

FORTALEZAS, DEBILIDADES Y MEJORES PRÁCTICAS DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

ECUADOR



The image shows a close-up of a book's spine and cover. The spine is white and the cover is yellow. The word "FORTALEZAS" is printed in large, bold, black capital letters on the yellow cover. The background is a blurred, warm-toned image of the book's pages and cover, suggesting a library or a collection of books.

FORTALEZAS

FORTALEZAS

LA CODIFICACIÓN DE RESOLUCIONES DEL CONSEJO NACIONAL DE VALORES (CNV) DETERMINA SU DEFINICIÓN Y CONDICIONES GENERALES:

- Permite que el deudor no sea el mismo constituyente.
- Determina que los bienes o su producto sean los que garanticen las obligaciones (opción de dación en pago o venta).
- No restringe las obligaciones a crediticias.
- Permite múltiples obligaciones.
- La fiduciaria no es deudora, deudora solidaria o avalista de obligaciones garantizadas.
- Requiere conformidad del acreedor sobre bienes aportados al fideicomiso y su valoración, o se liquida el fideicomiso. Lo mismo para nuevos acreedores o acreencias.

FORTALEZAS

- ✚ **ES ACEPTADO POR LA LEY EXPRESAMENTE EN ALGUNOS AMBITO DEL SECTOR PÚBLICO O SECTORES REGULADOS**
 - **Créditos financieros otorgados por:**
 - **Entidades financieras privadas**
 - **Algunas entidades financieras públicas (CFN, BEDE)**
 - **Créditos del FONDO DE LIQUIDEZ**
 - **Operaciones de comercio exterior cursadas a través del Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos de la ALADI (Banco Central)**
 - **Emisiones de obligaciones (Art. 162 LMV)**
 - **Procesos de titularización (Art. 150 LMV)**

FORTALEZAS

ES UTILIZADO DE FORMA AMPLIA EN EL ÁMBITO PRIVADO

- En préstamos para vehículos.
- En préstamos entre comerciantes o con distribuidores.
- En operaciones de compraventa de acciones, inmuebles u otras negociaciones.
- En arreglos transaccionales de conflictos judiciales o arbitrales.
- En protección a inversionistas (Ej. REVNI)

FORTALEZAS

ES CONSIDERADO UNA GARANTÍA PERSONAL Y AUTÓNOMA

- Se evita conflicto legal, sólo hipoteca y prenda son derechos reales (Art. 595 C.Civil)
- No viola prohibición de “pacto comisorio”, sólo aplica a prenda o hipoteca (Arts. 2299 y 2326 C.Civil)
- No existe derecho real del acreedor garantizado sobre los bienes fideicomitidos.
- No es sujeto a acciones de acreedores no amparados, se excluye de garantía general del constituyente o deudor.
- No está sujeta a pronunciamiento judicial previo para su ejecución (Cartas de crédito, garantías bancarias y avales).

FORTALEZAS

HA PODIDO PROTEGERSE DE ACCIONES JUDICIALES

- Separación patrimonial de bienes del deudor o constituyente y tiene su propia personalidad jurídica.
- Inembargabilidad de sus bienes (Procuraduría General del Estado, Superintendencia de Cías).
- Generalmente se pacta arbitraje, lo que impide acciones judiciales directas del constituyente o del deudor y prevalece incluso en caso de demanda de nulidad del fideicomiso.

FORTALEZAS

IMPUESTOS

- Tiene los mismos beneficios de los fideicomisos en general
 - Aportes y restitución al constituyente no genera impuestos de transferencia de dominio (Alcabala – Plusvalía – IVA -ICE)
 - Puede trasladar al beneficiario el pago del impuesto a la renta y retenciones (Art. 55 RALRTI)
- Ha sido excluido expresamente del pago de impuestos patrimoniales (impuesto de patente)

Finding your opponent's Achilles' heel
through Complex litigation



We find the weakness

DEBILIDADES

■ OPOSICIÓN POR VIOLACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL DEBIDO PROCESO (Art. 23, num. 27 CPE)

- Derecho a defensa en toda instancia del proceso judicial Art. 24, num. 10 CPE
- Ninguna persona podrá ser distraída del juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones - Art. 24, num. 10 CPE
- Derecho a acceder a órganos judiciales y a obtener tutela efectiva de derechos e intereses, evitando la indefensión - Art. 24, num. 11 CPE

Ej. Procedimiento especial de ejecución de hipotecas suspendido por el T. de Garantías Constitucionales (Res. 159-96-CP – RO. 32 – 24/09/96) por violar el derecho a la igualdad ante la ley, la libertad de contratación, el derecho a la defensa y el abuso del poder económico.

