

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Postgrados

**LA CONFISCACIÓN POR PARTE DEL ESTADO ECUATORIANO AL
DAR POR TERMINADO Y DE PLAZO VENCIDO LOS FIDEICOMISOS
EN LOS QUE LA EX AGD FUE CONSTITUYENTE Y/O BENEFICIARIA**

PAULINA TATIANA CHÉRREZ CÓRDOVA

Juan Isaac Lovato, Dr., Director de Trabajo de Titulación

Trabajo de titulación presentado como requisito
para la obtención del título de Magister en Derecho de Empresa

Quito, septiembre de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

COLEGIO DE POSTGRADOS

HOJA DE APROBACIÓN DE TRABAJO DE TITULACION

**LA CONFISCACIÓN POR PARTE DEL ESTADO ECUATORIANO AL DAR POR
TERMINADO Y DE PLAZO VENCIDO LOS FIDEICOMISOS EN LOS QUE LA EX
AGD FUE CONSTITUYENTE Y/O BENEFICIARIA**

Paulina Tatiana Chérrez Córdova

Juan Isaac Lovato, Dr.,
Director del Trabajo de Titulación

Vladimir Villalba Paredes, Dr., LL.M.
Director del Programa

Farith Simon, Dr.,
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Hugo Burgos, Ph.D.,
Decano del Colegio de
Postgrados

Quito, septiembre de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: "LA CONFISCACIÓN POR PARTE DEL ESTADO ECUATORIANO AL DAR POR TERMINADO Y DE PLAZO VENCIDO LOS FIDEICOMISOS EN LOS QUE LA EX AGD FUE CONSTITUYENTE Y/O BENEFICIARIO"

ALUMNA: PAULINA TATIANA CHERREZ CORDOVA

EVALUACIÓN:

a) *Importancia del problema presentado, con máximo de diez puntos.*

No es novedad en nuestro país la existencia de fideicomisos en los que participa el Estado y son creados por ley o alguna norma secundaria. Más aún como consecuencia de la crisis bancaria se constituyeron varios de estos fideicomisos siendo digno de análisis jurídico los mismos debido a sus características especiales con el fin de concluir sobre su sustento constitucional, legal y su adecuada estructura jurídica o no.

9

b) *Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador, con un máximo de diez puntos.*

La hipótesis planteada es muy importante puesto que como consecuencia de su análisis la alumna manifiesta claramente que al dar por terminados y declarados de plazo vencido estos fideicomisos se realizó un acto confiscatorio por parte del Estado ecuatoriano lo que constituye según su criterio un acto jurídico ilegal e inconstitucional que se ha perpetrado en nuestro país y que afecta a la figura del fideicomiso.

9

c) *Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados, con un máximo de veinte puntos.*

Se utilizaron documentos y materiales relacionados con los fideicomisos ex AGD, los activos que los constituyan, sus constituyentes y beneficiarios. Además consta un proyecto de minuta para liquidar estos contratos lo que demuestra investigación por parte de la alumna.

16

d) *Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada), con un máximo de cuarenta puntos.*

La alumna ha desarrollado conceptos relacionados a la figura de la confiscación con el fin de encontrar similitudes y diferencias con los contratos de fideicomisos celebrados y también analiza los efectos de la terminación por ley de estos contratos. Ante todo defiende la

necesidad de firmar escrituras de terminación de los fideicomisos para darle validez y un final legal adecuado a los mismos.

36

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación, con un máximo de veinte puntos.

A lo largo del desarrollo de la investigación encomendé varios cambios y tareas adicionales en el trabajo realizado para que sean incluidas por la alumna lo cual se cumplió a cabalidad.

20

TOTAL:

90

FIRMA DIRECTOR:

JUAN ISAAC LOVATO SALTOS

Quito, 7 de agosto de 2015

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Paulina Tatiana Chérrez Córdova

C. I.: 1714193974

Fecha: Quito, Septiembre de 2015

DEDICATORIA

A Juan Martin, quien me acompañó todo el tiempo invertido en este nuevo logro, quien me enseñó el valor de la vida, el significado del verdadero amor, quien me inspira a ser mejor cada día y quien enciende mis días de alegría, por ti, cualquier esfuerzo vale la pena y ningún sacrificio es suficiente.

AGRADECIMIENTOS

A Dios por darme la capacidad, inteligencia, sabiduría y fuerza necesaria para culminar un logro más en mi vida.

A mis padres por el apoyo y ayuda brindada día a día para poder continuar y terminar este nuevo reto; por haber sembrado las virtudes que se necesitan para vivir con anhelo y felicidad; por enseñarme a no darme por vencida pese a las sorpresas que nos da la vida, por ser mi ejemplo de perseverancia y lucha continua para cada día ser mejor.

A mi hermana, mi amiga, pese a la distancia, nunca faltó ese gran apoyo emocional durante el desarrollo de esta tesis.

A mi hijo por ser mi vida y el motor de mi camino, por darme ese impulso diario de terminar lo que uno empieza.

A Juan Isaac por nuevamente confiar en mi y brindarme todo su valioso tiempo, por compartirme sus diversos conocimientos; por enseñarme que se puede dar un poco más cada día, y, como no mencionar toda la paciencia.

RESUMEN

En 1999 Ecuador pasó por una crisis financiera, en la cual varias instituciones financieras cerraron o entraron a un rescate financiero, por parte de las instituciones financieras públicas, para lo cual el Estado ecuatoriano debió garantizar los derechos de los perjudicados por la banca cerrada; esto, creando leyes que a la vez, crearon instituciones encargadas de la administración de los bienes que formaban parte del patrimonio de las instituciones financieras y de los accionistas de las mismas. Para dicha administración los bienes tuvieron que ser incautados para que sean parte del Estado y éste a su vez, pueda darlos en venta a terceros interesados y con el resultado de dichas ventas devolver el dinero que la banca cerrada se llevó.

En la práctica el Estado se hizo cargo de todos los bienes, tanto muebles como inmuebles; de los cuales unos siguen formando parte el Estado y otros si fueron vendidos a terceras personas.

La administración de dichos bienes en un comienzo estuvo a cargo de la AGD (Agencia de Garantía de Depósitos), posteriormente por el Ministerio de Finanzas, luego por la UGEDEP (Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público) y finalmente por el Banco Central del Ecuador; para la administración directa se crea el Fideicomiso AGD CFN No más Impunidad y otros fideicomisos pasan a ser medios de administración o garantía de bienes donde la AGD era constituyente y/o Beneficiaria.

En el 2010 el Estado decide dar de plazo vencido a todos los fideicomisos donde la ex AGD era Constituyente o Beneficiaria. Mediante Decreto Ejecutivo 705 se suprime la UGEDEP y se transfieren sus competencias, derechos, obligaciones y patrimonio al Banco Central del Ecuador (BCE).

ABSTRACT

In 1999, Ecuador went through a financial crisis, in which many financial institutions were closed or entered in a bailout by public financial institutions. The Ecuadorian state had to guarantee the rights of the people that were harmed by the closed banks; this process was by introducing new laws that simultaneously created institutions responsible for the administration of property, and forming part of the assets of financial institutions and shareholders thereof. Hence, the administration of the goods had to be seized to be part of the state and can be given for sale to third parties, and as a result of those sales get the money back from the banks that were closed.

In practice, the State took care of all the properties, goods; from which some are still part of the state and others if they were sold to third parties.

The administration of that property was initially in charge of the AGD (Agencia de Garantía de Depósito), and subsequently by the “Ministerio de Finanzas”, then the UGEDEP (Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público) and finally by the “Banco Central del Ecuador”. The “Fideicomiso AGD – CFN No Más Impunidad” was created for direct administration and other trusts became means of administration or warranty of the goods where the AGD was constituent and / or Beneficiary.

In 2010, the State decided to the past due to all the trusts where the former AGD was constituent or Beneficiary. By Executive Decree 705, the UGEDEP was eliminated and the powers, rights, obligations and assets of the Central Bank of Ecuador (BCE) were transferred.

TABLA DE CONTENIDO

Resumen	9
Abstract	10
tabla de contenido	11
INTRODUCCION	12
CAPÍTULO I - LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS	13
SESIÓN I.1 - EL ENCARGO FIDUCIARIO	13
SESIÓN I.2 - EL FIDEICOMISO MERCANTIL	14
SUBSESIÓN I.2.1 - DEFINICIONES	14
SUBSESIÓN I.2.2 - EL FIDEICOMISO Y SU HISTORIA	17
SUBSESIÓN I.2.3 - ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO MERCANTIL	24
SUBSESIÓN I.2.4	36
I.2.4.1 TRANSFERENCIA DE DOMINIO A TÍTULO DE FIDEICOMISO MERCANTIL	36
I.2.4.2. ASPECTOS TRIBUTARIOS DEL FIDEICOMISO	41
SUBSESIÓN I.2.5 - PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FIDEICOMISO MERCANTIL	44
INEMBARGABILIDAD DEL FIDEICOMISO MERCANTIL	46
SESIÓN I.2.6 - TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL FIDEICOMISO MERCANTIL	47
CAPÍTULO II - LA PROPIEDAD EN EL ESTADO ECUATORIANO DENTRO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	48
SESIÓN II.1 - LOS DERECHOS FIDUCIARIOS COMO CONSECUENCIA DE LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD AL PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FIDEICOMISO	56
CAPÍTULO III - LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE AL POSIBLE ACTO CONFISCATORIO AL EJERCER LA FACULTAD DE LEGISLAR.	63
SESIÓN III.1 - ANÁLISIS DEL CASO PRÁCTICO DEL FIDEICOMISO “LA GERMANIA”.	63
SESIÓN III.2 - LA CONFISCACIÓN Y LA EXPROPIACIÓN EN EL ESTADO ECUATORIANO	71
SESIÓN III.3 - LA CONFISCACIÓN DE DERECHOS FIDUCIARIOS EN LOS FIDEICOMISOS DONDE LA EX AGD FUE CONSTITUYENTE Y/O BENEFICIARIO	75
CONCLUSIONES	81
RECOMENDACIONES	84
REFERENCIAS	85
ANEXOS	87
ANEXO 1 – Resolución No. 020-2014-V LA JUNTA DE POLÍTICA Y REGULACIÓN MONETARIA Y FINANCIERA	87
ANEXO 2.- MINUTA DE TERMINACIÓN DE UN CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL	91
ANEXO 3 – MINUTA DE LIQUIDACIÓN Y RESTITUCIO FIDUCIARIA	94
ANEXO 4 – INFORME JURÍDICO FIDEICOMISO LA GERMANIA	100

INTRODUCCION

La décima disposición transitoria del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas menciona: "DÉCIMA: ... En todos los fideicomisos en los que la ex – AGD fue constituyente y/o beneficiario, los plazos o condiciones con valor de plazo que constan en los contratos de fideicomiso que estableció o mantuvo la ex AGD y que fueron traspasados al Ministerio de Finanzas se declaran vencidos, y el Ministerio de Finanzas procederá a entregar los activos, bienes y derechos constantes en dichos contratos a la unidad de gestión y ejecución del Fideicomiso AGD-CFN NO MAS IMPUNIDAD...".

Pese a la existencia de esta norma existe la Ley de Mercado de Valores que establece un procedimiento para la liquidación y terminación de los Fideicomisos; a más de eso dicha transitoria no previó los derechos de los constituyentes, beneficiarios que no son la ex AGD sin otorgarles las indemnizaciones correspondientes.

Problema.

¿La décima disposición transitoria del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas tiene algún efecto confiscatorio frente a los derechos de terceros vinculados con los fideicomisos en los que la ex – AGD fue constituyente y/o beneficiario?

Hipótesis.

Yo sostengo que el Estado Ecuatoriano con la décima disposición transitoria del Código de Planificación y Finanzas Públicas realizó un acto confiscatorio al dar por terminado los Fideicomisos en los que la ex – AGD fue constituyente y/o beneficiario.

A continuación el Capítulo I, el cual nos permite entender el tema fiduciario en el Ecuador, sus elementos, su constitución, y principalmente las formas de terminación y liquidación de un fideicomiso.

CAPÍTULO I - LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

Los negocios Fiduciarios son aquellos actos de confianza mediante los cuales una persona entrega a otra, los bienes, transfiriendo o no la propiedad de los mismos con el objetivo de cumplir las finalidades específicas, ya sea en beneficio del que entrega los bienes o de un tercero.¹

Conforme lo establecido en el Art. 112 de la Ley de Mercado de Valores, son contratos basados en la confianza, mediante los cuales se entregan o no bienes. Cuando se entrega la propiedad de los bienes, hablamos de fideicomiso que está dotado de personalidad jurídica y si no se entrega la propiedad sino únicamente se emiten instrucciones para que sean cumplidas con dichos bienes se denominan encargos fiduciarios.

SESIÓN I.1 - EL ENCARGO FIDUCIARIO

Nuestra legislación define al encargo fiduciario como:

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

En este contrato se presentan los elementos subjetivos del contrato de fideicomiso mercantil, pero a diferencia de éste no existe transferencia de bienes de parte del constituyente que conserva la propiedad de los mismos y únicamente los destina al cumplimiento de finalidades instituidas de manera irrevocable. Consecuentemente, en los encargos fiduciarios, no se configura persona jurídica alguna.

Cuando por un encargo fiduciario se hayan entregado bienes al fiduciario, éste se obliga a mantenerlos separados de sus bienes propios así como de los fideicomisos mercantiles o de los encargos fiduciarios que mantenga por su actividad, aplicando los

¹ Ecuador, Código Orgánico Monetario Y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, Quito, Ecuador, 12 de septiembre de 2014. Art. 112.- “Art. 112.- De los negocios fiduciarios.- Negocios fiduciarios son aquéllos actos de confianza en virtud de los cuales una 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”.

criterios relativos a la tenencia y administración diligente de bienes de terceros.

Son aplicables a los encargos fiduciarios el artículo 1464 del Código Civil y los artículos 2035, 2045, 2046, 2047, 2048, 2050, 2052, 2054, 2064, 2066, 2067, numerales 1, 2, 5, 6 y 7, 2072, 2073, 2074 del Título XXVII del Código Civil referentes al mandato y las normas de la Comisión Mercantil previstas en el Código de Comercio y, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en la presente Ley.

Quedan prohibidos los encargos fiduciarios y fideicomisos mercantiles secretos, esto es aquellos que no tengan prueba escrita y expresa respecto de la finalidad pretendida por el constituyente en virtud del contrato, sin perjuicio de la obligación de reserva del fiduciario en atención a características puntuales de determinadas finalidades así como a los negocios finales de estos contratos”.²

De la definición de encargo fiduciario, establecida en la Ley de Mercado de Valores, puedo destacar lo siguiente: i) no existe transferencia de bienes de parte del constituyente, que éste conserva la propiedad de los mismos; ii) es irrevocable; iii) no se configura persona jurídica.

El artículo 1464 del Código Civil, establece: “Art. 1464.- Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, surte respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”.³

Para el encargo fiduciario conforme se menciona en párrafos anteriores, se tomará en cuenta la normativa establecida en el Código Civil, principalmente lo relativo al mandato.

SESIÓN I.2 - EL FIDEICOMISO MERCANTIL

El Fideicomiso Mercantil cuenta con diversas definiciones y criterios tanto internacionales como nacionales, los mismos que serán revisados en esta sesión así como un poco de historia del Fideicomiso.

SUBSESIÓN I.2.1 - DEFINICIONES

² Ecuador, Código Orgánico Monetario Y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, Quito, Ecuador, 12 de septiembre de 2014., Art. 114.

³ Ecuador, Código Civil Ecuatoriano, Quito, Ecuador, última reforma 19 de junio de 2015, Título IV, Art. 1464.

SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO define al fideicomiso como:

“El negocio jurídico en virtud del cual se transfieren una o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero.”⁴

Carregal también lo define como:

“El contrato de fideicomiso o simplemente fideicomiso es aquel por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a un título de confianza para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido.”⁵

Mario Bauché García Diego, en su libro “La Fiducia”, en su artículo “El Fideicomiso”, define al Fideicomiso Mercantil como:

“Un negocio jurídico.....mediante él, una persona física o moral destina sus bienes o derechos a la realización de una finalidad, lícita y determinada, encargando a una institución fiduciaria el llevar a cabo esa finalidad, en beneficio propio o de otra persona.”⁶

En esta definición no se especifica si existe o no transferencia de dominio, más se inclina al cumplimiento de la finalidad dada a la institución fiduciaria; en cambio Joaquín Rodríguez define al Fideicomiso de la siguiente manera:

“un negocio fiduciario en cuanto se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la

⁴ Mendoza, Elker. “Fideicomiso Mercantil. Concepto y Breves Antecedentes Históricos”. [en línea]. <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2011/30/30_235_a_270_fideicomiso.pdf>

⁵ Mendoza, Elker. “Fideicomiso Mercantil. Concepto y Breves Antecedentes Históricos”. [en línea]. <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2011/30/30_235_a_270_fideicomiso.pdf>

⁶ García Diego, Mario Bauché, en su artículo El Fideicomiso, La Fiducia, compilado por la Superintendencia de Compañías de Ecuador, Quito – Ecuador, 1996, página 23.

limitación, de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan.”⁷

En esta definición se menciona claramente una transferencia de dominio a favor del fiduciario, una de las características principales del Fideicomiso Mercantil.

Ernesto Rengifo García en su obra *La Fiducia Mercantil y Pública en Colombia* define a la fiducia como:

“Un negocio jurídico autónomo que se caracteriza por la transferencia efectiva del derecho de propiedad de manos del constituyente al fiduciario, excediendo por regla general este medio técnico a la finalidad práctica buscada por las partes, pero compensado el exceso por un elemento obligatorio de origen contractual que busca mitigar los efectos de la transferencia, limitando las facultades del fiduciario para que las encauce en beneficio del constituyente o de un tercero”.

Esta definición también nos menciona una transferencia de dominio pero podemos apreciar que dicha transferencia podría estar limitada a la finalidad y a las instrucciones impartidas al Fiduciario, ya que es en beneficio del constituyente y/o beneficiario.

En nuestra legislación ecuatoriana, el Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores en su artículo 109, define al fideicomiso como:

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

El 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

⁷ García Diego, Mario Bauché, en su artículo *El Fideicomiso*, *La Fiducia*, compilado por la Superintendencia de Compañías de Ecuador, Quito – Ecuador, 1996, página 23.

una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato a efectos de distinguirlo de otros que mantenga el fiduciario con ocasión de su actividad.

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

El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato.”⁸

Esta definición es un poco más amplia ya que no solo se limita a la transferencia de dominio, sino ya contamos con más elementos que caracterizan al fideicomiso, tales como la temporalidad, la irrevocabilidad; brindando una personalidad jurídica a la Fiduciaria y dándole la calidad de representante legal del Fideicomiso; así como, también la constitución de un patrimonio autónomo separado e independiente del Constituyente / Beneficiario y Administradora de Fondos y Fideicomisos.

De todas las definiciones se puede concluir que el Fideicomiso Mercantil es el contrato mediante el cual el constituyente transfiere el dominio de sus bienes a un patrimonio autónomo administrado por la Fiduciaria, conforme con las instrucciones impartidas para dicha administración buscando un beneficio propio del constituyente o para un tercero denominado Beneficiario.

SUBSESIÓN I.2.2 - EL FIDEICOMISO Y SU HISTORIA

“La palabra fideicomiso proviene del latín *fides=fe* o confianza y *commissus=* comisión o encargo. Entonces fideicomiso significa comisión o encargo de fe o de confianza”.⁹

Los principios del fideicomiso en Latinoamérica empiezan en México, aproximadamente en el año de 1884 cuando aparece el “trust deed”¹⁰. Posteriormente en 1987, aparecen los

⁸ Ecuador, Código Orgánico Monetario Y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, Quito, Ecuador, 12 de septiembre de 2014., Art. 109.

⁹ Etimología de Fideicomiso. [en línea]. <<http://etimologias.dechile.net/?fideicomiso>>

¹⁰ Investopedia. Trust Deed. [en línea] <<http://www.investopedia.com/terms/t/trustdeed.asp>> Definition of 'Trust Deed': 1. A formal document which outlines the terms of a trust agreement. 2. A common way to structure real estate purchases, where the title to a property is held in trust until the loan for the property is paid. Investopedia

bonos de empresas ferroviarias con los cuales se emplea el trust para la consolidación y fusión de los ferrocarriles en México, a través de la colocación de bonos por parte del gobierno mexicano en el extranjero. Posteriormente en 1924 el fideicomiso fue incluido en la legislación mexicana.

Aproximadamente por 1920 Ricardo Alfaro¹¹, presenta un proyecto del fideicomiso hispanoamericano ante la necesidad de introducir dicha figura en las legislaciones latinoamericanas, pero dicha propuesta fue sancionada en varios países.¹²

En Las legislaciones latinoamericanas de origen romanista, no cabían los conceptos que se planteaban del trust, por lo que en un principio el fideicomiso se introdujo con dos objetivos: i) facilitar los actos de última voluntad para quienes no tenían la calidad de ciudadanos romanos y ii) para que las personas incapacitadas por ley puedan recibir sus herencias.

Los tratadistas señalan que como antecedente del fideicomiso, se desarrollan dos figuras: i) el fideicomissum, basado en la honradez y buena fe del que actuaba de fiduciario, realizado a través de un testamento y ii) el pactum fiduciae, que consistía en el acuerdo entre vivos con la obligación para el adquirente de retransmitir los bienes en determinadas circunstancias.¹³

En la figura del fideicomissum, se denominó fideicommissum mortis causa, en la cual el fideicomiso era el autor de la herencia, el fiduciario el heredero y el fideicomisario un tercero. En esta figura, el hombre de confianza se convertía jurídicamente en el propietario de los bienes heredados, quedando moralmente obligado a cumplir con el encargo del testador.

explains 'Trust Deed': 1. A trust deed is often used when mutual funds are set up as a trust. Information that may be documented includes the powers of the trustee and any restrictions on investment vehicles. 2. Used to add security to a property purchase, the trustee does not get involved in the agreement unless there is a default on the loan, at which time the trustee would sell the property.

¹¹ Ficha de autoridad, Ricardo Joaquín Alfaro Jované (Panamá, Colombia, 20 de agosto de 1882 - Panamá, Panamá, 23 de febrero de 1971) fue un estadista, escritor y diplomático panameño. Asumió el cargo en funciones de Presidente de Panamá el 16 de enero de 1931, después del golpe de estado de Acción Comunal y desempeñó dicho cargo hasta el 5 de junio de 1932. [en línea] <http://es.wikipedia.org/wiki/Ricardo_J._Alfaro>

¹² Muñoz, Luis. "Derecho Bancario Mexicano", Cárdenas Editor y Distribuidor, 1era edición, México.

¹³ Mendoza, Elker. "Fideicomiso Mercantil. Concepto y Breves Antecedentes Históricos". [en línea]: <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2011/30/30_235_a_270_fideicomiso.pdf>

En consecuencia, en la figura romana, si podemos hablar meramente de un negocio fiduciario, mediante el cual, el encargo se basaba únicamente en la confianza.

En la figura de *pactum fiduciae*, el cual es un elemento de la *fiduciae*, que consistía en el deber de cumplir con lo ofrecido, implica un pacto entre vivos con la obligación para el adquirente de retransmitir los bienes en determinadas circunstancias. Esta figura se deriva en i) *fiducia cum creditore*, que representó la forma de garantía en la que el deudor al otorgar una garantía real, transfería la propiedad del bien con la condición de que sea devuelto una vez cumplida la obligación, caso contrario se quedaba en manos del acreedor o era vendido para que con dicho valor sea cubierta la deuda. El problema principal era que los bienes se encontraban a nombre del acreedor y en el caso que el valor era superior a la deuda no existía devolución; y ii) *fiduciae cum amico*, se celebraba en interés del constituyente y no del fiduciario, era utilizada en el caso que el propietario de los bienes debía protegerlos de los enemigos, caso en el cual vendía los bienes a una persona de su confianza o incluso a una de mayor poder, para así evitar que dichos bienes sean atacados. El fiduciario podía disponer de los bienes, administrarlos, celebrar contratos, defenderlos contra ataques de terceros y adquiriría la obligación moral de devolverlos al fiduciante cuando sean requeridos.¹⁴

En ninguna de estas dos figuras el constituyente contaba con una acción real para perseguir los bienes, en el caso que exista abuso en su encargo y se dispusiese a su favor.

En Inglaterra esta figura del fideicomiso nace con el USE, figura que consistía en que:

“Una persona propietaria de tierras transfería a otra el dominio de ellas, con el entendimiento, entre las partes, que aun cuando el cesionario fuera el legítimo dueño del inmueble, una tercera persona sería quien tendría derecho a disfrutar de todos los beneficios derivados de la tierra. El cesionario tenía un encargo, que se basaba en la buena fe, cuyas normas aplicables eran las normas morales, que consistía en poseer el inmueble para beneficio exclusivo de otra persona”. Esta figura se la utilizó en la edad media como vía de eludir las confiscaciones en los tiempos de la guerra y las prohibiciones a las congregaciones religiosas de tener bienes inmuebles. El USE fue el antecedente del TRUST muy parecidas a las disposiciones fiduciarias romanas. El TRUST es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes por la cual la persona que los posee (*trustee*) está obligada

¹⁴ Mendoza, Elker. “Fideicomiso Mercantil. Concepto y Breves Antecedentes Históricos”. [en línea]: <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2011/30/30_235_a_270_fideicomiso.pdf>

a manejarlos en beneficio de un tercero (beneficiario).”¹⁵

La ley de Mercado de Valores del año 1993 introdujo reformas al Código de Comercio en el cual se agregó la figura del FIDEICOMISO MERCANTIL. Posteriormente la Ley de Mercado de Valores de 1998 eliminó de dicho cuerpo legal la figura, materia que es regulada desde esa época por la Ley de Mercado de Valores y la Codificación de Resoluciones emitida por el Consejo Nacional de Valores, en esta reforma se estableció que el FIDEICOMISO tenía una naturaleza distinta del FIDEICOMISO CIVIL.¹⁶ El año anterior, en el Registro Oficial 249 de 20 de mayo de 2014 se publicó la Ley Orgánica para el Fortalecimiento del Sector Societario y Bursátil, mediante la cual se reformó la Ley de Mercado de Valores en diversos aspectos relevantes como los del mercado bursátil, extrabursátil y privado; se crea la Junta de Regulación del Mercado de Valores; y respecto al ámbito fiduciario se indica que el contrato de fideicomiso mercantil deberá otorgarse mediante escritura pública, que la restitución es la transferencia de dominio que haga el fiduciario a favor del mismo constituyente; que las entidades del sector público únicamente pueden adherirse a contratos cuyos constituyentes sean también entidades del sector público; que no pueden constituir fideicomisos en garantía sobre vehículos, entre otras normas. Posteriormente a estas reformas, el 12 de septiembre de 2014, en el Suplemento del Registro Oficial No. 332 se expide el Código Orgánico Monetario y Financiero, dentro del cual se incorpora la Ley de Mercado de Valores en el Libro II; reformando los siguientes artículos e incorporando las siguientes disposiciones generales y transitorias, respectivamente, referentes al tema tratado:

REFORMA A LA LMV: “Art. 115.- Constituyentes o fideicomitentes.- Pueden actuar como constituyentes de fideicomisos mercantiles las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, quienes transferirán el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil.

Las instituciones del sector público que actúen en tal calidad, se sujetarán al reglamento especial que para el efecto expedirá el Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

¹⁵ HERNADEZ, Maestroni Alejandro; Gianni Gutiérrez Prieto Fernando Foti Faroppa, *Fideicomiso Aspectos legales, tributario y contable*, Editorial Jurídica Amalio M Fernandez. Pag. 16-17.

¹⁶ Mendoza, Elker. “Fideicomiso Mercantil. Concepto y Breves Antecedentes Históricos”. [en línea]: <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2011/30/30_235_a_270_fideicomiso.pdf>

El fiduciario en cumplimiento de encargos fiduciarios o de contratos de fideicomiso mercantil, puede además transferir bienes, sea para constituir nuevos fideicomisos mercantiles para incrementar el patrimonio de otros ya existentes, administrados por él mismo o por otro fiduciario.

Para la transferencia de bienes de personas jurídicas se observarán lo que dispongan los estatutos de las mismas y las disposiciones previstas en la Ley de Compañías.

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

Las entidades del sector público únicamente pueden adherirse a contratos de fideicomisos mercantiles cuyos constituyentes sean también entidades del sector público.

Para el cumplimiento de su finalidad, el patrimonio autónomo podrá obtener financiamiento de instituciones del sistema financiero, mediante la emisión de valores establecidos en esta ley, y a través de otros mecanismos que regule la Junta.”

“Art. 131.- Renuncia del fiduciario.- El fiduciario solo podrá renunciar a su gestión, siempre que no cause perjuicio al constituyente, al beneficiario o a terceros vinculados con el fideicomiso mercantil y, por los motivos expresamente indicados en el contrato de fideicomiso mercantil o encargo fiduciario. A falta de estipulación son causas de renuncia las siguientes:

a) Que el beneficiario no pueda o se niegue a recibir los beneficios de conformidad con el contrato, salvo que hubiere recibido instrucciones del constituyente de efectuar pago por consignación siempre a costa del constituyente; y,

b) La falta de pago de la remuneración pactada por la gestión del fiduciario.

A menos que hubiere acuerdo entre las partes, el fiduciario para renunciar requerirá autorización previa del Superintendente de Compañías, Valores y Seguros quien en atención a las disposiciones del contrato podrá resolver la entrega física de los bienes del patrimonio autónomo al constituyente o a quien tenga derecho a ellos o al fiduciario sustituto previsto en el contrato, al que designe el beneficiario o al que el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros designe, según el caso”

“VIGESIMA QUINTA: La Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público del Fideicomiso AGD-CFN No Más Impunidad poseerá jurisdicción coactiva para la recuperación y cobro de las obligaciones a su favor. El representante legal de la entidad o su delegado será el juez de coactiva, y ejercerá la jurisdicción coactiva con sujeción a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Los administradores, los accionistas y los representantes legales de las instituciones financieras, que hubieren declarado patrimonios técnicos irreales,

alterado las cifras de sus balances o cobrado tasas de interés sobre interés, garantizarán con su patrimonio personal los depósitos de la institución financiera, y la Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público del Fideicomiso AGD-CFN No Más Impunidad podrá incautar aquellos bienes que son de público conocimiento de propiedad de estos administradores, accionistas y representantes legales.

