

EL FIDEICOMISO PUBLICO

Introducción

Al haberse contemplado en el Código de Comercio un título denominado "Del fideicomiso mercantil", como efecto de la reforma que introdujo en ese cuerpo legal la Ley de Mercado de Valores publicada en el suplemento del R.O. del 28 de mayo de 1993, las instituciones del sistema financiero y las administradoras de fondo y fideicomisos comenzaron a brindar el servicio de administración fiduciaria.

Hoy, luego de transcurridos algunos años desde que la ley antes mencionada fue publicada, ha nacido el interés por parte de las entidades financieras del sector público de actuar como fiduciarios. En mi opinión, este lapso les ha significado, a la mayoría de fiduciarios institucionales, un período de entendimiento y de aplicación práctica del concepto.

Han existido dudas, sobre todo por parte del sistema financiero privado con respecto a si las entidades pertenecientes al sistema financiero público pueden, legalmente, actuar como fiduciarios mercantiles, e incluso si pueden celebrar contratos de fideicomiso mercantil como constituyente. Surge también la pregunta con respecto a si cabe considerar - dada la naturaleza jurídica y efectos particulares del fideicomiso mercantil- si éste puede aplicarse dentro de la órbita del derecho bancario público o más bien si tiene una naturaleza jurídica propia.

Aspiro a través de este trabajo poder aclarar las normas de competencia de las entidades del sistema financiero público, en cuanto a su capacidad para actuar como fiduciarios mercantiles.

Análisis del tema

I. El **sistema** bancario nacional

- El sistema bancario nacional tiene dos órbitas claramente diferenciadas, tal y como lo indica el art. 30 de la Ley de Régimen Monetario (LRM) que dispone:

"El sistema financiero del Ecuador comprende el Banco Central, las instituciones financieras privadas y las demás instituciones controladas por la Superintendencia de Bancos".

II El sistema financiero privado

El ordenamiento jurídico propio de las instituciones del sistema financiero privado, lo constituye -básicamente- la Ley General de Instituciones de Sistema Financiero (LGISF) y las resoluciones que dicta la Superintendencia de Bancos (art. 1 LGISF).

La LGISF dispone que los participantes del sistema financiero privado son:

1. Las instituciones financieras privadas: bancos, sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo, las asociaciones mutualistas crédito para la vivienda y las cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera con el público. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 2 de la LGISF en concordancia con el literal r del art. 51, todas ellas pueden desempeñarse como fiduciarias mercantiles.
2. Las instituciones de servicios financieros: Se entiende por ésta los almacenes de depósito, compañías de arrendamiento mercantil, compañías emisoras o administradoras de tarjetas de crédito, casas de cambio, corporaciones de garantía y retrogarantía, compañías de titularización.

Estas instituciones junto con las mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda, las cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera con el público, se sujetan al ámbito de la LGISF en cuanto a las normas de solvencia y prudencia financiera y al control de la Superintendencia de Bancos dentro del marco legal que regula a dichas instituciones, con base a las normas que expida para el efecto. De ellas las únicas que pueden actuar como fiduciarias mercantiles son las compañías de titularización, con relación a fideicomisos mercantiles con fines de titularización tal y como lo contempla la resolución No. JB-97-018 del 17 de julio de 1997 publicada en el Registro Oficial del 11 de agosto de 1997.

3. Las instituciones de servicios auxiliares del sistema financiero, como lo son las dedicadas al transporte de especies monetarias y valores, las de servicios de cobranza, cajeros automáticos, servicios contables y de computación, las de fomento a las exportaciones e inmobiliarias propietarias de bienes destinados exclusivamente al uso de oficinas de una sociedad controladora de un grupo financiero o de una institución del sistema financiero; y, otras que fuesen calificadas por la Superintendencia de Bancos, cuyo capital, por lo menos en el veinte por ciento, pertenezca a una sociedad controladora o a una institución del sistema financiero, las que sin perjuicio del control que corresponde a la Superintendencia de Compañías, serán vigiladas por la Superintendencia de Bancos y se sujetarán a las normas de carácter general dictadas por ésta para ese tipo de instituciones.

