

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

**“LA FIDUCIA INMOBILIARIA, CONSIDERACIONES LEGALES PARA EL
DESARROLLO DE UN PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN INMOBILIARIA”**

SANTIAGO PAÚL MONTALVO ORTEGA

DIRECTOR: DR. RENÉ BEDÓN GARZÓN

QUITO, 2015.

A mi Señor, a quien amo por sobre todas las cosas, y a quien prometí este año terminar la obra que empecé 13 años atrás.

A mi esposa por nunca cuestionar mi decisión de dejar este ciclo de mi vida abierto, pero a la vez, por motivarme con amor a no enterrarlo.

A mis pequeños hijos por ser mi fuente de inspiración, para cada día tratar de ser una mejor persona y un mejor ejemplo para ellos.

AGRADECIMIENTO

Al Dr. René Bedón por el tiempo que dedicó a este trabajo pese a su apretada agenda, por sus consejos y por él ánimo que me dio para dar este salto.

A mis padres, por su amor y dedicación, y por siempre recordarme que los ciclos deben cerrarse.

A MDPROJECTS CIA. LTDA., por enseñarme lo poco que sé sobre este tema.

ABSTRAC

El mercado inmobiliario en los últimos 14 años, en el Ecuador post crisis financiera del año 2000, ha sido el elemento clave para la recuperación o en cierto momento incluso para la supervivencia de nuestra economía; y cómo no serlo, si es un dinamizador de recursos monetarios a todo nivel o estrato social, ya que en el mismo participan y se benefician desde las grandes empresas constructoras, las de materiales y acabados de construcción, instituciones financieras, así como pequeños comerciantes, como la señora que alimenta en la obra a los artesanos de la construcción, pasando por la tienda y ferretería del barrio donde se realiza la obra, sin olvidarnos de la viuda inversionista que quiere maximizar su capital ahora que está sola y si bien son ejemplos un poco dramáticos estos últimos no son en lo absoluto irreales, y solo nos demuestran la cantidad de intereses que convergen en este sector de la economía, y la verdad si se detallarían todos quienes participan en un proyecto inmobiliario, pues seguramente se necesitarían varias páginas, so pena de olvidarnos de muchos, y es que se trata de un negocio tan versátil que su comprensión requeriría un estudio profundo no solo legal, sino sobre todo social, financiero, técnico y hasta político.

Pero la propuesta en este trabajo de investigación, fue realizar un análisis legal del negocio inmobiliario administrado bajo la figura jurídica de un fideicomiso mercantil, y en específico, cómo esta herramienta legal puede coadyuvar a que los intereses directos que concurren en este tipo de negocio puedan interrelacionarse con seguridad, confianza y sobre todo igualdad de oportunidades.

Si bien como se indicó en este negocio convergen decenas de actores e intereses, que trabajan de manera directa e indirecta en un proyecto inmobiliario, nos enfocamos en los actores íntimamente relacionados con el mismo, analizamos los intereses y alternativas que se presentan para cada uno, así como la importancia del rol del tercero de buena fe, ese actor que brinda confianza, seguridad e independencia a todos quienes participan en el negocio inmobiliario, refiriéndonos al fiduciario.

Si bien el estudio se lo hizo desde un punto de vista legal, no es menos cierto que el mismo va de la mano con el conocimiento técnico y financiero básico que todo abogado debe tener claro, para poder entender y asesorar a cada uno de los intervinientes del negocio, y sobre todo estructurar un adecuado contrato de fideicomiso mercantil que

satisfaga las necesidades de todos los intervinientes, dejando claro sus derechos pero también sus obligaciones, sin olvidar a los actores que sin ser parte del fideicomiso mercantil, participan directa y activamente en la construcción de la obra.

Finalmente, en esta investigación nos enfocamos también no solo en las obligaciones y derechos de quienes intervienen en el fideicomiso, sino en las obligaciones y derechos que per se, adquiere el fideicomiso con terceros, tanto privados como públicos, y con referencia a estos últimos, específicamente con la Superintendencia de Compañías, Servicio de Rentas Internas y Municipios.

