ocurrencia de negocios fiduciarios por parte de usuarios del sector privado (sean éstos personas naturales o jurídicas), han ido determinando la existencia de “productos fiduciarios”, siendo los más importantes: fideicomiso de administración, fideicomiso inmobiliario, fideicomiso de titularización, fideicomiso de inversión y por supuesto el fideicomiso de garantía objeto de la presente investigación y cuya naturaleza y principales características se procederá a analizar en los siguientes capítulos.

#### **2.1.5. Participantes del fideicomiso mercantil**

La Comisión de Legislación y Codificación del H. Congreso Nacional (2006), establece que los participantes del fideicomiso mercantil son los siguientes:

##### ***Constituyente o Fideicomitente.***

Pueden intervenir como constituyentes de un fideicomiso las personas naturales o jurídicas, ya sean públicas o privadas. El constituyente es quien transfiere determinados bienes al fideicomiso y encomienda a la fiduciaria para que ésta los administre o disponga de ellos según corresponda en virtud de las instrucciones que constan en el contrato. Los derechos y obligaciones del constituyente son los que se derivan del contrato y así mismo deben estar claramente establecidos, sin perjuicio de ello, la ley de Mercado de Valores concede derechos inherentes a la calidad de constituyente. Podría decirse que el principal derecho que tiene el constituyente, es poder exigirle al fiduciario que rinda cuentas de su gestión.

### ***Fiduciario***

Pueden desempeñarse como fiduciarios mercantiles en el Ecuador: las sociedades anónimas administradoras de fondos y fideicomisos, las mismas que se encuentran sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Con respecto a su objeto, las fiduciarias se encuentran obligadas a administrar diligentemente el fideicomiso y a concebirlo como un patrimonio autónomo, por lo tanto totalmente independiente del suyo, así como de otros patrimonios resultantes de los fideicomisos que administre, debiendo llevar una contabilidad separada por cada patrimonio autónomo.

Por otra parte, ligado al concepto de administración fiduciaria diligente y prudente, el fiduciario puede celebrar los actos y contratos necesarios para la consecución de las finalidades instruidas por el constituyente. En lo que se refiere a las obligaciones ligadas a la relación jurídica, es importante indicar que si bien la fiduciaria cobra honorarios por administración y gestión, por ley se encuentra prohibida de garantizar rendimientos o resultados específicos, sin perjuicio de lo anterior, dicha prohibición no es eximente de responsabilidad en lo que se refiere a la responsabilidad administrativa o civil toda vez que la ley manifiesta que el fiduciario puede responder hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión.

Sin perjuicio de las obligaciones que se deriven del contrato, la fiduciaria se encuentra obligada a cumplir las disposiciones que guardan relación directa con su actividad establecidas en el artículo 103 de la Ley de Mercado de Valores.

### ***Beneficiario o Fideicomisario***

El beneficiario o fideicomisario es la persona en cuyo favor el constituyente realizó el fideicomiso, puede ser el mismo constituyente o la persona o personas que éste designe.

### **2.1.6. Características del fideicomiso mercantil**

Se podría decir que el fideicomiso mercantil posee ciertas particularidades que lo hacen destacar como una figura jurídica interesante. Dentro de sus principales características están:

#### ***Negocio de Confianza***

Desde sus orígenes hasta la actualidad, el fideicomiso resalta por ser un negocio en donde juega un papel importante la confianza. Es justamente por la confianza que nace del constituyente para que un tercero imparcial administre determinados bienes, que el fideicomiso se convierte en la institución tal como la se conoce hoy. El fiduciario en el cual recae tal responsabilidad deberá vigilar por la mejor administración de los bienes que conforman el fideicomiso, cumpliendo las instrucciones fiduciarias que para el efecto hubieren sido dadas por el constituyente. En el ejercicio de sus funciones la fiduciaria deberá actuar como un *buen padre de familia* para alcanzar el objeto del fideicomiso, pero sin garantizar resultados, puesto que tal como podría ocurrir en negocios de otra naturaleza, la fiduciaria no es inmune a factores externos ajenos a su gestión.

#### ***Constituye un Mandato Irrevocable***

Dado que las instrucciones fiduciarias estipuladas en el contrato sirven para dar cumplimiento al objeto del fideicomiso, es que éste último constituye en su esencia un mandato irrevocable, para de esta forma asegurar su cometido, así como también el derecho del beneficiario y que el fiduciario no actúe a su libre discrecionalidad sino en base a las instrucciones. Esto no significa que el contrato del fideicomiso no pueda ser reformado si cuenta con la aprobación tanto del constituyente, como del beneficiario y la fiduciaria si dicha reforma servirá para el mejor desarrollo de su objeto.

#### ***Contrato solemne***

Dado que la ley exige que los fideicomisos se realicen por escritura pública, este requisito convierte al fideicomiso en un contrato solemne, que debe

cumplir el formalismo para ser considerado como un instrumento válido. Adicionalmente, en función de la naturaleza de los bienes que se aporten al fideicomiso también deberá cumplir con otras formalidades para que se perfeccione la transferencia de los mismos, así en el caso de que se traten de bienes inmuebles, la escritura del fideicomiso deberá inscribirse en el registro de la propiedad correspondiente.

### ***Inembargabilidad***

Sin duda esta es la característica a la cual debe el fideicomiso su gran atractivo y podría decirse que su mala fama también. Los bienes que conforman un fideicomiso por mandato imperativo de la ley, no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario, ni de la propia fiduciaria, es por esto que a lo largo de la práctica del fideicomiso se ha desvirtuado esta característica y se ha empleado al fideicomiso como una herramienta para evadir el cumplimiento de obligaciones e irrogar daños a terceros. Dejando a un lado el mal uso que puede darse a la figura, es esta característica la que convierte al fideicomiso en un patrimonio independiente y autónomo, tal como lo ha indicado la propia ley, un ente dotado de personalidad jurídica capaz de contraer derechos y obligaciones.

### ***Herramienta de medio***

El fideicomiso es un instrumento válido para la consecución de determinados fines, sin embargo la fiduciaria por ley se encuentra prohibida de garantizar el resultado o el éxito del negocio fiduciario debido a que su administración se encuentra constantemente expuesta a factores externos, en dicho sentido el fideicomiso es entonces una herramienta de medio y no de resultados.

#### **2.1.7. Tipos de fideicomiso mercantil**

Conforme se encuentra establecido en la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores (2015) entre las modalidades de fideicomisos mercantiles existen los siguientes tipos:

### **Fideicomiso mercantil de Administración**

Contrato en virtud del cual se transfieren determinados bienes a un patrimonio autónomo, para que la fiduciaria en su calidad de representante legal los administre y disponga de ellos conforme a lo instruido por el constituyente para el cumplimiento de su objeto.

### **Fideicomiso Inmobiliario**

Contrato en virtud del cual se transfieren al patrimonio autónomo, uno o varios inmuebles y/o dinero necesario, con la finalidad de que la fiduciaria en su calidad de representante legal del mismo, los administre y realice con ellos las gestiones administrativas y legales necesarias para el desarrollo y ejecución de un proyecto inmobiliario, de acuerdo a las instrucciones fiduciarias establecidas en el contrato constitutivo del fideicomiso en beneficio de un tercero (beneficiario).

### **Fideicomiso mercantil de Inversión**

Contrato en virtud del cual los constituyentes o fideicomitentes adherentes transfieren al patrimonio autónomo dinero para que la fiduciaria en calidad de representante legal del fideicomiso los invierta de acuerdo a las instrucciones establecidas en el contrato (o las determinadas por el organismo creado en el mismo contrato, generalmente un comité de inversiones) para beneficio propio o de terceros.

### **Fideicomiso mercantil de Garantía**

Es un contrato en virtud del cual el constituyente transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes al patrimonio autónomo, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones claramente determinadas en el contrato, en favor de un tercero llamado acreedor y/o beneficiario, quien en caso de incumplimiento puede instruir a la fiduciaria iniciar el proceso de ejecución establecido de forma clara en el contrato para la

realización o venta de los bienes fideicomitados para que con su producto se pague el valor de la obligación.

### **Titularización**

Es 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. Los valores que se emitan como consecuencia de procesos de titularización, constituyen valores según la Ley de Mercado de Valores. (Fiducia S.A., 2017).

## **2.2. Descripción del objeto de la Investigación: El Fideicomiso en Garantía**

Su uso está generalizado en América Latina. Consiste tal como correctamente lo ha definido la Superintendencia Financiera de Colombia (2003), en el negocio en virtud del cual una persona transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil o los entrega en encargo fiduciario irrevocable a una entidad fiduciaria, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo y a favor de terceros, designando como beneficiario al acreedor de éstas, quien puede solicitar a la entidad fiduciaria la realización o venta de los bienes fideicomitados para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato.