La incautación podrá ser impugnada en base a la reglamentación que para el efecto se haya emitido o emita la Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público del Fideicomiso AGD-CFN No Más Impunidad, después de lo cual, si la resolución de incautación no hubiese sido revocada o extinguida por la entidad, la propiedad de los bienes incautados será transferida de pleno derecho al Estado ecuatoriano, a través de la referida entidad. En este caso, los Registradores de la Propiedad, los Registradores Mercantiles, y cualquier otro órgano o funcionario que mantenga a su cargo el registro de transferencia de bienes, deberán registrar la transferencia de dominio de los bienes que solicite la Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público del Fideicomiso AGD-CFN No Más Impunidad, estando exenta del pago de impuestos, tasas, contribuciones, multas y expensas.

El valor para los registros de los bienes incautados, será el catastral en el caso de inmuebles, el valor establecido en la matrícula en los casos de los vehículos registrados, o aquel que determine un perito contratado para el efecto en los demás casos, exceptuando a las compañías. El valor de estos bienes será determinado acorde a la fecha de incautación.

El valor de las compañías incautadas será aquel del patrimonio declarado al Servicio de Rentas Internas respecto del ejercicio económico inmediato anterior a la fecha de incautación. De no haberse efectuado esta declaración, el valor de la compañía será el valor nominal de sus acciones o participaciones.

En los casos de acciones o participaciones incautadas, que no correspondan a la totalidad del capital de la compañía, su valor será aquel correspondiente al porcentaje incautado en base al referido patrimonio declarado.”

“Trigésima novena: La venta de las acciones o de los activos de las compañías adquiridas por la Agencia de Garantía de Depósitos o la Unidad de Gestión y Ejecución del Fideicomiso AGD-CFN No Más Impunidad por disposición del artículo 29 de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Area Tributario-Financiera, instrumentadas con operaciones de crédito o de financiamiento realizadas por la Corporación Financiera Nacional y pagadas, total o parcialmente, con Certificados de Pasivos Garantizados (CPG) a favor de trabajadores o empleados de dichas compañías, serán reliquidadas de acuerdo a los siguientes criterios:

a. El precio de los bienes negociados se reliquidará: (i) a su valor en libros a la fecha de la venta; (ii) al menor valor al que se vendieron públicamente bienes semejantes de la misma empresa, o (iii) al valor en libros actual, el menor de los tres.

Estos criterios serán aplicados en futuras ventas que realice el Fideicomiso Mercantil AGD-CFN No Más Impunidad a los trabajadores o

empleados de las compañías determinadas en el primer inciso.

b. Las operaciones de crédito o de financiamiento se reliquidarán de la siguiente forma: (i) El Fideicomiso Mercantil AGD-CFN No Más Impunidad deberá pagar a la Corporación Financiera Nacional la diferencia del capital existente entre el crédito concedido y el crédito que corresponda según la valoración determinada en el literal precedente; (ii) las condiciones financieras de las operaciones reliquidadas serán de al menos un plazo de quince (15) años y a una tasa no mayor al cinco por ciento (5%), el Fideicomiso Mercantil AGD-CFN No Más Impunidad deberá pagar a la Corporación Financiera Nacional la diferencia por reliquidación de estos intereses; y, (iii) los intereses pagados en exceso por efecto de la reliquidación indicada, se abonarán al capital.

c. En aquellos casos en que el Fideicomiso Mercantil AGD-CFN No Más Impunidad no posea los recursos suficientes para hacer los pagos previsto en el inciso anterior, la diferencia, total o parcial, será asumida por la Unidad de Gestión y Ejecución del Fideicomiso AGD-CFN No Más Impunidad, para lo cual el Ministerio de Finanzas asignará los recursos que correspondan.”

Como mencionamos en las reformas de mayo de 2014, se crea la Junta de Regulación del Mercado de Valores, “como un organismo de derecho público perteneciente a la Función Ejecutiva para establecer la política pública del mercado de valores y dictar las normas para el funcionamiento y control del mercado de valores en concordancia con lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador y con los principios y finalidades establecidos en esta Ley. La Junta de Regulación del Mercado de Valores estará integrada por tres miembros, quienes serán: 1. El ministro encargado de la Política Económica, quien lo presidirá, o su delegado; 2. El ministro encargado de la Política de la Producción, o su delegado; y, 3. Un delegado del Presidente de la República. Los delegados de los miembros de la Junta, y el delegado del Presidente de la República, deberán contar con suficiente experiencia y conocimiento del mercado de valores. El Superintendente de Compañías y Valores, el Superintendente de Bancos y Seguros, y el Superintendente del Sistema Financiero Popular y Solidario serán parte de la Junta de Regulación del Mercado de Valores, con voz informativa pero sin voto.”¹⁷

Con la creación del Código Orgánico Monetario y Financiero, la Junta de Regulación de Mercado de Valores desaparece para conformar la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, quien reemplazará a la Junta Bancaria, Junta de Regulación del Mercado de

¹⁷ Ecuador, Código Orgánico Monetario Y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, Quito, Ecuador, 12 de septiembre de 2014, Art. 5.

Valores, Junta de Regulación de la Economía Popular y al Directorio del Banco Central (BCE); cuyo Presidente es el Ministro Coordinador de la Política Económica.

Hasta la presente fecha se han emitido diversas resoluciones, una de las cuales sobre el tema de fideicomisos resuelve que se puede ceder derechos de constituyente y beneficiario; esta es la Resolución No. 020-2014-V de 4 de diciembre de 2014. Resolución que adjunto en el Anexo 1.

SUBSESIÓN I.2.3 - ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO MERCANTIL

Una vez analizado el concepto y definiciones tanto teóricas como legales del Fideicomiso, podemos destacar los siguientes elementos, diferenciando tres esenciales, los mismos que son: i) Elemento Subjetivo, ii) Elemento Objetivo; y, iii) Elemento Teleológico.¹⁸

i) ELEMENTO SUBJETIVO: El elemento subjetivo es aquel que pese a la redundancia, trata sobre los sujetos que forman parte del Fideicomiso, las personas que intervienen, sean personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas. Podemos mencionar las siguientes:

i.1. CONSTITUYENTE o FIDEICOMITENTE: puede ser cualquier persona natural, jurídica, pública, privada, mixta, nacional o extranjera, entidades con personalidad jurídica, es decir pueden ser otros fideicomisos. La Ley de Mercado de Valores, en su artículo 115 menciona lo siguiente:

“Art. 115.- Constituyentes o fideicomitentes.- Pueden actuar como constituyentes de fideicomisos mercantiles las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, quienes transferirán el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil. Las instituciones del sector público que actúen en tal calidad, se sujetarán al reglamento especial que para el efecto expedirá el C.N.V...”¹⁹

Respecto a que el fideicomiso pueda ser constituyente de otro fideicomiso, el mismo

¹⁸ Clases de Estructura de Negocios, dictada por el Dr. Juan Carlos Peralvo, septiembre 2013.

¹⁹ Ecuador, Código Orgánico Monetario Y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, Quito, Ecuador, 12 de septiembre de 2014., ART. 115

artículo mencionado en el párrafo anterior, en la parte pertinente establece que:

“El fiduciario en cumplimiento de encargos fiduciarios o de contratos de fideicomiso mercantil, puede además transferir bienes, sea para constituir nuevos fideicomisos mercantiles para incrementar el patrimonio de otros ya existentes, administrados por él mismo o por otro fiduciario”²⁰

i.2. CONSTITUYENTE ADHERENTE: El constituyente adherente es:

“Cuando un tercero distinto del constituyente se adhiere y acepta las disposiciones previstas en un contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios se lo denominará constituyente adherente. Cabe la adhesión en los contratos en los que se haya establecido esa posibilidad”.²¹

El contrato de fideicomiso mercantil debe contemplar la opción de la existencia de que terceros se sumen al fideicomiso, a éstos terceros que no fueron parte de la constitución del fideicomiso se les denomina constituyentes adherentes. Este fideicomiso que contempla la opción de adherentes, está mucho más regulado por el ente de control, se necesita inscripción en el Registro de Mercado de Valores, requiere auditoría externa e informes más periódicos.

i.3. ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS o FIDUCIARIA: Es la representante legal del Fideicomiso, es una compañía anónima cuyo objeto social es específicamente la administración de fideicomisos, conforme lo establece el artículo 97 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores.²² No solo existen fiduciarias privadas constituidas como sociedades anónimas, sino también entes públicos, que por mandato legal pueden ser Administradoras de Fondos y Fideicomisos,

²⁰ Ecuador, Código Orgánico Monetario Y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, Quito, Ecuador, 12 de septiembre de 2014., ART. 115, tercer párrafo.

²¹ Ecuador, Código Orgánico Monetario Y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, Quito, Ecuador, 12 de septiembre de 2014., ART. 115, penúltimo párrafo.

²² Ecuador, Código Orgánico Monetario Y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, Quito, Ecuador, 12 de septiembre de 2014., “Art. 97.- *Del objeto y constitución.- Las administradoras de fondos y fideicomisos deben constituirse bajo la especie de compañías o sociedades anónimas. Su objeto social está limitado a: a) Administrar fondos de inversión; b) Administrar negocios fiduciarios, definidos en esta Ley; c) Actuar como emisores de procesos de titularización; y, d) Representar fondos internacionales de inversión. Para ejercer la actividad de administradora de negocios fiduciarios y actuar como emisora en procesos de titularización, deberán sujetarse a las disposiciones relativas a fideicomiso mercantil y titularización que constan en esta Ley.*”

tales como: la Corporación Financiera Nacional (CFN), el Banco Central del Ecuador (BCE), Banco del Estado y el Banco Nacional de Fomento; estas dos últimas no cuentan con la autorización de la Superintendencia de Compañías pese a que encuentran facultados a través de sus estatutos.

Las fiduciarias, cuando estaban reguladas por la Ley de Mercado de Valores, debían contar con un capital mínimo de funcionamiento, el mismo que dependerá de su objeto social; en el caso que sea para la administración de fideicomisos, este capital suscrito y pagado, en numerario será de \$262.892.00 dólares de los Estados Unidos de América; en el caso que la fiduciaria a más de administrar fideicomisos desee participar en procesos de titularización deberá contar con un capital suscrito y pagado adicional de \$131.445.00 dólares de los Estados Unidos de América. Ahora dicho capital será fijado por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera en función del objeto social, actividades autorizadas y las condiciones del mercado, el cual deberá ser suscrito y pagado en numerario en su totalidad.²³

La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera determinará los requisitos técnicos, legales y financieros distintos, para las Administradoras de Fondos y Fideicomisos que se dediquen exclusivamente a la administración de fondos y fideicomisos, y para aquellas que administren adicionalmente fideicomisos de titularización.

Las fiduciarias deberán contar con la infraestructura necesaria para un correcto funcionamiento y la prestación de un buen servicio a sus clientes, esta infraestructura consistente en: i) instalaciones e infraestructura física, ii) instalaciones e infraestructura técnica; y, iii) recursos humanos.²⁴ También deberán contar con las seguridades y medios de respaldo de información y documentación que administran.

Hay que tener en claro que las Fiduciarias no son propietarias de los fideicomisos y menos aún de los bienes que forman el patrimonio autónomo, sino, son representantes

²³ Ecuador, Código Orgánico Monetario Y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, Quito, Ecuador, 12 de septiembre de 2014., Art. 98, primer párrafo.

²⁴ Ecuador, Codificación de Resoluciones emitidas por el CNV, Quito, Ecuador, última reforma 28 de abril de 2015, Art. 5 de la Sección I, Capítulo I, Subtítulo III, Título II - Participantes del Mercado de Valores.

legales de dicho patrimonio autónomo; es por eso, que hasta llevan una contabilidad separada de la de su patrimonio.

La fiduciaria tiene la obligación de medio no de resultado, tiene la prohibición expresa de garantizar resultados respecto a su gestión. La Fiduciaria responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, para lo cual deberá actuar siempre de forma diligente y profesional, cumpliendo su objetivo y finalidad detallados en el contrato. La Fiduciaria de igual manera deberá constatar físicamente la existencia de los bienes a ser transferidos al fideicomiso y su estado mientras se encuentren dentro del patrimonio autónomo; así como también deberá constatar la transferencia de dominio que realiza el constituyente a favor del fideicomiso; tomando en cuenta que sobre ningún bien pese algún gravamen.²⁵

La normativa le faculta a las fiduciarias para que conforme a lo establecido en el contrato y en la propia Ley de Mercado de Valores pueda renunciar a su gestión, entregando físicamente los bienes del patrimonio autónomo a la fiduciaria designada. De igual manera, tiene la administradora de fondos y fideicomisos la facultad de renunciar como Fiduciaria siempre y cuando cuente con la autorización correspondiente de parte de la Superintendencia de Compañías; siempre y cuando exista una fiduciaria sustituta.

Las administradoras de fondos y fideicomisos tienen prohibiciones conforme el artículo 14, Sección III, Capítulo I, Subtítulo III, Título II – Participantes del Mercado de Valores, de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, estas prohibiciones consisten en:

☐

“Aceptar la constitución de un fideicomiso sin contar con una declaración juramentada del constituyente, en el sentido de que los bienes transferidos han sido adquiridos legítimamente; permitir que el fideicomiso mercantil adolezca de causa u objeto ilícito; ni que con su constitución exista intención de irrogar perjuicio a terceros. La administradora de fondos y fideicomisos deberá aplicar políticas internas tendientes a conocer a su cliente, a fin de minimizar las contingencias derivadas de mecanismos de lavado de dinero, narcotráfico y otros hechos delictivos que pudieran efectuarse a través del negocio fiduciario. También deberá verificar que los bienes que han sido transferidos al patrimonio autónomo tengan relación con la finalidad que se pretende alcanzar con el negocio.

²⁵ Ecuador, Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, Quito, Ecuador, última reforma 28 de abril de 2015, Art. 5 de la Sección I, Capítulo I, Título V – Negocios Fiduciarios.

?

Realizar cualquier acto, operación o negocio con cargo al patrimonio autónomo que la coloque en situación de conflicto de interés con respecto al constituyente, al beneficiario o con otros negocios fiduciarios que administre.

Agenciar, referir, publicitar o promocionar a través de los mecanismos de oferta pública, contemplados en la Ley de Mercado de Valores, o de cualquier otro medio de invitación al público en general, la incorporación de constituyentes adherentes a un fideicomiso mercantil.

Adquirir el dominio de los bienes del patrimonio autónomo mientras dure la administración del mismo.

Ser designados beneficiarios principales o sustitutos de los negocios fiduciarios que administren en el contrato de constitución, ni en virtud de una cesión de derechos de beneficiario y, en general, por ningún medio que los ponga en dicha situación. Esta prohibición es aplicable a sus administradores, representantes legales, compañías o corporaciones o sus empresas vinculadas”.²⁶

Es importante tomar en cuenta que ningún fideicomiso puede tener en su objeto lo que por Ley se encuentre prohibido hacer para su Constituyente.²⁷

i.4. BENEFICIARIO: puede ser aquella persona natural, jurídica, nacional, extranjera, pública o privada, una persona que exista o se espera que exista. Puede ser el mismo Constituyente o una tercera persona distinta al Constituyente, designada por ésta. Puede designarse al beneficiario al momento de la constitución del Fideicomiso o posteriormente. El beneficiario participa de los resultados del fideicomiso tanto positivos como negativos, es decir de ganancias o pérdidas. El beneficiario tiene la facultad de aceptar o rechazar dicho patrimonio autónomo pero esto únicamente en el caso que no haya comparecido al momento de la constitución del fideicomiso. En el caso que no exista un beneficiario se le restituye los bienes al propio constituyente, aplicando las reglas de sucesión.

El Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, respecto a los beneficiarios, menciona:

“Art. 116.- Beneficiarios.- Serán beneficiarios de los fideicomisos mercantiles o

²⁶ Ecuador, Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, Quito, Ecuador, última reforma 28 de abril de 2015, Artículo 14 de la Sección III, Capítulo I, Subtítulo III, Título II – Participantes del Mercado de Valores.

²⁷ Clases de Estructura de Negocios, dictada por el Dr. Juan Carlos Peralvo, septiembre 2013.

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

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

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

De la normativa expuesta es importante tomar en cuenta lo siguiente:

☒

El beneficiario es designado por el constituyente sea a la constitución del fideicomiso o posteriormente, mientras el fideicomiso se encuentre vigente.

☒

El beneficiario no es una parte contractual del Fideicomiso, por lo que puede o no comparecer a la suscripción del fideicomiso, esto trae como consecuencia que si no comparece a la suscripción y en un futuro es designado, puede rechazar tal designación.

☒

El beneficiario también puede ser una persona que se espera que exista.

☒

Existe la posibilidad de no designar solo un beneficiario sino varios, esto dependerá de lo que necesite y desee el Constituyente; así como también se podrá designar beneficiarios sustitutos.

☒

En el caso que no existan más beneficiarios, sucesores, sustitutos o a falta de estipulación, el beneficiario será el propio constituyente o sus sucesores, de ser el caso.

El beneficiario del fideicomiso es el único que puede ceder sus derechos, siempre y cuando no esté prohibido por la Ley o el contrato. La cesión de derechos debe realizarse con las mismas solemnidades utilizadas para la constitución del negocio fiduciario. Esta cesión

en ningún momento implica la sustitución en las obligaciones de las partes contratantes. La cesión de derechos surte efecto desde la fecha de notificación a la fiduciaria o aceptación de parte de la misma.²⁸

El beneficiario tiene los siguientes derechos: i) exigir al fiduciario el cumplimiento de lo estipulado en el contrato; ii) exigir la rendición de cuentas conforme la periodicidad establecida en el contrato o en la Ley, iii) ejercer acciones de responsabilidad civil o penal en contra del fiduciario por dolo, culpa grave o culpa leve en el desempeño de su administración; y, iv) las demás que se establezcan en el contrato o en la Ley o en las resoluciones emitidas por el Consejo Nacional de Valores.

i.5. PATRIMONIO AUTÓNOMO – FIDEICOMISO: A partir del segundo párrafo del artículo 109 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores se establece:

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

El código civil ecuatoriano en su artículo 40 divide a las personas en naturales y jurídicas. Nuestro Código Civil al definir a las personas colectivas sigue la teoría de la ficción y establece que la persona colectiva “no existe en la realidad, sino que se trata de una creación jurídica ideada por el legislador para satisfacer las necesidades de los seres humanos en el mundo de los negocios”²⁹. Von Savigny la extrajo de los glosadores y Andrés Bello acogió esta teoría en la definición del Código Chileno que posteriormente copia el

²⁸ Ecuador, Codificación de Resoluciones del CNV. Quito, Ecuador, última reforma 28 de abril de 2015, Art. 9, Sección I, Capítulo I, Título V de los Negocios Fiduciarios.

²⁹ CLARO SOLAR, Luis, “Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado”, Tomo V, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1978, pgs. 396 ss.

legislador ecuatoriano, por lo que el actual Art. 564 del código Civil establece: “Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones, y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter.”

La persona jurídica es un incapaz relativo y como tal, los actos celebrados sin la actuación de su representante legal se encuentran viciados de nulidad relativa.

“Al ser la persona jurídica un incapaz relativo para poder actuar en el mundo jurídico, debe hacerlo por interpuesta persona, es decir, mediante un representante, con esto cuentan con la capacidad jurídica como requisito “sine qua non” para poder relacionarse con otros sujetos de Derecho, en la adquisición de derechos y el cumplimiento correlativo de las obligaciones. Por el solo hecho de existir tienen capacidad de goce pero, en nuestro ordenamiento jurídico, al ser declarados incapaces relativos por el Código Civil (Art. 1491) no tienen capacidad de ejercicio y por lo tanto, no pueden obrar o actuar sino mediante representante legal, ya sea judicial o extrajudicialmente (Art. 564 inciso primero CC).

Cabe señalar que esta es la consecuencia de que nuestro sistema siga la teoría de la ficción para definir a la persona colectiva, pero de ser efectivamente así, el representante no debería pedir autorización ni rendir cuentas al representado de sus actos, como sucede con los demás incapaces relativos, lo cual en el caso de las personas jurídicas deviene en una falsedad, pues el representante en la toma de decisiones debe obrar con autorización de la persona jurídica emitida a través del correspondiente órgano, al cual además deberá rendir cuentas al finalizar su gestión.

Por último, la doctrina sostiene que la capacidad de las personas colectivas debe relacionarse siempre con el principio de especialidad, es decir que ninguna persona jurídica puede realizar actos ajenos al objeto de su institución, entonces por ejemplo, una compañía de seguros no puede dedicarse válidamente a realizar actividades bancarias y si el representante de la persona jurídica al realizar un acto se excede de las facultades que se le confiaron mediante los estatutos dentro de los objetivos de la persona colectiva, se obliga por sí mismo. Así, este principio de especialidad se puede observar en las sociedades mercantiles que deben contener siempre en los estatutos el objeto al cual se van a dedicar y se desprende de la lectura del Art. 571 del código Civil: “Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación. En cuanto excedan de estos límites, sólo obligan personalmente al representante”. El Art. 581 manda que se aplique lo establecido en el Art. 571 para las fundaciones. Cabe señalar que también los estatutos de las corporaciones y fundaciones deben contener en forma precisa el objeto al cual se van a dedicar, de conformidad con lo establecido en el “Reglamento para la aprobación del estatuto de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social” (corporaciones o fundaciones) publicado en el RO # 337 del 11 de junio de 1998,

norma cuya denominación mediante el decreto ejecutivo D.E. 610 (R.O. 171, 17-IX-2007) se sustituyó por la de "Reglamento para la aprobación de estatutos, reformas y codificaciones, liquidación y disolución, y registro de socios y directivas, de las organizaciones previstas en el Código Civil y en las leyes especiales"³⁰.

En la legislación comparada tenemos:

“Argentina

El Código Civil de Argentina reconoce las personas de existencia visible y no visible o personas de existencia ideal. En su artículo 30 establece que son personas "todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones". Se critica a Vélez Sársfield por no haber dado una definición exacta de personas de existencia ideal o personas jurídicas sino por descarte de la persona humana, ya que en su artículo 32 establece que "todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones que no son personas de existencia visible son personas de existencia ideal o personas jurídicas".

Chile

El Código Civil de este país, en su art. 545 define persona jurídica como *una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente*. Las personas jurídicas se dividen en personas con fines de lucro o sociedades, y personas sin fines de lucro, que se dividen en corporaciones y fundaciones.

Las sociedades pueden ser colectivas, de responsabilidad limitada, anónimas o por acciones. También existe la *empresa individual de responsabilidad limitada*, separada de la persona dueña.

El Salvador

En El Salvador el Código Civil reconoce la personalidad jurídica en el artículo 52 que dice: *"Las personas son naturales o jurídicas. Son personas naturales todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Son personas jurídicas las personas ficticias capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y ser representadas judicial o extrajudicialmente"*

Honduras

En la república de Honduras la Constitución de 1982 vigente, reconoce el derecho de libre asociación en los artículos 78, 79 y 80. El concepto de "persona jurídica" nace de lo dispuesto en los artículos 56 al 59 el Código Civil. La regulación y forma de gobierno interno de las *Asociaciones Civiles* se regula por lo establecido para el contrato de sociedad en el mismo Código. El acuerdo de otorgamiento de personalidad jurídica es un acto potestativo del

³⁰ La personalidad jurídica, [en línea]:

<[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:zUWIwsV3tT4\]:www.estade.org/derechopublico/PodEje_cap_iv-viii.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ec](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:zUWIwsV3tT4]:www.estade.org/derechopublico/PodEje_cap_iv-viii.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ec)>

Presidente de la República que la otorga por delegación a través de la Secretaría de Estado en los Despachos de Interior y Población.”³¹

La doctrina establece diferencias entre persona jurídica y personalidad jurídica, “En el ámbito jurídico el término “persona jurídica” hace referencia al sujeto de derecho, pero hay que tener en cuenta que el concepto de persona jurídicamente considerado es una creación del Derecho y alude al “individuo o entidad que ostenta derechos y obligaciones”. Cada ordenamiento jurídico establece quiénes son los destinatarios de las normas y, en consecuencia, quiénes pueden ser titulares de los derechos y deberes que esas normas establecen. Las normas que establecen quiénes pueden actuar jurídicamente pueden ser consideradas como un tipo de normas ónticas, pues aunque no siempre utilicen el verbo “ser” siempre pueden ser reducidas a expresiones de ese tipo... La personalidad es también una creación del Derecho y se manifiesta en la capacidad para ser titular del conjunto de derechos y deberes atribuidos a un mismo ente y determina la capacidad para relacionarse jurídicamente, es decir, dentro de la personalidad jurídica podemos diferenciar entre la “capacidad jurídica” y la “capacidad de obrar”.”³²

En consecuencia, el patrimonio autónomo es ese conjunto de bienes y derechos que se transfieren al Fideicomiso para que sean administrados por la Fiduciaria y se cumpla la finalidad establecida en el contrato.

Una de las principales características de este patrimonio es que es autónomo, es decir, pasa a ser independiente tanto del Constituyente como del Fiduciario y Beneficiario.

Otra característica es la transferencia de dominio la misma que no es onerosa ni gratuita sino a título de fideicomiso mercantil. Transferencia “viene del latín transferens que quiere decir trasladar una cosa desde un sitio a otro, concediendo un dominio o un derecho”³³, es decir, que dicho dominio pasa a ser del Fideicomiso. Con lo que respecta a que no es ni oneroso ni gratuito, se entiende que no genera ningún beneficio económico para ninguna de las partes del Fideicomiso, el Constituyente no genera pérdidas al momento de transferir, ya que contablemente va a registrar en sus activos como derechos fiduciarios; considerándose como un vehículo que se utiliza para cumplir una finalidad; estando exenta del pago de cualquier impuesto, tasa y contribución, conforme lo establece el artículo la Ley de Mercado

³¹ La personalidad jurídica, [en línea]: <http://es.wikipedia.org/wiki/Personalidad_jur%C3%ADdica>

³² Uned. Open Course Ware. Tema 10.- Persona y Personalidad Jurídica. Capacidad Jurídica y Capacidad de Obrar. [en línea] <<http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/teoria-del-derecho/teoria-del-derecho/resumenes-1/tema-10-persona-y-personalidad-juridica-capacidad-juridica-y-capacidad-de-obrar>>

³³ Definición. Definición de transferencia. [en línea] <<http://definicion.de/transferencia/>>

de Valores³⁴, la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno.³⁵

³⁴ Ecuador, Código Orgánico Monetario Y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, Quito, Ecuador, 12 de septiembre de 2014.- **Art. 113.-** De la transferencia a título de fideicomiso mercantil.- La transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita ya que la misma no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario y se da como medio necesario para que éste último pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato. Consecuentemente, la transferencia a título de fideicomiso mercantil está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones ya que no constituye hecho generador para el nacimiento de obligaciones tributarias ni de impuestos indirectos previstos en las leyes que gravan las transferencias gratuitas y onerosas.

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

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

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

Las constancias documentales sobre los derechos personales derivados del contrato de fideicomiso mercantil no constituyen valores.

Nota: Incisos cuarto y quinto agregados por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 249 de 20 de Mayo del 2014(**ver...**).

³⁵ Ecuador, Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, LORTI. Quito. Ecuador, última reforma 5 de enero de 2015., **Art. 9.-** Exenciones.- Para fines de la determinación y liquidación del impuesto a la renta, están exonerados exclusivamente los siguientes ingresos: 15.- Los ingresos que obtengan los fideicomisos mercantiles, siempre que no desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, conforme la definición que al respecto establece el Art. 42.1 de esta Ley. Así mismo, se encontrarán exentos los ingresos obtenidos por los fondos de inversión y fondos complementarios. Para que las sociedades antes mencionadas puedan beneficiarse de esta exoneración, es requisito indispensable que al momento de la distribución de los beneficios, rendimientos, ganancias o utilidades, la fiduciaria o la administradora de fondos, haya efectuado la correspondiente retención en la fuente del impuesto a la renta -en los mismos porcentajes establecidos para el caso de distribución de dividendos y utilidades, conforme lo dispuesto en el Reglamento para la aplicación de esta Ley- al beneficiario, constituyente o partícipe de cada fideicomiso mercantil, fondo de inversión o fondo complementario, y, además, presente una declaración informativa al Servicio de Rentas Internas, en medio magnético, por cada fideicomiso mercantil, fondo de inversión y fondo complementario que administre, la misma que deberá ser presentada con la información y en la periodicidad que señale el Director General del SRI mediante Resolución de carácter general. De establecerse que estos fideicomisos mercantiles, fondos de inversión o fondos complementarios no cumplen con los requisitos arriba indicados, deberán tributar sin exoneración alguna.

Art. 42.1.- Liquidación del Impuesto a la Renta de Fideicomisos Mercantiles y Fondos de Inversión.- Conforme lo establecido en esta Ley, los fideicomisos mercantiles que desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, deberán declarar y pagar el correspondiente impuesto a la renta por las utilidades obtenidas, de la misma manera que lo realiza el resto de sociedades.

Los fideicomisos mercantiles que no desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, los fondos de inversión y los fondos complementarios, siempre y cuando cumplan con lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 9 de esta Ley, están exentos del pago de impuesto a la renta. Sin perjuicio de ello, deberán presentar únicamente una declaración informativa de impuesto a la renta, en la que deberá constar el estado de situación del fondo o fideicomiso mercantil.