CONTENIDO

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

ABSTRACT

CAPÍTULO 1.- INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL FIDEICOMISO MERCANTIL INMOBILIARIO

1.1. Antecedentes históricos del Fideicomiso Mercantil en el Ecuador	9
1.2. Definición del contrato de Fideicomiso Mercantil Inmobiliario	11
1.3. Naturaleza jurídica del contrato de Fideicomiso Mercantil Inmobiliario	24
1.4. Modalidades del Fideicomiso Inmobiliario	29
1.4.1. Según la naturaleza del bien fideicomitado	30
1.4.1.1. Constituido por bienes inmuebles	30
1.4.1.2. Constituido por bienes muebles incorporales	30
1.4.1.3. Constituido por bienes muebles corporales	30
1.4.2. Por la finalidad del Constituyente	31
1.4.2.1. Rentabilidad sobre el aporte	31
1.4.2.2. Canje	31
1.4.3. Por la especialidad del Constituyente	31
1.4.3.1. Constituyente Promotor	31
1.4.3.2. Constituyente Tradente	36
1.4.3.3. Constituyente Inversionista	37
1.4.4. Por el tipo de contrato de construcción	39
1.4.4.1. Fideicomiso Mercantil al costo	39
1.4.4.2. Fideicomiso Mercantil a precio fijo	42
1.4.5. Por el tipo de producto inmobiliario	44
1.4.5.1. Vivienda	44
1.4.5.1.1. Constituyentes Tradentes	45
1.4.5.1.2. Compradores	46
1.4.5.1.3. Financistas	47
1.4.5.1.4. Promotor	47
1.4.5.1.5. Beneficiarios	50
1.4.5.2. Urbanizaciones	50
1.4.5.3. Emprendimientos Inmobiliarios Especiales	50
1.4.5.3.1. Promotor	51
1.4.5.3.2. Adherentes	53
1.4.5.3.3. Administrador de Negocios	54
1.5. Ventaja de la utilización del fideicomiso inmobiliario, en el sector de la construcción	55

CAPÍTULO 2.-**ESTRUCTURA DEL FIDEICOMISO INMOBILIARIO**

2.1. Partes que intervienen en el contrato de constitución del fideicomiso inmobiliario	59
2.1.1. Constituyente o Promotor	59
2.1.2. Beneficiario	62
2.1.3. Fiduciario	64
2.2. Convenio de adhesión al contrato de constitución del fideicomiso	65
2.3. Otros sujetos principales que intervienen en el desarrollo del fideicomiso inmobiliario	66
2.3.1. Fiscalizador	66
2.3.2. Constructor	66
2.3.3. Gerente del proyecto	67
2.3.4. Compradores	67
2.4. Bienes susceptibles de ser fideicomitados al patrimonio de un Fideicomiso Inmobiliario	67
2.4.1. Inmuebles	68
2.4.2. Muebles: corporales e incorporales	68
2.5. Patrimonio Autónomo del Fideicomiso Inmobiliario	70
2.5.1. Concepto	70
2.5.1.1. Teoría del patrimonio de afectación	71
2.5.1.2. Teoría del patrimonio separado	72
2.5.1.3. Teoría del patrimonio autónomo	73
2.5.2. Titular del patrimonio autónomo	74
2.5.3. Patrimonio autónomo inembargable y embargable	78
2.5.3.1. Inembargable	78
2.5.3.2. Embargable	80
2.5.4. Patrimonio autónomo inicial del proyecto	80
2.5.5. Aportes y mejoras al patrimonio autónomo	81
2.5.6. Restricciones del patrimonio autónomo	81
2.5.7. Proceso de liquidación del patrimonio autónomo del fideicomiso	82
2.5.8. Titularización del patrimonio autónomo (referencia)	84
2.6. Finalidad del contrato	86
2.7. Junta del fideicomiso	87

CAPÍTULO 3.-**REGIMEN OBLIGACIONAL DE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL FIDEICOMISO INMOBILIARIO**

3.1. Derechos y obligaciones del fiduciario	89
3.1.1 Derechos	89
3.1.2. Obligaciones	91
3.2. Renuncia y sustitución del fiduciario	96
3.2.1. Renuncia	96
3.2.2. Sustitución	97
3.3. Derechos y obligaciones del constituyente	98
3.3.1. Derechos	98
3.3.2. Obligaciones	101
3.4. Derechos y obligaciones del beneficiario	103
3.4.1. Derechos	103
3.4.2. Obligaciones	105
3.5. Cesión de derechos fiduciarios del constituyentes y/o beneficiario	106