La entidad fiduciaria en ningún caso se convierte en deudora o avalista de la obligación garantizada, sólo asegura que, en caso que el deudor no cumpla con la misma, actuará conforme a las disposiciones previstas en el contrato. En la legislación ecuatoriana la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores en su art. 17, Sección IV, Capítulo I, Título V; dentro de las modalidades de fideicomisos define al fideicomiso de garantía.

Como bien se indicó en el primer capítulo, el fideicomiso en garantía usualmente ha sido atacado por algunos autores y abogados como una aplicación

ilegal. El sector de la doctrina y de los usuarios que han sostenido que el fideicomiso de garantía vulnera el derecho a la defensa, han mantenido, entre otros, el argumento de que el contrato de constitución del fideicomiso o de adhesión a este, no refleja la voluntad del deudor, ya sea por desconocimiento de la figura mediante la cual se estaba instrumentando la garantía del crédito otorgado, o porque el deudor se vio obligado a fideicomitir sus bienes por la enorme necesidad del otorgamiento del crédito aceptando cualquier forma de garantizarlo, o por imposición de la institución financiera como requisito para el otorgamiento de un crédito. Estos argumentos se encuentran como denominador común en acciones judiciales contra la ejecución de bienes, en resoluciones de órganos de control, en leyes, proyectos de leyes y en casos citados por la doctrina.

La problemática de los cuestionamientos a la legitimidad del fideicomiso en garantía podría atentar contra la aplicación de esta figura que actualmente se hace de manera generalizada en el país. Inclusive un mal enfoque de la misma o el uso malintencionado de la figura podría derivar en su eliminación.

El fideicomiso en garantía es una de las herramientas más eficaces que puede coadyuvar a solventar los problemas de acceso al crédito, en razón en que se convierte en un aval adecuado que brinda seguridad a las transacciones comerciales y por lo tanto, permite a los emprendedores encontrar fuentes de financiamiento. Lo anterior sin duda representa la creación de un círculo virtuoso. La obtención de créditos puede generar productividad; ésta genera empleo; éste da lugar a la creación de dinero; el dinero genera consumo y finalmente éste a su vez alimenta la productividad.

Dentro de los tipos de caución existentes en nuestro país, la prenda, la fianza y la hipoteca demandan la intervención del aparato judicial para poder realizar la ejecución de la garantía en el evento de que exista incumplimiento por parte del deudor. El fideicomiso en garantía es sin duda, una alternativa adecuada cuya ponderación es igual al de las demás figuras en el ámbito de las instituciones financieras, pero que a diferencia de los tipos anteriormente mencionados, no

requiere de la decisión de un juez para hacerse efectiva. En este contrato – el del fideicomiso en garantía- prima la autonomía de la voluntad, la misma que traducida de forma correcta en el lenguaje legal que utilice el estructurador del negocio fiduciario, representa una gran oportunidad tanto para el acreedor como para el deudor.

### **2.3. Formulación del Problema**

¿El proceso de ejecución pactado en el contrato de fideicomiso en garantía vulnera el derecho a la defensa del deudor?

### **2.4. Variable única**

Proceso de Ejecución pactado en el contrato de Fideicomiso en Garantía.

### **2.5. Indicadores**

- El fideicomiso mercantil.
- Utilidad.
- Ejecución del bien entregado en garantía ante el incumplimiento de la obligación.
- Rol de la fiduciaria en la administración.

### **2.6. Preguntas Complementarias de Investigación**

1. ¿Cuáles son las ventajas de suscribir un fideicomiso en garantía?
2. ¿Cómo opera el proceso de ejecución acordado en un fideicomiso en garantía?
3. ¿Cuál es la utilidad del fideicomiso en garantía en el sistema judicial?
4. ¿Cuál es la responsabilidad del fiduciario en la administración de un fideicomiso en garantía?

## 2.7. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

### Antecedentes de Estudio

El objeto de estudio de la presente investigación se sustenta en la figura fiduciaria, que es sin lugar a dudas uno de los contratos más interesantes dentro del derecho mercantil; gracias a su versatilidad y flexibilidad, el fideicomiso mercantil constituye un mecanismo válido para el desarrollo de diversos negocios. Una de las razones por las cuales se ha tomado la iniciativa en desarrollar el presente trabajo de investigación, ha sido el nivel de desinformación que existe en el país con relación a la figura del fideicomiso mercantil y específicamente del fideicomiso mercantil en garantía. Aún más esta investigación es necesaria para los entes integrantes como el Estado y las empresas gestoras del sistema de fideicomiso del Ecuador, y sobre todo para el sistema financiero en su conjunto, porque sus conclusiones proporcionarán las herramientas para que los distintos actores, particulares, participantes estatales y empresas privadas tomen conciencia de la importancia esencial y única que encierra contar con una figura como la del fideicomiso en garantía como alternativa fiable y viable.

El cuerpo de este trabajo encuentra su justificación en el amplio margen que existe en la administración de los fideicomisos el mismo que viene dado por su ubicación en la esfera de la voluntad privada y su carácter contractual; lo cual determina la legalidad de la disposición de derechos patrimoniales y la capacidad jurídica para obligarse. Por lo cual, acusar al fideicomiso de garantía de vulnerar derechos procesales tales como el de la defensa, constituye un terrible desacierto justamente por la naturaleza jurídica que éste ostenta, tal acusación no busca más que debilitar la figura.

El presente trabajo pretende detallar y si es posible, dar a conocer nuevas metodologías que se deberían aplicar para lograr un desarrollo adecuado, justo y eficaz del proceso de ejecución contemplado en el contrato de fideicomiso en garantía, como una herramienta de rápida implementación. Así pues, el propósito

de este trabajo pretende contribuir al mejor entendimiento del fideicomiso en garantía y por ende a su desarrollo en el país a través de la regulación existente sobre el particular.

## **2.8. Bases Teóricas: Antecedentes Precontractuales del Proceso de Ejecución del Fideicomiso en Garantía**

### **2.8.1. El procedimiento convencional de enajenación de la garantía**

Habiendo realizado un estudio de algunas definiciones del fideicomiso de garantía que brinda la doctrina y las distintas legislaciones latinoamericanas, cabe prestar especial atención a un tema muy particular dentro de la institución: el proceso de ejecución. Se coincide con algunos autores, al respecto de la práctica de los fideicomisos de garantía, que en su origen, el empleo del fideicomiso de garantía no ha sido pacífico, esto se debe a la existencia de criterios divergentes sobre el proceso mediante el cual se ha dado la venta o realización de los bienes fideicomitados en garantía, para pagar con su producto el valor del saldo insoluto de la obligación.

Sin haber encontrado en la doctrina muchos conceptos sobre este proceso, se puede decir que el mismo se refiere al procedimiento convencional de enajenación o al proceso de ejecución de la garantía cuando corresponde a aquel medio que, ante el eventual incumplimiento del deudor, se suele establecer en los contratos de fideicomiso consistente en un sistema en virtud del cual, ante el anuncio de incumplimiento de cualquiera de los acreedores, el fiduciario lo ha de poner en conocimiento tanto del deudor como de los demás beneficiarios advirtiéndoles que de no acreditarse en un plazo corto el pago de la obligación presuntamente incumplida, procederá a ejecutar la garantía en los términos previstos en el mismo contrato, cumplidos los requisitos previstos en este, el fiduciario debe proceder a la venta del bien con el propósito de pagar con su producto las obligaciones garantizadas.

La legislación no realiza provisiones al respecto del proceso mediante el cual se deberían enajenar los bienes por el no pago de la obligación, pero se han podido recoger algunas definiciones al respecto, surgidas de la práctica de las administradoras de fideicomisos y que se consideran acertadas:

Procedimiento convencional de ejecución, es el mecanismo instituido voluntariamente por los constituyentes, bajo su exclusiva cuenta, responsabilidad y riesgo, para proceder a la enajenación de la garantía, de acuerdo a los términos y condiciones que se estipulan en este instrumento. (Fideicomiso Mercantil Irrevocable Treviso, 2008).

### **2.8.2. Naturaleza Contractual del Fideicomiso de Garantía: Concurso de voluntades**

Se debe tener en cuenta que, como sostiene la doctrina, en materia civil rige el principio de autonomía de la voluntad, mientras la convención o el contrato no atente al orden público o resulte inmoral.

De manera breve se puede decir que, como asevera Rodríguez-Rosado (2013) tomando la clasificación realizada por Gayo sobre las fuentes de las obligaciones (*ex delicto* y *ex contractu*), “no cabe duda de que al ser la fiducia una fuente de obligaciones ésta perteneció a la categoría de los contratos, pese a que Gayo no la cite en su clasificación, ésta era un contrato formal, no verbal ni literal” (p. 329). El contrato consiste en *ultra citorque obligari*, esto es obligarse de una y otra parte. Contrato sería aquí el acto que produce obligaciones recíprocas y en el que, por tanto, ambos contratantes podrían ejercitar alguna acción. En el caso de incumplimiento, las acciones reconocidas para tal efecto, eran la *actio fiduciae*, por un lado, y la *actio fiduciae contrario*, por el otro.