“Puig Peña, en su Tratado de Derecho civil español comienza colocando la distinción en términos netamente objetivos y así, con marcada influencia de Sánchez Román, considera oneroso aquel negocio que concede una utilidad con una contraprestación equivalente a ella y gratuito el que concede una ventaja jurídica pura no habiendo contraprestación. Sin embargo, su concepto de equivalente no parece tener un sentido económico, pues dice a continuación que el problema de la onerosidad o gratuidad se resuelve fácilmente en los llamados negocios bilaterales, pues en ellos las dos partes actúan de términos de correlación y sus prestaciones se presentan la una como equivalente de la otra. En cuanto a los negocios unilaterales termina acogiendo un criterio progresista que con palabras de Betti dice que “existirá el carácter oneroso cuando el provecho represente la compensación de un sacrificio patrimonial impuesto “en vista del mismo” o tenga contrapeso la compensación de un sacrificio patrimonial ajeno”. En nota puntualiza, por último, que una apreciación de la onerosidad o gratuidad solo puede hacerse, en puridad, atendiendo a la causa.”³⁶

Al ser un patrimonio autónomo y no formar parte del patrimonio del Constituyente, Fiduciario ni Beneficiario, éste, no puede ser embargado tal como lo dice el Art. 121 de la LMV³⁷ Código Orgánico Monetario y Financiero ni ser objeto de medidas precautelatorias o preventivas por los acreedores, salvo que el Fideicomiso sea el que mantiene sus obligaciones pendientes. Lo que sí es posible en el caso que el Constituyente mantenga obligaciones pendientes es que se le embargue los derechos fiduciarios, conforme le corresponda, por el valor que mantiene registrado en sus libros contables.

ii) OBJETIVOS: Los elementos objetivos consisten en los bienes – activos que se aportan al patrimonio autónomo del Fideicomiso. Estos pueden ser bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales, que existan o que se espera que existan.

Respecto a los bienes que se espera que existan, el artículo 117 del Código Orgánico

Para efectos tributarios se entenderá que un fideicomiso mercantil realiza actividades empresariales u opera un negocio en marcha, cuando su objeto y/o la actividad que realiza es de tipo industrial, comercial, agrícola, de prestación de servicios, así como cualquier otra que tenga ánimo de lucro, y que regularmente sea realizada a través de otro tipo de sociedades. Así mismo, para efectos de aplicación del anticipo, en el caso de los fideicomisos mercantiles inmobiliarios, para determinar el momento de inicio de la operación efectiva, se tendrá en cuenta el cumplimiento del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario o de cualquiera de sus etapas.

³⁶ De Prada González, José María, Notario de Madrid, “La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos”, Madrid, [en línea]: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/podium/cont/8/cnt/cnt8.pdf>>

³⁷ Ecuador, Código Orgánico Monetario Y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, Quito, Ecuador, 12 de septiembre de 2014., **Art. 121.-** Inembargabilidad.- Los bienes del fideicomiso mercantil no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario, salvo pacto en contrario previsto en el contrato. En ningún caso dichos bienes podrán ser embargados ni objeto de medidas precautelatorias o preventivas por los acreedores del fiduciario. Los acreedores del constituyente o del beneficiario podrán ejercer las acciones sobre los derechos o beneficios que a estos les correspondan en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso mercantil.

Monetario y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores establece:

“Art. 117.- Bienes que se espera que existan.- Los bienes que no existen pero que se espera que existan podrán comprometerse en el contrato de fideicomiso mercantil a efectos de que cuando lleguen a existir, incrementen el patrimonio del fideicomiso mercantil.”

iii) TELEOLÓGICOS: Este elemento es la FINALIDAD del fideicomiso, es decir, cual es el objeto de haber transferido los bienes del Constituyente a un patrimonio autónomo, que sigue instrucciones en beneficio del propio Constituyente o de un tercero denominado Beneficiario.

El artículo 4, de la Sección I, Capítulo I, Título V de los Negocios Fiduciarios, de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, establece que dentro de los elementos fundamentales de los contratos de negocios fiduciarios el numeral 1 es el objeto y finalidad del negocio fiduciario, el mismo que debe ser determinado expresamente en todos los negocios fiduciarios, la finalidad que persigue con el contrato que se celebra; además, se deberá señalar expresamente si el contrato es de administración, de garantía, inmobiliario, de inversión u otro.³⁸

SUBSESIÓN I.2.4

I.2.4.1 TRANSFERENCIA DE DOMINIO A TÍTULO DE FIDEICOMISO MERCANTIL

El elemento de esencia del fideicomiso es la transferencia de dominio, así como la característica principal del fideicomiso mercantil, transferencia de dominio que realiza el constituyente, propietario de los bienes, a favor del Fideicomiso; ya que sin este elemento no se puede constituir como fideicomiso.

Es el principal efecto jurídico del contrato de fideicomiso mercantil, que consiste en:

³⁸ Ecuador, Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, Quito, Ecuador, última reforma 28 de abril de 2015, Art. 4, Sección I, Capítulo I, Título V de los Negocios Fiduciarios.

“El conjunto de derechos y obligaciones destinados a una finalidad específica. Este patrimonio tiene naturaleza individual y separada, es decir, que es distinto de los patrimonios del constituyente, del fiduciario, beneficiario y de terceros, entre estos, los demás fideicomisos mercantiles que son administrados por el fiduciario”.³⁹

Francisco Messineo, menciona:

“Desde luego, la función práctica del negocio fiduciario es diversa de la del negocio simulado; en el caso del negocio fiduciario se está en presencia del traspaso (efectivo) de un derecho de una persona (fiduciante) a otra persona (fiduciario), estando de acuerdo en que tal traspaso debe servir para fines determinados.”⁴⁰

En nuestra legislación, el Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, trata específicamente sobre la transferencia de dominio en el fideicomiso mercantil, artículo que establece:

“Art. 113.- De la transferencia a título de fideicomiso mercantil.- La transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita ya que la misma no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario y se da como medio necesario para que éste último pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato...”⁴¹

Es tal, el concepto que genera el fideicomiso al no generar provecho económico alguno para las partes, que dicha transferencia se encuentra exenta del pago de impuestos, tasas y contribuciones, conforme el mismo artículo 113 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, que en su parte pertinente establece:

³⁹ Mendoza, Elker. “Fideicomiso Mercantil. Concepto y Breves Antecedentes Históricos”. [en línea]: <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2011/30/30_235_a_270_fideicomiso.pdf>

⁴⁰ KIPER Claudio M. y LISOPRAWski Silvio, *Tratado de Fideicomiso*, Lexis Nexis Editorial de Palma S.A., Buenos Aires – Argentina, 2da edición, 2004.

⁴¹ Ecuador, Código Orgánico Monetario Y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, Quito, Ecuador, 12 de septiembre de 2014., Art. 113

“... Consecuentemente, la transferencia a título de fideicomiso mercantil está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones ya que no constituye hecho generador para el nacimiento de obligaciones tributarias ni de impuestos indirectos previstos en las leyes que gravan las transferencias gratuitas y onerosas. La transferencia de dominio de bienes inmuebles realizada en favor de un fideicomiso mercantil, está exenta del pago de los impuestos de alcabalas, registro e inscripción y de los correspondientes adicionales a tales impuestos, así como del impuesto a las utilidades en la compraventa de predios urbanos y plusvalía de los mismos. Las transferencias que haga el fiduciario restituyendo el dominio al mismo constituyente, sea que tal situación se deba a la falla de la condición prevista en el contrato, por cualquier situación de caso fortuito o fuerza mayor o por efectos contractuales que determinen que los bienes vuelvan en las mismas condiciones en las que fueron transferidos, gozarán también de las exenciones anteriormente establecidas. Estarán gravadas las transferencias gratuitas u onerosas que haga el fiduciario en favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que las disposiciones generales previstas en las leyes así lo determinen. La transferencia de dominio de bienes muebles realizada a título de fideicomiso mercantil está exenta del pago del impuesto al valor agregado y de otros impuestos indirectos. Igual exención se aplicará en el caso de restitución al constituyente de conformidad con el inciso precedente de este artículo”.⁴²

Es importante tomar en cuenta que el fideicomiso es un medio para cumplir con las finalidades determinadas por el Constituyente; es decir, la transferencia de dominio de los bienes no es el objeto del fideicomiso sino un mecanismo para alcanzarlo.

El Código Civil ecuatoriano menciona en su artículo 584 que las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles, definiéndolos como “muebles a las que pueden transportarse de un lugar a otro e inmuebles fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios y los árboles”⁴³. En el artículo 594 define a las “cosas incorpóreas como derechos reales o personales. En el artículo 595 establece que el Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales; y, en el artículo 596 los Derechos personales o créditos son los que sólo pueden

⁴² Ecuador, Código Orgánico Monetario Y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, Quito, Ecuador, 12 de septiembre de 2014.. Art. 113

⁴³ Ecuador, Código Civil, Quito, Ecuador, última reforma 19 de junio de 2015, Art. 585 y 586

reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales.”⁴⁴

“El derecho real de dominio es la potestad o señorío que tiene una persona sobre una cosa corporal determinada para usar, gozar y disponer a su arbitrio, con las limitaciones de la ley, el interés general, social, ambiental y público. (Arts. 66.26 y 321 Const.) *Este derecho cuando es perfecto y completo encierra todos los otros derechos reales que son simples emanaciones de éste.*”⁴⁵

Nuestra legislación usa como sinónimos al dominio y a la propiedad, pero esta última, tiene una aplicación más amplia porque abarca otros bienes y derechos como la propiedad intelectual, artística o industrial, mientras el dominio se contrae a la titularidad sobre un bien corporal.

“La propiedad”, como derecho subjetivo privado, cumple con la función de dar al individuo la posibilidad de procurarse los medios económicos para desplegar su *propia personalidad humana*”⁴⁶. Según Vittorio Scialoja, es el derecho real en virtud del cual una cosa, como pertenencia de una persona, está enteramente sujeta a su voluntad dentro de los *límites* provenientes de la ley o de la concurrencia de derechos ajenos.”⁴⁷

En la doctrina y en la legislación se han producido intensas discusiones sobre la terminología de las cosas, así, según el profesor Arturo Valencia Zea, “Las cosas, además de su corporeidad y de su apropiación, han de reunir el requisito de una existencia autónoma e individualizada”⁴⁸; mientras los bienes, son o pueden ser objetos “susceptibles de procurar

⁴⁴ Ecuador, Código Civil, Quito, Ecuador, última reforma 19 de junio de 2015, Art. 594, 595 y 596

⁴⁵ CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Editorial Jurídica de Chile, Volumen III, Tomo VI, p. 325

⁴⁶ CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Editorial Jurídica de Chile, Volumen III, Tomo VI, p. 217

⁴⁷ CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Editorial Jurídica de Chile, Volumen III, Tomo VI, p. 218

⁴⁸ Derecho Civil, Bogotá Editorial Temis S. A. , Bogotá, novena edición, tomo II, 1990, p. 11

al hombre una utilidad exclusiva y de llegar a ser objeto de un derecho de propiedad”⁴⁹.

Si bien todos los bienes son cosas, no todas las cosas son bienes v. gr. El aire, el sol, etc. Los bienes son valores agregados a las cosas y éstas son todo aquello que existe, independientemente de su utilidad jurídica.

Tampoco son bienes los derechos porque en éstos se incluyen ciertos atributos que no siempre prestan una utilidad o que mantienen la dependencia respecto de una persona, v. gr. La patria potestad y el honor.

La palabra bienes propiamente no se registra en los códigos civiles, más bien se refiere a cosas, como concepto opuesto de personas y para comprender las más variadas realidades imaginarias al margen de que sean susceptibles o no de apropiación.

“Se llaman *modos de adquirir* los derechos reales, los hechos jurídicos a los que la ley atribuye el efecto de producir la adquisición de aquellos. “Consiste en los actos jurídicos o hechos jurídicos por medio de los cuales las personas pueden obtener la titularidad de los bienes”⁵⁰

Tales hechos pueden ser de cualquier índole: bien simples hechos naturales (como el aluvión o el cambio de cauce de un río, que convierten al propietario de la finca ribereña en dueño de lo sedimentado o del cauce seco), bien actos o negocios jurídicos (como la ocupación con ánimo de adquirirla, de una cosa sin dueño, o la entrega que se nos hace por el vendedor del objeto que le compramos)⁵¹.

En cuanto a los modos de adquirir el dominio, estos pueden ser, originarios y derivativos “El modo de adquisición es originario cuando el derecho de propiedad surge directamente en la persona de su titular; por consiguiente, hay creación de un derecho de propiedad que no existía. Es el caso de la ocupación de la res nullius.

⁴⁹ CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Editorial Jurídica de Chile, Volumen III, Tomo VI p. 7

⁵⁰ FLÓREZ RONCANCIO, Jesús David, Derecho Civil Bienes, Editorial Temis S. A., Bogotá, 2012, P. 89

⁵¹ ALBALADEJO, Manuel, “Derecho Civil”, Librería Bosch S.A., Barcelona, 9ª Edición, Tomo III, 2002, pp. 123, 124.

Cuando el derecho de propiedad pasa de una persona a otra, el modo de adquirir es derivativo; no existe entonces creación, sino transmisión de un derecho de propiedad. La sucesión, la compraventa, la donación, etcétera, son modos derivativos de adquirir.”⁵²

Estas formas derivadas de la transmisión del dominio pueden ser a su vez voluntarias del propietario o al margen de su voluntad. “La propiedad puede transmitirse al margen de la voluntad del propietario. Ocurre así en el caso de sucesión ab intestato: desde el instante del fallecimiento, el heredero es de pleno derecho el propietario de los bienes de la sucesión, con exclusión de la voluntad del de cuius.”⁵³

En el Capítulo II del presente trabajo analizaremos el dominio conforme lo define el Código Civil, que lo llama también “propiedad, que es un derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad.”⁵⁴ Todo esto en el marco del análisis de los bienes que se transfieren a un fideicomiso por parte del constituyente, lo que se encasilla en las normas del derecho civil.

I.2.4.2. ASPECTOS TRIBUTARIOS DEL FIDEICOMISO

Tomando en cuenta que la transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita, ya que no determina ningún provecho económico para el constituyente ni beneficiario; sino que, como lo mencionado en párrafo anterior, es un medio para cumplir con las finalidades establecidas por el constituyente en el contrato, esta transferencia se encuentra libre de impuestos, tasas y contribuciones al no constituir ningún hecho generado de obligaciones tributarias.

La transferencia de bienes inmuebles al fideicomiso está exenta del pago de alcabalas, impuesto a las utilidades en la compraventa de predios urbanos y plusvalía. La transferencia

⁵² ALBALADEJO, Manuel, “Derecho Civil”, Librería Bosch S.A., Barcelona, 9ª Edición, Tomo III, 2002, p. 191.

⁵³ Consejo de la Judicatura, Ecuador, la transferencia, [en línea]: www.funcionjudicial.gob.ec/.../SILABO%20DERECHO%20CIVIL.docx

⁵⁴ Ecuador, Código Civil, Quito, Ecuador, última reforma 19 de junio de 2015, Art. 599 Código Civil

que haga la Fiduciaria al constituyente también se encuentra exenta, ya que vuelven los bienes en las mismas condiciones en las que fueron transferidos. En el caso que la transferencia sea a favor de una tercera persona, beneficiario (distinta al constituyente), estará gravada con los impuestos, tasas y contribuciones respectivas.

En el caso que la transferencia sea de bienes muebles, está exenta del pago del IVA y de otros relacionados.

En concordancia con lo mencionado en los párrafos anteriores y en el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores, la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno establece:

“Art. 9.- Exenciones.- Para fines de la determinación y liquidación del impuesto a la renta, están exonerados exclusivamente los siguientes ingresos:... 15.- Los ingresos que obtengan los fideicomisos mercantiles, siempre que no desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, conforme la definición que al respecto establece el Art. 42.1 de esta Ley. Así mismo, se encontrarán exentos los ingresos obtenidos por los fondos de inversión y fondos complementarios. Para que las sociedades antes mencionadas puedan beneficiarse de esta exoneración, es requisito indispensable que al momento de la distribución de los beneficios, rendimientos, ganancias o utilidades, la fiduciaria o la administradora de fondos, haya efectuado la correspondiente retención en la fuente del impuesto a la renta -en los mismos porcentajes establecidos para el caso de distribución de dividendos y utilidades, conforme lo dispuesto en el Reglamento para la aplicación de esta Ley- al beneficiario, constituyente o partícipe de cada fideicomiso mercantil, fondo de inversión o fondo complementario, y, además, presente una declaración informativa al Servicio de Rentas Internas, en medio magnético, por cada fideicomiso mercantil, fondo de inversión y fondo complementario que administre, la misma que deberá ser presentada con la información y en la periodicidad que señale el Director General del SRI mediante Resolución de carácter general. De establecerse que estos fideicomisos mercantiles, fondos de inversión o fondos complementarios no cumplen con los requisitos arriba indicados, deberán tributar sin exoneración alguna.

15.1.- Los rendimientos por depósitos a plazo fijo pagados por las instituciones financieras nacionales a personas naturales y sociedades, excepto a instituciones del sistema financiero, así como los rendimientos obtenidos por personas naturales o sociedades por las inversiones en títulos valores en renta fija, que se negocien a través de las bolsas de valores del país, y los beneficios o rendimientos obtenidos por personas naturales y sociedades, distribuidos por fideicomisos mercantiles de inversión, fondos de inversión y fondos complementarios, siempre que la inversión realizada sea en depósitos a plazo fijo o en títulos valores de renta fija, negociados en bolsa de valores. En todos los casos anteriores, las inversiones o depósitos deberán ser originalmente emitidos a un plazo de un año o más. Esta exoneración no será aplicable en el caso en el que el perceptor del ingreso sea deudor directa o

indirectamente de la institución en que mantenga el depósito o inversión, o de cualquiera de sus vinculadas.”⁵⁵

El fideicomiso es agente de recepción o percepción respecto de los impuestos que le corresponda, tomando en cuenta que siendo la Fiduciaria su representante legal, ésta es solidariamente responsable por el incumplimiento de estas obligaciones tributarias.

“Art. 68.- Liquidación del Impuesto a la Renta de los fideicomisos mercantiles, fondos de inversión y fondos complementarios.- Los fideicomisos mercantiles legalmente constituidos, que efectúen actividades empresariales u operen negocios en marcha, conforme lo señalado en la Ley de Régimen Tributario Interno, deberán liquidar y pagar el Impuesto a la Renta que corresponda a las sociedades, de acuerdo con las normas generales. Los fideicomisos mercantiles que no efectúen actividades empresariales u operen negocios en marcha, los fondos de inversión y fondos complementarios, que no cumplan con lo señalado en la Ley de Régimen Tributario Interno, respecto de las condiciones para ser beneficiarios de la exoneración señalada en dicho cuerpo legal, deberán liquidar y pagar el Impuesto a la renta que corresponda a las sociedades, de acuerdo con las normas generales. Para efectos tributarios se entenderá que un fideicomiso mercantil realiza actividades empresariales u opera un negocio en marcha, cuando su objeto y/o la actividad que realiza es de tipo industrial, comercial, agrícola, de prestación de servicios, así como cualquier otra que tenga ánimo de lucro, y que regularmente sea realizada a través de otro tipo de sociedades, cuyos ingresos sean gravados.”⁵⁶

“Art. 76.-... Las sociedades en disolución que no hayan generado ingresos gravables en el ejercicio fiscal anterior no estarán sujetas a la obligación de pagar anticipos en el año fiscal en que, con sujeción a la ley, se inicie el proceso de disolución. Tampoco están sometidas al pago del anticipo aquellas sociedades, cuya actividad económica consista exclusivamente en la tenencia de acciones, participaciones o derechos en sociedades, así como los fideicomisos de inversión y sociedades en que la totalidad de sus ingresos sean exentos. Los derechos fiduciarios registrados por sus beneficiarios sean estas personas naturales obligadas a llevar contabilidad o sociedades, serán considerados como activos y a su vez se someterán a los cálculos pertinentes de anticipo de impuesto a la renta por este rubro.”⁵⁷

⁵⁵ Ecuador, Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, LORTI, Quito, Ecuador, última reforma 5 de enero de 2015, Art. 9 numeral 15

⁵⁶ Ecuador, Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, LORTI, Quito, Ecuador, última reforma 28 de febrero de 2015, Art. 68

⁵⁷ Ecuador, Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, LORTI, Quito, Ecuador, última reforma 5 de enero de 2015, Art. 76

SUBSESIÓN I.2.5 - PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FIDEICOMISO MERCANTIL

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

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

El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato.⁵⁸

Este es uno de los elementos únicos que a diferencia del resto de legislaciones en Latinoamérica, lo tiene el Fideicomiso en nuestra legislación. Es un ente dotado de personalidad jurídica distinta a la de su fiduciaria, cuenta con un Registro Único de Contribuyente. El fideicomiso es el titular de los bienes que integran el patrimonio autónomo, la Fiduciaria ejerce la personería jurídica y la representación legal del fideicomiso, por lo que interviene con todos los derechos y atribuciones que son inherentes al fideicomiso. A partir del segundo párrafo del artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, constante en el Código ORGÁNICO Monetario y Financiero se establece:

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

⁵⁸ Ecuador, Código Orgánico Monetario Y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, Quito, Ecuador, 12 de septiembre de 2014., Art. 109, tercer párrafo.

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.”

Es un conjunto de derechos y obligaciones hacia el constituyente, beneficiario y fiduciaria. No está sujeto a medidas cautelares ni a providencias preventivas, es inembargable. Lo único que procede a ser embargable son los derechos fiduciarios con mantienen registrados el constituyente. Tienen su contabilidad y balance propio. Está destinado a cumplir la finalidad establecida en el contrato constitutivo del fideicomiso. El fideicomiso no tiene ninguna prohibición legal para que pueda ser representante legal de una compañía pero no puede hacer más de lo autorizado y establecido en el contrato, tiene la responsabilidad de una administración como lo haría un buen padre de familia.

El patrimonio autónomo estará integrado por los bienes, derechos, créditos, obligaciones y contingentes que sean transferidos o que en su cumplimiento de la finalidad sea establecido por el Constituyente. Todo este patrimonio autónomo, previo a su aportación y ya una vez transferido, debe ser valorado conforme a lo establecido en la resolución del Manual Operativo para la Valoración a Precios de Mercado de Valores de Contenido Crediticio y de Participación y Procedimientos de Aplicación. En el caso de transferencias de valores no inscritos en el Registro de Mercado de Valores, se valorarán conforme a las normas ecuatorianas de contabilidad o a las Normas Internacionales de Información Financieras (NIIF). En el caso de bienes muebles o inmuebles la valoración estará a cargo de los constituyentes. La fiduciaria tiene la facultad de verificar dicha valoración al momento de la constitución del Fideicomiso y en consecuencia otorgar constancias al constituyente o beneficiario.⁵⁹

Cada patrimonio autónomo tiene su naturaleza individual y separada de cada fideicomiso mercantil, cada uno es distinto tanto del constituyente, del fiduciario como del beneficiario y también de los otros fideicomisos que mantenga la Fiduciaria.

⁵⁹ Ecuador, Codificación de Resoluciones del CNV, Quito, Ecuador, última reforma 28 de abril de 2015, Art. 11, Sección I, Capítulo I, Título V de los Negocios Fiduciarios.

Al momento que hablamos de que el patrimonio autónomo es independiente y autónomo de todos los que forman parte del Fideicomiso, los bienes que lo integran no son susceptibles de ser perseguidos en caso de actos o contratos celebrados tanto por el Constituyente, Fiduciario o Beneficiario; sino, únicamente por las obligaciones que mantenga el Fideicomiso y haya puesto en garantía dicho patrimonio autónomo; tomando en cuenta que se encuentra limitado únicamente hasta por el monto de los bienes que fueron transferidos.

El Fideicomiso tiene la calidad de agente de recepción o percepción, respecto de los impuestos que el fideicomiso le corresponde retener y percibir en los términos de la legislación tributaria vigente. En el caso de encargos fiduciarios, el fiduciario hará la retención a nombre de quien otorgó el encargo.

Para todos los efectos consiguientes, la responsabilidad del fiduciario en relación con el fideicomiso que administra se regirá por las normas del Código Tributario.

El fiduciario será responsable solidario con el fideicomiso mercantil por el incumplimiento de deberes formales que como agente de retención y percepción le corresponda al fideicomiso.⁶⁰

INEMBARGABILIDAD DEL FIDEICOMISO MERCANTIL

Libro II, La Ley de Mercado de Valores, constante en el Código Orgánico Monetario y Financiero, establece en su Art. 121 que los bienes del fideicomiso no son embargables no por los acreedores del constituyente ni de la fiduciaria, ya que como lo mencionamos en párrafos anteriores, el fideicomiso es un patrimonio autónomo distinto al del constituyente, fiduciaria y beneficiario.

“Art. 121.- Inembargabilidad.- Los bienes del fideicomiso mercantil no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario, salvo pacto en contrario

⁶⁰ Ecuador, Código Orgánico Monetario Y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, Quito, Ecuador, 12 de septiembre de 2014. Art. 135

previsto en el contrato. En ningún caso dichos bienes podrán ser embargados ni objeto de medidas precautelatorias o preventivas por los acreedores del fiduciario. Los acreedores del constituyente o del beneficiario, podrán ejercer las acciones sobre los derechos o beneficios que a estos les correspondan en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso mercantil.”⁶¹

SESIÓN I.2.6 - TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL FIDEICOMISO MERCANTIL

Mediante ley, el fideicomiso tiene un plazo máximo de ochenta años, conforme lo establece el artículo 110 de la Ley de Mercado de Valores, salvo las excepciones establecidas en el propio contrato de fideicomiso mercantil y las establecidas por ley, lo cual determina las formas de dar por terminado el Fideicomiso.

El artículo 134 de la Ley de Mercado de Valores, nos determina las razones por las que el fideicomiso podría darse por terminado, el mismo dice:

“Art. 134.- Terminación del fideicomiso mercantil.- Son causas de terminación del fideicomiso mercantil o del encargo fiduciario, además de las previstas en el contrato constitutivo, las siguientes: a) El cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato; b) El cumplimiento de las condiciones; c) El cumplimiento o la falla de la condición resolutoria; d) El cumplimiento del plazo contractual; e) La imposibilidad absoluta de cumplir con la finalidad establecida en el acto constitutivo; f) La sentencia ejecutoriada dictada por autoridad judicial competente o el laudo arbitral, de conformidad con la ley; g) La resciliación del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que no afecte los derechos del constituyente, de los constituyentes adherentes, del beneficiario, de acreedores del fideicomiso mercantil o de terceros; y, h) La quiebra o disolución del fiduciario, siempre que no exista sustituto.”

Con lo que respecta a la liquidación del fideicomiso, la ley no establece normativa específica para dicho procedimiento, únicamente en el artículo 120, contenido del contrato, en el literal i) menciona:

“... i) Las condiciones generales o específicas para el manejo, entrega de los bienes, frutos, rendimientos y liquidación del fideicomiso mercantil.”

⁶¹ Ecuador, Código Orgánico Monetario Y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, Quito, Ecuador, 12 de septiembre de 2014.

CAPÍTULO II - LA PROPIEDAD EN EL ESTADO ECUATORIANO DENTRO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

La propiedad no solo en el Ecuador sino a nivel internacional es un tema que se encuentra presente a lo largo de la historia, causando controversias en su aspecto político y jurídico, dependiendo de las ideologías que rigen al Estado según el gobierno de turno, así como por las propuestas de modelo económico.⁶²

Se brindará un análisis de la propiedad desde la perspectiva individual y social, ya que para el individuo se debe reconocer y garantizar la satisfacción de sus necesidades esenciales, pero a la vez, está ligado a una función social.

Empezaremos analizando la propiedad regulada por la Constitución, tomando en cuenta que es la normativa de mayor orden jerárquico. La posición de la Constitución es central dentro de todo ordenamiento jurídico – político de una sociedad organizada. La Constitución del 2008 a más de tratar la propiedad privada, pública y sus diferencias; nos trae nuevas figuras más solidarias y democráticas.

La Constitución, busca la tutela del derecho de los ciudadanos y constituye requisitos esenciales que se los considera como una garantía; los cuales obligan a la reforma y actualización de otras leyes. Se tratará de identificar posibles inconstitucionalidades en normas legales ecuatorianas, las cuales han dejado de lado la presencia de los principios del Estado Social de Derecho y la defensa de los ciudadanos.

Podemos definir a la propiedad como “la facultad o el derecho de poseer algo”.⁶³ En el aspecto privado, tenemos que es:

⁶² VLEX, La propiedad en la Constitución de 2008, [en línea]: http://vlex.ec/vid/propiedad-515871894?_ga=1.139335472.2010100859.1422894041

⁶³ Definición, Definición de Propiedad Privada, [en línea]: <http://definicion.de/propiedad-privada/#ixzz3We4W80Cd>

“Lo particular y personal de cada individuo (y que, por lo tanto, no pertenece a la propiedad estatal o pública)... En el ámbito del derecho el concepto de propiedad privada hace referencia al poder jurídico completo de una persona sobre una cosa. La forma en que esta idea se plasma en la realidad a través de las leyes ha cambiado a lo largo de la historia; como veremos a continuación. Según la filosofía, la propiedad privada es un derecho que tienen los individuos y que surge del fundamento que determina que el ser humano es un ser que tiene por naturaleza; lo cual significa que es un individuo capaz de transformar la materia: no se limitan a usar, crean nuevos valores hasta entonces inexistentes. La filosofía afirma que la posibilidad de poseer una propiedad privada supone una protección de la persona ante el eventual avance del Estado y de sus dirigentes políticos. En la antigüedad, sin embargo, la propiedad privada no era individual, sino colectiva (de tribus o comunidades). Recién a partir de la Edad Media, con la posesión individual de la tierra, este concepto comenzó a desarrollarse según los parámetros que conocemos en la actualidad. Propiedad Privada y Comunismo: La propiedad privada es un término muy presente en algunas ideologías. El comunismo y el socialismo, por ejemplo, sostienen que la propiedad de los medios de producción debe ser comunitaria y no individual. En este punto es necesario hacer una aclaración. Durante mucho tiempo se ha reprochado al movimiento comunista su deseo de abolir la propiedad privada; no obstante esta crítica se funda en una tergiversación de las ideas comunistas. El comunismo no aboga por la abolición de la propiedad privada adquirida por las personas por las vías normales, a la que considera la base de la libertad y de la independencia individual; el tipo de propiedad privada contra el que se manifiesta es contra las posesiones del pequeño burgués, la propiedad burguesa, que implica la apropiación de la plusvalía y que provoca injusticia y explotación del ser humano (de unos hacia otros). En la obra de Marx, cuando se habla de la propiedad privada, no se está haciendo referencia a los objetos de uso (casa, coche) sino a los medios de producción, propiedad privada de las clases altas que genera dominación de unos humanos sobre otros. De hecho, existen dos conceptos opuestos descritos en “El Capital” que pueden ayudarnos a comprender mejor las ideas del marxismo; estos son: “propiedad privada capitalista” y “propiedad privada que se funda en el trabajo personal”.