CAPÍTULO 4.-**FORMALIDADES DEL FIDEICOMISO INMOBILIARIO**

4.1. Duración del contrato	109
4.2. Causas de terminación del fideicomiso	110
4.3. Gastos a cargo del patrimonio autónomo	111
4.4. Liquidación del fideicomiso mercantil	114

CAPÍTULO 5.-**REGIMEN TRIBUTARIO APLICABLE A UN FIDEICOMISO MERCANTIL INMOBILIARIO.**

5.1. Régimen impositivo Fiscal	116
5.2. Régimen impositivo Municipal	121

CONCLUSIONES	125
---------------------	------------

RECOMENDACIONES	134
------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA	138
---------------------	------------

CAPÍTULO 1.- INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL FIDEICOMISO

MERCANTIL INMOBILIARIO

1.1. Antecedentes históricos del fideicomiso mercantil en el Ecuador.

El fideicomiso mercantil institución distinta a la del fideicomiso civil regulado por el Código Civil, aparece concebido por primera vez en la legislación ecuatoriana en el artículo 75 de la Ley General de Operaciones de Crédito (R.O. 133 – 19/12/1963), en cuyo capítulo V, se incluyó al fideicomiso y se lo concibió como un contrato por el cual el *“fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.”* Como se puede ver se considera al fideicomiso como un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones para quienes lo suscriben, y específicamente el fiduciario adquiriría el derecho de ejercer todas las acciones necesarias sobre los bienes fideicomitados, para realizar los encargos conferidos por el fideicomitente en cumplimiento de un fin lícito y determinado, a la vez que adquiriría la obligación de cumplir y ceñir sus actos dentro del marco de las instrucciones conferidas por el constituyente. Adicionalmente se concebía al fideicomiso como un patrimonio afectado a la finalidad establecida en el contrato (Art. 80 LGOC) y se reglamentó la restitución a favor del constituyente a la terminación del fideicomiso.

Para otros autores, el antecedente del fideicomiso mercantil lo encontramos en la Ley de Títulos de Crédito, publicada en el Registro oficial No. 124, de 9 de diciembre de 1.963. En la referida ley, se norma a los Certificados de Participación, y así en su artículo 71, dice que los certificados de participación representan el derecho a una parte o alícuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes de cualquier clase que tenga en fideicomiso irrevocable para ese propósito, la sociedad fiduciaria que los emita. No obstante, esta ley solo enunció al fideicomiso, más no lo definió ni lo regló en lo absoluto, razón por la cual no podemos afirmar que esta ley constituye el antecedente histórico por excelencia del fideicomiso en el Ecuador.

No es sino hasta treinta años después de la Ley de Títulos de Crédito y de la Ley General de Operaciones de Crédito, que tuvieron una corta vida jurídica, que la figura

del fideicomiso mercantil es incorporada a nuestro ordenamiento jurídico interno, a través de la Ley No. 31 de 6 de mayo de 1.993, publicada en el Registro Oficial 199, de 28 de mayo de 1.993, la cual en el artículo 80 de la Ley de Mercado de Valores, que agrupa a continuación del artículo 409 del Código de Comercio un título denominado “Del Fideicomiso Mercantil”, el mismo que se encuentra integrado por cuatro artículos innumerados.

Posteriormente, en el mes de agosto de 1.993, con la expedición del Reglamento General de la Ley de Mercado de Valores, publicado mediante Decreto No. 1042-A; R.O. 262-S, del 26 de agosto de 1.993, en su artículo 41 define con mayor precisión alguno de los principios fundamentales de la figura; tales como las partes de la relación jurídica, los bienes objeto de la transferencia de dominio, la constitución de un patrimonio independiente, la irrevocabilidad del contrato, etc.

En el mes de diciembre del mismo año 1.993, con ocasión de la expedición del Reglamento para el Funcionamiento de las Sociedades Administradoras de Fondos, se incorporan disposiciones relativas a la administración del fideicomiso mercantil, obligaciones y facultades de las administradoras de fondos como fiduciarias, el principio de reserva, y la terminación del contrato del fideicomiso.

En 1.994, con la expedición de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, se facultó a las instituciones financieras actúen como administradores fiduciarios.