DEBILIDADES

ACCIONES DEL CONSTITUYENTE, DEUDOR O TERCEROS

- **Acción de Nulidad (causales legales) – Arts. 1697 al 1714 C. Civil - Prescripción 10 años**
- **Acción de simulación (Art. 123 LMV)**
- **Acción penal por acuerdos fraudulentos (Art. 123 LMV – Ley de Juzgamiento de la Colusión)**
- **Acción Pauliana (mala fe del deudor y perjuicio acreedores) – Art. 2370, num. 2 C. Civil – Prescripción 1 año**
- **Inoponibilidad por concurso preventivo (180 días antes de la solicitud y durante el proceso) – Arts. 12 y 26 L. Concurso Preventivo**

DEBILIDADES

DESCONOCIMIENTO DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA

- Escasa jurisprudencia y desconocimiento de implicaciones legales por jueces y tribunales.
- Intervención incorrecta de entidades de control cuando existen conflictos (protección indebida al deudor).
- Atribución de responsabilidades que no son de la fiduciaria:
 - Venta efectiva de los bienes o precio de venta
 - Protección física de bienes inmuebles o muebles que están en custodia del constituyente o deudor
 - Pago de impuestos, multas y demás gastos de los bienes, pese a la no entrega de recursos del constituyente o deudor
 - Pérdida de los bienes ocurrida sin culpa atribuible a la fiduciaria (caso fortuito, fuerza mayor, culpa levísima)
 - Administrar los bienes directamente.