III. El sistema financiero público.

Las normas especiales propias de bancos y entidades de derecho público son: La Ley de Régimen Monetario y del Banco del Estado (que rige el funcionamiento del Banco Central del Ecuador y del Banco del Estado), la Ley Orgánica del Banco Nacional de Fomento; la Ley sobre el Banco Ecuatoriano de la Vivienda; y, la Ley de la Corporación Financiera Nacional.

Existen por tanto entidades financieras que conforman el sector público financiero, tal y como lo contempla, además, la Ley de Presupuestos del Estado.

Como en cualquier caso de análisis de temáticas jurídicas relacionadas con entidades de derecho público, no hay que olvidar el principio de la limitación de los poderes públicos (3er. inciso art. 74 Constitución) en cuanto a las normas de competencia tanto institucionales así como del funcionario público. Sin embargo, en lo que a las operaciones financieras se refiere, tanto la banca privada así como la pública solamente pueden desarrollar operaciones autorizadas y contempladas en las leyes. En el caso de la banca privada, ello obedece a que el derecho bancario se entiende de derecho privado pero que contiene normas de orden público, sobre todo las relacionadas con las operaciones bancarias.

Con lo expuesto, me referiré a continuación a las principales funciones de las entidades del sistema financiero público y sobre todo lo que

se refiere a la posibilidad o no de poder actuar como fiduciarios. Soy franco con el lector en anticiparle que, en más de un caso, la respuesta positiva de que una entidad puede actuar como fiduciario generará preguntas muy difíciles de contestar a la luz de nuestra actual legislación.

Banco Central del Ecuador: Ejecutor de la política monetaria, financiera, crediticia y cambiaria de la República (art. 70 LRM), el agente financiero, depositario de los fondos públicos y servidor de la deuda externa del país (art. 40 LRM, art. 29 de la Ley 93 R.O.S. 22-VIII-95). Efectúa operaciones de mercado abierto (art. 23 LRM, operaciones de crédito sólo en caso de falta de liquidez de los bancos privados o de otros establecimientos de crédito sujetos al control de la Superintendencia de Bancos (denominado "préstamo de liquidez"), crédito "emergente por retiros" de depósitos o captaciones que afecten su estabilidad (art. 25 LRM), créditos especiales (art. 26 conc. art. 31 LRM), crédito para favorecer al pequeño depositante en función de su derecho de preferencia art. 26 Ley Reformativa s/n publicada en el R. O. 1000-S del 31-VII-96). Para las operaciones que conceda el Banco Central del Ecuador éste podrá solicitar el aval de la institución solicitante, salvo que exija garantías adicionales, lo cual significa que puede solicitar la constitución de un fideicomiso mercantil en garantía a su favor adquiriendo la calidad de beneficiario.

El literal g del art. 97 de la Ley de Régimen Monetario dispone que el Banco Central del Ecuador puede: "Efectuar operaciones no autorizadas expresamente por esta ley, salvo las que, sin estar prohibidas, tengan exclusivamente carácter bancario y sean necesarias para el cumplimiento de los objetivos de la política monetaria, financiera, crediticia y cambiaria de acuerdo con las regulaciones que para el efecto dicte la Junta Monetaria".

Esta disposición concuerda con lo dispuesto por el primer inciso del art. 212 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero que dispone:

"Art. 212.- Las instituciones financieras públicas deberán obtener la autorización de la Junta Bancaria, previo informe a la junta Monetaria, para realizar aquellas operaciones permitidas a las instituciones financieras en el artículo 51 de esta Ley y que no se encuentren definidas en sus leyes constitutivas".

En las materias no previstas en la Ley de Régimen Monetario, se aplicarán como supletorias las leyes de instituciones financieras, el **Código de Comercio**, el Código Civil y las demás leyes pertinentes, en cuanto sean compatibles con su naturaleza, finalidades y objetivos.

Vale agregar además, que la Ley de Distribución del 15% del presupuesto del Gobierno Central para los Gobiernos Seccionales en su art. 11 y en concordancia con el art. 7 del Reglamento de esa Ley (R.O. 29 de octubre de 1997) contempla que el Banco Central del Ecuador será **fiduciario de los recursos provenientes del fondo de descentralización**.