En 1.995, la Superintendencia de Bancos mediante resolución No. SB-JB-95-1896 expide el Reglamento para normar las operaciones de Fideicomiso Mercantil realizadas por las instituciones financieras.

El artículo 29 de la Ley Reformativa de las Leyes General de Instituciones del Sistema Financiero, del Régimen Monetario y Banco del Estado, del Régimen Tributario Interno, Ley de la Corporación Financiera nacional y del Decreto Supremo No. 3121, publicado en el Registro Oficial No. 1.000 de 31 de Julio de 1.996, estableció que la transferencia de dominio de bienes inmuebles que se efectúen con el objeto de constituir un fideicomiso mercantil, están exentas de los impuestos de alcabalas, registro e inscripción y de los correspondientes adicionales a tales impuestos, así como al

impuesto a las utilidades en la **compraventa** de predios urbanos y plusvalía de los mismos.

El Consejo Nacional de Valores, mediante Resolución No. CNV.98.001, de 14 de enero de 1.998, expidió el Reglamento para la emisión de Certificados de derechos Fiduciarios, sobre los activos que integran el patrimonio autónomo de fideicomisos mercantiles, administrados por Sociedades Administradoras de Fondos y Fideicomisos.

Como podemos ver, hasta julio de 1.998, la legislación en materia de fideicomiso mercantil en el Ecuador, estaba disgregada y además era muy básica y en algunos casos inclusive incongruente con la realidad del negocio fiduciario; sin embargo, el 23 de julio de 1.998, en el R.O. 367, se publicó la Ley de Mercado de Valores, que derogaba a la Ley 31 publicada en el R.O. S 199 de 28 de mayo de 1.993, la cual en primer lugar agrupó, ordenó y complementó los conceptos y definiciones tratadas por los anteriormente referidos cuerpos de Ley, y además trajo nuevos conceptos, dando al fideicomiso un carácter global, el cual le permite alcanzar identidad propia y completa a la hasta entonces inexplorada figura mercantil. Dicha ley fue derogada y codificada en el libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, expedido en el R.O-S 215 de 22 de febrero del 2006. Cabe aclarar que el contenido y texto de la Ley de Mercado de Valores publicada el 23 de julio de 1998 (R.O. 367) es el mismo con muy pocas modificaciones, que el actual libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero publicado en el 2006.

De la Ley de Mercado de Valores, de 1998 se emitieron una serie de reglamentos expedidos por el CNV, los cuales fueron igualmente agrupados mediante la promulgación de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, publicadas en el R.O-E1 de 8 de marzo del 2007 mismas que se mantienen vigentes hasta la fecha.

1.2. Definición del contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario.

Antes de intentar emitir una definición de fideicomiso mercantil inmobiliario, quisiera exponer varias definiciones doctrinarias acerca del fideicomiso mercantil propiamente

dicho, siendo que en América Latina países como México, Colombia, Argentina y Chile son los más avanzados en esta materia.

La Asociación de Fiduciarias de Colombia, en su obra *Nociones Fundamentales de Fiducia*, obra que data de 1994, refiere lo siguiente: *“De conformidad con el artículo 1226 que parece vale la pena leer: La Fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario¹”*. En la referida definición, se considera al fideicomiso mercantil como un negocio jurídico, término utilizado en Europa, específicamente en Alemania e Inglaterra, este término equivale a “acto jurídico”, término éste utilizado en el sistema Francés, el cual influyó en Chile y en nuestro país. Por otro lado, omite definir que los bienes susceptibles de ser fideicomitados, son todos los bienes que se encuentran dentro del comercio. Es interesante como 20 años después dicha definición en Colombia se mantiene vigente, en el mismo artículo y código antes referidos.