La explicación que goza de más aceptación en la actualidad por parte de la doctrina, y en las distintas legislaciones latinoamericanas, en lo que a la naturaleza jurídica del fideicomiso se refiere, es esta, que encuentra sus orígenes en el antiguo derecho romano y relaciona a esta figura con un contrato o un

negocio jurídico plurilateral. Las dos especies que se deben mencionar del acto jurídico bilateral, a manera de referencia, son el contrato y la convención. La primera se entiende como una forma de convención encaminada específicamente a la creación o constitución de obligaciones, mientras que la convención es el acuerdo de voluntades dirigidas a la producción de un efecto cualquiera, es decir, a la creación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones.

La naturaleza jurídica del fideicomiso según este sector de la doctrina es entonces, la transmisión de derechos y de la propiedad con el objeto de cumplir con ellos una determinada finalidad señalada por el constituyente, fideicomisario o fideicomitente. Esta noción, en palabras de Rodríguez Azuero (2005), indicó la siguiente definición de la naturaleza jurídica del fideicomiso:

La naturaleza jurídica de la fiducia mercantil es el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo que los administre o enajene y que, con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero (p. 182).

Existe entonces implícito en este concepto proporcionado por Rodríguez Azuero (2005) un concurso de voluntades de quien entrega los bienes y de quien recibe que se obliga con el anterior y con un tercero que puede o no existir. En lo que a la doctrina se refiere, esta escuela de pensamiento se ha extendido con gran aceptación. Barrera Graf, Batiza y Lizardi Albarrán, son algunos de los autores que comparten esta tendencia señalada en la legislación.

Para Barrera Graf (citado por Domínguez, J., 1995) el hecho de que se permita al fideicomitente afectar bienes en el fideicomiso sin requerirse la presencia o la aceptación de un fiduciario, como sucede en algunas legislaciones, - como la mexicana-, no implica dejar de estar ante un contrato y por ende ante un negocio bilateral. Aun cuando el constituyente afecte a un fideicomiso sin la existencia actual de una fiduciaria, siempre será requisito la comparecencia

posterior del fiduciario, sin la cual resultaría no solo inútil sino prácticamente inexistente la figura del fideicomiso (p. 44).

Batiza (1995) es también uno de los más enérgicos defensores de esta teoría ya que señala que las legislaciones establecen, condiciones resolutorias para que, en caso de incumplimiento, la parte incumplida pueda escoger entre resolver el contrato o exigir el cumplimiento de la obligación, criterio que solo opera en los contratos bilaterales. De igual manera, la *exceptio non adimpleti contractus* confiere derecho a cada contratante a rehusar su propia prestación si el otro la reclama sin haber cumplido la suya. (p. 32). Ambos principios son aplicados con frecuencia en los fideicomisos mercantiles, los que conduce a inferir su esencia contractual.

Así, si la fiduciaria no rindiera las cuentas de su gestión, o si fuera jurídicamente declarada culpable de las pérdidas o del menoscabo que sufrieran los bienes fideicomitidos, el fideicomisario, podría pedir su remoción sin perjuicio de exigir el cumplimiento del fideicomiso. Del mismo modo, el fiduciario puede renunciar a su gestión si el fideicomitente, el constituyente o el beneficiario se negaran a pagar sus honorarios por ejemplo (Batiza Rodolfo, 1995, pp. 171 y 172). Esto da una clara pauta de que la fiduciaria es una parte contractual.

Por último, Lizardi (citado por Domínguez, J., 1995) quien afirma que no puede aducirse que un fideicomiso que se constituya sin nombrar al fiduciario - en un testamento, por ejemplo- puede ser considerado como de naturaleza de un acto unilateral, pues, de no ser posible la posesión de la fiduciaria en el cargo, o si esta después de haber sido designada por juez competente, simplemente no aceptara el cargo, el fideicomiso no podrá continuar su vida jurídica sin una fiduciaria, si no existe la concurrencia de voluntades entre fideicomitente y fiduciario, el fideicomiso se entiende como inexistente (p. 44).

Así pues, dentro del parecer de este último grupo de autores, la doctrina no debe confundir el acto constitutivo del fideicomiso por el cual el

fideicomitente afecta unilateralmente ciertos bienes con un fin determinado, ejerciendo su derecho de disposición de su patrimonio con el acto, que sigue al primero el cual consiste en el contrato en virtud del cual la institución fiduciaria se obliga a realizar el fin para el que están afectados dichos bienes, a cambio de las compensaciones a que por ello tiene derecho conforme a la ley.

Una vez revisada la doctrina que sustenta esta teoría sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso, se procederá a examinar las diversas legislaciones que adoptan esta corriente en sus definiciones. Para empezar el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores define concisamente al fideicomiso mercantil como un contrato a través del cual una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

En el artículo 17 de la sección cuarta, título V, de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, se expone una definición del fideicomiso de garantía sin que en dicha definición de la figura se involucre a un tercer beneficiario en la relación fiduciaria.

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

La definición que brinda la legislación ecuatoriana, es bastante acertada, pues refuerza el elemento de la voluntad del constituyente y, como se expondrá

más adelante, solidifica la naturaleza jurídica a la que responde el fideicomiso de garantía, opinión que según Casas (1997) nos parece más lógico el criterio del legislador ecuatoriano; pues si el contrato puede tener como único beneficiario al mismo constituyente y sigue siendo de *fiducia mercantil*, sin degenerar en mandato u otra figura análoga, el beneficiario, como tercer partícipe, no es esencial (p. 112).

Resulta peculiar en Latinoamérica en donde, las legislaciones empiezan definiendo al fideicomiso como un acto jurídico (Panamá), un negocio jurídico (Honduras, Uruguay) o de manera más amplia aún, una relación jurídica (Perú).

Cabe revisar también con detenimiento la normativa costarricense por haber desarrollado la naturaleza contractual del fideicomiso no solo en su legislación sino también en la jurisprudencia. De acuerdo a lo señalado por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II, en la sentencia 00168, expediente 95-000341-0178-CA del 19 de junio del 2000, en conformidad con los numerales 633 y siguientes del Código de Comercio, se determina con claridad la naturaleza jurídica del fideicomiso como un contrato en el que el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos, con lo que este último queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo. Destaca que, en el pacto constitutivo, es donde se fijan las obligaciones entre fideicomitente y fiduciario. (Anexo 1).

Siguiendo esa línea doctrinaria, en sentencia 09392, expediente 01-007751-0007-CO, del 19 de septiembre del 2001, emitida por la Sala Constitucional, los magistrados costarricenses definen, en términos muy generales al fideicomiso mercantil como el contrato mediante el cual el fideicomitente le transfiere la propiedad de ciertos bienes al fiduciario con el propósito de que los administre de acuerdo con los fines del fideicomiso, para que luego tales bienes sean entregados al fideicomisario o beneficiario, que –según el caso– puede ser, o no, el mismo fideicomitente. La sala aclara que esto implica,

como en todo contrato, la existencia de una serie de obligaciones recíprocas para las partes, que resultan característica esencial de todo contrato.

Del carácter contractual reconocido en la jurisprudencia y en la legislación costarricense, se desprende el principal argumento que se expone en las acciones impuestas que impugnan la legalidad del fideicomiso de garantía. Cabe revisar entonces, la sentencia No 09392, expediente 01-007751-0007-CO del 19 de septiembre del 2001, emitida por la sala Constitucional (Anexo 2). En una acción de inconstitucionalidad promovida por un empresario quien al fideicomitir algunos bienes en garantía y estos ser ejecutados por el Banco Internacional de Costa Rica, fiduciario de estos fideicomisos, alega la violación del derecho al debido proceso contemplado en la constitución costarricense, por haber ejecutado los bienes fideicomitados sin haberle permitido defenderse ni habiendo reconocido el respeto mínimo de los derechos del ejecutado. La mencionada magistratura falla en contra del accionante, señalando que, el fideicomiso de garantía, no viola el derecho de la Constitución. Del carácter contractual del mismo se desprende que la ejecución de los bienes fideicomitados en garantía se realiza en estricto apego a las instrucciones estipuladas por las partes al momento de celebrarse el contrato.

Las cláusulas pactadas por las partes, siempre y cuando estas no violen el orden público y las buenas costumbres, constituyen una obligación para los contratantes pues éstos, al momento de suscribir el contrato se hallaban en igualdad de condiciones para pactar la forma en que se realizará la ejecución de los bienes fideicomitados en garantía en el caso de que el fideicomitente no satisfaga sus obligaciones, lo cual constituye un postulado elemental de las relaciones en el derecho privado. Dado que este contrato se formaliza por acuerdo de voluntades de las partes no roza ni principios ni normas constitucionales.