Agrega además el art. 7, que **en concordancia con lo previsto en la Ley de Presupuestos del Sector Público, se prohíbe que las obligaciones provenientes de fideicomisos las asuma el Gobierno Central**.

Vale la pena citar la parte pertinente del art. 45 de la Ley de Presupuestos del Sector Público que en su segundo inciso **dispone**:

"En ningún caso, el Presupuesto del Gobierno Central asumirá el pago de obligaciones provenientes del endeudamiento interno o externo, incluido el diferencial cambiario, contraído por las entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 de la presente Ley. Se exceptúa de esta disposición a las obligaciones que se deriven del Programa de Desarrollo Municipal e Infraestructura Urbana (PDM)".

El art. 2 de la Ley de Presupuestos del Sector Público consagra una lista de entidades y dependencias que se sujetan al ámbito de la Ley, lo cual significa que el art. 7 del reglamento de distribución del 15% del presupuesto del Gobierno Central quiere darle al fideicomiso la capacidad de endeudarse. ¿Qué significa ello, que el fideicomiso es un Patrimonio Autónomo y de riesgo exclusivo para el acreedor del mismo? ¿Se necesitará una norma jurídica que obligue al Banco Central a que cuando sea fiduciario esté obligado a decir que actúa como Fiduciario, presentándole, a quien se convierta en "acreedor" del fideicomiso el contrato de fideicomiso? ¿Esa norma de carácter general en cuanto a sus efectos determina que la tesis de ver al fiduciario como un dueño para terceros y dueño limitado para el constituyente y beneficiario, pierda vigor?

Finalmente habría que entender claramente el alcance de la DISPOSICION GENERAL añadida a la Ley de Régimen Monetario por la

disposición final 3a. de la Ley Reformativa s/n publicada en el Registro Oficial No. 1000 - S del 31 - VII - 96 que señala:

"Para los efectos de esta Ley, las instituciones financieras, definidas como tales en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, tendrán los mismos derechos y obligaciones que los bancos, salvo aquellas que no procedan en atención a la naturaleza y facultades de las mismas, según lo previsto en las leyes correspondientes".

Vale recordar también que el art. 1 de la LGISF contempla que las instituciones financieras del sector público se rigen por sus leyes especiales y por la LGISF en lo que a las normas de solvencia y prudencia financiera se refiere (básicamente la concepción de diligencia bancaria y las normas de patrimonio técnico, límites de crédito, etc.), no obstante que la propia Ley les concede una disposición muy amplia a través del art. 212.

El Banco Central del Ecuador tiene la jurisdicción coactiva para la recaudación de sus créditos y demás obligaciones y la ejercerá de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil (art. 101 LRM).

Banco del Estado: Tiene por objeto financiar proyectos, programas, obras y servicios del sector público. De acuerdo con la Ley 93 R.O. 764-S- del 22 - VIII-95, la función **de agente financiero del Estado** pasó del Banco del Estado al **Banco Central del Ecuador (art. 29 de la LEY 93)**.

Por el efecto de la Ley antes señalada el art. 120 de la LRM que dispone:

"Para el cumplimiento de la disposición contenida en el artículo anterior, todo contrato de endeudamiento que celebren el Estado y las demás entidades y empresas del sector público, estará respaldado por el fideicomiso de la totalidad de ingresos de la entidad deudora del Banco del Estado".

Debe entenderse con respecto al Banco Central del Ecuador como fiduciario y ya no con respecto al Banco del Estado.

Por el sentido de la Ley 93 antes señalada, algunas transitorias y en lo que nos ocupa, la decimocuarta disposición transitoria de la LRM, que

mandaba que los contratos de fideicomiso que tenía el Banco Central del Ecuador debía entregarlos al Banco del Estado, quedaría sin efecto. Así también cambia el sentido de la reforma al art. 138 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, reforma que había sido introducida por el art. 175 de la LRM en lo que al manejo fiduciario se refiere; incluso así lo dispone el art. 29 de la Ley 93 del año 1995 de manera expresa.