Para ser más exactos, lo que Marx plantea es el impedimento de que unos individuos con cierta influencia social y económica se apropien del trabajo de los otros, de sus facultades o habilidades y los condenen a una vida privada de libertad.

Una de las palabras favoritas de Marx es “autorrealización” y se refiere a ella como la consecuencia de la verdadera emancipación del hombre; el punto en el que el individuo se aferra a sus derechos y a su producción, sin que nadie pueda impedirlo. Además, en esta autorrealización el individuo contribuye con el equilibrio social y natural, colaborando con una sociedad justa, sin proletariado y donde la libertad deje de ser una utopía.”⁶⁴

Siendo el Estado ecuatoriano un Estado soberano, cuenta como norma suprema con la Constitución la cual fija los límites y define las relaciones entre los poderes del Estado y los ciudadanos, determinando, derechos y obligaciones para cada uno; razón por la cual,

⁶⁴ Definición, Definición de Propiedad Privada, [en línea]: <http://definicion.de/propiedad-privada/#ixzz3We4W80Cd>

empezaremos analizando las normas contempladas en la Constitución de la República del Ecuador que contemplan el tema tratado en este capítulo.

“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”⁶⁵

El artículo 424 nos aclara que la Constitución es la norma de mayor jerarquía en un Estado de Derecho, la cual contiene normas que sirven para la organización de los poderes públicos y sus competencias, los fundamentos de la vida económica y social, los deberes y derechos de los ciudadanos.

Al tratar sobre los principios de aplicación de los derechos constantes en la Constitución de la República, el numeral 4 y numeral 9 del Art. 11, establecen:

“4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni las garantías constitucionales”; y, “9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos... El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso...”⁶⁶

En este artículo claramente podemos ver que el Estado tiene la obligación de garantizar todos los derechos de los ciudadanos sin dejar que cualquier otra ley, normas jurídicas, decretos ni actos del poder público vayan en contra de los derechos de los ciudadanos de forma individual así como colectiva; esto en concordancia con el Art. 84 de la Constitución.⁶⁷

⁶⁵ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Quito, Ecuador, última reforma 30 de enero de 2012.

⁶⁶ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Quito, Ecuador, última reforma 30 de enero de 2012, Art. 11 numerales 4 y 9

⁶⁷ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Quito, Ecuador, última reforma 30 de enero de 2012, Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y

El numeral 26 del Artículo 66 de la Constitución, establece:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.

Esta constitución reconoce siete tipos de propiedad, dentro de ellas la privada, lo cual confunde lo que es y no es propiedad privada; proponiendo una desigualdad de ingresos, buscando promesas de igualdad material; es decir, que esto se logrará quitando a los que más tienen para darles a los que menos tienen.

En concordancia con lo mencionado anteriormente, el Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en todas sus formas, entre ellas la privada, y que deberá cumplir la condición de una función social y ambiental.⁶⁸

Lastimosamente el Estado no define claramente lo que considera como función social y ambiental, pudiendo asociar con estos términos a los artículos 276, 281 y 28, los cuales tratan sobre una distribución igualitaria de la propiedad; pero para una distribución igualitaria, el Estado, necesita dar a todos por igual y para lograr esto será necesario quitar a unos y dar a otros? Dejando así, el Estado, una falta de seguridad para las personas que más tienen ya que sería a ellas a las que se les quite su propiedad, basándose el Estado en que no cumple dicho bien una función social ni ambiental.

Los términos función social y ambiental, considero conceptos subjetivos y al no estar claramente definidos, permitirá una interpretación a favor del gobierno de turno conforme sus ideologías y prácticas, para satisfacer a sectores de su conveniencia, sin respetar ni

materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas no los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la constitución.

⁶⁸ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Quito, Ecuador, última reforma 30 de enero de 2012, Art. 321

garantizar la propiedad privada, “dejando de ser un derecho para convertirse en un permiso estatal.”⁶⁹

Estos conceptos no cambiarán mientras se considere que las personas no existen para beneficio del Estado, sino que es el Estado el que existe para beneficio de las personas; teniendo el Gobierno el poder suficiente para garantizar la vida, libertad y propiedad del ser humano.⁷⁰

Una facultad del Estado para una distribución equitativa puede ser la establecida en el artículo 323, mediante el cual el Estado tiene la facultad de declarar la expropiación de bienes, previa valoración e indemnización, pero expresamente prohíbe toda forma de confiscación.⁷¹

Existen diversas formas de adquirir el dominio, conforme el Código Civil, la más común es la tradición. Estas formas consisten en:

“La Ocupación.- Es la toma de posesión de una cosa mueble no poseída, sin dueño, y con ánimo de hacerla nuestra.”⁷² Se aplica a las cosas que no tienen dueño.

La Accesión.- Es un modo de adquirir el dominio por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que a ella se junta. Es el hecho de pasar a ser propiedad de otro derecho por incorporación a la cosa madre o a la más importante.

La Tradición.- Constituye un acto jurídico real, autónomo y abstracto, mediante la cual, se realiza la entrega voluntaria de la cosa por parte del tradens o propietario que se desprende

⁶⁹ El Federal, Diario de opinión política y económica, Julio 28 de 2008 “Nueva constitución violentará la propiedad privada”, [en línea]: <http://el-federalista.blogspot.com/2008/07/nueva-constitucin-violentar-la.html>

⁷⁰ Instituto Ecuatoriano de Economía Política IEEP, Roberto Villacreses- revista Industrias, “La Constitución debe consagrar el respeto a la propiedad privada”, [en línea]: http://www.ieep.org.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=776&catid=31:desarrollo-economico&Itemid=101

⁷¹ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Quito, Ecuador, última reforma 30 de enero de 2012, . “**Art. 323.-** Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación”.

⁷² Albaladejo, idem. p. 303

voluntariamente de una cosa que le pertenece a favor del accipiens o el que recibe. Es la entrega que se realiza con el ánimo de enajenar

Este acto por su naturaleza está desvinculado de la causa y tiene lugar en distintos momentos y a través de actos diferentes. Así el enajenante cuando entrega la cosa cumple con la obligación constituida en el título; sin embargo, cuando se celebra un contrato con el fin de transmitir un derecho real, éste viene a convertirse en la causa necesaria para que tenga eficacia traslativa de dominio.

“La doctrina está en condiciones de diferenciar entre el acto de obligación y el acto de disposición; el primero tiene como fuente el contrato o negocio causal y el segundo puede adquirir –según el derecho positivo lo establezca- el carácter abstracto cuyo efecto se traduce en la transmisión de la propiedad”.⁷³

El título, constituye el acto causal que es la fuente del derecho, la razón de ser del desplazamiento o emplazamiento patrimonial; el modo, o acto de obligación es el hecho al que la ley le atribuye el efecto de materializar en forma ostensible e indudable el desplazamiento patrimonial determinado por el título, en virtud del cual se establece la existencia del derecho; la transferencia de dominio es un acto dispositivo que se realiza en el contrato o acto de obligación; y, la tradición o enajenación constituye el acto jurídico real, abstracto, mediante el cual se publicita la transferencia del dominio y su consecuente entrega de la cosa. Estos presupuestos sustentan nuestro derecho a ser oídos en esta causa.

Requisitos: a) que sea hecha voluntariamente por el propietario o su representante; b) que éste tenga capacidad para enajenar y el que reciba tenga capacidad para adquirir; c) que la transmisión se haga por título suficiente para transferir el dominio; y, d) Que se observen las solemnidades previstas para cada una de las formas de tradición.

⁷³ MUSTO, Néstor Jorge, Derechos reales, Editorial Astrea, Buenos Aires, Tomo I, 2000, p. 359

Pese a que nuestro código civil refiere a la capacidad (686), no siempre es necesaria aquella condición del accipiens, puesto que la tradición no es un contrato, sino el cumplimiento de algún contrato, por lo que bien puede hacerlo un incapaz.⁷⁴

Momento de la Tradición.- La tradición generalmente no se realiza en el mismo momento del título, pues cuando se celebra el contrato, lo único que se adquiere es el boleto para adquirir la cosa pactada con anterioridad. No se puede exigir una nueva tradición cuando ya ha mediado ésta, v. gr. Si se inscribe un contrato en el Registro de un cantón donde está ubicado el inmueble y luego dicha superficie se incorpora a otro cantón.

No es lo mismo la obligación del Art. 703 del Código Civil en la que forzosamente debe inscribirse en cada uno de los cantones donde se encuentra el inmueble.

La sola entrega simbólica no conlleva la tradición, es decir, con la sola inscripción no se producido realmente la tradición, pues a ésta debe agregarse la entrega material dejándolo la cosa a disposición del nuevo propietario.

La Sucesión por Causa de Muerte.- Es un derecho real derivado mediante el cual, los bienes de la persona que muere se transmiten a favor de otras personas vivas. No constituye la continuación de la personalidad del causante ni es el hecho de colocarse en el lugar de otro que concebían los romanos. El primitivo núcleo romano no conoció la propiedad privada ni el derecho hereditario y concebían que todos los miembros de una sociedad o gens se creyeran salidos del antepasado común.

La Prescripción.- “Es un modo de adquirir los derechos reales ajenos, o de constituir derechos reales sobre bienes ajenos, mediante la posesión de las cosas, por el tiempo y con los requisitos legales”⁷⁵

Para que proceda este tipo de acciones, se requiere como requisitos según jurisprudencia de triple reiteración de la Corte Suprema de Justicia:

⁷⁴ LARREA HORLUGUÍN, Juan, Derecho Civil del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Primera edición, tomo VII, 1987, p. 261

⁷⁵ ACEVEDO PRADA, Luis Alfonso Y ACEVEDO PRADA, Martha Isabel, La Prescripción y los Procesos declarativos de pertenencia, Editorial Temis S. A., Bogotá, cuarta edición 1999, p. 34

- “Que el bien objeto de la prescripción esté dentro del comercio humano o que no esté especialmente exceptuado si se trata de otra clase de derechos reales;
- Que sea alegada por el poseedor mientras se halla en el ejercicio de ésta;
- Que el tiempo de la posesión para la prescripción extraordinaria de dominio sea de quince años;
- Que no haya sufrido interrupción natural o civil; y,
- Que en tratándose de la posesión material esta no sea viciosa, esto es, violenta o clandestina (G.J. No. 2, s. XVII, p. 393).

A estos cinco requisitos que la Corte Suprema de Justicia ha determinado como presupuestos para la procedencia de acción de dominio por prescripción adquisitiva extraordinaria, se debe agregar un sexto elemento que es la singularización de la cosa previo al ejercicio de la acción, pues consideramos forzoso y obvio que quien dice estar en posesión de un predio, determine con precisión linderos, longitud, variantes y superficie, la que sólo cabe luego de una inspección judicial como acto preparatorio.”⁷⁶

Vimos cuales son los modos de transferir el dominio pero para esto, también, existen los título, que son: “Título es el instrumento a través del cual se realiza la adquisición o titularidad del derecho y se materializa el modo de adquisición. Es la forma contractual o legal que genera un derecho y/o una obligación. El Dr. Juan Larrea Holguín nos ilustra:

- “En términos generales se llama título a la causa remota y modo a la causa próxima de la adquisición.
- El título da derecho a adquirir, prepara la adquisición que se consuma o ejecuta con el modo;
- El título origina un derecho subjetivo y personal, con la correlativa obligación de otro;
- Cuando la obligación se cumple mediante el modo, el titular se hace dueño, adquiere.
- El título es como la justificación profunda de la adquisición.

Quien tiene un título, un justo título, puede adquirir; tiene acceso al derecho y llegará jurídicamente a ser titular o sujeto del derecho si se emplea el modo correspondiente.

⁷⁶ Consejo de la Judicatura. [en línea]: www.funcionjudicial.gob.ec/.../SILABO%20DERECHO%20CIVIL.docx

El modo, como causa próxima, actúa, da actualidad o eficacia al título.

Muchas veces el modo hace también de forma, reviste de la debida solemnidad al acto por el cual se adquiere.

En el campo de las obligaciones o derechos personales, el título basta para transferirlos, pero en el campo de los derechos reales, el título origina solamente una obligación y es el modo el que hace adquirir el derecho.⁷⁷⁷⁸

En consecuencia, tenemos que el Fideicomiso Mercantil es un título traslativo de dominio, por lo tanto para transferir los bienes es necesario tener previamente e irrefutablemente el dominio de dichos bienes, de conformidad con la normativa anterior.

Como consecuencia del aporte de bienes por parte de los Constituyentes al patrimonio autónomo, se transfiere la propiedad de dichos bienes al Fideicomiso, a partir de lo cual nacen los derechos fiduciarios; tema que tratamos a continuación.

SESIÓN II.1 - LOS DERECHOS FIDUCIARIOS COMO CONSECUENCIA DE LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD AL PATRIMONIO AUTÓNOMO DEL FIDEICOMISO

En el glosario de términos de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, se define derechos fiduciarios como:

“Derechos Fiduciarios: Son el conjunto de derechos que se derivan de la calidad de beneficiario de un fideicomiso mercantil, los cuales representan el patrimonio autónomo constituido, y otorgan el derecho a que la fiduciaria les transfiera a título oneroso o gratuito, los activos o el producto de su administración, de conformidad a las instrucciones señaladas en el contrato constitutivo”.

Como ya lo analizamos en el Capítulo I, dentro de los elementos del Fideicomiso, tenemos al patrimonio autónomo, su transferencia y los derechos que nacen con dichas transferencias.

⁷⁷ “Derecho Civil del Ecuador”, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Tomo VII, 1ª Edición, 1987, p. 188

⁷⁸ “Derecho Civil del Ecuador”, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Tomo VII, 1ª Edición, 1987, p. 188

Recordemos que al momento que el Constituyente transfiere el dominio de sus bienes al Fideicomiso Mercantil, pasa a ser Beneficiario de dicho fideicomiso, en el caso que no se indique lo contrario; al ser Beneficiario automáticamente nacen sus derechos sean estos establecidos en el mismo contrato y en la Ley. Los bienes que se transfieren al Fideicomiso están destinados, exclusivamente, a la ejecución de la finalidad para la cual fue creado el Fideicomiso, tienen un fin específico y en consecuencia, el patrimonio autónomo está dotado de ese fin con la personalidad jurídica que nace al momento de su creación, ya que tiene la capacidad de contraer obligaciones y ejercer derechos de los que sea titular. El Fideicomiso cumple dichas obligaciones y contrae derechos a través de su representante legal que es la Fiduciaria.

La Fiduciaria está en la obligación de registrar contablemente en el Fideicomiso los bienes que se transfirieron, a cambio de esto el Constituyente / Beneficiario registrará como derechos fiduciarios. El Fideicomiso registra en su cuenta de activos, así como los derechos fiduciarios se registran en la cuenta de activos también, de cada Constituyente / Beneficiario. La fiduciaria tiene la obligación de llevar la contabilidad de sus fideicomisos en el domicilio principal de la Administradora de Fondos y Fideicomisos; como lo establece la Doctrina V de la Superintendencia de Compañías, que establece:

“...considerando que el Negocio Fiduciario y concretamente el patrimonio autónomo del Fideicomiso Mercantil no es, ni podrá considerarse como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario -quien dentro del giro ordinario debe llevar una contabilidad independiente para cada uno de los fideicomisos que administra- corresponde a las Fiduciarias llevar la contabilidad de los fideicomisos mercantiles en el domicilio principal de la compañía administradora, salvo que la Superintendencia de Compañías autorice llevarla en otro lugar del territorio nacional (oficina o sucursal) diferente del domicilio principal de la compañía”.⁷⁹

“En la propiedad fiduciaria juegan un papel fundamental dos sujetos los cuales son; el fiduciario y el fideicomisario, el primero es quien administra el bien sujeto al gravamen del fideicomiso es también denominado propietario fiduciario y el segundo es quien tiene la

⁷⁹ Doctrina V “Lugar donde debe llevarse la contabilidad de los fideicomisos mercantiles”, [en línea] <http://181.198.3.74/wps/wcm/connect/cfbac0b0-fdef-4a6e-895a-013906fca5e/20110811092336.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=cfbac0b0-fdef-4a6e-895a-d013906fca5e>

carga de cumplir una condición para que se efectúe la restitución, es decir, para poder adquirir el bien.

Una cosa es la propiedad fiduciaria la cual se encuentra en manos del fiduciario, la cual es susceptible de ser vendida y transmitida por causa de muerte, según lo establecido en el artículo 810 del código civil, pero en ambos casos la propiedad estará sujeta al gravamen de la restitución en caso de que el fideicomisario cumpla la condición.

Respecto al derecho que tiene el fideicomisario frente a la propiedad fiduciaria, el código civil establece que lo que existe para este es una mera expectativa, pues mientras la condición no se haya cumplido no le asiste ningún derecho en cuanto al fideicomiso, solo tiene la mera expectativa de adquirirlo, así se encuentra establecido en el artículo 820 del código civil, el cual establece lo siguiente:

“El fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo. Podrá, sin embargo, impetrar las providencias conservatorias que le convengan, si la propiedad pareciere peligrar o deteriorarse en manos del fiduciario. Tendrán el mismo derecho los ascendientes legítimos del fideicomisario que todavía no existe y cuya existencia se espera, y los personeros o representantes de las corporaciones y fundaciones interesadas”.

Teniendo en cuenta lo establecido por este artículo ¿puede transmitirse la mera expectativa que tiene el fideicomisario respecto a adquirir el bien sobre el cual se constituyó el fideicomiso?

Al ser una mera expectativa el fideicomisario no puede transmitirla a sus herederos, solo podrá transmitir el bien sujeto a fideicomiso cuando cumpla la condición y sea efectuada la restitución, porque en esta situación ya dejó de ser una mera expectativa y se convirtió en derecho adquirido.

Entonces ¿Qué pasa cuando el fideicomisario muere y no se ha efectuado la restitución por no haberse cumplido la condición? En este caso no se trasmite ningún derecho sobre el

bien sujeto al gravamen y por ende no se trasmite tampoco la mera expectativa que tenía el fideicomisario fallecido.”⁸⁰

En la Doctrina I de la Superintendencia de Compañías, publicada el 1 de enero de 2011⁸¹ se menciona que “Las cuotas de participación fiduciaria en un fideicomiso mercantil son derechos personales o créditos que se tiene respecto de la fiduciaria, susceptibles de transferencia por cesión ordinaria en la forma establecida para el efecto por los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, cesión que implica la sujeción a los términos y condiciones establecidas en el contrato y la expectativa de recibir el bien una vez concluidas las instrucciones irrevocables impartidas por el constituyente”; es decir que todo dependerá del cumplimiento de las instrucciones y condiciones que se estipule en el contrato de Fideicomiso, sin tener garantía de la entrega del patrimonio autónomo al Beneficiario, teniendo éste una mera expectativa sujeta a terceros.

Todo esto en consecuencia de que el patrimonio autónomo es independiente y separado de los patrimonios del Constituyente, Fiduciario y Beneficiario. Bajo esta premisa, los bienes que integran el patrimonio autónomo son inembargables por mandato imperativo de la Ley de Mercado de Valores en concordancia con las disposiciones del Código Civil, bajo los siguientes parámetros:

1. “Los bienes que integran el patrimonio autónomo de un fideicomiso mercantil, no son objeto de medidas preventivas o precautelatorias, ni de embargo, por los acreedores del constituyente o del beneficiario, con excepción de existir un pacto que lo permita, previsto en el respectivo contrato.
2. Dichos bienes en ningún caso podrán ser objeto de embargo o de medidas preventivas o precautelatorias por deudas u obligaciones del fiduciario.
3. Los bienes patrimoniales de un fideicomiso, sí pueden ser embargados y objeto de medidas precautelatorias o preventivas, por obligaciones contraídas por el fideicomiso, a través de su representante legal, el fiduciario.
4. Los acreedores del beneficiario, sí pueden perseguir los beneficios y derechos que a éste le corresponden en atención a los efectos propios del contrato de

⁸⁰ Puede transmitirse el derecho del fideicomisario a sus herederos? [En línea]: <http://www.gerencie.com/puede-transmitirse-el-derecho-del-fideicomisario-a-sus-herederos.html>

⁸¹ Doctrina, “Los únicos valores que son emitidos por un fideicomiso, conforme lo prevé la Ley de Mercado de Valores son los que provienen de procesos de titularización cuando el mecanismo utilizado para titularizar sea un fideicomiso mercantil”, [en línea]: <http://181.198.3.74/wps/wcm/connect/16260f2e-ca86-438b-8d29-1b1c4155dae9/20110811063151.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=16260f2e-ca86-438b-8d29-1b1c4155dae9>

fideicomiso, mas no sobre los bienes que integran el patrimonio autónomo, pues son de propiedad del fideicomiso.”⁸²

Lo que pueden perseguir los acreedores del beneficiario son los derechos fiduciarios que el Beneficiario registra en sus activos. Estos derechos si son susceptibles de medidas cautelares y de embargo.

La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, mediante Resolución No. 020-2014-V, la misma que se encuentra en el Anexo I del presente trabajo, resolvió sustituir el artículo 9 del Capítulo I Sección IV Titulo V de la Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores por el siguiente:

“Artículo 9.- Cesión de Derechos.- los constituyentes y los beneficiarios del negocio fiduciario pueden ceder sus derechos, siempre que no esté prohibido por el contrato. La cesión de derechos deberá instrumentarse con las mismas solemnidades y autorizaciones utilizadas para la constitución del negocio fiduciario. El instrumento que contenga la cesión de derechos deberá incluir, además de los elementos del contrato de cesión, el detalle de las anteriores cesiones de derechos que han acontecido dentro del negocio fiduciario; y la determinación de si el título que precede a la cesión es oneroso o gratuito. En el caso de que los derechos cedidos tengan relación con bienes inmuebles, deberá otorgarse por escritura pública y anotarse en el Registro de la Propiedad del cantón en el que se hallen ubicados...”⁸³

Con esta resolución ya no solo se ceden los derechos de Beneficiario sino también los del Constituyente, anteriormente se permitía la novación; derechos que no se los podía ceder con la normativa anterior, argumentando que los negocios fiduciarios son actos de confianza; siendo los titulares de los derechos fiduciarios el constituyente y/o beneficiario del fideicomiso mercantil, a quienes les corresponde recibir los bienes que representan el patrimonio constituido y/o los resultados obtenidos en el negocio fiduciario. Que el derecho fiduciario es de carácter personal, de contenido económico, y su dinamica debe permitir el intercambio económico, por lo que se debe permitir su cesión. Que es responsabilidad de la Fiduciaria estructurar los contratos de fideicomisos mercantiles de tal manera que los derechos fiduciarios asociados a la operación comercial que implementen queden debidamente configurados, así como determinar con precisión y claridad los derechos y

⁸² Doctrina No. IV, “Los bienes que integran el patrimonio autónomo de un fideicomiso son inembargables”, [en línea]: <http://181.198.3.74/wps/wcm/connect/f6f9b9bb-c039-4d20-ad01-9c850dff3745/20110811092216.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f6f9b9bb-c039-4d20-ad01-9c850dff3745>

⁸³ Resolución No. 020-2014-V de 4 de diciembre de 2014 emitida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

obligaciones que atañen al fideicomitente, al beneficiario y fiduciario.⁸⁴ En consecuencia, según mi punto de vista, todo dependerá del contrato, que se estipule en el mismo y los derechos de cada uno.

La Ley de Mercado de Valores, establece que los derechos de los Constituyentes son los siguientes:

“Art. 126.- Derechos del constituyente.- Son derechos del constituyente del fideicomiso mercantil:

- a. Los que consten en el contrato;
- b. Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil;
- c. Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta el C.N.V., sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales; y,
- d. Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa leve en el desempeño de su gestión.”⁸⁵

Los Derechos de los Beneficiarios consisten en:

1. “Los que consten en el contrato;
2. Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil;
3. Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta el C.N.V., sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales;
4. Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa grave o culpa leve en el desempeño de su gestión;
5. Impugnar los actos de disposición de bienes del fideicomiso mercantil realizados por el fiduciario en contra de las instrucciones y finalidades del fideicomiso mercantil, dentro de los términos establecidos en la ley; y,
6. Solicitar la sustitución del fiduciario, por las causales previstas en el contrato, así como en los casos de dolo o culpa leve en los que haya incurrido el fiduciario, conforme conste de sentencia ejecutoriada o laudo arbitral y, en el caso de disolución o liquidación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos.”⁸⁶

⁸⁴ Resolución No. 020-2014-V de 4 de diciembre de 2014 emitida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

⁸⁵ Ecuador, Código Orgánico Monetario Y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, Quito, Ecuador, 12 de septiembre de 2014, Art. 126

⁸⁶ Ecuador, Código Orgánico Monetario Y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, Quito, Ecuador, 12 de septiembre de 2014, Art. 127

La Ley no establece cuales son los derechos de las Administradoras de Fondos y Fideicomisos como lo hace con los derechos de Constituyente y Beneficiario.

La doctrina coincide en la independencia del patrimonio autónomo en relación a los bienes del fiduciario y del constituyente, y es en este sentido que Jorge Hugo Lescaja en su obra “Práctica del Fideicomiso” manifiesta:

“La creación de un patrimonio independiente y desvinculado de los patrimonios particulares de los sujetos intervinientes en el contrato fideicomisorio, constituye el principal y primigenio efecto del instituto, lo que resulta primordial para el acabado cumplimiento del pacto de fiducia y la consecuente gestión encomendada”. De igual forma, Alicia Puerta de Chacón en su obra “El Dominio Fiduciario” dice: “el aspecto verdaderamente innovador del fideicomiso tipificado es que sobre los bienes fideicomitidos se constituye un “patrimonio separado” del patrimonio del fiduciario y del fiduciante”.⁸⁷

⁸⁷ Doctrina No. IV, “Los bienes que integran el patrimonio autónomo de un fideicomiso son inembargables”, [en línea]: <http://181.198.3.74/wps/wcm/connect/f6f9b9bb-c039-4d20-ad01-9c850dff3745/20110811092216.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f6f9b9bb-c039-4d20-ad01-9c850dff3745>

CAPÍTULO III - LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE AL POSIBLE ACTO CONFISCATORIO AL EJERCER LA FACULTAD DE LEGISLAR.

La Constitución de la República del Ecuador, como lo vimos en el Capítulo anterior, prohíbe expresamente la confiscación por parte del Estado; para que éste pueda cumplir su rol social tiene la facultad de expropiar, una cosa muy distinta a la confiscación; así como la facultad de decomisar e incautar, figuras totalmente amparadas por la Ley.

Pese a que existe una prohibición expresa para la confiscación, considero después del análisis realizado, que el Estado si incurrió en una confiscación ya que al dar de plazo vencido a los fideicomisos donde la AGD era Constituyente o Beneficiaria y pasar todos esos derechos al Ministerio de Finanzas y posteriormente a la UGEDEP, dependencias del Estado, conforme la Ley de Reordenamiento en Materia Económica Tributario Financiera (1998 – en la actualidad derogada); la Ley de Creación de Seguridad Financiera (2008); y, el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (2010), proceso que se desarrolla más adelante; sin haber resarcido los valores o derechos que tenían a favor terceros que formaban parte de los Fideicomisos. Se evidencia claramente un interés político ya que el Estado pasó a ser propietario de los bienes y derechos que formaron parte de los fideicomisos, propiedad privada, sin considerar nuevamente, que en la mayoría de los fideicomisos no actuaba solo la AGD sino existían terceros perjudicados.

Para tratar este tema analizaremos el siguiente caso práctico:

SESIÓN III.1 - ANÁLISIS DEL CASO PRÁCTICO DEL FIDEICOMISO “LA GERMANIA”.

Mediante escritura pública celebrada el veintiséis (26) de julio de dos mil dos (2002) e inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Guayaquil el diez (10) de octubre de dos mil dos (2002) se constituyó el fideicomiso mercantil de administración de bienes “La Germania”, que en adelante se denominará el FIDEICOMISO LA GERMANIA o simplemente el FIDEICOMISO.

A la celebración del contrato comparecieron en calidad de CONSTITUYENTE la compañía Viatécnica S.A., compañía que en la actualidad se encuentra activa, y cuya actividad económica es la prospección, exploración, adquisición, explotación de toda clase de minas, fundición, refinación y comercialización de toda clase de minerales, metales, etc., conforme se demuestra en el Anexo 4; de beneficiario la propia constituyente y como fiduciario la compañía EUROASSETS ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDUCIA S.A.

Euroassets Administradora de Fondos y Fiducia S.A., fiduciaria incautada cuyo único accionista (100%) es el Fideicomiso Mercantil AGD-CFN No Más Impunidad, en la actualidad la Superintendencia de Compañías y Valores refleja que la compañía se encuentra cancelada, manteniendo en su patrimonio fideicomisos.

Al patrimonio autónomo del fideicomiso se aportó un inmueble consistente en un lote de terreno denominado Lote VII de aproximadamente trescientas setenta (370) hectáreas., ubicado en la vía Guayaquil – Daule, parroquia Pascuales, cantón Guayaquil, Provincia de Guayas.

El objeto y finalidad del fideicomiso consistía en la administración de los bienes fideicomitidos para que una vez que lo instruya el CONSTITUYENTE a la FIDUCIARIA, éstos sean transferidos a terceros bajo cualquier título o modo.