No se debe olvidar que en materia contractual rige el principio de autonomía de la voluntad de modo que aquello que no esté prohibido se encuentra permitido, con los límites de la buena fe, la equidad, el abuso de derecho, etc. El

bien que se realiza (o incluso con cuyas rentas se abona la deuda) no está en el patrimonio del deudor, El fiduciario no resuelve una controversia; sólo comprueba una situación fáctica y cumple el encargo efectuado en un contrato, por lo que no se puede afirmar que es una "ejecución" en sentido procesal. En este tipo de negocio la única finalidad puede no ser solamente la garantía, porque normalmente ella va acompañada de otras funciones no menos importantes para el fiduciario, como la de administrar, conservar los bienes fideicomitidos, etc. Piénsese que un deudor que irremisiblemente perderá un bien por la ejecución que de él haga su acreedor, es posible que no ponga en el mismo los cuidados y diligencia esperados, redundando ello en una pérdida de su valor de trascendencia tanto para el acreedor como para el propio deudor. En cambio, estando el patrimonio en poder de un fiduciario, a través de los actos de administración se logra la mejor conservación y el beneficio para todos. También puede llegarse paulatinamente al cumplimiento de la obligación. Así puede alquilar la cosa, si es fructífera podrá realizar los frutos, si son créditos percibir las rentas, y aplicar los fondos obtenidos al pago de la deuda, de conformidad a la manda del negocio. (Vicente, 2006).

Resultan indiscutibles las ventajas que esta figura proporciona. Gracias a que los bienes que se encuentran aportados al fideicomiso conforman un patrimonio autónomo e independiente de otros bienes del deudor y de los del propio fiduciario; a diferencia de otras garantías reales como la prenda y la hipoteca, en el fideicomiso de garantía el acreedor garantizado posee un pago preferencial por encima de otros acreedores del deudor, no por tener privilegio sobre la cosa, sino sencillamente porque los bienes que respaldan la obligación no se encuentran en dominio del deudor, sino del fideicomiso que como ya bien se indicó, constituye un patrimonio separado del deudor.

Con relación a la prenda y la hipoteca, la instrumentación del fideicomiso de garantía resulta ser más económica en cuanto al proceso de ejecución de la garantía ya que se encuentra determinada en el contrato y no está expuesta a las posibles contingencias que dentro de los procesos judiciales pueden presentarse.

Como se ha mencionado, en las legislaciones latinoamericanas el soporte más representativo del fideicomiso está constituido por un acto jurídico bilateral o contrato, aunque, como se revisó, en algunas legislaciones también cabe transferir fiduciariamente los bienes mediante acto jurídico unilateral. La posibilidad de la unilateralidad como naturaleza jurídica del contrato, prácticamente no tiene cabida en la legislación del país pues, como se señaló, la ley le da al fideicomiso un carácter expresamente contractual. Además, la legislación ecuatoriana no prevé la existencia de fideicomisos testamentarios ni procedimientos mediante los cuales los jueces designen fiduciaria cuando el testador no lo hiciera.

Independientemente de cuál sea la naturaleza jurídica que las diversas legislaciones le den al fideicomiso, las corrientes doctrinarias revisadas, llegan a un punto en común que es la base principal de estudio en este capítulo: la voluntad del constituyente. De este punto concordante se origina el argumento contra la corriente que opina que el fideicomiso de garantía vulnera el derecho a la defensa del deudor, pues es la voluntad de éste, enfocada de uno u otro modo, la que sustenta la legalidad del fideicomiso en garantía.

Toda vez que la ejecución de los bienes fideicomitados proviene y se hace acorde a las instrucciones dadas por el deudor/fideicomitente expresamente en el contrato. Éste realiza una decisión informada sobre su patrimonio, la cual es vinculante, sin dar cabida al tema de defensa. Ante el argumento de que el problema radicaba en que el bien del deudor se sacaba a remate, como lo haría un juez y sin audiencia del demandado, se respondió que el argumento es un sofisma porque el fiduciario no es, ni puede fungir, como juez para calificar el incumplimiento de una obligación y proceder por ende a ordenar la venta del bien en pública subasta; si así actúa el fiduciario es porque el mismo deudor lo ha instruido irrevocablemente. Con respecto al alegato de pacto comisorio, la doctrina observó que es el deudor quien ha dado instrucciones al fiduciario de entregar el bien al acreedor. (Angueira y Ortiz, 2011).

Esta posición exige un claro facultamiento del fiduciario y mecanismos de difusión de la realización de los bienes. Es así que el contrato debe prever en forma clara y circunstanciada cómo se verifica el incumplimiento del fideicomitente mediante un hecho o manifestación objetivo y externo, suficientemente descrito; y cómo será el procedimiento de realización de la garantía. En lo atinente al precio de venta, podrá por ejemplo delegar la tasación en un perito, para asegurar la imparcialidad. En fin, el acuerdo deberá ser completo y claro con exacta determinación de las circunstancias referidas, con el fin de lograr absoluta transparencia y con ella la preservación de los derechos del acreedor-beneficiario, del deudor-fiduciante y eventual beneficiario residual e incluso de terceros acreedores del deudor que puedan tener legítimas aspiraciones sobre el remanente de la realización. (Vicente, 2006).

Es la voluntad del fideicomitente, en conjunto con la del fiduciario, y la del acreedor, la que decide enajenar sus bienes a título de fideicomiso mercantil, sustentada en la autonomía de la voluntad que rige en materia civil, la cual define esta inexistencia de violación del derecho del constituyente por ser este quien pacta la forma de hacer cumplir las obligaciones adquiridas, obligándose contra sí mismo.

## 2.9. METODOLOGÍA

### **Modalidad:**

La investigación científica se concibe como un conjunto de procesos sistemáticos y empíricos que se aplican al estudio de un fenómeno. Se puede manifestar de tres formas: cuantitativa, cualitativa y mixta (R. Hernández, Fernández y Baptista, 2010).

Esta investigación, por su naturaleza es cualitativa, a través de la aplicación de una categoría mixta, es decir interactiva a través de grupos de

discusión con profesionales en derecho conocedores del ámbito fiduciario y no interactiva, aplicando los diseños de análisis de los datos obtenidos.

Taylor & Bogdan (1990) proponen un enfoque de análisis en progreso en investigación cualitativa basado en tres momentos (Descubrimiento, Codificación y Relativización) los cuales están dirigidos a buscar el desarrollo de una comprensión en profundidad de los escenarios que se estudian. En dicho sentido, a través de la presente investigación se procederá a analizar normativa ecuatoriana y estudios de casos ya resueltos por los órganos de justicia extranjeros, así como de conceptos que servirán de sustento para corroborar los postulados teóricos que fueron expuestos con anterioridad.

#### Investigación Cualitativa:

Categoría interactiva: Grupo de discusión conformado por siete personas profesionales en derecho conocedores del ámbito fiduciario de las siguientes características:

<b>Número de participantes:</b> 7	<b>Edad:</b> Entre 28 a 31 años
<b>Sexo:</b> 4 hombres – 3 mujeres	<b>Ocupación:</b> Abogados
<b>Nacionalidad:</b> ecuatoriana	<b>Años de experiencia en el ámbito fiduciario:</b> 6 años aprox.

Categoría no interactiva, diseño de análisis de normativa ecuatoriana, casos y conceptos.

#### **Población y Muestra**

La población del presente trabajo se encuentra circunscrita a nivel nacional en las ciudades de Quito y Guayaquil y a nivel extranjero con el estudio de jurisprudencia proveniente del Sistema Costarricense de información Jurídica. La unidad de análisis para el presente proyecto de investigación se ha dividido en los siguientes grupos:

- Legislación ecuatoriana
- Jurisprudencia extranjera

La muestra es en esencia un subgrupo de la población (R. Hernández, Fernández y Baptista, 2010).

Partiendo de las poblaciones anteriormente mencionadas, a continuación se señala la información escogida para realizar el muestreo:

**Ecuador:**

- Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores
- Ley de Mercado de Valores
- Código Civil

**Costa Rica:**

- Sistema Costarricense de Información Jurídica

Sentencia 00168, expediente 95-000341-0178-CA, 19 de junio del 2000, Tribunal Contencioso Administrativo.

Sentencia 09392, expediente 01-007751-0007-CO, 19 de Septiembre del 2001, Sala Constitucional.

**Métodos de investigación:**

- Métodos Teóricos:
  - Análisis de las normas vigentes en el ámbito de la actividad fiduciaria y de mercado de valores, relacionados con el fideicomiso de garantía y el proceso de ejecución.
  - Análisis de contenido de los casos procesales de la justicia Costarricense
- Métodos Empíricos:
  - Grupo de discusión conformado por siete personas profesionales en derecho conocedores del ámbito fiduciario

**Procedimiento**

Para el desarrollo del presente trabajo de investigación se identificó primero la figura del fideicomiso mercantil, el conocimiento de su práctica y las consecuencias de su aplicación en el país. Así mismo se identificó al fideicomiso de garantía dentro del marco jurídico actual de la legislación ecuatoriana, y el proceso de ejecución contemplado en los contratos constitutivos del fideicomiso mercantil de garantía. Lo anterior se complementó con la aplicación de doctrina de diversos autores especialistas en el objeto de estudio y se procesó documentos y demás recursos documentales contenidos en medios informativos que daban sustento al trabajo realizado.