DEBILIDADES

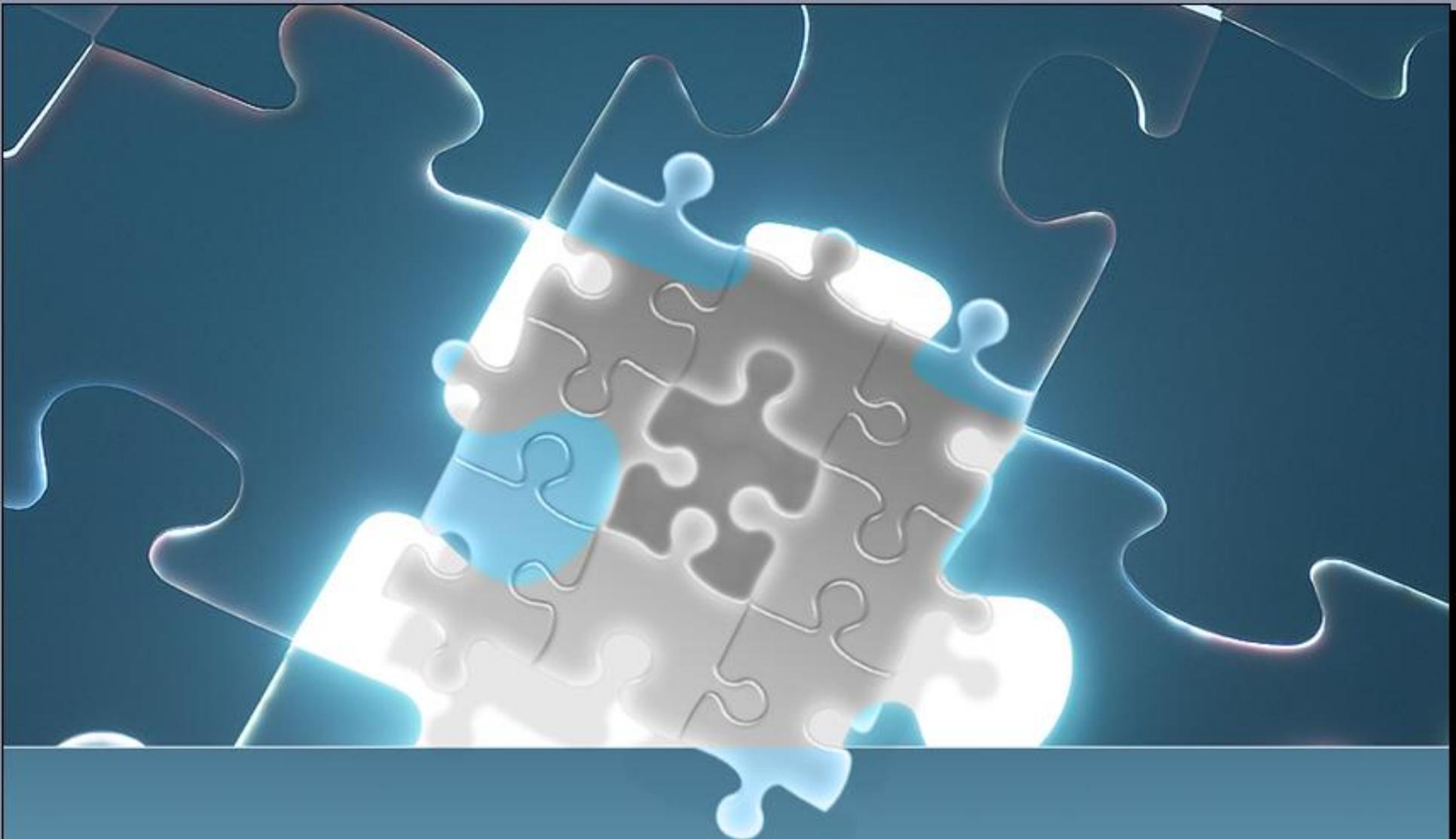
DIFICULTADES PARA SU CUMPLIMIENTO

- **Inexistencia de normas legales que permitan recuperación física inmediata de bienes muebles (se aplica figura del depositario o comodatario). En cambio existe acciones inmediatas y también penales para la Prenda Agrícola, Industrial, de Comercio Especial; para la Venta con Reserva de Dominio (Arts. 574 y 575 C.Penal) y el Leasing (Art. 7 LAM)**
- **Dificultad de conocer el estado de las obligaciones (crediticias) del deudor, si éste o el acreedor no proporcionan la información.**

DEBILIDADES

NO ACEPTADA EN ALGUNOS ÁMBITOS DEL SECTOR PÚBLICO Y SECTORES REGULADOS

- Para afianzar el pago del precio por venta de bienes por procesos de modernización (Art. 66 Reglamento a la Ley de Modernización)
- En amparar inversiones del Fondo de Solidaridad (Art. 28 Reg. de la Ley de Creación del F. S.)
- En procedimientos de contratación pública (Art. 73 LCP)
- Como garantías generales o específicas en operaciones aduaneras (Art. 147 LOA)
- Para préstamos del Banco Nacional del Fomento (Art. 79 LBNF)
- En préstamos del IECE (Art. 14 R. Crédito Educativo)
- Cuestionable en el caso del FISE



MEJORES PRÁCTICAS



MEJORES PRÁCTICAS

ETAPA PREVIA Y DE CONSTITUCIÓN

- **Verificación del constituyente, deudor y acreedor para determinar que no busquen fraude a los acreedores (políticas de conozca su cliente)**

ETAPA DE CONSTITUCIÓN

- **Exclusión de responsabilidad en verificación de títulos o documentos de respaldo de las acreencias o de su pago.**
- **Procedimiento de ejecución que permita negociación a un precio justo y de preferencia mediante venta a favor de terceros (mecanismos de venta pública o bursátil).**
- **Si se contempla entrega en dación en pago al acreedor, determinar valor razonable.**
- **Exclusión de responsabilidad de la fiduciaria o del acreedor por la variación del precio de los bienes fideicomitidos.**
- **Procedimientos y normas para administración que protejan intereses de todas las partes.**



MEJORES PRÁCTICAS

- **Determinación de custodios y verificadores (muebles) o de inspectores (inmuebles).**
- **Exclusión de la garantía como única fuente de pago de las acreencias.**
- **Establecer expresamente la posibilidad y causales para la suspensión del procedimiento de ejecución.**
- **Establecer mecanismo de solución de problemas en la aplicación del contrato (peritos, órganos especiales, mediación o arbitraje).**

ETAPA DE MANTENIMIENTO

- **Control de liberaciones (muebles)**
- **Control de pagos realizados por el deudor**
- **Verificación de seguros**
- **Verificación de pagos de impuestos y demás gastos de los bienes.**
- **Seguimiento a labor de custodios, verificadores e inspectores.**



MEJORES PRÁCTICAS

ETAPA DE EJECUCIÓN

- Información al deudor y al constituyente de todos los pasos seguidos durante el procedimiento de ejecución.
- Seguimiento estricto del procedimiento pactado.
- Obtener la mejor negociación posible (forma de pago, plazo y garantías)
- Requerimiento de comprobantes de pago al acreedor.
- Evitar demoras y documentar sus motivos.

ETAPA DE LIQUIDACIÓN

- Entrega de informe final a todas las partes.
- Determinar procedimiento en caso de objeciones.

**EXPOSITOR: AB. PABLO DEFINA BUCARAM
GERENTE DE SERVICIOS LEGALES
ADMINISTRADORA DE FONDOS DEL
PICHINCHA, FONDOSPICHINCHA S.A.**

DIRECCIÓN: GONZALEZ SUÁREZ N32-346 Y CORUÑA

TELÉFONOS: (593) 2 2561501, EXT. 2445 – (593) 9 5401516

CORREO ELECTRÓNICO: pdefina@pichincha.com