Por lo demás el Banco del Estado tiene jurisdicción coactiva para el cobro de sus créditos y obligaciones, conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil (art. 155 LRM).

Por lo contemplado en el art. 212 de la LGISF, puede desempeñarse como fiduciario mercantil, con sujeción a esa disposición.

Banco Nacional de Fomento: Entidad financiera de derecho privado con finalidad social o pública (entidad del sector público de acuerdo a la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, art. 383 LOAFY). Su objetivo fundamental es estimular y acelerar el desarrollo socioeconómico del país, mediante una amplia y adecuada actividad crediticia (arts. 1 y 3 Ley Orgánica del Banco de Fomento LOBF).

Tiene diferentes tipos de créditos: bancarios, de capacitación, comercial y especial (art. 52 LOBF).

Entre sus distintas operaciones puede actuar como **agente fiduciario** de fondos especiales del gobierno y de entidades nacionales o internacionales de financiamiento, con fines específicos de fomento para los sectores de producción, artesanía, pequeña industria, productos agropecuarios, fomento forestal, empresas turísticas y mediada industria (art. 3 literal f LOBF).

Tiene jurisdicción coactiva para el cobro de sus créditos (art. 142 LOBF).

En lo que no se oponga a la LOBF, se aplicarán las leyes generales bancarias, y, en su defecto, el **Código de Comercio** y el Código Civil (art. 163 LOBF).

El Contrato de Fideicomiso Mercantil contemplado en el Código de Comercio desde 1993 hace factible que el Banco Nacional de Fomento, en concordancia con lo dispuesto en el literal f del art. 3 de la LOBF pueda

ser fiduciario mercantil del gobierno. En cuanto a si puede actuar como fiduciario de personas de derecho privado, creo que las operaciones financieras con terceros se limitan a los créditos (descritos en el Título IV de la LOBF), captaciones (es decir, operaciones activas y pasivas no de servicios financieros como el fiduciario), así como las denominadas "otras operaciones" (aceptaciones bancarias, avales y fianzas).

La base legal para poder actuar como fiduciario mercantil aún de personas de derecho privado se daría conforme a lo que contempla el art. 212 de la LGISF ya citado.

■ **Banco Ecuatoriano de la Vivienda:** Es una entidad de Derecho Privado con finalidad social o pública que encaja dentro de la concepción de Sector Público (art. 1 Ley BEV cono. art. 383 LOAFYC).

Se rige por las disposiciones del decreto que lo crea, por la **Ley General de Instituciones del Sistema Financiero en lo que no se opusiera a las anteriores**, por los estatutos que expidiera la Junta General de Accionistas y por los reglamentos que aprobare el Directorio.

Es el organismo financiero y crediticio del sector vivienda y formará parte de las entidades financieras públicas (art. 1 Ley BEV).

Existe una facultad similar a los encargos fiduciarios contemplada en el literal d del art. 5 de la Ley del BEV que dispone:

"El Banco está facultado para realizar todas las funciones y operaciones que fueren necesarias para el cumplimiento de sus finalidades. De modo especial para:

d) Representar a otras instituciones que realicen actividades semejantes y actuar como consejero, administrador o supervisor;"

El Banco Ecuatoriano de la Vivienda tiene jurisdicción coactiva para el cobro de las obligaciones contraídas por personas naturales o jurídicas que contraigan o hubieren contraído obligaciones con dicha institución. Esta facultad la ejercerá además, para el cobro de su cartera vencida (art. 19).

También le es aplicable el art. 212 de la LGISF como sustento para actuar como fiduciario mercantil.

Corporación Financiera Nacional: Tiene una ley de reciente promulgación. Es una entidad financiera pública, autónoma. Entre sus

nuevas funciones está la de impulsar el mercado de valores participando con títulos representativos de deuda o por titularización de activos propios de terceros, o por emisión de certificados de derechos fiduciarios (CDFs) (literal c art. 3 Ley CFN).