A partir de la constitución del fideicomiso se celebraron cesiones de derechos fiduciarios, cesiones que son consecuencia del incumplimiento de obligaciones vencidas que la compañía Viatécnica mantenía con varias instituciones Financieras (IFIS) y con la Agencia de Garantía de Depósitos. La AGD adquirió la cartera vencida que Filanbanco tenía con el Grupo Manzur, mediante un convenio de dación en pago de 3 de julio de 2002, endosando un documento de crédito a favor de la AGD.

En base a la información proporcionada en el 2002 por el departamento de riesgos de Filanbanco S.A., el grupo Manzur está integrado por las siguientes empresas: Carlos Manzur Pérez, en su calidad de empresario; Agro Industrial Reforestador, hacienda ganadera; Automotores y Carrocería Pantera, ensamblaje de motonetas Vespa; Diario el Meridiano,

publicación y comercialización del diario; E.Q. Editorial Impresiones Gráficas, imprenta; Agrolaurel S.A., explotación agropecuaria; y Capromar S.A., camaronera.

Mediante el Convenio de Dación en Pago, suscrito entre la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD) y Filanbanco S.A., ésta última endosó documentos de crédito del Ing. Carlos Alberto Manzur Pérez, por sus propios derechos; AGRO INDUSTRIAL REFORESTADOR AGROCHANUL S.A., representadas legalmente por el Ab. Carlos Manzur Sandoval; y ELSA WONG GUERRA, garantizada personalmente por el Ing. Carlos Manzur Pérez.

Mediante escritura pública celebrada el dieciséis (16) de agosto de dos mil dos (2002) ante el Notario Séptimo del cantón Guayaquil, abogado Eduardo Falquéz Ayala e inscrito en el Registro de la Propiedad del Cantón Guayaquil el diez (10) de octubre del dos mil dos (2002), la FIDUCIARIA suscribió una cesión de derechos de beneficiario, por un doce por ciento, del Fideicomiso Mercantil de Administración de Bienes “La Germania”, entre el CONSTITUYENTE en calidad de cedente; y, la Agencia de Garantía de Depósitos AGD en calidad de cesionaria.

Las cesiones de derechos celebradas son las siguientes:

Fecha	Inscripción	Cedente	Cesionario	%	Objeto de la cesión
16/08/02	10/10/2002	Viatécnica S.A.	Agencia de Garantía de Depósitos (AGD)	12%	Dación en pago
23/12/02	30/12/2002	Viatécnica S.A.	Filanbanco S.A. en Liquidación	11.20%	Dación en pago
23/12/02	30/12/2002	Viatécnica S.A.	Filanbanco S.A. en Liquidación	4.32%	Dación en pago
03/02/03	25/02/2003	Viatécnica S.A.	Filanbanco S.A. en Liquidación	0.87%	Dación en pago
05/09/03	23/09/2003	Viatécnica S.A.	Banco del Progreso en Saneamiento	0.31%	Dación en pago
05/09/03	23/09/2003	Viatécnica S.A.	Banco del Progreso en Saneamiento	0.21%	Dación en pago
05/09/03	23/09/2003	Viatécnica S.A.	Banco del Azuay en Saneamiento	0.43%	Dación en pago
12/09/03	29/10/2003	Viatécnica S.A.	Banco de Préstamos en Saneamiento	0.60%	Dación en pago
03/10/03		Viatécnica S.A.	Banco Solbanco en Saneamiento	0.21%	Rectificación y ratificación de la escritura de cesión de derechos de fecha 5 de septiembre de 2003 a favor de Solbanco en vez de Banco del Progreso en Saneamiento.

El segundo inciso de la Quinta Disposición Transitoria de la Ley de Creación de Red de Seguridad Financiera, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. Cuatrocientos noventa y ocho (498), de treinta y uno (31) de diciembre de dos mil ocho (2008), dispuso que:

“La Agencia de Garantía de Depósitos mantendrá su vigencia jurídica a partir de la publicación de la presente Ley en el Registro Oficial, por el plazo de un año [...]

Una vez extinguida la Agencia de Garantía de Depósitos, sus activos, derechos, así como las competencias establecidas en los Arts. Veintisiete (27) y veintinueve (29), inciso final de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica, en el Área Tributario-Financiera, serán ejercidos por el Ministerio de Finanzas.”

Mediante Decreto Ejecutivo No. Doscientos dos (202) del treinta y uno (31) de Diciembre de dos mil nueve (2009), publicado en el Registro Oficial ciento nueve (109) el catorce (14) de enero de dos mil diez (2010), se dispuso que el Ministerio de Finanzas asuma, a partir del primero (1º.) de Enero de dos mil diez (2010), las competencias, activos y derechos que en virtud de la extinción de la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD) debe ejercer dicha Cartera de Estado.

En virtud de que la AGD se extinguió el treinta (31) de diciembre de dos mil nueve (2009), de conformidad con el Decreto Ejecutivo No. Doscientos dos (202) antes referido, el nuevo Beneficiario del Fideicomiso La Germania pasó a ser el Ministerio de Finanzas.

Cabe hacer un pequeño análisis respecto a la capacidad legal o la facultad del Ministerio de Finanzas para asumir los activos y derechos de la ex AGD; tomando en cuenta que la misión del Ministerio es una “eficaz definición, formulación y ejecución de la política fiscal de ingresos, gastos y financiamiento público; que garantice la sostenibilidad, estabilidad, equidad y transparencia de las finanzas públicas”⁸⁸; no encontramos ninguna relación entre las finanzas públicas y los derechos fiduciarios donde la ex AGD era constituyente o beneficiario, tampoco la facultad de convertirse en cesionario de dichos fideicomisos. La Ley faculta a las instituciones públicas a ser parte de los fideicomisos, siempre y cuando se cumplan con ciertas formalidades como en el 2008 en la Ley de Mercado de Valores de ese año, el Art. 115 que establecía, “...Las instituciones del sector público que actúen en tal calidad, se sujetarán al reglamento especial que para el efecto expedirá el C.N.V.”; y que el contrato debió prever dicha posibilidad; formalidades que no fueron tomadas en cuenta sino fue la imposición de una Ley.

El primer inciso de la Décima Disposición Transitoria del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, publicado en el Segundo Suplemento del registro Oficial

⁸⁸ Ministerio de Finanzas, [en línea]: <http://www.finanzas.gob.ec/el-ministerio/>

No. Trescientos seis (306) de veintidós (22) de octubre de dos mil diez (2010), dispuso lo siguiente:

“Los activos, derechos y competencias que se transfirieron al Ministerio de Finanzas de conformidad con la Disposición Transitoria Quinta de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, pasarán a partir de la publicación de la presente Ley a la Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público (UGEDEP) del Fideicomiso AGD CFN NO MAS IMPUNIDAD. Para dicho efecto se emitirá el correspondiente acto administrativo.

Las Superintendencias, los registradores de la Propiedad, Mercantil o responsables de cualquier otro registro público, procederán a registrar la nueva titularidad de estos bienes en base a esta Ley y el oficio o instrumento que emitirá el Ministerio de Finanzas para tal efecto.

En todos los fideicomisos en los que la ex - AGD fue constituyente y/o beneficiada, los plazos o condiciones con valor de plazo que constan en los contratos de fideicomiso que estableció o mantuvo la ex AGD y que fueron traspasados al Ministerio de Finanzas se declaran vencidos, y el Ministerio de Finanzas procederá a entregar los activos, bienes y derechos constantes en dichos contratos a la unidad de gestión y ejecución del Fideicomiso AGD-CFN NO MAS IMPUNIDAD.

El Fideicomiso AGD CFN NO MAS IMPUNIDAD, con sus propios recursos, podrá realizar todos los actos de administración financiera necesarios para la adecuada gestión de las empresas bajo su control, y podrá disponer de las utilidades que unas reporten, para la capitalización de otras, pudiendo también autorizar la entrega de recursos entre ellas a título de mutuo, previa entrega de las garantías y seguridades que se estilan.

También el Fideicomiso AGD CFN NO MAS IMPUNIDAD reconocerá los pasivos legalmente garantizados y que consten en los balances de los bancos a la fecha de su finiquito.”

Mediante Decreto Ejecutivo número quinientos cincuenta y tres (553) del dieciocho (18) de noviembre de dos mil diez (2010), se creó la Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público del Fideicomiso AGD-CFN NO MAS IMPUNIDAD; decreto que estableció que la Unidad debe regirse por la misma estructura que mantuvo la Coordinación General de Administración de Activos y Derechos ex AGD, creada por el Ministerio de Finanzas mediante Acuerdo Ministerial No. 049, publicado en el Registro Oficial No. 156 de 23 de marzo de 2010. La UGEDEP estuvo dirigida por el Presidente de la Junta del Fideicomiso Mercantil AGD-CFN No Más Impunidad, en su calidad de delegado del Presidente de la

República (Pedro Delgado). La UGEDEP sucedió al Ministerio de Finanzas y a la ex AGD en su condición de constituyente y beneficiario del Fideicomiso AGD-CFN No Más Impunidad.

El numeral 3.3 del artículo 3 de la Sección I “De los Informes Previos” de la Resolución No. JB-2009-1427 de 21 de septiembre del 2009 dispone que “La recomendación para que el Superintendente instruya que la junta de acreedores, o el consejo temporal de liquidación, o a falta de estos, el mismo Superintendente, de conformidad con las atribuciones que les otorga el inciso tercero del artículo 155 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero autorice al Liquidador para que resuelva la transferencia de activos de la institución financiera en liquidación, a otra institución del sistema financiero que tenga competencia legal para llevar a cabo procedimientos coactivos de cobro.

Por esta razón, mediante oficio número SBS-INJ-SAL-2009-1337 de 15 de diciembre del 2009, la ingeniera Gloria Sabando García, Superintendente de Bancos y Seguros comunica al ingeniero Christian Ruiz H., Gerente General del Banco Central del Ecuador, que “... en la reunión de trabajo celebrada en la ciudad de Guayaquil, el día martes 17 de noviembre del año en curso, con la presencia del señor Presidente Constitucional de la República, economista Rafael Correa Delgado, de los miembros de su Directorio, y su representante legal, se designó al Banco Central del Ecuador como la entidad del sistema financiero que intervendrá como cesionaria dentro del referido proceso. En tal virtud, corresponde al banco de su representación, previo conocimiento y anuencia expresa de su Directorio, receptor los bienes de las entidades en liquidación, cuya transferencia ha sido instruida por este organismo de control a través de sendos oficios dirigidos a los liquidadores, a efectos de que suscriban las correspondientes escrituras públicas, en el marco de la Resolución No. JB-2009-1427[...].”

En consecuencia de todo lo anterior, la Fiduciaria registró como beneficiarios del Fideicomiso La Germania a:

#	Beneficiarios actuales	%
1	Ministerio de Finanzas	12%
2	Banco Central del Ecuador	17.94%
3	Viatécnica S.A.	70.06%

Se entiende incorporada la Disposición Transitoria Décima del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, la misma que en el segundo inciso dispone que: "...Las Superintendencias, los registradores de la Propiedad, Mercantil o responsables de cualquier otro registro público, procederán a registrar la nueva titularidad de estos bienes en base a esta Ley y el oficio o instrumento que emitirá el Ministerio de Finanzas para tal efecto..."

La Superintendencia de Compañías mediante oficio No. SC.IMV.C.G.11.122-0012970, de 2 de junio de 2011 notificó a la FIDUCIARIA que en cumplimiento de disposiciones legales EUROASSETS deberá transferir los activos y derechos que se encuentran en el patrimonio autónomo de los fideicomisos mercantiles administrados por EUROASSETS a la Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público del Fideicomiso AGD-CFN NO MAS IMPUNIDAD.

No se formalizaron las escrituras públicas de terminación y liquidación del fideicomiso mercantil de Administración de bienes "La Germania", modelos que debieron ser usados para el efecto; los mismos que se adjuntan en los anexos del presente trabajo. (Anexos 2 y 3)

Algunas Fiduciarias que administraban los Fideicomisos donde la ex AGD pasó a ser Constituyente y Beneficiario dejaron de operar por diversas razones, la principal porque fueron incautadas por el Estado. Al no tener actividad la Fiduciaria, los fideicomisos dejaron de estar operativos, y no cumplieron con sus obligaciones.

En este caso específico, Euroassets Fiduciaria del Fideicomiso La Germania, debía ser reactivada o sustituida, contar con un representante legal, cumplir sus obligaciones ante la Superintendencia de Compañías, el SRI y el IESS, y así también cumplir con las obligaciones del Fideicomiso, a más de esto dar por terminado y liquidar el Fideicomiso La Germania, pese a que la norma ya lo dio de plazo vencido. La Fiduciaria como representante del Fideicomiso podría entregar el inmueble a los Beneficiarios (3), previo a esto los tres Beneficiarios deben estar de acuerdo con la entrega en los porcentajes que les corresponde, cumplir con las deudas pendientes a cuidadores del inmueble, impuestos prediales y principalmente declarar en propiedad horizontal el inmueble para poder entregar conforme

corresponde, pero si se dio el Fideicomiso de plazo vencido, jurídicamente cómo es posible realizar todas estas actividades pendientes.

En este caso específico, el legislador no contempló todas las obligaciones pendientes, mencionadas en el párrafo precedente, por ejemplo: i) el estado de la Fiduciaria, misma que fue incautada y se encontraba inactiva por incumplimiento ante los entes de control y principalmente por falta de un representante legal o administrador; ii) el estado de los inmuebles, los cuales se encontraban en un proceso coactivo por parte de la M.I. Municipalidad de Guayaquil para el incumplimiento del pago de impuestos prediales desde el 2003, así como tampoco se encontraban declarados en propiedad horizontal; y, iii) no contempló el procedimiento establecido en la Ley de Mercado de Valores para dar por terminados los fideicomisos; conforme el artículo 134 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley de Mercado de Valores.⁸⁹

Podemos encontrar que la doctrina, sobre la terminación de un contrato privado por ley, nos menciona:

“Por la terminación (o cesación) judicial pierde el contrato su fuerza para lo futuro, mas quedan en pie los efectos hasta entonces surtidos. Existió desde que fue concertado hasta que tuvo fin, y mientras existió nacieron de él obligaciones y derechos que se respetan. He aquí el sentido de la terminación, aplicable de preferencia a los contratos llamados de tracto sucesivo, ejecutorios por oposición a ejecutados, cuyo cumplimiento se hace en prestaciones periódicas o paulatinas. No así la resolución judicial. [Con esta, el contrato] se extingue retroactivamente desde su nacimiento; se borra; se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanaron; se vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse; se tiene la convención por no celebrada *...+ La resolución obra doblemente sobre el contrato: para lo futuro, quitándole su fuerza; para lo pasado, deshaciendo sus efectos. *...+ No hay duda de que un contrato resuelto queda retroactivamente anulado. Nació válido. Pero el incumplimiento de una parte,

⁸⁹ Ecuador, Código Orgánico Monetario Y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, Quito, Ecuador, 12 de septiembre de 2014., **Art. 134.**- Terminación del fideicomiso mercantil.- Son causas de terminación del fideicomiso mercantil o del encargo fiduciario, además de las previstas en el contrato constitutivo, las siguientes:

a) El cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato; b) El cumplimiento de las condiciones; c) El cumplimiento o la falla de la condición resolutoria; d) El cumplimiento del plazo contractual; e) La imposibilidad absoluta de cumplir con la finalidad establecida en el acto constitutivo; f) La sentencia ejecutoriada dictada por autoridad judicial competente o el laudo arbitral, de conformidad con la ley; g) La resciliación del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que no afecte los derechos del constituyente, de los constituyentes adherentes, del beneficiario, de acreedores del fideicomiso mercantil o de terceros; y, h) La quiebra o disolución del fiduciario, siempre que no exista sustituto.

alegado y comprobado por la que demuestra su incumplimiento, obliga al juez a eliminarlo”⁹⁰

“Sin embargo, la posibilidad de la terminación unilateral del contrato es permitida por el mismo legislador o es admisible en especiales vínculos contractuales como los de duración indefinida, los de larga duración y en donde la confianza constituye el fundamento de la relación jurídica.”⁹¹

SESIÓN III.2 - LA CONFISCACIÓN Y LA EXPROPIACIÓN EN EL ESTADO ECUATORIANO

Los términos como expropiación, confiscación, decomiso e incautación; que mantienen similitudes y grandes diferencias a la vez; los definiremos a continuación:

Expropiación: “Desposeimiento o privación de la propiedad, por causa de utilidad pública o interés preferente, y a cambio de una indemnización previa.”⁹²

⁹⁰<http://www.garridorengifo.com/bienvenidos/doc/La%20Terminaci%F3n%20y%20la%20resoluci%F3n%20unilateral%20del%20contrato.pdf>

Cas., 26 de noviembre de 1935, XLIII, 391; 26 de abril de 1952, LXXII, 713. “Si bien en el contrato sinalagmático de ejecución sucesiva, la terminación no opera sobre el tiempo pasado cuando el contrato ha sido ejecutado regularmente, la resolución judicial por falta de cumplimiento o por cumplimiento imperfecto desde un principio, entraña el aniquilamiento retroactivo del contrato”: cas. Francesa, sec 3ª, 30 de abril de 2003, citada por F. HINESTROSA “Las restituciones consecuenciales a la eliminación del contrato”, en AA.VV. Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, p. 466, nota No. 10. “Los contratos sucesivos no pueden ser resueltos, porque no se pueden volver las cosas al estado anterior *...+ De ahí se sigue que en caso de inejecución de una parte para con la otra, el contrato no pueda ser resuelto en el sentido exacto del término, sino eventualmente terminado. La ‘terminación’, a diferencia de la ‘resolución’ pone fin al contrato hacia el futuro, pero no puede desembocar en una restitución de algo que fue irremediamente hecho o adquirido”: B.STARK, H. ROLAND, L.BOYER, Obligations, 2, Contrat et quasi-contrat. Régime général, Paris, Litec, 1992, No. 112, p. 37 y s., citado también por F. HINESTROSA, ob cit., p. 482, nota No. 62. “Si el incumplimiento se produce en el curso del desarrollo de un contrato de ejecución continúa o periódica, el efecto de la resolución no concierne a las prestaciones ejecutadas precedentemente”: Artículo 114.5 del “Código europeo de los contratos” (Proyecto Gandolfi).

⁹¹<http://www.garridorengifo.com/bienvenidos/doc/La%20Terminaci%F3n%20y%20la%20resoluci%F3n%20unilateral%20del%20contrato.pdf>

Cfr. LUIS FELIPE BOTERO. “Apuntes sobre la terminación unilateral de los contratos en derecho privado colombiano”, en AA.VV. La Terminación del Contrato, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 365 a 390. Para este autor, en derecho privado colombiano no existe una prohibición general que impida terminar un contrato unilateralmente: “La jurisprudencia nacional no es totalmente ajena al reconocimiento del desistimiento como estipulación lícita, soportada exclusivamente en su consagración legal o para aquellos negocios en los que no se pacta el plazo o se frustra la confianza de una de las partes”: p. 384.

⁹² Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Eliasta S.R.L, 2000, pág. 160.

Confiscación: “Adjudicación que se hace al Estado, Tesoro Público o Fisco de los bienes de propiedad privada, generalmente de algún reo, La Const.esp. de 1827 estableció, por vez primera, la abolición de la confiscación general de bienes (artículo 10).”⁹³

Decomiso: “Declarar algo en comiso”⁹⁴ Comiso: “confiscación de carácter especial, de una o varias cosas determinadas. Sirve para designar la pena en la que incurre quien comercia con géneros prohibidos, de pérdida de la mercadería. Pérdida que, cuando se estipula tal sanción sufre quien incumple un contrato. Cosa decomisada o caída en comiso pactado”.⁹⁵

Incautación: “Apoderamiento o toma de posesión que, en virtud de atribuciones legales o razón imperiosa de pública necesidad, lleva a cabo la autoridad judicial, militar o de otra índole.”⁹⁶

Confiscación y decomiso son dos figuras jurídicas afines, pero con características propias que las distinguen. Por la primera, debe entenderse la apropiación violenta por parte de la autoridad, de la totalidad de los bienes de una persona o de una parte significativa de los mismos, sin título legítimo y sin contraprestación; en tanto que el decomiso es aquel que se impone a título de sanción, por la realización de actos contra el tenor de leyes prohibitivas o por incumplimiento de obligaciones de hacer a cargo de los gobernados con la nota particular de que se reduce a los bienes que guardan relación con la conducta que se castiga, o sea, los que han sido utilizados como instrumento para la comisión de un delito o infracción administrativa, los que han resultado como fruto de tales ilícitos o bien los que por sus características, representan un peligro para la sociedad.⁹⁷

La incautación, en cambio, encierra dos diferencias medulares con relación al decomiso. En primer lugar, la incautación entraña la desposesión definitiva de los bienes asegurados, por tanto, la incautación no es temporal o provisional, sino definitiva y permanente. Y en

⁹³ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Eliasta S.R.L, 2000, pág. 85.

⁹⁴ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Eliasta S.R.L, 2000, pág. 113.

⁹⁵ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Eliasta S.R.L, 2000, pág. 77.

⁹⁶ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Eliasta S.R.L, 2000, pág. 200.

⁹⁷ Jurisprudencia y Tesis Aislada – 9ª Época, Folio: 10803, “Confiscación y Decomiso. Sus Diferencias Básicas”, [en línea]: <http://info4.juridicas.unam.mx/const/tes/9/22/10803.htm>

segundo lugar, la incautación sólo procede para asegurar bienes de ilícito comercio. A modo de ejemplo, las drogas, alimentos contaminados, medicamentos en mal estado, cintas cinematográficas copiadas, son bienes susceptibles de incautación y nunca de decomiso; son bienes de ilícito comercio y, por tanto, destinados a su destrucción, inutilización o uso excepcional. De igual modo, sobre aquellos bienes cuya posesión configura la comisión de un hecho punible (v.gr. bienes provenientes del contrabando o el arma de fuego cuyo porte es prohibido) se impone su ocupación a título de incautación, en consecuencia, respecto al tenedor de tales objetos la medida comporta la pérdida definitiva de la propiedad del bien. A decir de Tamayo, “el decomiso no persigue un apoderamiento definitivo de los bienes sino temporal, en tanto que la incautación sí, pues lo incautado no está sujeto a devolución, ni siquiera en caso de absolución del imputado. Ambas son medidas de aseguramiento (‘ocupación’) destinadas a permitir una prueba sobre ellos, que generan consecuencias jurídicas diferentes” (Tamayo Rodríguez, José Luis. “Medidas Cautelares o de Coerción Real...”. Caracas, 2002.). Consecuencialmente, incautación y decomiso no son términos sinónimos en cuanto a los efectos jurídicos que producen su imposición. El bien decomisado es susceptible de ser devuelto a su tenedor o propietario una vez satisfechas las exigencias de las labores de investigación que motoriza el representante del Ministerio Público. Los bienes incautados, en cambio, sólo tienen un único destino: su destrucción, inutilización o su uso excepcional en supuestos específicos como los contenidos en la ley de drogas.⁹⁸

La expropiación, diferenciándose completamente del resto de términos tiene a favor del propietario del inmueble una compensación por parte del Estado.

En el caso de expropiación, el valor catastral es el valor que paga el Estado; es el valor sobre el cual se calcula el impuesto que paga el propietario del inmueble. El valor catastral se determina tomando en cuenta, entre otros aspectos, el valor del suelo, la antigüedad del inmueble, la valoración de la zona, el estado de conservación, la calidad de los materiales y la depreciación. El Municipio puede incluir otros criterios en la fijación de los precios,

⁹⁸ Doctrina del Ministerio Público 2011, “Medidas de Aseguramiento Probatorio”, [en línea]: http://www.mp.gob.ve/doctrina_2012/Other/imagenmenu_acta/PDF%20doctrinas%202011/Derecho%20Penal%20Adjetivo/MEDIDAS%20DE%20ASEGURAMIENTO%20PROBATORIO.pdf

convirtiéndose en la parte que decide el precio de la expropiación perjudicando al propietario y beneficiándose de esa facultad.⁹⁹

En el juicio de expropiación, los jueces están obligados a sujetarse al precio establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad, siendo los propietarios perjudicados ya que el valor comercial difiere del catastral; lo ideal sería que coincidan los avalúos comercial y catastral.

La privación a los propietarios por necesidad o utilidad pública no se puede cuestionar, el bien común lo justifica, siempre que se entregue la compensación justa y previa. Si la compensación no es justa, se trata de una confiscación parcial y la confiscación está prohibida en nuestra Constitución. La Ley establece que se puede negociar un acuerdo en el precio siempre que no pase del 10% del avalúo catastral y que no se tarde más de noventa días y en todo caso sin afectar la ocupación inmediata del inmueble. Si el juicio se dilata por mucho tiempo, el propietario sufre también las consecuencias de la privación del bien durante el tiempo que los jueces tarden en dar su fallo.¹⁰⁰

Tomando en cuenta como lo mencionamos en párrafos anteriores, la confiscación es una figura a fin del decomiso, por lo que podemos decir lo siguiente entre confiscación e incautación:

“La confiscación, comiso o decomiso, en Derecho, es el acto de incautar o privar de las posesiones o bienes sin compensación, pasando ellas al erario público. En Argentina la confiscación de bienes ha quedado abolida del derecho. Confiscar es en otras palabras, Privar de sus bienes a uno y pasarlos al Estado. Es un acto, generalmente político, por el que se priva de un bien a su legítimo propietario.

La Incautación es el supuesto, en el que el Estado, como sujeto activo, ocupa empresas mercantiles o industriales o se apropia de la totalidad de los títulos. Es un término exclusivo de las autoridades de policía, consiste en la aprehensión material. Retención y toma de

⁹⁹ El Comercio, Expropiación y Confiscación, [en línea]: <http://www.elcomercio.com.ec/opinion/expropiacion-y-confiscacion.html>

¹⁰⁰ El Comercio, Expropiación y Confiscación, [en línea]:
<<http://www.elcomercio.com.ec/opinion/expropiacion-y-confiscacion.html>>

posesión de un bien de manera coercitiva. Se verifica sobre objetos que sirvieron para perpetrar el delito, o sobre los productos del mismo.”¹⁰¹

Una vez analizados y comparados los conceptos y elementos, a continuación trataremos lo que considero una confiscación por parte del Estado ecuatoriano con los bienes y derechos de los Fideicomisos donde la ex AGD era constituyente y/o beneficiario.

SESIÓN III.3 - LA CONFISCACIÓN DE DERECHOS FIDUCIARIOS EN LOS FIDEICOMISOS DONDE LA EX AGD FUE CONSTITUYENTE Y/O BENEFICIARIO

Como vimos la normativa en párrafos anteriores, dejó de existir la AGD, pasaron los bienes al Ministerio de Finanzas, posteriormente se crea la UGEDEP y los bienes pasan a esta Unidad creada para el efecto.

“...En todos los fideicomisos en los que la ex - AGD fue constituyente y/o beneficiaria, los plazos o condiciones con valor de plazo que constan en los contratos de fideicomiso que estableció o mantuvo la ex AGD y que fueron traspasados al Ministerio de Finanzas se declaran vencidos, y el Ministerio de Finanzas procederá a entregar los activos, bienes y derechos constantes en dichos contratos a la unidad de gestión y ejecución del Fideicomiso AGD-CFN NO MAS IMPUNIDAD...”¹⁰²

Hay que tomar en cuenta un punto importante al momento de dichas transferencias, el valor por el cual se transfiere los inmuebles; sea al Ministerio de Finanzas o finalmente a la UGEDEP. La Ley no contempló dicho valor de transferencia, si es el valor registrado en el patrimonio del fideicomiso, o a un valor real, conforme avalúos actualizados o al valor del avalúo comercial conforme impuestos prediales, esto en el caso de bienes inmuebles; pero

¹⁰¹ Diferencia entre la confiscación y la incautación de bienes, [en línea]: <https://espanol.answers.yahoo.com/question/index?qid=20091207183142AAisZFS>

¹⁰² Ecuador, Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Quito, Ecuador, última reforma 12 de septiembre de 2014, [en línea]: disposición transitoria décima.

en el caso de bienes muebles, acciones y los derechos como tales, no se valoraron ni se identificó el responsable de dichas valoraciones.

El párrafo tercero de dicha transitoria estipula que los fideicomisos en los que la EX – AGD era constituyente o beneficiaria quedan de plazo vencido. Es la forma jurídica correcta para dar por terminado un fideicomiso? El Art. 1561 del Código Civil establece: “**Art. 1561.-** Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Como lo dice la doctrina en derecho todas las cosas se deshacen como se hacen, en consecuencia en el caso que sea necesaria una cesión es por escritura pública y en este caso que se dieron de plazo vencido, es decir terminados los fideicomisos, de igual manera se debía hacer mediante escritura pública de terminación y liquidación del fideicomiso. En el caso que no se pudiera suscribir las escrituras de terminación y liquidación se pudo haber aplicado la cláusula compromisoria del contrato de constitución con el objetivo de llegar a un acuerdo para el pago de honorarios, impuestos prediales y obligaciones tributarias con los beneficiarios y constituyente del fideicomiso. Procurar en la mediación un acuerdo con los BENEFICIARIOS para proceder con la restitución y/o liquidación y terminación del negocio fiduciario. Para el efecto, se necesitaba de recursos económicos para cancelar el costo que implica este método alternativo de solución de conflictos ante el Centro de Mediación a usarse, recursos que carecía la Fiduciaria.

En caso de que la mediación no solucione los conflictos materia de este fideicomiso, se podía aplicar la cláusula arbitral que consta en el segundo párrafo de la cláusula Vigésima Octava de la Escritura pública de constitución del fideicomiso. Para el efecto, se necesita de mayores recursos económicos para cancelar el costo que implicaría demandar por este método, no obstante su resolución sería más efectiva, oportuna y equitativa tanto para los beneficiarios como constituyente y fiduciaria.

Qué suceden con los derechos de los otros constituyentes o beneficiarios de dicho fideicomiso? La normativa no contempló los derechos de terceros que formaban parte del Fideicomiso, así como otros constituyentes, beneficiarios, fiduciaria, entidades públicas a las cuales se debía cumplir con obligaciones pendientes. Así como mencionamos anteriormente,

valores adeudados al Municipio de Guayaquil, al Servicio de Rentas Internas y a la misma Fiduciaria.