La misma asociación de fiduciarias, en su obra *LA FIDUCIA* del año 1995, nos da una visión de la evolución de la fiducia en ese país, la cual contiene elementos que aparecen en la ley de mercado de valores del Ecuador, emitida en el año 1998, debería decir al parecer que nuestra legislación contiene un gran aporte de la experiencia del país del norte, y me parece interesante leer lo que en el año 1995 se decía en Colombia de la fiducia, y donde ya se hacía una incipiente primera división de fideicomiso mercantil inmobiliario: *“La actividad fiduciaria presta servicios financieros y se diferencia de los intermediarios financieros en cuanto no tiene la facultad de otorgar créditos. La fiducia es, en síntesis una herramienta mediante la cual una persona natural o jurídica entrega a una sociedad fiduciaria, una o más bienes, despojándose o no de su propiedad, con el objeto de que la fiduciaria cumpla una determinada finalidad en provecho del fideicomitente o de quién éste determine.*

¹ Asociación de Fiduciarias, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, (1994). *Nociones Fundamentales de Fiducia*, Santafé de Bogotá DC, ABC Limitada, pag.28

Dos tipos de contrato llevan a cabo las fiduciarias en Colombia. El contrato de fideicomiso mercantil, mediante el cual se conforma un patrimonio autónomo con los bienes entregados y el contrato de encargo fiduciario bajo el cual el fideicomitente conserva la propiedad de los bienes que entrega a la fiduciaria. La obligación que adquiere la fiduciaria a través de la celebración de estos contratos son de medio y no de resultado. Es decir estas se comprometen a llevar a cabo con diligencia las labores necesarias para alcanzar el fin del contrato, sin garantizar por ello un resultado determinado.

Las actividades fiduciarias se agrupan en 3 grandes categorías: fiducia de inversión, fiducia inmobiliaria y fiducia de administración. En los fideicomisos de inversión el fideicomitente entrega a la fiduciaria una determinada cantidad de dinero con el fin de que esta lo invierta rentablemente. En los fideicomisos inmobiliarios el bien entregado es un inmueble con el fin principal de desarrollar un proyecto de construcción. Por último, en el fideicomiso de administración el cliente entrega a la fiducia un bien diferente de dinero, con el fin de que ésta lo administre conforme lo acordado.

Dentro de la modalidad de fiducia inmobiliaria, se llevan a cabo proyectos al costo, a precio fijo o con pagos condicionados al traspaso exitoso del inmueble a manos del fideicomitente.”²

Es importante conocer la definición del doctor Sergio Rodríguez Azuero, profesor especializado en Operaciones Fiduciarias de la Universidad Javeriana, quien manifiesta que el fideicomiso mercantil es *“un negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y que, con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero.”³*

Siguiendo este breve análisis por América Latino, vamos hasta Argentina dónde la Ley Número 24.441 en su artículo 1ro establece: *“Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) trasmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario),*

² Asociación de Fiduciarias, (1995). *La Fiducia*, Santafé de Bogotá DC, ABC Limitada, pag.158 y 159

³ Rodríguez Azuero, S. *Fideicomiso Mercantil. Concepto y breves antecedentes históricos*. Revista Jurídica, Facultad de Derechos Universidad Católica de Guayaquil. Recuperado el 25 de nov. 2014, de http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=800&Itemid=32.

quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario” Sobre esta definición los autores argentinos, Lily Flah y Mirian Smayevsky hacen la siguiente reflexión: *“De su lectura (artículo 1 de la ley 24.441) se desprende que nos encontramos frente a la noción corriente del negocio fiduciario. Es decir, una declaración de la voluntad a través de la cual el fiduciante invierte a otro, el fiduciario, de una posición jurídica frente a terceros, como medio que excede el fin práctico tenido en vista por las partes, con la obligación de devolver el derecho, estando su realización limitada por la convención fiduciaria establecida por los dos sujetos.”*⁴

Los mismos autores antes referidos, además al hablar del fideicomiso, se refieren a el de la siguiente manera: *“EL FIDEICOMISO, es aquel por el cual la doctrina coincide en sostener que detrás de un negocio fiduciario existe un negocio de confianza, pues fiducia significa etimológicamente: fides, esperanza cierta, confianza. Esta confianza la personaliza el fiduciante en el fiduciario.”*⁵

Siguiendo con autores argentinos, debemos decir que antes de la emisión de la Ley 24.441, el autor Mosset Iturraspe en su larga obra sobre negocios fiduciarios, cita a dos importantes autores como son Grassetti y a Guastavino, quienes definen a esta figura de la siguiente manera:

- Grassetti: *“Por negocio fiduciario entendemos una manifestación de voluntad con la cual se atribuye a otro una titularidad de derecho en nombre propio pero en interés, o también en interés del transferente o de un tercero. La atribución al adquirente es plena, pero este asume un vínculo obligatorio en orden al destino o empleo de los bienes de la entidad patrimonial”*⁶
- Guastavino. *“Generalmente se consideran actos o negocios fiduciarios aquella transmisión consistente en la obligación que incumbe al adquirente, de restituir el derecho al transmitente, o de transferirlo a una tercera persona una vez*

⁴ Lily Flah, Mirian Smayevsky (1.996). *La Securitización y la Promoción de Vivienda*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. Pag. 22,23

⁵ Lily Flah, Mirian Smayevsky (1.996). *La Securitización y la Promoción de Vivienda*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. Pag. 11

⁶ Mosset Iturraspe (1984). *Negocios Simulados, Fraudulentos y Fiduciarios, Tomo II, Buenos Aires. Ediar. Pág. 221, 222.*

realizada la finalidad, todo por la confianza que el transmitente dispensa al adquirente.”⁷

Para finalizar hablaremos de México, el cual inicialmente definió al fideicomiso mercantil, en el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México, el cual señalaba que: *“En virtud del fideicomiso, el fiduciante destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria”*. Este artículo, no manifiesta expresamente, una formalidad que da vida al fideicomiso, cual es la transferencia de dominio de los bienes fideicomitados, a favor del fiduciario, sino que más bien parecía significar la figura del mandato o del encargo fiduciario que se verá más adelante. Por ello dicho artículo fue reformado y reenumerado, en la misma ley, de la siguiente manera: *“Artículo 381.- Por el contrato de fideicomiso, el fideicomitente transmite a la fiduciaria la propiedad o titularidad de uno o más bienes o derechos, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia fiduciaria”* Esta definición ya mucho más completa, ya refleja la existencia del constituyente y del fiduciario aunque olvida la figura del beneficiario, pero lo más importante es que ya deja establecido de manera clara y expresa la existencia de una transferencia de propiedad y ya no como antes que dejaba entre líneas que se trataba más de un encargo o mandato.

Antes de hablar del fideicomiso mercantil y su definición en nuestro país me gustaría definir al negocio fiduciario conforme lo establece el artículo 112 de la Ley de Mercado de Valores vigente en nuestro país, el cual textualmente dice: *“Negocio fiduciario son aquellos 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 a las normas relativas al mandato, en la que sólo existe la mera entrega de bienes”*⁸ Como podemos ver, el negocio fiduciario es el universo mientras que el fideicomiso es un tipo de negocio fiduciario, es decir el Negocio Fiduciario es lo general, y el fideicomiso es lo específico. El doctor Roberto

⁷ Mosset Iturraspe (1984). *Negocios Simulados, Fraudulentos y Fiduciarios, Tomo II, Buenos Aires. Ediar. Pág. 223.*

⁸ Ecuador, *Ley de Mercado de Valores*. Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006

González Torre en referencia a este artículo dice: *“En lo que a la luz de la actual legislación se refiere, el fideicomiso mercantil constituye una clase de negocio fiduciario sustentada en la transferencia de la propiedad de los bienes por parte del constituyente. En el encargo fiduciario en cambio, se presentan las mismas características del fideicomiso mercantil exceptuando una: la transferencia de los bienes que no se da y por tanto tampoco se conforma patrimonio autónomo alguno”*⁹

Ahora en específico el fideicomiso mercantil, en nuestro país, es definido en el artículo 109 de nuestra vigente ley de mercado de valores, la cual expresamente dice lo siguiente: *“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.”*¹⁰ Sobre la base de esta definición general de contrato de fideicomiso mercantil, formulada por primera vez en el Registro Oficial 367 de 23 de julio de 1998 (actual libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero), el Consejo Nacional de Valores, mediante Resolución No. CNV-004-2001, emitió El REGLAMENTO SOBRE NEGOCIOS FIDUCIARIOS, el cual en su artículo 17 numeral 3, definió al fideicomiso mercantil inmobiliario como un “contrato en virtud del cual se transfieren bienes para que el fiduciario mercantil realice gestiones administrativas y legales ligadas o conexas con el desarrollo de proyectos inmobiliarios, todo en provecho de los beneficiarios instituidos en el contrato.