- **Sobre las normas vigentes en el ámbito de la actividad fiduciaria y de mercado de valores, relacionados con el fideicomiso de garantía y el proceso de ejecución.-**

1. Se procedió a dar lectura a los artículos que se detallan a continuación:
  - Ley de Mercado de Valores.- Artículos 109,110 y 112
  - Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, Art. 2, Sección I, Capítulo I, Título V; Art. 17, Sección IV, Capítulo I, Título V.
  - Código Civil.- Art. 31
2. Leídos los artículos detallados en el numeral precedente, se procederá a realizar un análisis de los mismos.
3. Realizado el análisis correspondiente se emitirán criterios y sugerencias.

- **Sobre el contenido de los casos procesales de la justicia Costarricense.-**

1. Se procedió a dar lectura a las sentencias que se detallan a continuación:
  - Sentencia 00168, expediente 95-000341-0178-CA, 19 de junio del 2000, Tribunal Contencioso Administrativo.
  - Sentencia 09392, expediente 01-007751-0007-CO, 19 de Septiembre del 2001, Sala Constitucional.
2. Leídas las sentencias detalladas en el numeral precedente, se procederá a realizar un análisis de las mismas.

3. Realizado el análisis correspondiente se emitirán criterios y sugerencias.

• **Grupo de discusión conformado por siete personas profesionales en derecho conocedores del ámbito fiduciario.-**

Mediante reunión realizada con fecha 14 de noviembre de 2016 a las 11h00 am, en la ciudad de Guayaquil, un grupo conformado por siete personas (cuatro hombres y tres mujeres) profesionales en derecho conocedores del ámbito fiduciario debatieron sobre el objeto de estudio. Las personas que participaron en la discusión son abogados entre 28 a 31 años de edad, con amplia experiencia laboral en fiduciarias, asuntos mercantiles y procesos judiciales civiles quienes procedieron a emitir criterios. En la reunión la autora actuó como moderadora y se abordaron los siguientes temas en una hora de duración:

- El fideicomiso mercantil de garantía
- Proceso de Ejecución o enajenación convencional contemplado en los contratos de fideicomisos de garantía
- Rol de la fiduciaria en la realización del proceso de Ejecución.
- Derecho a la defensa por parte del deudor

Los participantes asistieron de manera voluntaria, la asistencia fue motivada por el interés en el tema de discusión objeto de estudio de la presente investigación.

Es importante anotar que a través de los diversos planteamientos expuestos en líneas anteriores se identifican las características del proceso de ejecución contenido en el contrato de fideicomiso de garantía como un acuerdo de voluntades, reafirmando la legalidad del fideicomiso de garantía tal como se indicará en el análisis de los resultados que consta en el siguiente capítulo.

### CAPÍTULO III.

#### CONCLUSIONES

#### 3.1. RESPUESTAS

##### 3.1.1. Base de Datos:

- Artículos relacionados al fideicomiso mercantil y el proceso de ejecución contemplado específicamente con los fideicomisos de garantía.
- Casos procesales de la justicia Costarricense.
- Grupo de Discusión

<b>CASO DEL OBJETO DE ESTUDIO</b>	<b>UNIDAD DE ANÁLISIS</b>
<p>Normativa de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores respecto al fideicomiso mercantil</p>	<p><b>Art 2, Sección I, Capítulo I, Título V</b></p> <p><b>Redacción del contrato.-</b> Los contratos deben redactarse en términos sencillos, de forma tal, que sean de clara comprensión y reflejen con fidelidad y precisión, las condiciones jurídicas y económicas que se deriven del contrato, determinando claramente, el objeto del fideicomiso mercantil o del encargo fiduciario y las instrucciones que harán viable el mismo.</p> <p><b>Art. 17, Sección IV, Capítulo I, Título V</b></p> <p><b>Modalidades de los fideicomisos</b></p>

	<p><b>mercantiles.-</b> La modalidad de los fideicomisos depende del objeto y finalidad instituidos en el contrato, los cuales no necesariamente son únicos, por lo que bien puede o no existir un negocio fiduciario con una modalidad única. Para efectos de clasificación se pueden mencionar los siguientes: 1. De garantía: entiéndase por fideicomiso de garantía, al contrato en virtud del cual el constituyente, que generalmente es el deudor, transfiere la propiedad de uno o varios bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de una o varias obligaciones claramente determinadas en el contrato. La fiduciaria, en ningún caso se convierte en deudora, deudora solidaria o avalista de la obligación u obligaciones garantizadas; solo asegura que en caso de que el deudor no cumpla tales obligaciones, actuará conforme a las disposiciones previstas en el contrato. Para la constitución del fideicomiso en garantía, la fiduciaria debe recibir por escrito la conformidad del acreedor sobre los bienes aportados al fideicomiso y sobre su valoración. En caso de no recibir por escrito esta conformidad, el fiduciario inmediatamente debe liquidar el fideicomiso. En el contrato puede establecerse que la fiduciaria practique o</p>
--	---

	<p>contrate avalúos periódicos de los bienes en garantía, a fin de mantener actualizado su valor comercial. Es obligación de la fiduciaria, cada vez que el constituyente designe nuevos acreedores o incremente las deudas garantizadas, recibir la conformidad por escrito del o los acreedores sobre el valor de los bienes fideicomitidos. El contrato de fideicomiso deberá contemplar claramente la obligación del constituyente o del beneficiario de sufragar los costos de los avalúos.</p>
<p>Normas de la Ley de Mercado de Valores con relación al concepto y características del contrato de fideicomiso mercantil</p>	<p><b>Art. 109.- Del contrato de fideicomiso mercantil.-</b></p> <p>Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero</p>

	<p>llamado beneficiario.</p> <p>El patrimonio autónomo, esto es el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, también se denomina fideicomiso mercantil; así, cada fideicomiso mercantil tendrá una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato a efectos de distinguirlo de otros que mantenga el fiduciario con ocasión de su actividad.</p> <p>Cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal, quien ejercerá tales funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato. El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato.</p> <p><b>Art. 110.- Naturaleza y vigencia del contrato.-</b></p> <p>El contrato de fideicomiso mercantil deberá otorgarse mediante escritura</p>
--	--

	<p>pública.</p> <p>La transferencia de la propiedad a título de fideicomiso se efectuará conforme las disposiciones generales previstas en las leyes, atendiendo la naturaleza de los bienes.</p> <p>El fideicomiso mercantil tendrá un plazo de vigencia o, podrá subsistir hasta el cumplimiento de la finalidad prevista o de una condición. La duración del fideicomiso mercantil no podrá ser superior a ochenta años, salvo los siguientes casos:</p> <p>a. Si la condición resolutoria es la disolución de una persona jurídica; y,</p> <p>b. Si los fideicomisos son constituidos con fines culturales o de investigación, altruistas o filantrópicos, tales como los que tengan por objeto el establecimiento de museos, bibliotecas, institutos de investigación científica o difusión de cultura, o de aliviar la situación de los interdictos, los huérfanos, los ancianos, minusválidos y personas menesterosas, podrán subsistir hasta que sea factible cumplir el propósito para el que se hubieren constituido.</p> <p><b>Art. 112.- De los negocios fiduciarios.-</b></p> <p>Negocios fiduciarios son aquéllos actos de confianza en virtud de los cuales una</p>
--	--

	<p>persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos para que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del constituyente o de un tercero. Si hay transferencia de la propiedad de los bienes el fideicomiso se denominará mercantil, particular que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los que sólo existe la mera entrega de los bienes.</p>
<p>Normativa del Código Civil relacionada al concepto de caución o garantía</p>	<p><b>Art. 31.-</b> Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca.</p>
<p>Sistema Costarricense de Información Jurídica: Sentencia 00168, expediente 95-000341-0178-CA, 19 de junio del 2000, Tribunal Contencioso Administrativo.</p> <p>Sentencia 09392, expediente 01 - 007751-0007- CO, 19 de septiembre del 2001, Sala Constitucional.</p>	<p>Ver Anexos 1 y 2</p>
<p>Grupo de Discusión</p>	<p>Conformado por siete personas profesionales en derecho conocedores del ámbito fiduciario de las siguientes características:</p>

	<p><b>Número de participantes:</b> 7</p> <p><b>Edad:</b> Entre 28 a 31 años</p> <p><b>Sexo:</b> 4 hombres – 3 mujeres</p> <p><b>Ocupación:</b> Abogados</p> <p><b>Nacionalidad:</b> ecuatoriana. <b>Años de experiencia en el ámbito fiduciario:</b> 6 años aprox.</p>
--	--

### 3.1.2. Análisis de los resultados:

**Análisis de las normas vigentes en el ámbito de la actividad fiduciaria y de mercado de valores: Artículos relacionados al fideicomiso mercantil y el proceso de ejecución contemplado específicamente con los fideicomisos de garantía.**