Entre las distintas operaciones que puede llevar a cabo la CFN está la de "prestar el servicio fiduciario civil y/o mercantil al Gobierno Nacional a entidades de derecho público y a entidades de derecho privado;" (art. 24 literal r). También puede la CFN actuar como administrador de fondos colectivos (los cuales se sujetan, por mandato de la Ley de Mercado de Valores en su relación entre administrador y fondo a las normas del fideicomiso mercantil. Art. 24 lit. d).

Los títulos fiduciarios que emita la Corporación Financiera Nacional tendrá el mismo tratamiento que el otorgado por la Ley a los Bonos del Estado (art. 47).

Por lo expuesto la CFN puede ser, también, fiduciaria mercantil de procesos de titularización que se fundan en fideicomisos mercantiles.

La CFN tiene jurisdicción coactiva para el cobro de los créditos y obligaciones cuyo origen sea operaciones de banca de primer piso, o en los casos de liquidación de instituciones financieras intermediarias deudoras de ella (art. 25).

Finalmente, al igual que todas las entidades de derecho público financiero, puede actuar como fiduciario por el efecto de lo contemplado en el art. 212 de la LGISF.

CONCLUSIONES

- El Banco Central puede desempeñarse como fiduciario de fondos públicos atendiendo la supletoriedad del Código de Comercio, respecto de una operación de Banco que le fue trasladada por mandato legal y que hasta 1995 (antes de la Ley 93) posibilitaba solamente al Banco del Estado la actuación de fiduciario mercantil. No creo que el art. 1 de la LGISF determine la norma de competencia para el Banco Central de actuar como fiduciario ya que tal disposición implica supletoriedad en lo que a prudencia y solvencia financiera se refiere.

El art. 212 de la LGISF, al tener un carácter especial (así lo dispone el art. 218 de la LGISF) y de posterior vigencia que la Ley de **Régimen**

Monetario constituye la base para la actuación fiduciaria del Banco Central. Por otra parte tal disposición determina que la Facultad contemplada en el literal g del art. 97 de la LRM, para que la Junta Monetaria dicte las regulaciones de aquellas operaciones que, sin estar prohibidas, puedan ser ejecutadas por el Banco Central, no represente más que un informe previo a la resolución, que por mandato del art. 212 de LGISF, le corresponde, en ese sentido, a la Junta Bancaria.

- Por otra parte, considerando que la Ley de Régimen Monetario le permite al Banco Central solicitar garantías adicionales a la institución solicitante de crédito, creo que dentro del concepto encaja el fideicomiso de bienes con fines de garantías en sus diversas modalidades, debiéndose valer para ello el Banco Central (como beneficiario), de un tercero imparcial (fiduciario imparcial). Para este último efecto, sería útil para el Banco Central que sea la Junta Monetaria la que establezca las características básicas de este contrato de fideicomiso, con miras a proteger los intereses del Banco Central de Ecuador con base en un contrato de fideicomiso en garantía con cláusulas y efectos predefinidos.
- El Banco de Fomento puede ser agente fiduciario del gobierno, interpretando la norma citada de su ley orgánica y considerando la supletoriedad del Código de Comercio que contempla el contrato de fideicomiso mercantil.

También debe entenderse que el art. 212 de la LGISF le es aplicable por cuanto es una entidad que pertenece al sector público financiero. Una eventual reglamentación de la Junta Bancaria podría posibilitar, con base en las leyes vigentes, que incluso pueda celebrar contratos de fideicomiso con entidades de derecho privado actuando como fiduciario.

- Con relación al Banco Ecuatoriano de la Vivienda, vale citar el literal b del art. 5 da la Ley del BEV, que dispone:

"Art. 5.- El Banco está facultado para realizar todas las funciones y operaciones que fueren necesarias para el cumplimiento de sus finalidades. De modo especial para:

- b) Obtener fondos a través de empréstitos **de organismos financieros nacionales o extranjeros, emitir bonos y realizar otras transacciones reconocidas** por las leyes".

Si se toma en cuenta que la LGISF lo rige, en lo que no se oponga a su ley constitutiva; siempre que para cumplir sus finalidades deba actuar

como fiduciario mercantil (que es una operación de banco de acuerdo con el art. 51 literal r de la LGISF) pues será perfectamente lícito que lo haga; más todavía por lo dispuesto en el art. 212 de la LGISF, tal y como ya lo he señalado.