De conceptualización del CNV debo decir que solo le faltó aclarar que el fideicomiso bien puede ser solo en beneficio del propio Constituyente, pero por lo demás es una definición general que permitió encapsular las varias tipologías de negocios inmobiliarios que bajo esta herramienta jurídica se pueden desarrollar.

⁹ Roberto González Torre, (1.999) *El Fideicomiso*. (2da. Edición). Guayaquil-Ecuador. EDINO, Pág. 62.

¹⁰ Ecuador, *Ley de Mercado de Valores*. Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006

Posteriormente el mismo CNV amplió la definición de fideicomiso mercantil inmobiliario de la siguiente manera: *“Es el contrato en virtud del cual el constituyente o constituyentes transfieren uno o varios inmuebles y/o dinero necesario para la adquisición del terreno o para el desarrollo del proyecto inmobiliario, con la finalidad que la fiduciaria administre dichos bienes y realice gestiones administrativas ligadas o conexas para el desarrollo y ejecución del proyecto inmobiliario de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato y en favor de los beneficiarios instituidos en el mismo.”*¹¹

Para el doctor Natalio Pedro Etchegaray, el fideicomiso inmobiliario es aquel por el cual: *“una persona (fiduciante le transmite a otra (fiduciario) una parcela de terreno, a los efectos de que allí se realicen las obras de infraestructura necesarias para desarrollar un emprendimiento urbanístico, el que, una vez concluido, será transferido en lotes o unidades como resulten, a favor de los adquirentes y futuros residentes del emprendimiento (beneficiarios-fideicomisarios).*

Las ventajas que surgen de la utilización de contrato de fideicomiso como marco jurídico al desarrollo de emprendimientos urbanísticos, tales como barrios cerrados, clubes de campo, edificios de propiedad horizontal y cualquier otro conjunto inmobiliario, son las mayores seguridades, beneficios y garantías que tendrá todo aquel que participe en el negocio. Así, quien transmite la fracción de terreno, como quien la recibe y desarrolla el emprendimiento, no confunden sus bienes ni su patrimonio personal, con el patrimonio fiduciario en cuestión, dado que éste constituye un patrimonio de afectación distinto, destinado pura y exclusivamente a cumplir con la manda encomendada en el contrato fiduciario. Tanto es así que, si el emprendimiento no llegará a concretarse en las condiciones pactadas, no se produciría la quiebra de los actores (fiduciante o fiduciario) sino la liquidación del patrimonio fideicomitado en favor de los acreedores de la fiducia, en orden a los privilegios y prerrogativas otorgadas.

Con relación a estos últimos, ya fueran personas que han aportado trabajo o dinero, para el desarrollo del emprendimiento, esperando tener de él una utilidad

¹¹ Ecuador, *Codificación de Resoluciones expedidas por el CNV*. R.O-E1, 08 de marzo 2007, artículo 17, numeral 3, sección 4ª. Capítulo I, Título V.

(beneficiarios), o adquirentes de los lotes o unidades funcionales resultantes, todos en su calidad de destinatarios finales de los bienes fideicomitidos (fideicomisarios), verán asegurados sus créditos, pudiéndose cobrarse de dicho patrimonio, afectado exclusiva y excluyentemente para ellos, no constituyendo aquel prenda común de los acreedores personales del fiduciante o fiduciario.”¹²

Un negocio inmobiliario, como cualquier otro negocio, tiene una sin fin de necesidades de los contratantes que se traducen en acuerdos, y por tanto el fideicomiso mercantil debe adaptarse a ese sin número de acuerdo de voluntades, por ello la importancia tal vez de agrupar de manera general, de ser posible, las variantes de contratos de fideicomisos mercantiles que se pueden presentar, los cuales aun cuando teniendo el mismo fin, esto es, desarrollar un proyecto inmobiliario, puede variar ya sea por LA NATURALEZA DEL BIEN FIDEICOMITIDO, o bien por la finalidad que busca el CONSTITUYENTE, POR LA ESPECIALIDAD DEL CONSTITUYENTE, por EL TIPO DE CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN, e inclusive por el tipo PRODUCTO INMOBILIARIO a desarrollar en el negocio fiduciario,