Son algunas inquietudes que al momento de tratar de cumplir con esta normativa, el legislador no contempló, principalmente la forma de dar por terminados los fideicomisos, establecida en el Art. 134 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley de Mercado de Valores; y, en consecuencia los derechos y obligaciones que se generan al momento de constituir un Fideicomiso.

Podemos considerar una confiscación de los derechos de beneficiario por parte del Estado al emitir esta norma?

Cómo vimos anteriormente, los bienes que forman parte del patrimonio autónomo de un fideicomiso mercantil, no son objeto de medidas preventivas o precautelatorias, ni de embargo, por los acreedores del constituyente o del beneficiario, pero, los derechos de beneficiario son susceptibles de estas medidas. Los Fideicomisos en los que era parte la ex AGD no mantenían procesos judiciales para que un Juez dicte medidas cautelares contra los derechos de beneficiario de los Fideicomisos, ni los bienes fueron expropiados y se recibió compensaciones, no se confiscó ni decomisó; simplemente se dieron de plazo vencido, dejando en el aire los derechos de beneficiarios, los bienes que forman el patrimonio autónomo, los derechos de las Fiduciarias, los valores pendientes de pago a entes de control y pago de impuestos. La norma establece que los bienes de la ex AGD se transferirán al Ministerio de Finanzas y este Ministerio transferirá a la UGEDEP¹⁰³, quien fue el órgano creado para la administración de los bienes de la ex AGD, quien debe obtener la real propiedad de activos cuya venta permita devolver las acreencias resultantes de la crisis bancaria, objetivo que no se pudo cumplir ya que en este caso específico, Fideicomiso La Germania, no se pudo ni se puede vender el inmueble.

El Código Orgánico Monetario Y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, literal i) del Art. 120 establece que los requisitos mínimos del contrato de Fideicomiso serán las

¹⁰³ Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público del Fideicomiso AGD-CFN NO MAS IMPUNIDAD UGEDEP. Creada mediante Decreto Ejecutivo número quinientos cincuenta y tres (553) del dieciocho (18) de noviembre de dos mil diez (2010).

condiciones generales o específicas para el manejo, entrega de los bienes, frutos, rendimientos y liquidación del fideicomiso mercantil; así, el Art. 134¹⁰⁴ establece las causales de terminación del fideicomiso mercantil, dentro de las cuales no se menciona que sea por disposición de otra ley.

Una vez analizada esta normativa, considero que era necesario, ya que la Fiduciaria, y el Fideicomiso no contaban con recursos para una mediación o arbitraje, respectivamente, se realicen escrituras de terminación y liquidación, formatos que adjunto en el presente trabajo, en el Anexo 2 y 3. Una opinión final sobre esta propuesta vs la ley que se expidió. Y cómo se defiende de manera concreta el derecho de los terceros de esta manera.

Con esta opción, de las escrituras de terminación y liquidación, cumplimos con el principio de Derecho que las cosas se deshacen como se hacen, en segundo lugar, estamos garantizando los derechos de todos los comparecientes y el consentimiento de dicha terminación y liquidación del fideicomiso, ya que al suscribir un contrato lo hacen sabiendo que es un objeto lícito, hay causa lícita, hay capacidad y consentimiento de todos; no existe arbitrariedad por ninguna de los comparecientes, caso contrario sería nulo dicho acto.

Al tener en cuenta que era necesario la suscripción de dichos contratos, vemos que también en la práctica, no se suscribieron los mismos, ya que no todas las partes tenían la capacidad jurídica para comparecer, ya no tenían existencia legal, en el caso de personas naturales exigían el cumplimiento de sus derechos establecidos en el contrato, no se podía entregar bienes inmuebles; entre otros inconvenientes comentados anteriormente.

Después del paso de unos años el propio gobierno se da cuenta que no es factible dar por terminados dichos fideicomisos y en el Suplemento del Registro Oficial No. 188 de 20 de febrero de 2014, se publica la Ley para el cierre de la crisis bancaria de 1999, mediante la

¹⁰⁴ Ecuador, Código Orgánico Monetario Y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores, Quito, Ecuador, 12 de septiembre de 2014. **Art. 134.**- Terminación del fideicomiso mercantil.- Son causas de terminación del fideicomiso mercantil o del encargo fiduciario, además de las previstas en el contrato constitutivo, las siguientes: a) El cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato; b) El cumplimiento de las condiciones; c) El cumplimiento o la falla de la condición resolutoria; d) El cumplimiento del plazo contractual; e) La imposibilidad absoluta de cumplir con la finalidad establecida en el acto constitutivo; f) La sentencia ejecutoriada dictada por autoridad judicial competente o el laudo arbitral, de conformidad con la ley; g) La resciliación del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que no afecte los derechos del constituyente, de los constituyentes adherentes, del beneficiario, de acreedores del fideicomiso mercantil o de terceros; y, h) La quiebra o disolución del fiduciario, siempre que no exista sustituto.

cual se ordena la terminación de los contratos de fideicomiso y el registro de los bienes a favor del Banco Central, esto conforme el artículo 1 de la Ley, que establece:

“Artículo 1.- Terminación de los contratos de fideicomiso y registro de bienes.- Los fideicomisos constituidos por las instituciones financieras extintas, sus compañías domiciliadas en el extranjero, empresas vinculadas o por compañías deudoras inactivas, cuyos activos debieron ser transferidos al Banco Central del Ecuador en virtud de la resolución de la Junta Bancaria No. JB-2009-1427 de 21 de septiembre de 2009, así como aquellos fideicomisos que contengan bienes que fueron entregados en dación en pago al Banco Central del Ecuador se terminarán de pleno derecho. Como consecuencia de la terminación de los contratos de fideicomiso, a partir de la publicación de la presente Ley en el Registro Oficial, el Banco Central del Ecuador tendrá el plazo de hasta ciento veinte (120) días para liquidar los fideicomisos, y las fiduciarias hasta ciento cincuenta (150) días adicionales para transferir de su patrimonio los inmuebles urbanos a favor del Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR y los inmuebles rústicos a favor del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, MAGAP; y, los bienes muebles, cartera y otros activos que tuvieran aportados a sus patrimonios autónomos a favor del Banco Central del Ecuador. Las cláusulas contractuales que establezcan condiciones que limiten u obstaculicen dichas transferencias y aquellas que establezcan cualquier tipo de honorarios, incluyendo honorarios y valores por restitución de los inmuebles, se tendrán por no escritas. El Banco Central del Ecuador cederá y transferirá a INMOBILIAR, MAGAP o el Ministerio de Cultura, según corresponda, los derechos que tuviere como beneficiario minoritario en los fideicomisos que le fueron traspasados en virtud de la resolución JB-2009-1427.”

Nuevamente el Estado emite una ley que da por terminados dichos fideicomisos de pleno derecho, sin establecer un procedimiento adecuado en derecho como se ha mencionado en el presente trabajo, la Ley establece la transferencia de los bienes que forman parte del patrimonio autónomo a Inmobiliar, Magap y Ministerio de Cultura así como la cesión de derechos fiduciarios que contenga el Banco Central. Con esto podemos darnos cuenta que el Estado entra a un círculo vicioso que en su momento empezó con la AGD, posteriormente Ministerio de Finanzas, luego UGEDEP, Banco Central y ahora con estas tres instituciones; no existe un procedimiento ortodoxo, claro que puedan seguir las fiduciarias, ni siquiera el propio Banco Central; basta con una simple instrucción para que los registradores inscriban los bienes conforme corresponda a nombre de Inmobiliar, Magap y Ministerio de Cultura, artículo 2¹⁰⁵ de la Ley en mención.

¹⁰⁵ Ecuador, Ley para el cierre de la crisis bancaria de 1999, Quito, Ecuador, última reforma 12 de septiembre de 2014, Artículo 2.- Registro de otros bienes.- Los registradores de la propiedad y mercantiles y la Agencia Nacional de Tránsito, a petición del Banco Central del Ecuador, inscribirán, sin costo alguno, a nombre de INMOBILIAR, MAGAP o el Banco Central del Ecuador, la transferencia de todos los bienes inmuebles o muebles, contratos, derechos y gravámenes que recaigan sobre éstos, que consten inscritos a nombre de las instituciones financieras extintas, sus

Con esto ratifico que el Estado, con el hecho de emitir leyes, se vuelve a apropiarse de los bienes que en su momento debieron ser vendidos para cumplir con el objetivo de restituir el dinero a los perjudicados de la banca cerrada.

Para un panorama más claro, adjunto en el Anexo 4 un informe por parte de la Fiduciaria, respecto al estado real del Fideicomiso.

compañías domiciliadas en el extranjero, empresas vinculadas, los fideicomisos en los que figuren como constituyentes o como beneficiarios, y emitirán los certificados correspondientes en un plazo que no podrá ser mayor a sesenta (60) días a partir de formulada la petición. Las inscripciones que se realicen en virtud del inciso precedente estarán exentas del pago de aranceles y de cualquier tasa.

CONCLUSIONES

Los fideicomisos pese a que se dieron de plazo vencido, no pudieron ser terminados ni liquidados debido a:

a. La ausencia de un avalúo real del inmueble que permita la restitución fiduciaria de las cesiones de derechos de beneficiario que se dieron en dación de pago por las distintas deudas adquiridas por el Grupo Manzur, así como un procedimiento para determinar cómo se procedería para la repartición del inmueble que forma parte del patrimonio autónomo del fideicomiso entre los beneficiarios.

b. El incumplimiento por parte del constituyente en cancelar las obligaciones tributarias, especialmente el pago de impuestos prediales desde el año 2003 hasta la presente fecha;

c. La falta de recursos económicos por parte del constituyente y/o beneficiarios para cumplir con el objeto y finalidad del contrato.

2. El fideicomiso se encuentra en mora en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias ante el Servicio de Rentas Internas desde el año 2005. Para regularizar lo anterior, se requieren de recursos económicos que al menos pongan al día a la fiduciaria en la declaración de sus impuestos.

3. No existe sustitución fiduciaria pese a que en varias ocasiones se hizo conocer tanto al constituyente como a todos los beneficiarios de los problemas por los que ha estado atravesando la Fiduciaria y el conflicto de intereses que presenta con sus beneficiarios (Ex AGD). Esto se debe a que por una parte, la compañía Euroassets Administradora de Fondos y Fiducia S.A., fue incautada por la AGD en el 2002; y, por otra, la AGD fue beneficiaria del 12% de los derechos fiduciarios del fideicomiso mencionado. Por este motivo y de acuerdo al último inciso del Art. 116 de la Ley de Mercado de Valores (2008), en concordancia con el Art. 14, numeral 2 y 5, de la Sección III referente a Disposiciones Generales, del Capítulo I referente a Administradoras de Fondos y Fideicomisos de la Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, se consideró procedente la sustitución fiduciaria para la

administración del fideicomiso La Germania, resolución que fue aceptada en la reunión mantenida el 22 de octubre de 2008 entre el Constituyente, Beneficiarios del fideicomiso y el representante de la fiduciaria.

4. Existen tres juicios coactivos iniciados por la M.I. Municipalidad de Guayaquil en los que el Juzgado Segundo de coactivas ha dispuesto medidas precautelares en contra del Representante Legal de Euroassets, bloqueo y retención hasta por el valor de la liquidación actualizada de la deuda, arraigo o prohibición de ausentarse del país al coactivado y la prohibición de enajenar el predio que es materia de la presente causa y de los vehículos que sean del deudor.

5. El constituyente y/o beneficiarios adeudan a la fiduciaria las anualidades comprendidas entre julio de 2007 a julio de 2010 por concepto de honorarios, mismos que fueron pactados en la cláusula DIECIOCHO.DOS de la Escritura Pública de constitución del Fideicomiso que establece que dichos valores se cancelarán "...mediante anualidades anticipadas dentro de los cinco primeros días a contarse de su exigibilidad." Este valor está hasta el 2010 que fue el año en que la Fiduciaria dejó de tener actividad económica.

6. Dado que el inmueble no ha sido objeto de fraccionamiento, y puesto que la escritura de constitución del fideicomiso no estipula un procedimiento para la repartición del inmueble que forma parte del patrimonio autónomo del fideicomiso entre los beneficiarios, estos son propietarios de las acciones y derechos en el porcentaje que les corresponde.

7. El avalúo que fue realizado por el Banco Central en el 2002, tan solo determinó una pequeña porción de la totalidad del inmueble, mas no todo el bien, por este motivo mal pudieron establecer una valoración generalizada de toda la extensión de esta propiedad.

8. Con estas conclusiones, vemos claramente en el ejemplo del Fideicomiso La Germania, que el Estado ecuatoriano al emitir la décima disposición transitoria del Código de Planificación y Finanzas Públicas cometió una confiscación ya que se

apropiaron del inmueble que consta en el patrimonio del Fideicomiso sin tener la facultad de restituirlo hasta la presente fecha.

9. En el 2010 el Estado decide dar de plazo vencido a todos los fideicomisos donde la ex AGD era Constituyente o Beneficiaria. Mediante Decreto Ejecutivo 705 se suprime la UGEDEP y se transfieren sus competencias, derechos, obligaciones y patrimonio al Banco Central del Ecuador (BCE).

10. El Estado nuevamente emite una Ley en la cual da de plazo vencido a los Fideicomisos simplemente instruyendo a los registradores la inscripción de dichos bienes a favor de Inmobiliar, MAGAP y Ministerio de Cultura, sin cumplir con el objetivo real de dicha "incautación", que era el de darlos en venta para devolver el dinero a los perjudicados de la banca cerrada.

11. Se evidencia que el Estado se apropió de dichos bienes para el uso de los mismos conforme a sus necesidades.

RECOMENDACIONES

1. Aplicar la cláusula compromisoria del contrato de constitución con el objetivo de llegar a un acuerdo para el pago de honorarios, impuestos prediales y obligaciones tributarias con los beneficiarios y constituyente del fideicomiso.

2. Procurar en la mediación un acuerdo con los BENEFICIARIOS para proceder con la restitución y/o liquidación y terminación del negocio. Para el efecto, se necesita de recursos económicos para cancelar el costo que implica este método alternativo de solución de conflictos ante el Centro de Mediación a usarse.

3. En caso de que la mediación no solucione los conflictos materia de este fideicomiso, aplicar la cláusula arbitral que consta en el segundo párrafo de la cláusula Vigésima Octava de la Escritura pública de constitución del fideicomiso. Para el efecto, se necesita de mayores recursos económicos para cancelar el costo que implicaría demandar por este método, no obstante su resolución sería más efectiva, oportuna y equitativa tanto para los beneficiarios como constituyente y fiduciaria.

4. Realizar un avalúo real de los bienes que forman parte de los Fideicomisos que se acogieron a la décima disposición transitoria del Código de Planificación y Finanzas Públicas.

5. Suscribir las escrituras públicas de terminación y liquidación de los fideicomisos, siempre y cuando la Fiduciaria no estuviera cancelada, en este caso, la realidad actual imposibilita la restitución de los bienes a los Constituyentes y/o Beneficiarios.

REFERENCIAS

- Banco Central Del Ecuador; (2002). Una Propuesta De Plan Estratégico De Desarrollo De Largo Plazo Para El Ecuador; Editorial Del Banco Central, Quito.
- Claudio M. Kiper – Silvio V. Lisoprawski. (2004) Tratado De Fideicomiso Editorial Depalma, Buenos Aires .
- Claudio M. Kiper – Silvio V. Lisoprawski; (2002). Teoría Y Práctica Del Fideicomiso; Editorial Depalma, Buenos Aires.
- Claudio M. Kiper – Silvio V. Lisoprawski. (2002). Fideicomiso Dominio Fiduciario. Securitización; Editorial Depalma, Buenos Aires.
- Delgadillo Gutiérrez Luis Humberto Principios De Derecho Tributario
- Giraldi Pedro Mario. (1998). Fideicomiso; Editorial Depalma; Buenos Aires.
- Malagon Jaime. (2002). Fideicomiso Y Concesion; Editorial Porrúa, México.
- Rodriguez Azuero Jorge. (2005). Negocios Fiduciarios, Editorial Legis, Bogotá.
- Sanz De Santamaria Eduardo Casas. (1997). La Fiducia; Editorial Temis; Bogotá.
- Vallejo Bazante Wilson. (2001). El Fideicomiso Como Forma De Financiamiento De Obra Publica; Corporación Editora Nacional, Quito.
- Codificacion De La Ley De Mercado De Valores. (22 De Febrero De 2006). Registro Oficial Suplemento 215.
- Codificación De Resoluciones Del Consejo Nacional De Valores (2007) Resolución Del Consejo Nacional De Valores 8 - Registro Oficial Suplemento 1 - 8 De Marzo De 2007.
- Codigo Civil. (2005) Codificación Publicada En El Registro Oficial Suplemento 46 De 24 De Junio Del 2005.

Constitucion Política De La Republica Del Ecuador. (2008) Decreto Legislativo Sin Número Publicado En El Registro Oficial 449 De 20 De Octubre De 2008

Ley De Regimen Tributario Interno

Ley De Reordenamiento En Materia Economica, Tributario Financiera; (1998) Ley 17, Publicada En El Registro Oficial Suplemento 78 El 1 De Diciembre De 1998

Ley Orgánica Del Banco Nacional De Fomento, Decreto Supremo 327, Registro Oficial 526; 3 De Abril De 1974.

Ley Orgánica Para El Cierre De La Crisis Bancaria De 1999

Reglamento General De La Ley De Mercado De Valores; (1998) Decreto Ejecutivo 390; Registro Oficial 87; 14 De Diciembre De 1998.

Reglamento A La Ley De Regimen Tributario Interno

Resoluciones De La Asamblea Constituyente Del Ecuador 2008

Resolución No. 020-2014-V La Junta De Política Y Regulación Monetaria Y Financiera

Diario El Comercio

ANEXOS

ANEXO 1 – RESOLUCIÓN NO. 020-2014-V LA JUNTA DE POLÍTICA Y REGULACIÓN MONETARIA Y FINANCIERA



Junta de Regulación
Monetaria Financiera



Resolución No. 020-2014-V

LA JUNTA DE POLÍTICA Y REGULACIÓN MONETARIA Y FINANCIERA

CONSIDERANDO:

Que el artículo 132 numeral 6 de la Constitución de la República establece el principio de reserva legal que determina que los organismos públicos de control y regulación tienen la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales;

Que de acuerdo con el artículo 9 numerales 1 y 4, Libro II Ley de Mercado de Valores del Código Orgánico Monetario y Financiero, es facultad de la Junta de Política de Regulación Monetaria y Financiera dictar la política general del mercado de valores y regular su funcionamiento, así como expedir las normas complementarias y las resoluciones administrativas de carácter general necesarias para la aplicación de dicha Ley;

Que el artículo 105 numeral 2, literal f), ibidem señala: "La Junta de Regulación del Mercado de Valores normará los requisitos y condiciones para la cesión de derechos fiduciarios";

Que la actividad fiduciaria constituye una relación eminentemente dinámica, en la que según su forma busca la consecución de las finalidades para las cuales fue concebida, a la cual se aplican los principios generales de las obligaciones y los contratos;

Que de conformidad con la Ley de Prevención, Detección, Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, y las normas para prevenir el lavado de activos y el financiamiento de delitos en las bolsas de valores, casas de valores y administradoras de fondos y fideicomisos, estas últimas constituyen sujetos obligados y, en consecuencia, deben contar necesariamente con políticas y procedimientos para prevenir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y otros delitos, y adoptar medidas de prevención y control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que, en la realización de sus actividades, puedan ser utilizadas como instrumento para cometer tales ilícitos;

Que las administradoras de fondos y fideicomisos, en su calidad de fiduciarias y como tales responsables de la representación legal de los fideicomisos mercantiles y administradoras de encargos fiduciarios, deben identificar sus clientes antes de iniciar la relación comercial y verificar la información proporcionada por ellos antes y durante la relación comercial, conocer adecuadamente las actividades económicas que desarrollan cada uno de sus clientes y las características básicas de las operaciones en que se involucran en forma habitual;



Resolución No. 020-2014-V

Página 2

Que es imperativo salvaguardar el principio de seguridad jurídica y certeza normativa en tanto las reformas que se promuevan se adapten a la realidad económica y las necesidades de desarrollo productivo del país;

Que los negocios fiduciarios son actos de confianza en virtud de los cuales una 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 se denomina fideicomiso 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;

Que los titulares de los derechos fiduciarios son el fideicomitente o constituyente, y/o el beneficiario del fideicomiso mercantil, a quien le corresponde recibir los bienes que representan el patrimonio constituido y/o los resultados obtenidos en el negocio fiduciario, según las particulares condiciones que se determinen en cada caso;

Que el derecho fiduciario es de carácter personal, de contenido económico, y su dinámica debe permitir el intercambio económico, por lo que se debe permitir su cesión;

Que es deber de las administradoras de fondos y fideicomisos estructurar los contratos de fideicomisos mercantiles de tal manera que los derechos fiduciarios asociados a la operación comercial que implementen queden debidamente configurados, así como también determinar con precisión y claridad los derechos y obligaciones que atañen al fideicomitente o constituyente, al beneficiario y al fiduciario;

Que la transferencia de la posición contractual es una institución reconocida por la doctrina y utilizada en la práctica mercantil, en la que uno de los contratantes, con el consentimiento del otro, traspasa los derechos y obligaciones emanados de un contrato a un tercero que pasa a ocupar en el contrato la misma situación jurídica del cedente;

Que la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera en sesión ordinaria realizada el 4 de diciembre de 2014, conoció y aprobó el proyecto de resolución presentado por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros relativo a la cesión de derechos fiduciarios en los fideicomisos mercantiles; y,

En ejercicio de sus funciones:



RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- En la Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, sustitúyase el artículo 9 del Capítulo I Sección IV Título V, por el siguiente:

“Artículo 9.- Cesión de derechos.- Los constituyentes y los beneficiarios del negocio fiduciario pueden ceder sus derechos, siempre que no esté prohibido por el contrato.

La cesión de derechos deberá instrumentarse con las mismas solemnidades y autorizaciones utilizadas para la constitución del negocio fiduciario.

El instrumento que contenga la cesión de derechos deberá incluir, además de los elementos del contrato de cesión, el detalle de las anteriores cesiones de derechos que han acontecido dentro del negocio fiduciario; y la determinación de si el título que precede a la cesión es oneroso o gratuito.

En el caso de que los derechos cedidos tengan relación con bienes inmuebles, deberá otorgarse por escritura pública y anotarse en el Registro de la Propiedad del cantón en el que se hallen ubicados.

La cesión de derechos no surtirá efectos contra la fiduciaria ni contra terceros sino desde la fecha de la aceptación por parte de la fiduciaria, a efectos de aplicar las políticas para prevenir el lavado de activos y el financiamiento de delitos, y especialmente la regla básica de la política conozca a su cliente.

En el evento de que la cesión de derechos implique el traspaso de las obligaciones, se deberá contar necesariamente con la aceptación de la fiduciaria y del constituyente o beneficiario que no hubiera participado en dicho acto. La fiduciaria, para la aceptación referida, deberá aplicar las políticas para prevenir el lavado de activos y el financiamiento de delitos, y la regla básica de la política conozca a su cliente y analizar y verificar si el cesionario tiene capacidad jurídica y económica para cumplir con las obligaciones asumidas.

De darse la transferencia de obligaciones, con liberación de responsabilidad del cedente, se procederá conforme a las disposiciones que regulan la novación, según las normas previstas en el Código Civil.

En el caso de que solo se cedan los derechos, deberá establecerse claramente en el contrato de cesión quién asumirá las obligaciones que hubiere contraído el cedente en el contrato de constitución del fideicomiso y sus reformas, en caso de haberlas.



Resolución No. 020-2014-V
Página 4

Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo, los fideicomisos mercantiles utilizados como vehículo para llevar a cabo procesos de titularización y los fideicomisos mercantiles cuyos fideicomitentes o constituyentes tengan pendiente la obligación de aportar bienes para el cumplimiento de la finalidad por la que se constituye el fideicomiso, cuyos originadores o fideicomitentes no podrán ceder sus derechos ni transferir las obligaciones emanadas de tales contratos.”

DISPOSICIÓN FINAL.- La presente resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

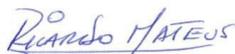
COMUNÍQUESE.- Dada en el Distrito Metropolitano de Quito, el 4 de diciembre de 2014.

EL PRESIDENTE,


Econ. Patricio Rivera Yáñez

Proveyó y firmó la resolución que antecede, el economista Patricio Rivera Yáñez, Ministro Coordinador de Política Económica – Presidente de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, en el Distrito Metropolitano de Quito, el 4 de diciembre de 2014.- **LO CERTIFICO.**

EL SECRETARIO ADMINISTRATIVO, ENCARGADO


Ab. Ricardo Mateus Vásquez

ANEXO 2.- MINUTA DE TERMINACIÓN DE UN CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL¹⁰⁶

SEÑOR NOTARIO:

En el Registro de Escrituras Públicas a su cargo sírvase incorporar una que contenga un acta de terminación de un contrato de fideicomiso mercantil, al tenor de las cláusulas que siguen:

CLÁUSULA PRIMERA.- COMPARECIENTE:

A la celebración de la presente escritura comparece la Abogada Paulina Tatiana Chérrez Córdova, mayor de edad, de estado civil casada, de profesión abogada, domiciliada en la ciudad de Quito; en calidad de Gerente General y como tal representante legal de la compañía EUROASSETS ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDUCIA S.A.; compañía quien a su vez comparece en calidad de Representante Legal del Fideicomiso de Administración de Bienes “La Germania”, parte a quien en lo posterior podrá denominarse simplemente como EUROASSETS o la FIDUCIARIA.

La compareciente, por los derechos que representa declara ser legalmente hábil y capaz para ejercer derechos y contraer obligaciones.

CLÁUSULA SEGUNDA.- ANTECEDENTES:

Dos punto uno (2.1).- Mediante escritura pública celebrada el veintiséis (26) de julio de dos mil dos (2002) se constituyó el fideicomiso mercantil de administración de bienes “La Germania”, que en adelante se denominará el FIDEICOMISO LA GERMANIA o simplemente el FIDEICOMISO.

Dos punto dos (2.2).- A la celebración del contrato comparecieron en calidad de CONSTITUYENTE la compañía Viatecnica S.A., de beneficiario la propia constituyente y como fiduciario la compañía EUROASSETS ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDUCIA S.A.

Dos punto tres (2.3).- Al patrimonio autónomo del fideicomiso se aportó un inmueble consistente en un lote de terreno denominado Lote VII de aproximadamente trescientas setenta (370) hectáreas., ubicado en la vía Guayaquil – Daule, parroquia Pascuales, cantón Guayaquil, Provincia de Guayas.

Dos punto cuatro (2.4).- El objeto y finalidad del fideicomiso consistía en la administración de los bienes fideicomitados para que una vez que lo instruya el CONSTITUYENTE a la FIDUCIARIA, éstos sean transferidos a terceros bajo cualquier título o modo.

Dos punto cinco (2.5).- A partir de la constitución del fideicomiso se celebraron cesiones de derechos fiduciarios, varias de las cuales han sido notificadas a la fiduciaria tal como lo dispone la Ley de Mercado de Valores y disposiciones conexas.

Dos punto seis (2.6).- Mediante escritura pública celebrada el dieciséis (16) de agosto de dos mil dos (2002) ante el Notario Séptimo del cantón Guayaquil, abogado Eduardo Falquéz Ayala e inscrito en el Registro de la Propiedad del Cantón Guayaquil el diez (10) de octubre del dos mil dos (2002), la FIDUCIARIA suscribió una cesión de derechos de beneficiario, por un doce por ciento, del Fideicomiso

¹⁰⁶ Elaborado por Ab. Tatiana Chérrez y Dr. Pablo Cevallos, Representante Legal y Asesor Jurídico, respectivamente de Euroassets Administradora de Fondos y Fiducia S.A.

Mercantil de Administración de Bienes “La Germania”, entre el CONSTITUYENTE en calidad de cedente; y, la Agencia de Garantía de Depósitos AGD en calidad de cesionaria.

Dos punto siete (2.7).- El segundo inciso de la Quinta Disposición Transitoria de la Ley de Creación de Red de Seguridad Financiera, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. Cuatrocientos noventa y ocho (498), de treinta y uno (31) de diciembre de dos mil ocho (2008), dispuso que: “La Agencia de Garantía de Depósitos mantendrá su vigencia jurídica a partir de la publicación de la presente Ley en el Registro Oficial, por el plazo de un año [...] Una vez extinguida la Agencia de Garantía de Depósitos, sus activos, derechos, así como las competencias establecidas en los Arts. Veintisiete (27) y veintinueve (29), inciso final de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica, en el Área Tributario-Financiera, serán ejercidos por el Ministerio de Finanzas.”

Dos punto ocho (2.8).- Mediante Decreto Ejecutivo No. Doscientos dos (202) del treinta y uno (31) de Diciembre de dos mil nueve (2009), publicado en el Registro Oficial ciento nueve (109) el catorce (14) de enero de dos mil diez (2010), se dispuso que el Ministerio de Finanzas asuma, a partir del primero (1º) de Enero de dos mil diez (2010), las competencias, activos y derechos que en virtud de la extinción de la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD) debe ejercer dicha Cartera de Estado.

Dos punto nueve (2.9).- En virtud de que la AGD se extinguió el treinta (31) de diciembre de dos mil nueve (2009), de conformidad con el Decreto Ejecutivo No. Doscientos dos (202) antes referido, el nuevo Beneficiario del Fideicomiso La Germania pasó a ser el Ministerio de Finanzas.

Dos punto diez (2.10).- Del expediente fiduciario del FIDEICOMISO LA GERMANIA que administra EUROASSETS se desprende que los beneficiarios del fideicomiso son: la compañía Viatecnica S.A., con un porcentaje del setenta coma cero seis por ciento (70,06%); el Banco Central del Ecuador, con un porcentaje del diecisiete coma noventa y cuatro por ciento (17,94%); y, el Ministerio de Finanzas con un porcentaje del doce por ciento (12%); consolidando entre ellos el cien por ciento (100%) del patrimonio autónomo.