La Corporación Financiera Nacional, muy claramente puede desempeñarse como fiduciario mercantil de fideicomisos mercantiles a celebrarlo bien con entidades del sector público o entidades de derecho privado.

Incluso su nueva ley dispone que puede actuar como fiduciario civil, lo cual constituye un craso error legislativo por la naturaleza esencialmente condicional del fideicomiso civil en lo cual el fiduciario, al fallar la condición, se convierte -ipso jure- en dueño pleno de los bienes. No hay que olvidar que para efectos civiles, la propiedad fiduciaria es una limitación al dominio, mientras que para efectos mercantiles es un negocio jurídico bancario que responde a una naturaleza jurídica diversa.

Lo expuesto es este ensayo me motiva, además, a concluir puntualizando las siguientes reflexiones:

1. ¿Entienden las entidades de derecho público, a la luz de las normas mercantiles actuales, los efectos y características propias del fideicomiso mercantil? La experiencia y lo novel de la legislación mercantil me hacen pensar que no.
2. Las actuaciones del fideicomiso público se han dado en el Ecuador, desde hace más de treinta años, a partir de la actuación del Banco Central como fiduciario, sobre todo concibiéndolo como una figura jurídica por la cual se comprometen fondos de entidades públicas para asegurar el pago de obligaciones dinerarias adquiridas por estas con otras entidades, bien de derecho privado o de derecho público. Se ha confundido en tales contratos al fideicomiso como una especie de gravamen, como un acto por el cual se "grava" el derecho de disposición de fondos públicos, incluso como una especie de "mandato irrevocable".
3. ¿Pueden las entidades bancarias de derecho público cobrar a través de la jurisdicción coactiva créditos por cobrar que se le hayan transferido en fideicomiso mercantil por constituyentes del sector privado? Si la naturaleza de la "titularidad" del fiduciario respecto de los bienes es "dominical" cabría, perfectamente. Si se defiende la tesis del patrimonio autónomo habría **una profunda duda**.

4. La facultad reglamentaria de la Junta Bancaria podría determinar, perfectamente, la capacidad para las entidades del sector público financiero de poder celebrar fideicomisos con constituyentes, tanto públicos como privados. Por su facultad reglamentaria la Junta Bancaria dictó la resolución No. SB-JB-97-034 publicada en el Registro Oficial del 17 de noviembre de 1997, por la cual se dispone que, previos los dictámenes de la Junta Monetaria y del Ministerio de Finanzas y Crédito Público, las instituciones del sector público que forman parte del sistema financiero, podrán constituir fideicomiso mercantil. Dispone además esa resolución, que las bases para el proceso de selección de la entidad fiduciaria y la minuta del acto constitutivo serán aprobadas por la Superintendencia de Bancos.
5. ¿Contemplan las normas de contabilidad gubernamental la forma de transferencia de bienes del sector público en fideicomiso y cómo efectuar los asientos contables de los derechos personales que resultan de tales contratos? ¿Es correcto, jurídicamente hablando, que el fideicomiso público es "fideicomiso mercantil" público o tiene diversa naturaleza?
6. ¿Son claras las normas de competencia para entidades de derecho público no financiero de poder celebrar contratos de fideicomiso en calidad de constituyentes? Habría que distinguir la naturaleza de la institución pública y su régimen legal particular.
7. ¿Qué ocurrirá con el negocio fiduciario si las entidades de derecho público financiero compiten con entidades financieras de derecho privado facultadas para actuar como fiduciarios? ¿Cuál debe ser la filosofía legislativa en este sentido? ¿Sería acaso que la actividad fiduciaria pública se debería limitar a considerar constituyentes del sector público? ¿Se reglará, por otra parte, el concurso para la contratación del servicio fiduciario privado? ¿Existirá por tanto, dentro de poco, el "uso público del servicio fiduciario privado"?

La gran conclusión es que hay mucho por hacer y sobre todo a partir de una base de conocimiento sólido y claro que permita legislar bien y tutelar los intereses de los constituyentes, fiduciarios y beneficiarios.