*Ley de Mercado de Valores.- Artículos 109,110 y 112.-*

Definen al fideicomiso mercantil como un contrato en el cual intervienen tres partes: Constituyente, beneficiario y fiduciaria. El constituyente es quien deberá aportar al fideicomiso los bienes que conformarán un patrimonio el mismo que será administrado por la fiduciaria quien tendrá la calidad de representante legal del mismo. Este patrimonio posee la característica de ser autónomo y es en sí el conjunto de derechos y obligaciones que se constituye como efecto jurídico del contrato. Este contrato de fideicomiso mercantil para que sea válido debe cumplir con ciertas formalidades que exige la ley, como por ejemplo que el mismo sea suscrito mediante acto (documento) público y así también, la transferencia de los bienes al patrimonio deberá de realizarse de acuerdo a las solemnidades contempladas en la ley para cada tipo de bienes, así pues; si el constituyente transfiere al fideicomiso un bien inmueble, para que la transferencia de dicho inmueble quede perfeccionada deberá realizarse la inscripción del fideicomiso en el registro de la propiedad correspondiente. Un fideicomiso mercantil por ley no puede durar más de ochenta años, salvo ciertas excepciones

como en el caso de fideicomisos mercantiles constituidos con finalidades de beneficencia. La ley es muy enfática al resaltar que los negocios fiduciarios son actos de confianza, puesto que en éstos, una persona se desprende de determinados bienes que son parte de su patrimonio para que a través de la administración que hace un tercero (fiduciario) tales bienes cumplan finalidades específicas ya sea en beneficio de esa misma persona o de un tercero. Entonces existen dos tipos de negocios fiduciarios: el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario. La diferencia radica en que en el fideicomiso mercantil siempre existe la transferencia de la propiedad de un bien, mientras que en los encargos fiduciarios (asimilados más como un mandato) sólo existe la mera entrega de los bienes.

*Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, Art. 2, Sección I, Capítulo I, Título V; Art. 17, Sección IV, Capítulo I, Título V.*

Nuevamente se hace referencia al contrato de fideicomiso mercantil, precisando que el mismo debe redactarse en términos sencillos, de clara comprensión y que reflejen con exactitud el marco legal y económico del fideicomiso, así como las finalidades y el objeto del mismo. Se define al fideicomiso de garantía tal como lo he hecho a través del presente trabajo como una figura en la que los bienes transferidos al fideicomiso sirven para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de una o varias obligaciones claramente determinadas en el contrato. Exige como requisito que el acreedor manifieste por escrito su conformidad con los bienes que servirán de garantía así como con la valoración de los mismos, siendo facultativo establecer en los contratos que la fiduciaria puede realizar de forma periódica avalúos de los bienes a fin de mantener actualizado su valor comercial.

*Código Civil.- Art. 31*

La caución es la obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. La ley establece que la fianza, la prenda y la hipoteca son especies de caución.

Del contenido de los artículos, así como de la información recopilada, sin haber encontrado en la doctrina muchos conceptos sobre el proceso de ejecución, se puede decir en el presente trabajo que el procedimiento convencional de enajenación o el proceso de ejecución de la garantía es aquel medio que, ante el eventual incumplimiento del deudor, se suele establecer en los contratos de fideicomiso consistente en un sistema en virtud del cual, ante el anuncio de incumplimiento de cualquiera de los acreedores, el fiduciario lo ha de poner en conocimiento tanto del deudor como de los demás beneficiarios advirtiéndole que de no acreditarse en un plazo corto el pago de la obligación presuntamente incumplida, procederá a ejecutar la garantía en los términos previstos en el mismo contrato, cumplidos los requisitos previstos en este, el fiduciario debe proceder a la venta del bien con el propósito de pagar con su producto las obligaciones garantizadas.

La legislación en el país no establece condiciones de ningún tipo para el procedimiento convencional de enajenación, de igual manera que la mayoría de legislaciones latinoamericanas por lo que las mismas son definidas de manera voluntaria por los intervinientes al momento de suscribir el contrato constitutivo del fideicomiso.

### **Análisis de contenido de los casos procesales de la Justicia de Costa Rica: Sistema Costarricense de Información Jurídica**

*Sentencia 00168, expediente 95-000341-0178-CA, 19 de junio del 2000, Tribunal Contencioso Administrativo.*

Acción interpuesta por el Señor Juan Ramón Calero Miranda en contra del Banco Nacional de Costa Rica, a través de la cual solicita se anule el proceso ejecutivo y el remate así como el acta de adjudicación por violentar el ordenamiento jurídico. Declarada sin lugar en primera instancia y que inconforme con lo resuelto el demandante apeló, recurso que fue admitido y en virtud de los cual conoce el Tribunal Contencioso Administrativo.

De acuerdo a lo señalado por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II, en el numeral VII de los considerando de la sentencia 00168, se establece que en conformidad con los numerales 633 y siguientes del Código de Comercio, se determina con claridad la naturaleza jurídica del fideicomiso como un contrato en el que el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos, con lo que este último queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo. Destaca que, en el pacto constitutivo, es donde se fijan las obligaciones entre fideicomitente y fiduciario.

*Sentencia 09392, expediente 01-007751-0007-CO, 19 de Septiembre del 2001, Sala Constitucional*

Acción de inconstitucionalidad promovida por el Señor William Cisneros Carvajal en su calidad de apoderado general de la compañía Inversiones Cisneros Carvajal y Presidente de la empresa Detallista Turrialbeña S.A.; contra el artículo 648 párrafos 2° y 3° del Código de Comercio.

Las empresas Inversiones Cisneros Carvajal y Detallista Turrialbeña dedicadas al intercambio de bienes y servicios con el fin de solventar las necesidades financieras de ambas empresas, gestionaron la obtención de facilidades crediticias, que consistieron en dos préstamos solicitados al Banco Nacional de Costa Rica, por las sumas que constan en la sentencia de la referencia. En razón de ello, las empresas representadas constituyeron fideicomisos de garantía, en virtud de los cuales fueron fideicomitidos varios bienes inmuebles, en que las empresas participaron como fideicomitentes y el ente acreedor como fideicomisario; además, el Banco Internacional de Costa Rica intervino como fiduciario. Tales fideicomisos se constituyeron al amparo de la norma que es objeto de la acción, aduciendo el actor que la misma se equipara a la figura del pacto comisorio que supone la potestad del acreedor de apropiarse sin procedimiento previo de los bienes del deudor en razón de la obligación contraída, además vulnera el derecho a la defensa colocando al deudor en una posición desventajosa respecto del acreedor.

La mencionada magistratura falló en contra del accionante, señalando que, el fideicomiso de garantía, no viola el derecho de la Constitución referido por el actor. Del carácter contractual del mismo se desprende que la ejecución de los bienes fideicomitados en garantía se realiza en estricto apego a las instrucciones estipuladas por las partes al momento de celebrarse el contrato. Las cláusulas pactadas por las partes, siempre y cuando estas no violen el orden público y las buenas costumbres, constituyen una obligación para los contratantes pues estos, al momento de suscribir el contrato se hallaban en igualdad de condiciones para pactar la forma en que se realizará la ejecución de los bienes fideicomitados en garantía en el caso de que el fideicomitente no satisfaga sus obligaciones, lo cual constituye un postulado elemental de las relaciones en el derecho privado. Dado que este contrato se formaliza por acuerdo de voluntades de las partes no roza ni principios ni normas constitucionales.

**Grupo de discusión conformado por siete personas profesionales en derecho conoedores del ámbito fiduciario.-**

Con relación a los siguientes temas debatidos, los participantes del grupo indicaron:

*El fideicomiso mercantil de garantía*

El grupo evidenció amplio conocimiento del tema, aceptando además que el fideicomiso de garantía hoy en día es una figura jurídica amparada por el marco legal ecuatoriano y empleada como una herramienta importante para la instrumentación de créditos, tanto en el sector público como el privado. El grupo manifestó que es un contrato consensual multilateral, por intervenir en el mismo varias partes.

*Proceso de Ejecución o enajenación convencional contemplado en los contratos de fideicomisos de garantía*

El grupo se refirió al proceso de ejecución o de enajenación convencional, como aquel que se encuentra ampliamente detallado en el contrato constitutivo del fideicomiso de garantía, y que consiste en proceder con la venta de los bienes entregados en garantía o la dación en pago de los mismos a favor del acreedor (si así estuviere permitido conforme a lo establecido en el contrato) ante la notificación de incumplimiento por parte del acreedor, siempre que el deudor no hubiere demostrado lo contrario, para con su producto dar cumplimiento a la obligación contraída con el acreedor y en caso de existir algún remanente proceder a la restitución del mismo a favor del deudor constituyente. El grupo manifestó que en la realización del proceso de ejecución deberá respetarse lo expresamente acordado por las partes al momento de constitución del fideicomiso, de manera tal que no existan dudas de su legitimidad.