Dos punto once (2.11).- El primer inciso de la Décima Disposición Transitoria del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, publicado en el Segundo Suplemento del registro Oficial No. Trescientos seis (306) de veintidós (22) de octubre de dos mil diez (2010), dispuso lo siguiente:

“Los activos, derechos y competencias que se transfirieron al Ministerio de Finanzas de conformidad con la Disposición Transitoria Quinta de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, pasarán a partir de la publicación de la presente Ley a la Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público (UGEDEP) del Fideicomiso AGD CFN NO MAS IMPUNIDAD. Para dicho efecto se emitirá el correspondiente acto administrativo.

Las Superintendencias, los registradores de la Propiedad, Mercantil o responsables de cualquier otro registro público, procederán a registrar la nueva titularidad de estos bienes en base a esta Ley y el oficio o instrumento que emitirá el Ministerio de Finanzas para tal efecto.

En todos los fideicomisos en los que la ex - AGD fue constituyente y/o beneficiada, los plazos o condiciones con valor de plazo que constan en los contratos de fideicomiso que estableció o mantuvo la ex AGD y que fueron traspasados al Ministerio de Finanzas se declaran vencidos, y el Ministerio de Finanzas procederá a entregar los activos, bienes y derechos constantes en dichos contratos a la unidad de gestión y ejecución del Fideicomiso AGD-CFN NO MAS IMPUNIDAD.

El Fideicomiso AGD CFN NO MAS IMPUNIDAD, con sus propios recursos, podrá realizar todos los

actos de administración financiera necesarios para la adecuada gestión de las empresas bajo su control, y podrá disponer de las utilidades que unas reporten, para la capitalización de otras, pudiendo también autorizar la entrega de recursos entre ellas a título de mutuo, previa entrega de las garantías y seguridades que se estipulan.

También el Fideicomiso AGD CFN NO MAS IMPUNIDAD reconocerá los pasivos legalmente garantizados y que consten en los balances de los bancos a la fecha de su finiquito.”

Dos punto doce (2.12).- Mediante Decreto Ejecutivo número quinientos cincuenta y tres (553) del dieciocho (18) de noviembre de dos mil diez (2010), se creó la Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público del Fideicomiso AGD-CFN NO MAS IMPUNIDAD.

Dos punto trece (2.13).- La Superintendencia de Compañías mediante oficio No. SC.IMV.C.G.11.122-0012970, de 2 de junio de 2011 notificó a la FIDUCIARIA que en cumplimiento de disposiciones legales EUROASSETS deberá transferir los activos y derechos que se encuentran en el patrimonio autónomo de los fideicomisos mercantiles administrados por EUROASSETS a la Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público del Fideicomiso AGD-CFN NO MAS IMPUNIDAD.

CLÁUSULA TERCERA.- TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO:

Por todo lo expuesto, en cumplimiento de las disposiciones legales citadas en numerales anteriores, aquellas impartidas por la autoridad de control y en especial debido a que por disposición legal el FIDEICOMISO LA GERMANIA ha sido declarado de plazo vencido, EUROASSETS declara terminado el FIDEICOMISO LA GERMANIA.

CLÁUSULA CUARTA.- CONTROVERSIAS Y JURISDICCIÓN:

En caso surgieran controversias con terceros como consecuencia de la celebración del presente instrumento, la resolución de las mismas se someterán a lo previsto en la Cláusula Vigésima Octava – referente a Controversias– de la Escritura Pública de constitución del Fideicomiso La Germania

Incorpore las formalidades del caso para la eficacia de este instrumento.

ANEXO 3 – MINUTA DE LIQUIDACIÓN Y RESTITUCIÓN FIDUCIARIA¹⁰⁷

SEÑOR NOTARIO:

En el Registro de Escrituras Públicas a su cargo sírvase incorporar una de Liquidación y Restitución fiduciaria de un Fideicomiso Mercantil de Administración de Bienes al tenor de las cláusulas que siguen:

CLÁUSULA PRIMERA.- COMPARECIENTES:

Intervienen en la celebración del presente instrumento las siguientes personas:

Uno punto uno.- La Abogada Paulina Tatiana Chérrez Córdova, mayor de edad, de estado civil casada, de profesión abogada, domiciliada en la ciudad de Quito; en calidad de Gerente General y como tal representante legal de la compañía **EUROASSETS ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDUCIA S.A.**; calidad que la acredita con el nombramiento que como habilitante se adjunta; compañía quien a su vez comparece en calidad de Representante Legal del Fideicomiso de Administración de Bienes “La Germania”, parte a quien en lo posterior podrá denominarse simplemente como **EUROASSETS** o la **FIDUCIARIA**.

Uno punto dos.- El señor _____, ecuatoriano, mayor de edad, de estado civil _____, domiciliado en Guayaquil, provincia de Guayas, por los derechos que representa en calidad de _____ y como tal representante legal de la compañía **VIATÉCNICA S.A.**, calidad que la acredita con el nombramiento que como habilitante se adjunta; parte a quien en lo posterior podrá denominarse simplemente como la **PARTE CONSTITUYENTE** o **EL CONSTITUYENTE**.

Uno punto tres.- El señor _____, de nacionalidad _____, mayor de edad, de estado civil _____, domiciliado en _____, provincia _____, por los derechos que representa en calidad de _____ y como tal representante legal de **La Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público del Fideicomiso AGD-CFN NO MAS IMPUNIDAD**, conforme lo acredita con la copia certificada de su nombramiento, la cual se adjunta como documento habilitante al presente instrumento público, parte a quien en adelante se la podrá denominar simplemente como **LA UGEDEP**.

Uno punto cuatro.- El señor Patricio Rivera Yáñez, de nacionalidad _____, mayor de edad, de estado civil _____, domiciliado en _____, provincia _____, en su calidad de Ministro de Finanzas y como tal representante legal del **Ministerio de Finanzas del Ecuador**, conforme lo acredita con la copia certificada de su nombramiento, la cual se adjunta como documento habilitante al presente instrumento público, parte que comparece al presente contrato, para los efectos que se señalarán más adelante y a quien se podrá denominar simplemente como **EL BENEFICIARIO** o **EL MINISTERIO DE FINANZAS**.

Uno punto cinco.- El señor Christian Ruiz, de nacionalidad _____, mayor de edad, de estado civil _____, domiciliado en _____, provincia _____, en su calidad de Gerente General y como tal representante legal del **Banco Central del Ecuador**, conforme lo acredita con la copia certificada de su nombramiento, la cual se adjunta como documento habilitante al presente instrumento público, parte a quien se podrá denominar simplemente como **EL BENEFICIARIO** o **EL BANCO CENTRAL**.

¹⁰⁷ Elaborado por Ab. Tatiana Chérrez y Dr. Pablo Cevallos, Representante Legal y Asesor Jurídico, respectivamente de Euroassets Administradora de Fondos y Fiducia S.A.

Los comparecientes, por los derechos que representan declaran ser hábiles y legalmente capaces para contratar y obligarse.

CLÁUSULA SEGUNDA.- ANTECEDENTES:

Dos punto uno (2.1).- Mediante escritura pública celebrada el veintiséis (26) de julio de dos mil dos (2002) e inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Guayaquil el diez (10) de octubre de dos mil dos (2002) se constituyó el fideicomiso mercantil de administración de bienes “La Germania”, que en adelante se denominará el FIDEICOMISO LA GERMANIA o simplemente el FIDEICOMISO.

Dos punto dos (2.2).- A la celebración del contrato comparecieron en calidad de CONSTITUYENTE la compañía Viatecnica S.A., de beneficiario la propia constituyente y como fiduciario la compañía EUROASSETS ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDUCIA S.A.

Dos punto tres (2.3).- Al patrimonio autónomo del fideicomiso se aportó un inmueble consistente en un lote de terreno denominado Lote VII de aproximadamente trescientas setenta (370) hectáreas., ubicado en la vía Guayaquil – Daule, parroquia Pascuales, cantón Guayaquil, Provincia de Guayas.

Dos punto cuatro (2.4).- El objeto y finalidad del fideicomiso consistía en la administración de los bienes fideicomitados para que una vez que lo instruya el CONSTITUYENTE a la FIDUCIARIA, éstos sean transferidos a terceros bajo cualquier título o modo.

Dos punto cinco (2.5).- A partir de la constitución del fideicomiso se celebraron cesiones de derechos fiduciarios, varias de las cuales han sido notificadas a la fiduciaria tal como lo dispone la Ley de Mercado de Valores y disposiciones conexas.

Dos punto seis (2.6).- Mediante escritura pública celebrada el dieciséis (16) de agosto de dos mil dos (2002) ante el Notario Séptimo del cantón Guayaquil, abogado Eduardo Falquéz Ayala e inscrito en el Registro de la Propiedad del Cantón Guayaquil el diez (10) de octubre del dos mil dos (2002), la FIDUCIARIA suscribió una cesión de derechos de beneficiario, por un doce por ciento, del Fideicomiso Mercantil de Administración de Bienes “La Germania”, entre el CONSTITUYENTE en calidad de cedente; y, la Agencia de Garantía de Depósitos AGD en calidad de cesionaria.

Dos punto siete (2.7).- El segundo inciso de la Quinta Disposición Transitoria de la Ley de Creación de Red de Seguridad Financiera, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. Cuatrocientos noventa y ocho (498), de treinta y uno (31) de diciembre de dos mil ocho (2008), dispuso que: “La Agencia de Garantía de Depósitos mantendrá su vigencia jurídica a partir de la publicación de la presente Ley en el Registro Oficial, por el plazo de un año [...] Una vez extinguida la Agencia de Garantía de Depósitos, sus activos, derechos, así como las competencias establecidas en los Arts. Veintisiete (27) y veintinueve (29), inciso final de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica, en el Área Tributario-Financiera, serán ejercidos por el Ministerio de Finanzas.”

Dos punto ocho (2.8).- Mediante Decreto Ejecutivo No. Doscientos dos (202) del treinta y uno (31) de Diciembre de dos mil nueve (2009), publicado en el Registro Oficial ciento nueve (109) el catorce (14) de enero de dos mil diez (2010), se dispuso que el Ministerio de Finanzas asuma, a partir del primero (1º.) de Enero de dos mil diez (2010), las competencias, activos y derechos que en virtud de la extinción de la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD) debe ejercer dicha Cartera de Estado.

Dos punto nueve (2.9).- En virtud de que la AGD se extinguió el treinta (31) de diciembre de dos mil nueve (2009), de conformidad con el Decreto Ejecutivo No. Doscientos dos (202) antes referido, el nuevo Beneficiario del Fideicomiso La Germania pasó a ser el Ministerio de Finanzas.

Dos punto diez (2.10).- Del expediente fiduciario del FIDEICOMISO LA GERMANIA que administra EUROASSETS se desprende que los beneficiarios del fideicomiso son: la compañía Viatecnica S.A., con un porcentaje del setenta coma cero seis por ciento (70,06%); el Banco Central del Ecuador, con un porcentaje del diecisiete coma noventa y cuatro por ciento (17,94%); y, el Ministerio de Finanzas con un porcentaje del doce por ciento (12%); consolidando entre ellos el cien por ciento (100%) del patrimonio autónomo.

Dos punto once (2.11).- El primer inciso de la Décima Disposición Transitoria del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, publicado en el Segundo Suplemento del registro Oficial No. Trescientos seis (306) de veintidós (22) de octubre de dos mil diez (2010), dispuso lo siguiente:

“Los activos, derechos y competencias que se transfirieron al Ministerio de Finanzas de conformidad con la Disposición Transitoria Quinta de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, pasarán a partir de la publicación de la presente Ley a la Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público (UGEDEP) del Fideicomiso AGD CFN NO MAS IMPUNIDAD. Para dicho efecto se emitirá el correspondiente acto administrativo.

Las Superintendencias, los registradores de la Propiedad, Mercantil o responsables de cualquier otro registro público, procederán a registrar la nueva titularidad de estos bienes en base a esta Ley y el oficio o instrumento que emitirá el Ministerio de Finanzas para tal efecto.

En todos los fideicomisos en los que la ex - AGD fue constituyente y/o beneficiada, los plazos o condiciones con valor de plazo que constan en los contratos de fideicomiso que estableció o mantuvo la ex AGD y que fueron traspasados al Ministerio de Finanzas se declaran vencidos, y el Ministerio de Finanzas procederá a entregar los activos, bienes y derechos constantes en dichos contratos a la unidad de gestión y ejecución del Fideicomiso AGD-CFN NO MAS IMPUNIDAD.

El Fideicomiso AGD CFN NO MAS IMPUNIDAD, con sus propios recursos, podrá realizar todos los actos de administración financiera necesarios para la adecuada gestión de las empresas bajo su control, y podrá disponer de las utilidades que unas reporten, para la capitalización de otras, pudiendo también autorizar la entrega de recursos entre ellas a título de mutuo, previa entrega de las garantías y seguridades que se estipulan.

También el Fideicomiso AGD CFN NO MAS IMPUNIDAD reconocerá los pasivos legalmente garantizados y que consten en los balances de los bancos a la fecha de su finiquito.”

Dos punto doce (2.12).- Mediante Decreto Ejecutivo número quinientos cincuenta y tres (553) del dieciocho (18) de noviembre de dos mil diez (2010), se creó la Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público del Fideicomiso AGD-CFN NO MAS IMPUNIDAD.

Dos punto trece (2.13).- Se entiende incorporada al presente instrumento la Disposición Transitoria Décima del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, la misma que en el segundo inciso dispone que Las Superintendencias, los registradores de la Propiedad, Mercantil o responsables de cualquier otro registro público, procederán a registrar la nueva titularidad de estos bienes en base a esta Ley y el oficio o instrumento que emitirá el Ministerio de Finanzas para tal efecto, en virtud de lo

cual, el Fideicomiso La Germania comparece a realizar el presente acto de liquidación y restitución de bienes por instrucción del Ministerio de Finanzas.

Dos punto catorce (2.14).- La Superintendencia de Compañías mediante oficio No. SC.IMV.C.G.11.122-0012970, de 2 de junio de 2011 notificó a la FIDUCIARIA que en cumplimiento de disposiciones legales EUROASSETS deberá transferir los activos y derechos que se encuentran en el patrimonio autónomo de los fideicomisos mercantiles administrados por EUROASSETS a la Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público del Fideicomiso AGD-CFN NO MAS IMPUNIDAD.

Dos punto quince (2.15).- Mediante escritura pública celebrada el ____ (___) de ____ de dos mil once (2011) se dio por terminado el fideicomiso mercantil de administración de bienes "La Germania".

CLÁUSULA TERCERA: LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO Y RESTITUCIÓN FIDUCIARIA.-

En virtud de los antecedentes expuestos, y a lo establecido en el segundo inciso de la Disposición Transitoria Décima del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas las partes dan por liquidado el FIDEICOMISO MERCANTIL LA GERMANIA constituido mediante escritura pública celebrada el veintiséis (26) de julio de dos mil dos (2002) e inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Guayaquil el diez (10) de octubre de dos mil dos (2002); ante el Notario Séptimo del cantón Guayaquil, abogado Eduardo Falquéz Ayala.

En consecuencia la FIDUCIARIA restituye en éste acto los porcentajes detallados a continuación sobre los derechos y acciones que les corresponde sobre el inmueble aportado al Fideicomiso, consistente en el lote de terreno denominado Lote VII, el mismo que está constituido por un cuerpo cierto de aproximadamente trescientas setenta (370) hectáreas de superficie con los siguientes linderos: Por el Norte.- la Hacienda La Victoria; Por el Suroeste.- la Hacienda Vienesa; Por el Este.- terrenos del Consejo Provincial del Guayas y la Penitenciaria del Litoral; y, Por el Oeste.- la antigua Hacienda Pascuales; a favor de VIATÉCNICA S.A. y por el Ministerio de la Ley al BANCO CENTRAL DEL ECUADOR y al MINISTERIO DE FINANZAS, quien ha instruido al Fideicomiso La Germania, para que éste proceda a entregar el porcentaje que le corresponde a favor de la UNIDAD DE GESTIÓN Y EJECUCIÓN DE DERECHO PÚBLICO DEL FIDEICOMISO AGD-CFN NO MAS IMPUNIDAD

#	Beneficiarios	% de derechos y acciones a restituir
1	Ministerio de Finanzas	12%
2	Banco Central del Ecuador	17.94%
3	Viatécnica S.A.	70.06%

CLAUSULA CUARTA: DECLARACIONES ESPECIALES.-

El CONSTITUYENTE y los BENEFICIARIOS declaran que:

Cuatro punto uno.- Se encuentran conformes con la rendición de cuentas presentada por la FIDUCIARIA.

Cuatro punto dos.- La FIDUCIARIA ha cumplido diligentemente con todas las obligaciones establecidas en el FIDEICOMISO, en la Ley de Mercado de Valores, su Reglamento, y en la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores.

Cuatro punto tres.- Renuncian a presentar cualquier reclamo, acción o petición administrativa, judicial, extrajudicial o arbitral, por cualquier concepto en contra de EUROASSETS, sus representantes legales, administradores, empleados o funcionarios permanentes o temporales.

Cuatro punto cuatro.- La terminación y liquidación del Fideicomiso LA GERMANIA no afecta los derechos ni intereses de terceros, y menos aún de los BENEFICIARIOS.

Cuatro punto cinco.- Liberan a EUROASSETS, a sus representantes legales, administradores o funcionarios de cualquier responsabilidad que terceras personas les puedan imputar, sea directa o indirectamente, asumiendo desde ya la defensa de cualquier acción en contra de la FIDUCIARIA, sus administradores o funcionarios, a excepción de los actos que la FIDUCIARIA en el desempeño de sus funciones hubiere ejecutado al margen de lo acordado entre las partes, de los cuales se originen reclamos de terceros, los mismos que serán asumidos por la FIDUCIARIA, siempre que se comprobare su responsabilidad por autoridad competente.

Cuatro punto seis.- El Ministerio de Finanzas, como Beneficiario del Fideicomiso, y de acuerdo a lo dispuesto en el tercer inciso de la Disposición Transitoria Décima del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, declara que en el presente instrumento procede con la entrega de los derechos y acciones que le corresponde sobre el bien aportado al Fideicomiso La Germania y ratifica en todas sus partes la liquidación y restitución fiduciaria que por el presente instrumento se realiza, motivo por el cual comparece al presente instrumento.

CLÁUSULA QUINTA: ACEPTACIÓN.-

Viatécnica, el Banco Central del Ecuador y La Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público del Fideicomiso AGD-CFN NO MAS IMPUNIDAD, a través de sus representante legales respectivos, aceptan expresamente la presente liquidación y restitución fiduciaria a su favor por parte del Fideicomiso LA GERMANIA; y, expresan su total conformidad con el contenido de todas las cláusulas y estipulaciones que integran el presente instrumento.

Por su parte, el Ministerio de Finanzas, en calidad de Beneficiario del Fideicomiso LA GERMANIA, expresa también a través de su Ministro y representante legal, su conformidad con la presente liquidación y restitución de bienes y con el contenido de todas las cláusulas y estipulaciones que integran el presente instrumento.

Conforme consta del Acta Notarial de fecha _____ de 2011, celebrada por el Notario Público _____ del cantón Guayaquil, las partes comparecientes a través de sus respectivos delegados; a excepción del Banco Central del Ecuador; y en presencia de un Notario Público, realizaron una inspección física y ocular del bien descrito en el numeral 2.3 de la cláusula segunda del presente instrumento, manifestando la Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público del Fideicomiso AGD-CFN NO MAS IMPUNIDAD y el Ministerio de Finanzas, por intermedio de su representante legal y Ministro, respectivamente, su total y plena satisfacción con el estado y situación del respectivo bien objeto de la presente restitución.

CLÁUSULA SEXTA: CUANTÍA.-

En virtud de que el segundo inciso del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas dispone que Las Superintendencias, los registradores de la Propiedad, Mercantil o responsables de cualquier

otro registro público, procederán a registrar la nueva titularidad de estos bienes en base a esta Ley y el oficio o instrumento que emitirá el Ministerio de Finanzas para tal efecto, se realiza la presente restitución fiduciaria, y no en cumplimiento de lo establecido en el objeto o finalidad del contrato de constitución del Fideicomiso LA GERMANIA. En tal virtud, la presente liquidación y restitución fiduciaria es de cuantía indeterminada.

CLÁUSULA SÉPTIMA: GASTOS E IMPUESTOS.-

Todos los costos, gastos o impuestos que se generen con ocasión de la presente escritura de liquidación y restitución de bienes del Fideicomiso La Germania serán cubiertos por _____.

CLÁUSULA OCTAVA: CONTROVERSIAS Y JURISDICCIÓN:

En caso surgieran controversias con terceros como consecuencia de la celebración del presente instrumento, la resolución de las mismas se someterán a lo previsto en la Cláusula Vigésima Octava – referente a Controversias– de la Escritura Pública de constitución del Fideicomiso La Germania

CLÁUSULA NOVENA: MARGINACIÓN.-

EL CONSTITUYENTE y LOS BENEFICIARIOS facultan a la FIDUCIARIA para que realice las gestiones necesarias a fin de que se tome nota del presente instrumento al margen de la escritura de constitución del FIDEICOMISO.

CLÁUSULA DÉCIMA: DOCUMENTOS HABILITANTES.-

Se agregan como habilitantes al presente instrumento los siguientes documentos:

1. Copias de los nombramientos de los comparecientes.
2. Copia del de las cédulas de identidad y certificados de votación de los comparecientes
3. Copia del Decreto Ejecutivo No. 202 del 31 de Diciembre de 2009, publicado en el Registro Oficial 109 el 14 de enero de 2010.
4. Copia del Decreto Ejecutivo número 553 del 18 de noviembre de 2010.
5. Copia del certificado de pago del impuesto predial del inmueble.
6. Copia del certificado de gravámenes del inmueble
7. Copia del certificado de avalúo y registro del Municipio.
8. Copia del Acta Notarial de fecha _____ de _____ de 2011.

Incorpore señor Notario las formalidades del caso para la eficacia de éste instrumento.

ANEXO 4 – INFORME JURÍDICO FIDEICOMISO LA GERMANIA¹⁰⁸

INFORME JURÍDICO
FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES LA GERMANIA

I ANTECEDENTES CONSTITUTIVOS DEL NEGOCIO Y REFORMAS

El Fideicomiso Mercantil de administración de bienes La Germania en adelante “fideicomiso La Germania” o simplemente “La Germania” se constituyó mediante escritura pública celebrada el 26 de julio de 2002 ante el Notario Séptimo del cantón Guayaquil, abogado Eduardo Falquéz Ayala e inscrito en el Registro de la Propiedad del Cantón Guayaquil el 10 de octubre del 2002.

II PARTES CONTRACTUALES

A la celebración del Fideicomiso La Germania comparecieron las siguientes personas:

#	Constituyente	Beneficiario	Fiduciaria
1	Viatécnica S.A.	Viatécnica S.A.	Euroassets Administradora de Fondos y Fiducias S.A.

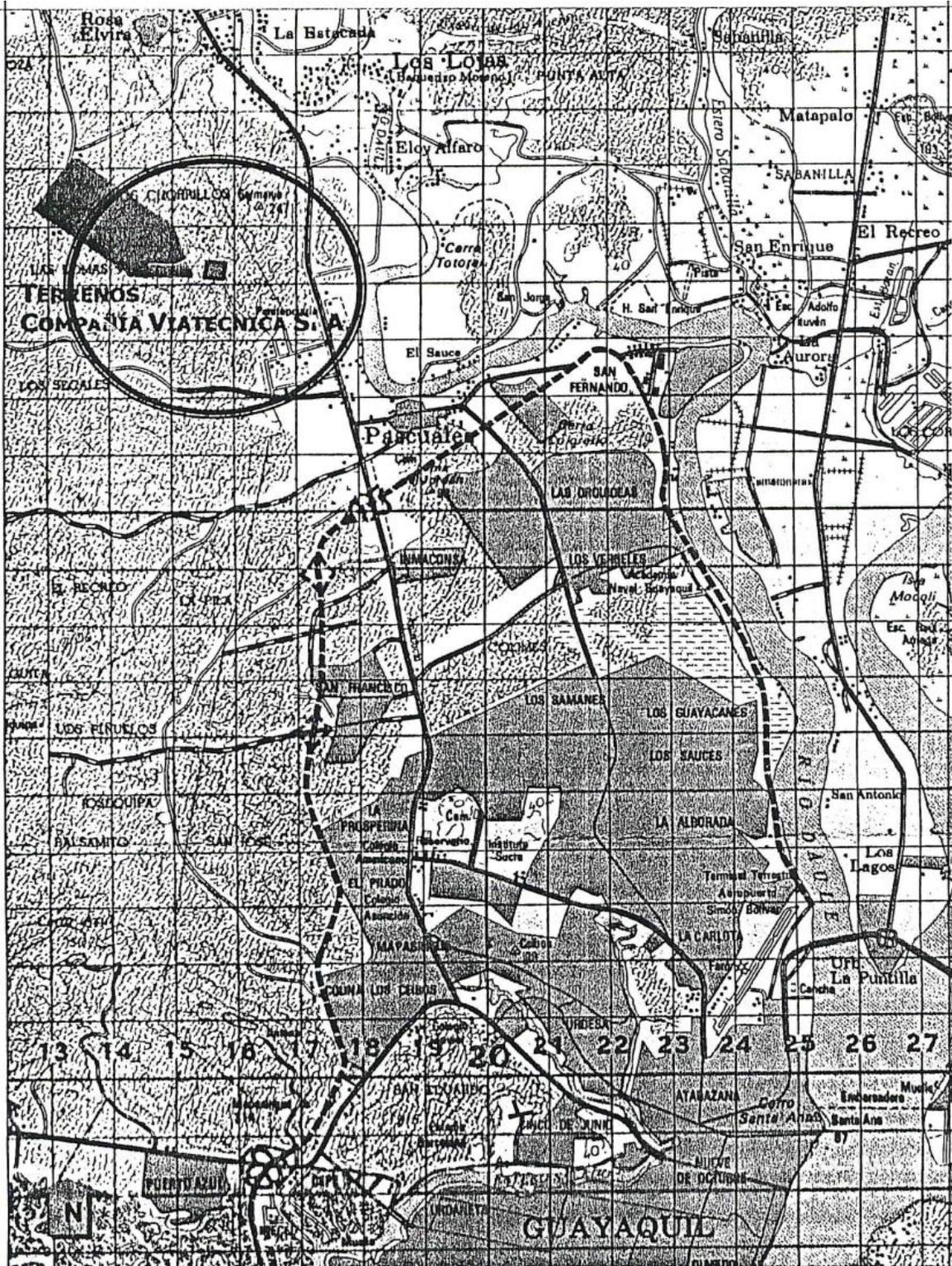
En lo posterior y para efectos de este informe al constituyente se denominará como “Viatécnica”, a los beneficiarios como “Beneficiarios”; y, a la fiduciaria simplemente “Euroassets o la Fiduciaria”.

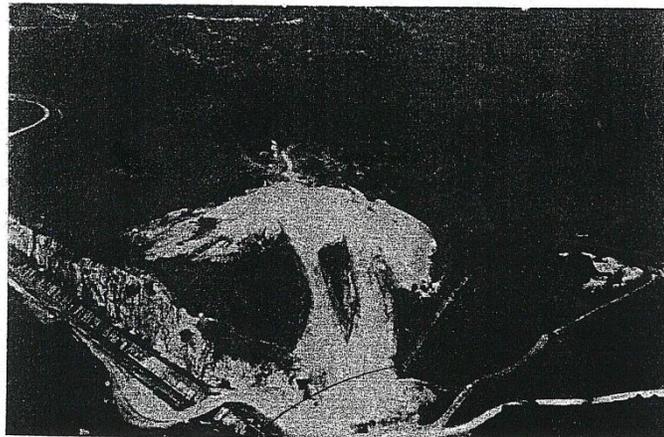
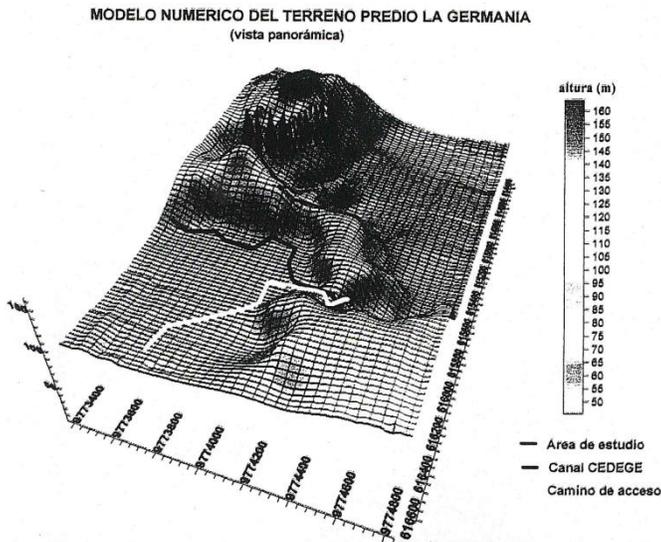
III OBJETO DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO Y CONFORMACIÓN DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO

El objeto y finalidad del contrato de Fideicomiso, conforme a la escritura de constitución del mismo, consiste en la administración de los bienes fideicomitidos para que una vez que lo instruya el Constituyente a la Fiduciaria, éstos sean transferidos a terceros bajo cualquier título o modo. Sin embargo, según el informe No. AGD-UIO-DNA-006, de 29 de septiembre de 2008, elaborado por Jackeline Barba, funcionaria actual de la UGEDEP, en el apartado XIII, referente a la Situación Legal del Fideicomiso La Germania, establece en su parte medular que el Fideicomiso la Germania se constituyó para cumplir con las acreencias que tenía la compañía Viatecnica S.A. para con las IFIS que se encontraban en liquidación y para con la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD), para lo cual realizó Cesiones de Derechos Fiduciarios como Dación en Pago. El bien fideicomitado es un inmueble denominado Lote VII de aproximadamente trescientas setenta (370) hectáreas, cuyos linderos son los siguientes: Por el Norte.- la Hacienda La Victoria; Por el Suroeste.- la Hacienda Vienesa; Por el Este.- terrenos del Consejo Provincial del Guayas y la Penitenciaría del Litoral; y, Por el Oeste.- la antigua Hacienda Pascuales.