*Rol de la fiduciaria en la realización del proceso de Ejecución.*

El grupo manifestó que la fiduciaria cumple un papel importante al momento de dar inicio al proceso de ejecución, puesto que su administración debe reflejar imparcialidad y total apego a lo que las partes hubieren acordado en el contrato, de esta forma la fiduciaria deberá cumplir paso a paso lo determinado para el efecto, así pues, no puede obviar notificar al deudor sobre el supuesto incumplimiento de la obligación, ni dejar de realizar el avalúo correspondiente del bien dado en garantía antes de proceder a la enajenación del mismo. La fiduciaria como parte de su gestión, según lo manifestado por el grupo debe precautelar que los contratos de fideicomisos sean redactados en términos de fácil comprensión y actuar con debida diligencia para el cumplimiento del objeto del fideicomiso, o en este caso el proceso de ejecución.

*Derecho a la defensa por parte del deudor*

El grupo expresó que mientras no se evidencien vicios al consentimiento por parte del deudor, el fideicomiso es un acuerdo de voluntades, en dicho sentido el proceso de ejecución no vulnera el derecho a la defensa del deudor, ni pretende que el acreedor se apropie injustificadamente de los bienes que respaldan la obligación contraída por el deudor. En el caso de fideicomisos de garantías que permitan la inclusión de constituyentes adherentes, esto es, deudores que se adhirieron aceptando las cláusulas ya establecidas del fideicomiso, tampoco se encuentra el deudor en estado de indefensión puesto que, si bien se trata de un convenio de adhesión en donde no hay oportunidad a la libre discusión de sus cláusulas, con la clara comprensión y sobretodo aceptación por parte del deudor de manera voluntaria queda evidenciado su consentimiento.

### **3.2. CONCLUSIONES:**

En virtud de la investigación realizada y la demostración de los objetivos planteados , se concluye lo siguiente:

- El Fideicomiso mercantil es una figura válida y eficiente amparada bajo las leyes ecuatorianas, cuya práctica resulta ventajosa para el desarrollo de negocios de diferente índole, gracias a su versatilidad y flexibilidad.
- El fideicomiso mercantil es una herramienta segura y confiable muy utilizada en Latinoamérica para el desarrollo de diferentes proyectos así como respaldo para la instrumentación de operaciones de crédito, siempre que se encuentre constituido de conformidad con la normativa legal vigente.
- El fideicomiso de garantía en específico es un negocio que resulta válido, viable y de utilidad práctica, que expresado de forma clara establece los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, es especial de aquellas que corresponden al fiduciario al momento de dar inicio al procedimiento de enajenación convencional. Esta figura, ofrece a quienes la utilizan, reemplazar a otras instituciones cuya

instrumentación o ejecución son demoradas, tediosas o costosas tales como la prenda y la hipoteca y sus largos procesos de ejecución.

- En nuestro país, la legislación no realiza provisiones al respecto del proceso mediante el cual se deberían enajenar los bienes por el no pago de la obligación, pero se ha padido recoger algunas definiciones al respecto, surgidas de la práctica de las administradoras de fideicomisos y que hemos considerado acertadas. Es importante indicar que con las reformas implementadas en el año dos mil catorce a la Ley de Mercado de Valores, la práctica de la figura jurídica del fideicomiso mercantil de garantía cambió. Actualmente la legislación ecuatoriana por medio de un artículo innumerado siguiente al artículo 120 de Ley de Mercado de Valores establece las operaciones crediticias que pueden constar y ser garantizadas a través de un fideicomiso de garantía, asimismo dicho artículo prohíbe expresamente la constitución de fideicomiso de garantía de vehículos. Sin proceder a analizar las implicaciones y consecuencias prácticas que la reforma referida causó tanto al sector financiero como en el ámbito fiduciario, es importante resaltar que a partir de ésta se establece especial limitación expresa a las instituciones del sistema financiero, impidiéndoles ser beneficiarias en fideicomiso de garantía que respalden operaciones crediticias de consumo o de operaciones de crédito distintas a las detalladas en dicho artículo innumerado y se elimina la constitución de fideicomisos de garantía para el respaldo de financiamientos concedidos para la adquisición de vehículos.
- El proceso de ejecución establecido en un fideicomiso de garantía consiste principalmente en las notificaciones al deudor ante la afirmación de incumplimiento por parte del acreedor y los términos y condiciones de venta de la garantía. Aunque los pasos descritos para iniciar lo que corresponde al proceso convencional de enajenación, no estén sujetos a provisiones legales algunas, en la práctica fiduciaria de nuestro país quedaría demostrado que el fiduciario parece estar bien instruido sobre la poca legislación comparada existente al respecto; es

así como instituye un proceso que en su mayoría toma en cuenta los requerimientos mínimos en beneficio de ambas partes.

- Es la voluntad del fideicomitente, en conjunto con la del fiduciario, y la del acreedor, la que decide enajenar sus bienes a título de fideicomiso mercantil, sustentada en la autonomía de la voluntad que rige en materia civil, la cual define esta inexistencia de violación del derecho del constituyente por ser éste quien pacta la forma de hacer cumplir las obligaciones adquiridas, obligándose contra sí mismo.
- Como se sustentó en el cuerpo de este trabajo, el amplio margen que existe en la administración de los fideicomisos viene dado por su ubicación en la esfera de la voluntad privada y su carácter contractual; lo cual determina la legalidad de la disposición de derechos patrimoniales y la capacidad jurídica para obligarse. Por lo cual, acusar al fideicomiso de garantía de vulnerar derechos procesales tales como el de la defensa, constituye un terrible desacierto justamente por la naturaleza jurídica que este ostenta.

### **3.3. RECOMENDACIONES:**

De acuerdo al análisis realizado y según las conclusiones obtenidas se recomienda lo siguiente:

- Se debería realizar mayor difusión por parte de los entes de control de las bondades que ofrece esta institución jurídica, esta figura a través de sus diversas modalidades puede ser una herramienta que coadyuve al desarrollo del mercado y ser una fuente generadora de recursos y empleos.
- Las cláusulas del proceso de ejecución de fideicomisos en garantía celebrados en las compañías fiduciarias, deberán cumplir con los criterios de claridad y viabilidad, así como también con las expectativas de objetividad y transparencia en la condición de ejecución planteada para su efectiva aplicación.

- El fiduciario debe establecer criterios acertados, elaborar los contratos, establecer parámetros razonables y objetivos para ejecutar la garantía, demostrar imparcialidad que se traduce claramente en buena fe contractual, y determinar aquellas necesidades imperiosas que deben ser puestas en práctica con el fin de asegurar la existencia de la permanencia de la fiducia en garantía en el mercado.
- El Fiduciario debe redactar cláusulas inequívocas, cuyo riesgo de cuestionamiento sea mínimo, de lo contrario no solo representa un riesgo sobre posibles acciones en las que se cuestione la legalidad de la fiducia y la función de su fiduciario, sino que de esta práctica puede resultar un estancamiento en el desarrollo y difusión de la figura.
- Se debe fomentar la interacción, tanto en participantes del sector privado, así como los del sector público (entes de control Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Junta de Política, regulación Monetaria y Financiera), para el mejor desarrollo de la figura, al margen de influencias políticas que puedan perjudicar el manejo adecuado del fideicomiso mercantil.

## BIBLIOGRAFÍA

### Fuentes Bibliográficas:

1. **BATIZA, R.** (1995). *El fideicomiso: Teoría y práctica*. México DF: Editorial Jus.
2. **BATIZA, R. y LUJÁN, M.** (2009). *El fideicomiso: Teoría y práctica*. México: Editorial Porrúa: Universidad Panamericana.
3. **CASAS SANZ DE SANTAMARÍA, E.** (1997). *La Fiducia*. Santa Fe de Bogotá: Temis.
4. **DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.** (1995). *El fideicomiso*. México: Editorial Porrúa S.A.
5. **FIDEICOMISO MERCANTIL IRREVOCABLE TREVISO** (14 de Febrero de 2008), constituido mediante escritura pública otorgada ante el Notario Décimo Sexto del cantón Quito, Dr. Gonzalo Román Chacón.
6. **GIACOMELLO, N., & GENERAL, I.** (2003). *Fideicomiso de Garantía. Una buena opción para garantizar obligaciones*. Rosario – Argentina: Universidad Abierta Interamericana.
7. **GUERRA, G.** (2002). *El fideicomiso como medio auxiliar de administración, Fuente de Repago y Garantía de Obligaciones Crediticias*. México: Universidad Autónoma de Nuevo León.
8. **GONZALEZ TORRE, R.** (2009). *Manual de Fideicomiso en Ecuador y América Latina*. Guayaquil: Edino.
9. **HERNÁNDEZ, R., FERNÁNDEZ, C. y BAPTISTA, P.** (2010). *Metodología de la investigación* (5a ed). México, D.F: McGraw-Hill.
10. **KIPER, C. y LISOPRAWSKI, S.** (2004). *Tratado de Fideicomiso*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
11. **MALUMIÁN, N. y otros** (2006). *Fideicomisos y Securitización, Análisis Legal fiscal y contable*. Buenos Aires: La Ley.

12. **MÁRQUEZ, J.** (2012). ¿Para qué sirve el fideicomiso? *Anuario de Derecho Civil*, 5.
13. **MAURY DE GONZALEZ, B.** y otros (2000). *Tratado teórico práctico de fideicomiso*. Buenos Aires: Ad.-Hoc.
14. **PERALVO, J.** (2004). *Análisis Jurídico Comparativo del Fideicomiso en Latinoamérica*. Quito – Ecuador: XIV Colafi.
15. **PÉREZ HUALDE, F.** (2000). *El Fideicomiso de garantía y las posiciones del negocio fiduciario en la Ley 24.441 en Maury De González, Beatriz – Directora-, Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*. Buenos Aires: Ad – Hoc.
16. **RODRIGUEZ AZUERO, S.** (2005). *Negocios Fiduciarios, su significación en América Latina*. Colombia: Legis S.A.
17. **RODRÍGUEZ ROSADO, B.** (2013). *Resolución y sinalagma contractual*. Málaga:, Marcial Pons.
18. **TAYLOR, J., & BOGDAN, T. Y.** (1990). *Introducción a los métodos de investigación cualitativa*. Buenos Aires - Argentina: Editorial Paidós.

**Fuentes Electrónicas:**

19. **ALEGRETT, L.** (2013, Noviembre 20). El COLAFI, dinámico órgano de consulta, difusión y formación fiduciaria en Latinoamérica. Su importancia y sus logros. Recuperado de <http://mundofiduciario.com/sites/default/files/adjuntos/05Mundo%20Fiduciario%20-%20Noviembre%202013.pdf>
20. **ANGUEIRA, Hiram M. y ORTIZ MORALES, R.** (2011). *El Fideicomiso de Garantía: Propuesta para una nueva herramienta para asegurar el cumplimiento de obligaciones en Puerto Rico e impulsar el tráfico jurídico mercantil*. Puerto Rico.

Recuperado de <http://uprblj.org/issues/volume%202%20issue%202/articles/2-UPRBLJ-187.pdf>

- 21. Consejo Nacional de Valores** (2015). Codificación de Resoluciones Expedidas del Consejo Nacional de Valores.

Recuperado de [http://www.bolsadequito.info/uploads/normativa/normativa-del-mercado-de-valores/codificacion-de-resoluciones-del-consejo-nacional-de-valores/150807174159-0292c001831ea65f70dacb871f46d1a3\\_codificacion3.pdf](http://www.bolsadequito.info/uploads/normativa/normativa-del-mercado-de-valores/codificacion-de-resoluciones-del-consejo-nacional-de-valores/150807174159-0292c001831ea65f70dacb871f46d1a3_codificacion3.pdf)

- 22. FIDUCIA S.A.** (2017). Resumen Reglamento sobre Procesos de Titularización, La Titularización.

Recuperado de <http://www.fiducia.com.ec/pdfs/titularizacion.pdf>

- 23. SABLICH, C.** (2010). *El Contrato de Fideicomiso: Regulación y Perspectivas de Desarrollo en el Perú*. Universidad Nacional San Luis Gonzaga de ICA, Perú. Recuperado de <http://www.eumed.net/libros-gratis/2010e/836/FIDEICOMISO%20EN%20ROMA.htm>

- 24. Sentencia No. 00168** (2000, Junio 19). Proceso ordinario No. 95-000341-0178-CA. Tribunal Contencioso Administrativo. Gobierno de la República de Costa Rica, Poder Judicial: Sistema Costarricense de Información Jurídica

Recuperado de [http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ\\_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur\\_Documento.aspx?param1=Ficha\\_Sentencia&param2=1&tem1=fideicomiso&nValor1=1&nValor2=147358&param7=0&strTipM=T&lResultado=3&strLib=LIB](http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&param2=1&tem1=fideicomiso&nValor1=1&nValor2=147358&param7=0&strTipM=T&lResultado=3&strLib=LIB)

- 25. Sentencia No. 09392** (2001, Septiembre 19). Acción de Inconstitucionalidad No. 01-007751-0007-CO. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Gobierno de la República de Costa Rica, Poder Judicial: Sistema Costarricense de Información Jurídica.

Recuperado de [http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ\\_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur\\_Documento.aspx?param1](http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1)

=Ficha\_Sentencia&param2=2&tem1=fideicomiso&nValor1=1&nValor2=184257&param7=0&strTipM=T&lResultado=11&strLib=LIB

**26. Superintendencia Financiera de Colombia (2003)**

Recuperado de

<https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=18883&dPrint=1>

**27. VICENTE, A. A., MARIS, S., & FIDUCIARIO, G. A. (2006) *Algunas consideraciones sobre el fideicomiso de garantía. Dossier: Fideicomiso.* Argentina**

Recuperado de [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dasc060101-vice-algunas consideraciones sobre fideicomiso.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dasc060101-vice-<u>algunas consideraciones sobre fideicomiso.htm</u>)

**Fuentes Jurídicas:**

- 28.** Asamblea Nacional (RO. No. 249 del 20 de mayo del 2014). *Ley de Mercado de Valores.* Quito – Ecuador.
- 29.** Comisión de Legislación y Codificación del H. Congreso Nacional. (2006). *Ley de Mercado de Valores: Reglamento y Legislación Conexa.* Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- 30.** Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional (RO. Suplemento 46 de 24-jun.-2005). *Código Civil.* Quito – Ecuador: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.

## **ANEXOS**

## **ANEXO 1**

## **ANEXO 2**



## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Andrea Cecilia Rada Yela, con C.C: # 0924767593 autor(a) del trabajo de titulación: **“NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO EN GARANTÍA: INAPLICABILIDAD DEL ARGUMENTO DE LA VULNERACIÓN AL DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN”**, previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO BANCARIO Y LEGISLACIÓN BURSÁTIL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 29 de enero de 2018

f. \_\_\_\_\_

Nombre: Andrea Cecilia Rada Yela

C.C: 0924767593



## REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

### FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

<b>TÍTULO Y SUBTÍTULO:</b>	"NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO EN GARANTÍA: INAPLICABILIDAD DEL ARGUMENTO DE LA VULNERACIÓN AL DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN"		
<b>AUTOR(ES):</b>	Rada Yela Andrea Cecilia		
<b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES):</b>	Dr. Nicolás Rivera		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>UNIDAD/FACULTAD:</b>	Sistema de Posgrado		
<b>MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:</b>	Maestría en Derecho Bancario y Legislación Bursátil		
<b>GRADO OBTENIDO:</b>	Magíster en Derecho Bancario y Legislación Bursátil		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>	29 de Enero de 2018	<b>No. DE PÁGINAS:</b>	60
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	FIDEICOMISO- DERECHO A LA DEFENSA		
<b>PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:</b>	FIDEICOMISO – FIDEICOMISO DE GARANTÍA – PROCESO DE EJECUCIÓN – DERECHO A LA DEFENSA – VOLUNTAD DEL FIDEICOMITENTE		
<b>RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):</b>	<p>El fideicomiso en garantía usualmente ha sido atacado por algunos autores y abogados como una aplicación ilegal o abusiva, por cuanto estaría encuadrada en el supuesto del "pacto comisorio"; entendiéndose por éste a aquella facultad que tiene el acreedor para practicar el comiso o apropiación directa, e inmediata, de la cosa que se halla especialmente vinculada en garantía del cumplimiento de la obligación incumplida; así también podía decirse que su mala reputación se debe a la existencia de criterios divergentes sobre el proceso mediante el cual se ha dado la venta o realización de los bienes fideicomitidos en garantía, para pagar con su producto el valor del saldo insoluto de la obligación.</p> <p>Se analiza entonces, esta institución desde la óptica más elemental que supone su naturaleza jurídica y el proceso de enajenación convencional por incumplimiento del deudor (constituyente) estipulado en su contrato constitutivo, para de este modo determinar que la estructura del fideicomiso en garantía no vulnera de ninguna manera el derecho a la defensa y que por lo tanto las excepciones que se plantean en este sentido no son aplicables ya que, como se revisará, la naturaleza del mismo se fundamenta en dos corrientes distintas que tienen como punto en común precisamente la voluntad del fideicomitente reflejada en las cláusulas que conforman el contrato constitutivo del fideicomiso de garantía.</p>		
<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
<b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>	<b>Teléfono:</b> +593-42924827/	<b>E-mail:</b> andrea.rada.yela@hotmail.com	



**Presidencia  
de la República  
del Ecuador**



**Plan Nacional  
de Ciencia, Tecnología,  
Innovación y Saberes**



**SENESCYT**  
Secretaría Nacional de Educación Superior,  
Ciencia, Tecnología e Innovación

	0986057268	
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):</b>	<b>Nombre:</b> Dr. Marcelo Andrade Cordero, Mgs.	
	<b>Teléfono:</b> 042530016	
	<b>E-mail:</b> maestriaenderechobancario3@gmail.com	
<b>SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA</b>		
<b>N°. DE REGISTRO (en base a datos):</b>		
<b>N°. DE CLASIFICACIÓN:</b>		
<b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>		