Antecedentes de dominio del inmueble aportado: Según Escritura Pública otorgada ante el Notario Vigésimo del Cantón Guayaquil, Doctor J. Antonio Haz Quevedo, el 2 de enero de 1985 e inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Guayaquil el 21 de abril de 1998, con el número 4770 de las fojas número 123079; anotada bajo el número 6072 del repertorio, la Compañía VIATÉCNICA S.A. es propietaria de dos lotes de terreno que son parte de la hacienda Germania, situados en la Parroquia Pascuales, cantón Guayaquil, provincia del Guayas. A su vez la Compañía INMOBILIARIA AMPEPU CIA. LTDA. obtuvo la propiedad de este inmueble mediante Escritura Pública de Compraventa e Hipoteca celebrada el 4 de julio de 1980, ante el Doctor Carlos Quiñones Velásquez, Notario Primero del cantón Guayaquil e inscrita en el Registro de la Propiedad el 10 de diciembre de 1980, de fojas 130845 a 130882, número 6300 del Registro de la Propiedad y anotado bajo el número 13475 del repertorio.

¹⁰⁸ Elaborado por Ab. Tatiana Chérrez y Dr. Pablo Cevallos, Representante Legal y Asesor Jurídico, respectivamente de Euroassets Administradora de Fondos y Fiducia S.A.





fotografía aérea oblicua en la que se observa material tipo cascajo (más blanco) que se proyecta hacia la zona de estudio.

IV

INSTRUCCIONES ESPECÍFICAS A LA FIDUCIARIA

Están previstas en la cláusula novena y se refieren a:

NUEVE.UNO.- Ejercer todas las acciones y derechos inherentes a la calidad del representante legal del fideicomiso mercantil propietario de los bienes transferidos o que se transfieren a título de fideicomiso mercantil, ajustándose exclusivamente a los lineamientos y obligaciones determinadas en la Ley de Mercado de Valores y en el presente contrato.

NUEVE.DOS.- Administrar los bienes conforme los términos del presente contrato.

NUEVE.TRES.- Transferir los bienes que integran o integraren el patrimonio autónomo de así instruirlo Viatécnica y/o el beneficiario, ya sea por venta, permuta o dación⁷.

V

ASPECTOS TRIBUTARIOS

El Registro Único de Contribuyentes del Fideicomiso es 0992424141001.

El Fideicomiso no se encuentra en lista blanca frente al SRI dado que no ha cumplido con sus obligaciones tributarias, particularmente con las declaraciones de la retención en la fuente desde el año 2005.

VI

IMPUESTOS MUNICIPALES

El Fideicomiso se encuentra en mora del pago del impuesto predial urbano desde el año 2003 hasta la presente fecha por lo que adeuda un valor aproximado de USD. 150.594,83 (ciento cincuenta mil quinientos noventa y cuatro dólares de los Estados Unidos de América con ochenta y tres centavos).

En consecuencia la M.I. Municipalidad de Guayaquil ha iniciado en el Juzgado Segundo de Coactivas los siguientes juicios en contra de Euroassets Administradora de Fondos y Fiducia S.A.:

- a. Juicio coactivo No. 010109258-2005, que corresponde a los impuestos prediales de los años 2003 y 2004, cuyo valor de la deuda asciende a USD. 15.736,52.
- b. Juicio coactivo No. 01-0044884-2007 que corresponde a los impuestos prediales del año 2006, cuya deuda asciende a USD. 11.699,43.
- c. Juicio Coactivo No. 01-2009-000022 Impuestos prediales de los años 2007 y 2008, cuya deuda asciende a USD. 23.398,90.

Conforme lo estipula el numeral once punto dos punto once de la cláusula undécima del contrato de constitución del Fideicomiso, que trata sobre los derechos y obligaciones de la Fiduciaria, dice:

“CLÁUSULA UNDÉCIMA: DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA.– Son derechos y obligaciones de la Fiduciaria los siguientes:... **ONCE.DOS.- OBLIGACIONES:** ... **ONCE.DOS.ONCE.-** Cumplir con el pago de los impuestos y demás gravámenes en que se incurra con ocasión del perfeccionamiento, desarrollo y liquidación de este contrato. La FIDUCIARIA tendrá acción de repetición contra el patrimonio autónomo, la CONSTITUYENTE, los cesionarios de las cuotas de participación fiduciaria o la BENEFICIARIA, según fuera el caso, para el reembolso de las sumas que llegare a pagar con sus propios recursos por impuestos a cargo del patrimonio autónomo que administra. No obstante lo anterior, es obligación de la Constituyente y/o Beneficiaria entregar los valores necesarios para el pago de los impuestos y demás gravámenes en que se incurra por la administración del fideicomiso”.

No obstante lo anterior, es obligación de la Constituyente y/o Beneficiaria entregar los valores necesarios para el pago de los impuestos y demás gravámenes en que se incurra por la administración del fideicomiso.

Por otra parte la Cláusula Décima, numeral 10.2.7; y, la Cláusula Duodécima, numeral 12.2.2, que tratan sobre derechos y obligaciones de la constituyente y del beneficiario respectivamente, establecen que la constituyente y beneficiario deben “cubrir los gastos requeridos para el cabal cumplimiento de los fines del fideicomiso.”

A continuación se detalla la consulta realizada en el portal electrónico de la M.I. Municipalidad de Guayaquil, misma en la que se detallan los valores adeudados más los intereses respectivos, cortados a julio de 2011.

		<h1>CONSULTA </h1> <h2>IMPUESTOS PEDIALES</h2>					
Sector	Manzana	Lote	División	Phv	Phh	Número	Año
48	0425	001	0	0	0	1	

CONTRIBUYENTE: FIDEICOMISO DE ADM.DE BIENES LA GERMANIA

AÑO	ADICIONALES	INTERES	COACTIVA	DESCUENTO	TOTAL	OBSERVACIONES	SEMESTRE
2003	7868,26	7694,69	0	0	15562,95	Para el Año 2003 Acerquese a la Jefatura de Coactiva	Anual
2004	7868,26	6763,20	0	0	14631,46	Para el Año 2004 Acerquese a la Jefatura de Coactiva	Anual
2005	10635,86	7935,02	0	0	18570,88	Para el Año 2005 Acerquese a la Jefatura de Coactiva	Anual
2006	11699,46	7648,93	0	0	19348,39	Para el Año 2006 Acerquese a la Jefatura de Coactiva	Anual
2007	11699,46	6358,72	0	0	18058,18	Para el Año 2007 Acerquese a la Jefatura de Coactiva	Anual
2008	11699,46	4572,87	0	0	16272,33	Para el Año 2008 Acerquese a la Jefatura de Coactiva	Anual
2009	11699,46	2935,43	1463,49	0	16098,38		Anual
2010	14035,84	1720,47	1575,63	0	17331,94		Anual
2011	14035,84	684,48	0	0	14720,32		Anual

TOTAL ACUMULADO: \$ 150594,83

ESTOS VALORES ESTÁN SUJETOS A CAMBIOS
NO CONSTITUYEN COMPROBANTE DE PAGO

VII

REFORMAS CONTRACTUALES

Euroassets no dispone en sus archivos de escrituras reformativas al contrato de fideicomiso, por lo tanto, no podemos certificar que el Fideicomiso haya sido objeto de reformas.

VIII

CESIONES DE DERECHOS DE BENEFICIARIOS

Las cesiones de derechos fiduciarios que han sido notificadas a la Fiduciaria se detallan a continuación:

#	Fecha	Inscripción	Cedente	Cesionario	%	Objeto de la cesión
1	16/08/02	10/10/2002	Viatécnica S.A.	Agencia de Garantía de Depósitos (AGD)	12%	Dación en pago
2	23/12/02	30/12/2002	Viatécnica S.A.	Filanbanco S.A. en Liquidación	11.20%	Dación en pago
3	23/12/02	30/12/2002	Viatécnica S.A.	Filanbanco S.A. en Liquidación	4.32%	Dación en pago
4	03/02/03	25/02/2003	Viatécnica S.A.	Filanbanco S.A. en	0.87%	Dación en pago

				Liquidación		
5	05/09/03	23/09/2003	Viatécnica S.A.	Banco del Progreso en Saneamiento	0.31%	Dación en pago
6	05/09/03	23/09/2003	Viatécnica S.A.	Banco del Progreso en Saneamiento	0.21%	Dación en pago
7	05/09/03	23/09/2003	Viatécnica S.A.	Banco del Azuay en Saneamiento	0.43%	Dación en pago
8	12/09/03	29/10/2003	Viatécnica S.A.	Banco de Préstamos en Saneamiento	0.60%	Dación en pago
9	03/10/03		Viatécnica S.A.	Banco Solbanco en Saneamiento	0.21%	Rectificación y ratificación de la escritura de cesión de derechos de fecha 5 de septiembre de 2003 a favor de Solbanco en vez de Banco del Progreso en Saneamiento.

Todas las cesiones de derechos de beneficiario mencionadas en líneas superiores responden al cumplimiento de obligaciones vencidas que la compañía Viatécnica mantenía con varias instituciones Financieras (IFIS) y con la Agencia de Garantía de Depósitos. La AGD adquirió la cartera vencida que Filanbanco tenía con el Grupo Manzur, mediante un convenio de dación en pago de 3 de julio de 2002, endosando un documento de crédito a favor de la AGD.

Mediante el Convenio de Dación en Pago, suscrito entre la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD) y Filanbanco S.A., ésta última endosó documentos de crédito del Ing. Carlos Alberto Manzur Pérez, por sus propios derechos; AGRO INDUSTRIAL REFORESTADOR AGROCHANUL S.A., representadas legalmente por el Ab. Carlos Manzur Sandoval; y ELSA WONG GUERRA, garantizada personalmente por el Ing. Carlos Manzur Pérez.

En base a la información proporcionada en el 2002 por el departamento de riesgos de Filanbanco S.A., el grupo Manzur está integrado por las siguientes empresas: Carlos Manzur Pérez, en su calidad de empresario; Agro Industrial Reforestador, hacienda ganadera; Automotores y Carrocería Pantera, ensamblaje de motonetas Vespa; Diario el Meridiano, publicación y comercialización del diario; E.Q. Editorial Impresiones Gráficas, imprenta; Agrolaurel S.A., explotación agropecuaria; y Capromar S.A., camaronera.

Mediante escritura pública celebrada el dieciséis (16) de agosto de dos mil dos (2002) ante el Notario Séptimo del cantón Guayaquil, abogado Eduardo Falqués Ayala e inscrito en el Registro de la Propiedad del Cantón Guayaquil el diez (10) de octubre del dos mil dos (2002), la FIDUCIARIA suscribió una cesión de derechos de beneficiario, por un doce por ciento, del Fideicomiso Mercantil de Administración de Bienes "La Germania", entre el CONSTITUYENTE en calidad de cedente; y, la Agencia de Garantía de Depósitos AGD en calidad de cesionaria.

El segundo inciso de la Quinta Disposición Transitoria de la Ley de Creación de Red de Seguridad Financiera, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. Cuatrocientos noventa y ocho (498), de treinta y uno (31) de diciembre de dos mil ocho (2008), dispuso que: "La Agencia de Garantía de Depósitos mantendrá su vigencia jurídica a partir de la publicación de la presente Ley en el Registro Oficial, por el plazo de un año [...] Una vez extinguida la Agencia de Garantía de Depósitos, sus activos, derechos, así como las competencias establecidas en los Arts. Veintisiete (27) y veintinueve (29), inciso final de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica, en el Área Tributario-Financiera, serán ejercidos por el Ministerio de Finanzas."

Mediante Decreto Ejecutivo No. Doscientos dos (202) del treinta y uno (31) de Diciembre de dos mil nueve (2009), publicado en el Registro Oficial ciento nueve (109) el catorce (14) de enero de dos mil diez (2010), se dispuso que el Ministerio de Finanzas asuma, a partir del primero (1º) de Enero de dos mil diez (2010), las competencias, activos y derechos que en virtud de la extinción de la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD) debe ejercer dicha Cartera de Estado.

En virtud de que la AGD se extinguió el treinta (31) de diciembre de dos mil nueve (2009), de conformidad con el Decreto Ejecutivo No. Doscientos dos (202) antes referido, el nuevo Beneficiario del Fideicomiso La Germania pasó a ser el Ministerio de Finanzas.

El primer inciso de la Décima Disposición Transitoria del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, publicado en el Segundo Suplemento del registro Oficial No. Trescientos seis (306) de veintidós (22) de octubre de dos mil diez (2010), dispuso lo siguiente:

"Los activos, derechos y competencias que se transfirieron al Ministerio de Finanzas de conformidad con la Disposición Transitoria Quinta de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, pasarán a partir de la publicación de la presente Ley a la Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público (UGEDEP) del Fideicomiso AGD CFN NO MAS IMPUNIDAD. Para dicho efecto se emitirá el correspondiente acto administrativo.

Las Superintendencias, los registradores de la Propiedad, Mercantil o responsables de cualquier otro registro público, procederán a registrar la nueva titularidad de estos bienes en base a esta Ley y el oficio o instrumento que emitirá el Ministerio de Finanzas para tal efecto.

En todos los fideicomisos en los que la ex - AGD fue constituyente y/o beneficiada, los plazos o condiciones con valor de plazo que constan en los contratos de fideicomiso que estableció o mantuvo la ex AGD y que fueron traspasados al Ministerio de Finanzas se declaran vencidos, y el Ministerio de Finanzas procederá a entregar los activos, bienes y derechos constantes en dichos contratos a la unidad de gestión y ejecución del Fideicomiso

AGD-CFN NO MAS IMPUNIDAD.

El Fideicomiso AGD CFN NO MAS IMPUNIDAD, con sus propios recursos, podrá realizar todos los actos de administración financiera necesarios para la adecuada gestión de las empresas bajo su control, y podrá disponer de las utilidades que unas reporten, para la capitalización de otras, pudiendo también autorizar la entrega de recursos entre ellas a título de mutuo, previa entrega de las garantías y seguridades que se estipulan.

También el Fideicomiso AGD CFN NO MAS IMPUNIDAD reconocerá los pasivos legalmente garantizados y que consten en los balances de los bancos a la fecha de su finiquito.”

Mediante Decreto Ejecutivo número quinientos cincuenta y tres (553) del dieciocho (18) de noviembre de dos mil diez (2010), se creó la Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público del Fideicomiso AGD-CFN NO MAS IMPUNIDAD.

El numeral 3.3 del artículo 3 de la Sección I “De los Informes Previos” de la Resolución No. JB-2009-1427 de 21 de septiembre del 2009 dispone que “La recomendación para que el Superintendente instruya que la junta de acreedores, o el consejo temporal de liquidación, o a falta de estos, el mismo Superintendente, de conformidad con las atribuciones que les otorga el inciso tercero del artículo 155 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero autorice al Liquidador para que resuelva la transferencia de activos de la institución financiera en liquidación, a otra institución del sistema financiero que tenga competencia legal para llevar a cabo procedimientos coactivos de cobro.

Por esta razón, mediante oficio número SBS-INJ-SAL-2009-1337 de 15 de diciembre del 2009, la ingeniera Gloria Sabando García, Superintendente de Bancos y Seguros comunica al ingeniero Christian Ruiz H., Gerente General del Banco Central del Ecuador, que “... en la reunión de trabajo celebrada en la ciudad de Guayaquil, el día martes 17 de noviembre del año en curso, con la presencia del señor Presidente Constitucional de la República, economista Rafael Correa Delgado, de los miembros de su Directorio, y su representante legal, se designó al Banco Central del Ecuador como la entidad del sistema financiero que intervendrá como cesionaria dentro del referido proceso. En tal virtud, corresponde al banco de su representación, previo conocimiento y anuencia expresa de su Directorio, receptor los bienes de las entidades en liquidación, cuya transferencia ha sido instruida por este organismo de control a través de sendos oficios dirigidos a los liquidadores, a efectos de que suscriban las correspondientes escrituras públicas, en el marco de la Resolución No. JB-2009-1427[...].”

En consecuencia de todo lo anterior, la Fiduciaria registra en la actualidad como beneficiarios del Fideicomiso La Germania a:

#	Beneficiarios actuales	%
1	Ministerio de Finanzas	12%
2	Banco Central del Ecuador	17.94%
3	Viatécnica S.A.	70.06%

IX**VALORACIÓN DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS**

- El 7 de agosto de 2002 la AGD solicitó al BCE se realice un avalúo del terreno de propiedad de la Compañía Viatécnica S.A. con el objeto de determinar el porcentaje que le correspondería del mismo como dación en pago por los valores adeudados por el grupo Manzur. Grupo que, en comunicación de 2 de agosto de 2002, por intermedio del Ing. Carlos Alberto Manzur Perez, propuso entregar en dación en pago un terreno de 400.000 metros cuadrados, de propiedad de la Compañía Viatécnica S.A. Con este antecedente, el 9 de agosto del mismo año con oficio DAG-257-2002 el Ing. Gabriel Rodríguez Cassanello adjuntó el informe efectuado por el Ingeniero Alberto Sanchez Lucín de 8 de agosto del mismo año, del terreno de propiedad de la compañía Viatécnica S.A., ubicado en el km. 17,5 de la parroquia Pascuales, lado izquierdo de la carretera Daule-Guayaquil. El referido terreno fue valorado en USD. 3'200.000,00 (tres millones doscientos mil dólares de los Estados Unidos de América), cantidad que cubría las obligaciones que mantenía el Grupo deudor directamente con la AGD. Por este motivo, la AGD en Acta de Comité de Crédito celebrada el 15 de agosto de 2002 se argumentó que, de acuerdo a la información proporcionada por Filanbanco S.A., las condiciones financieras del Grupo Deudor eran críticas, con niveles de rentabilidad deficientes. Sostuvieron además, que de acuerdo al sistema de garantías de Filanbanco, el Grupo Deudor mantenía una insuficiencia de garantía considerable, por lo que consideraron la opción de aceptar la dación en pago del bien antes descrito como una alternativa viable. Por estas razones, el Comité de Crédito con el voto unánime sus miembros, aceptaron la dación en pago propuesta.
- Consecuencia del informe mencionado anteriormente, el 13 de noviembre de 2002 Viatécnica S.A. informó a Euroassets que el inmueble aportado al patrimonio autónomo del Fideicomiso La Germania está avaluado por USD. 29'000.000,00 (veintinueve millones de dólares de los Estados Unidos de América).
- El 22 de diciembre de 2003, el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, mediante oficio No. 1332 SOT-DINAC-2003 comunica a la Gerente de la AGD, Wilma Salgado Tamayo que se procedió a realizar el avalúo de seis predios en la provincia del Guayas. Dentro de éstos consta el predio denominado La Germania mismo que, conforme al anexo que se adjunta, tanto la Coordinación de Avalúos de la DINAC, como el perito evaluador del predio, se ratifican en los valores comerciales asignado al suelo del inmueble avaluado el 18 de diciembre de 2003 y que según lo expuesto ha sido determinado en USD. 5.000/Ha, para la clase de tierra III y de USD. 3.000/Ha, para la clase de tierra V, por lo que, de acuerdo a la franja adjudicada a la AGD (40 hectáreas) se le da un valor total de USD. 129.527,00.

4. El 26 de mayo de 2004, el rector de la Escuela Superior Politécnica del Litoral ESPOL mediante oficio R-377-A-2004 comunica al Subgerente regional de la AGD, Santiago Hidalgo Cárdenas que adjunta el informe de inspección y avalúo del terreno situado en el km. 17,5 de la vía Guayaquil-Daule, parroquia Pascuales, cantón Guayaquil, provincia del Guayas de la Hacienda La Germania realizado por el profesor de la ESPOL, Ing. Angel Vargas Zúñiga, perito evaluador debidamente calificado por la Superintendencia de Bancos a petición de la AGD, con el fin de verificar las condiciones generales del lote de terreno. De las conclusiones del informe se estableció que el avalúo comercial a la fecha ascendía a la suma de USD. 2'532.800,00.
5. El 22 de marzo de 2004 la Abogada Nancy Castillo de Bosch, Apoderada de la Compañía Viatécnica, envía a Euroassets un informe de avalúo realizado por el Ing. Carlos Pérez Vera del terreno que forma parte del Fideicomiso La Germania, del cual se desprende un valor de USD. 65'950.019,00.
6. El 17 de enero de 2011 el Ing. Paúl Sotomayor G., Director Nacional de Avalúos y Catastros mediante oficio MIDUVI-DINAC-PSG-2011 comunica a la UGEDEP que adjunta copias de los informes técnicos de avalúos signados por la DINAC con numero de tramite 23283 de fecha diciembre de 2009. En lo concerniente al Fideicomiso La Germania el Ing. Víctor Rúales Gonzales realiza un avalúo de la franja de 40 hectáreas perteneciente a la AGD consignando un avalúo de USD. 404.000,00.

Sin embargo, luego de todo lo anotado, de acuerdo con el Estado de Situación Financiera del Fideicomiso Mercantil de Administración de Bienes "La Germania" al 30 de Junio de 2009 la valoración del patrimonio del fideicomiso asciende a la cantidad de USD. 29'000.000,00, valor que desde la constitución misma del fideicomiso no ha presentado cambios pese a todos los avalúos mencionados.

X

RENDICIONES DE CUENTAS

Conforme el numeral once punto dos punto cuatro de la cláusula undécima que trata de los derechos y obligaciones de la Fiduciaria, menciona: "Once.Dos.Cuatro.- Dar cuenta de su gestión al CONSTITUYENTE y/o BENEFICIARIO mediante el envío de informes establecidos por la Ley trimestralmente".

Las rendiciones de cuenta han sido remitidas por la Fiduciaria al Constituyente y Beneficiario de forma semestral; conjuntamente con sus anexos respectivos. No se han presentado rendiciones de cuenta desde el mes de julio de 2009 en lo posterior, hasta la presente fecha.

XI

ÓRGANOS INTERNOS DE FIDEICOMISO

El contrato de fideicomiso no contempla ningún órgano adicional de administración.

XII

HONORARIOS POR ADMINISTRACIÓN FIDUCIARIA

La cláusula DIECIOCHO.DOS del contrato de Fideicomiso, que trata sobre Honorarios de la Fiduciaria, dispone que la fiduciaria percibirá de manera anual la cantidad de TRES MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD. 3.000,00), valor que corresponde cancelar mediante anualidades anticipadas dentro de los cinco primeros días a contarse de su exigibilidad.

De la información recabada se desprende que en la actualidad se adeuda a la Fiduciaria un valor de USD. 6.000,00, correspondientes a las anualidades comprendidas entre julio de 2007 a julio de 2009.

XIII

CLÁUSULA COMPROMISORIA

El contrato de fideicomiso en la cláusula VIGÉSIMA OCTAVA dispone lo siguiente:

"Las partes en caso de surgir divergencias, controversias o conflictos entre ellos, por razón o con ocasión del negocio fiduciario, serán resueltas por la vía amistosa mediante procedimientos de arreglo directo, pudiendo también dar curso a la mediación; para tal efecto las partes dispondrán de diez días hábiles contados a partir de la fecha en que cualquiera de ellas requiera a la otra en tal sentido, término que podrá ser prorrogado de mutuo acuerdo.

Evacuada la etapa de arreglos directos, las partes renuncian expresamente fuero y domicilio y declaran que se someterán exclusivamente al procedimiento arbitral, para lo cual las partes resuelven someterse a la resolución de los jueces árbitros a lo previsto en la ley de Mediación y Arbitraje vigente."

XIV

REPORTE A LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS

Conforme lo dispone la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores en su inciso 2, artículo 8, capítulo primero, sección tercera del título quinto que trata sobre Negocios Fiduciarios, de la Codificación de Resoluciones emitidas por el Consejo Nacional de Valores, las fiduciarias deben remitir de manera mensual la siguiente información:

- Denominación del negocio fiduciario, fecha de suscripción y vigencia.
- Nombres, apellidos y número de cédula de ciudadanía, R.U.C. o pasaporte del constituyente y beneficiario.
- Comisiones de cada uno de los negocios fiduciarios que administre.
- Estados financieros mensuales.
- Portafolio de las inversiones para el caso de fideicomisos de inversión.

Particular que se ha incumplido desde junio de 2009, fecha en la cual se presentó el último informe por parte del administrador anterior.

XV

CONCLUSIONES

12. El objeto previsto por las partes del contrato ha sido de imposible cumplimiento debido a:
 - a. La ausencia de un avalúo real del inmueble que permita la restitución fiduciaria de las cesiones de derechos de beneficiario que se dieron en dación de pago por las distintas deudas adquiridas por el Grupo Manzur, así como un procedimiento para determinar cómo se procedería para la repartición del inmueble que forma parte del patrimonio autónomo del fideicomiso entre los beneficiarios.
 - b. El incumplimiento por parte del constituyente en cancelar las obligaciones tributarias, especialmente el pago de impuestos prediales desde el año 2003 hasta la presente fecha;
 - c. La falta de recursos económicos por parte del constituyente y/o beneficiarios para cumplir con el objeto y finalidad del contrato.
13. El fideicomiso se encuentra en mora en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias ante el Servicio de Rentas Internas desde el año 2005. Para regularizar lo anterior, se requieren de recursos económicos que al menos pongan al día a la fiduciaria en la declaración de sus impuestos.
14. No existe sustitución fiduciaria pese a que en varias ocasiones se hizo conocer tanto al constituyente como a todos los beneficiarios de los problemas por los que ha estado atravesando la Fiduciaria y el conflicto de intereses que presenta con sus beneficiarios (Ex AGD). Esto se debe a que por una parte, la compañía Euroassets Administradora de Fondos y Fiducia S.A., fue incautada por la AGD en el 2002; y, por otra, la AGD fue beneficiaria del 12% de los derechos fiduciarios del fideicomiso mencionado. Por este motivo y de acuerdo al último inciso del Art. 116 de la Ley de Mercado de Valores, en concordancia con el Art. 14, numeral 2 y 5, de la Sección III referente a Disposiciones Generales, del Capítulo I referente a Administradoras de Fondos y Fideicomisos de la Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, se consideró procedente la sustitución fiduciaria para la administración del fideicomiso La Germania, resolución que fue aceptada en la reunión mantenida el 22 de octubre de 2008 entre el Constituyente, Beneficiarios del fideicomiso y el representante de la fiduciaria.
15. Existen tres juicios coactivos iniciados por la M.I. Municipalidad de Guayaquil en los que el Juzgado Segundo de coactivas ha dispuesto medidas precautelares en contra del Representante Legal de Euroassets, bloqueo y retención hasta por el valor de la liquidación actualizada de la deuda, arraigo o prohibición de ausentarse del país al coactivado y la prohibición de enajenar el predio que es materia de la presente causa y de los vehículos que sean del deudor.
16. El constituyente y/o beneficiarios adeudan a la fiduciaria las anualidades comprendidas entre julio de 2007 a julio de 2010 por concepto de honorarios, mismos que fueron pactados en la cláusula DIECIOCHO.DOS de la Escritura Pública de constitución del Fideicomiso que establece que dichos valores se cancelarán "...mediante anualidades anticipadas dentro de los cinco primeros días a contarse de su exigibilidad."
17. Dado que el inmueble no ha sido objeto de fraccionamiento, y puesto que la escritura de constitución del fideicomiso no estipula un procedimiento para la repartición del inmueble que forma parte del patrimonio autónomo del fideicomiso entre los beneficiarios, estos son propietarios de las acciones y derechos en el porcentaje que les corresponde.
18. El avalúo que fue realizado por el Banco Central en el 2002, tan solo determinó una pequeña porción de la totalidad del inmueble, mas no todo el bien, por este motivo mal pudieron establecer una valoración generalizada de toda la extensión de esta propiedad.

XVI

RECOMENDACIONES A SEGUIR

6. Aplicar la cláusula compromisoria del contrato de constitución con el objetivo de llegar a un acuerdo para el pago de honorarios, impuestos prediales y obligaciones tributarias con los beneficiarios y constituyente del fideicomiso.
7. Procurar en la mediación un acuerdo con los BENEFICIARIOS para proceder con la restitución y/o liquidación y terminación del negocio. Para el efecto, se necesita de recursos económicos para cancelar el costo que implica este método alternativo de solución de conflictos ante el Centro de Mediación a usarse.
8. En caso de que la mediación no solucione los conflictos materia de este fideicomiso, aplicar la cláusula arbitral que consta en el segundo párrafo de la cláusula Vigésima Octava de la Escritura pública de constitución del fideicomiso. Para el efecto, se necesita de mayores recursos económicos para cancelar el costo que implicaría demandar por este método, no obstante su resolución sería más efectiva, oportuna y equitativa tanto para los beneficiarios como constituyente y fiduciaria.
9. El reglamento de Negocios Fiduciarios vigente a la fecha de constitución del Fideicomiso establecía en su artículo 10 que: "En el caso de bienes muebles o de inmuebles, la valoración de estos bienes transferidos al patrimonio autónomo será realizada por los constituyentes. Las Fiduciarias tienen la facultad de verificar esta valoración."

El Art. 11, último inciso, de la sección IV, Capítulo I, Título V, referente a Negocios Fiduciarios, de la Codificación de las Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores, Resolución No. CNV-008-2006, señala que "... las fiduciarias podrán verificar la valoración de los bienes transferidos al patrimonio autónomo al momento de la constitución del negocio fiduciario y en forma previa a otorgar una constancia al constituyente o al beneficiario sobre las calidades que éstos tengan en el contrato."

DM. Quito, 12 de septiembre de 2011.

Ab. Tatiana Chérrez Córdova
Gerente General
Euroassets S.A.

Dr. Pablo Cevallos Fonseca
Registro No. 6286 C.A.P