Luego de todo lo analizado, a mi criterio el fideicomiso mercantil inmobiliario, es un contrato por el cual una o más personas llamadas constituyentes transfieren ya se bienes inmuebles, recursos monetarios, estudios técnicos y financieros susceptibles de ser valorados u otros aportes de bienes de cualquier naturaleza relacionados con el negocio inmobiliario, presentes o futuros, , susceptibles de ser comercializados, a un patrimonio autónomo con personalidad jurídica, representado legalmente por un fiduciario, para que éste los administre por un plazo determinado o determinable o hasta que se cumpla una condición específica, a fin de que se desarrolle con ellos un negocio inmobiliario específico determinado por su constituyente, en beneficio propio o de un tercero señalado en el contrato de fideicomiso, en calidad de beneficiario, quien recibirá los resultados que genere el fideicomiso.

En términos prácticos, el Fideicomiso Mercantil de carácter Inmobiliario, consiste en la transferencia de dominio por parte del constituyente a favor del patrimonio autónomo administrado por un fiduciario, ya sea un bien raíz, y/o un planos arquitectónicos y estudios técnicos aprobados por la entidad competente, y/o recursos monetarios, y/o

¹² Natalio Pedro Etchegaray. (2008). *El Fideicomiso*. Ciudad de Buenos Aires. Editorial Astrea. Pág. 113, 114.

materiales de construcción, y otros bienes relacionados con el negocio inmobiliario, con el fin de que el fiduciario en principio los reciba y verifique en primer lugar la viabilidad del proyecto, y en segundo lugar, de ser viable el mismo, administre el o los bienes fideicomitidos con el fin de desarrollar el negocio inmobiliario propuesto, el cual una vez concluido (las unidades construidas sean estas casas, departamentos, oficinas, locales comerciales, centro comercial, etc.) deberá ser transferido al o los beneficiarios del fideicomiso el resultado de dicho negocio o continuar su administración según el tipo de proyecto inmobiliario, y conforme las instrucciones recibidas por el constituyente. No obstante lo anterior, la característica definitiva de la Fiducia Inmobiliaria es la existencia de un bien inmueble en el patrimonio autónomo, adquirido ya sea por transferencia fiduciaria o por compraventa o permuta, inclusive, pero siempre con el fin de desarrollar un negocio inmobiliario.

En las varias conferencias dictadas por el Instituto de Prácticas Bancarias (IPBF) del Ecuador sobre este tema, y en sus análisis sobre Fiducia Inmobiliaria, se habla generalmente de que dicha modalidad de fideicomiso, comprende de dos etapas: una a la que se la define como previa y otra de construcción. Sin embargo y dependiendo del tipo de negocio inmobiliario, bien podría existir una tercera etapa de administración sin embargo en estos casos, podría definirse que se trata de un fideicomiso inmobiliario y de administración como veremos más adelante. Sobre este tema, el doctor Roberto González Torre explica sobre *“la estructura del fideicomiso inmobiliario.- Si ha quedado afirmado que el negocio fiduciario inmobiliario requiere de un buen nivel de preventas, las fases del fideicomiso deben ser dos: la etapa preliminar y la etapa de ejecución, me referiré a cada una de ellas.*

a) Etapa preliminar:

Esta fase arranca con la celebración del contrato y con la consecuente ejecución del fideicomiso. El fideicomitente transfiere el derecho de percepción del precio de venta de cada uno de los contratos de promesa de venta que haya celebrado y que vaya celebrando.

El fiduciario deberá exigir, como consecuencia del tal cesión en fideicomiso, que en cada uno de los referidos contratos, conste la obligación del promitente comprador de solucionar el pago de precio periódico (de ejecución sucesiva)

directamente al fiduciario o vincular a tales promitentes compradores con el fideicomiso, a través de la firma de un contrato de adhesión.

Durante esta fase, el fiduciario administrará los fondos de dinero de los promitentes compradores y solamente se los utilizará en la construcción cuando se cumpla el punto de equilibrio antes del vencimiento de un plazo convencional previsto en el contrato. En caso de que no se logre obtener el punto de equilibrio, el fiduciario estará obligado a devolver los recursos a los promitentes compradores con los rendimientos obtenidos.

b) Etapa de ejecución:

Siempre y cuando el proyecto haya alcanzado su punto de equilibrio, arrancará la construcción y se iniciará la actuación del fiduciaria orientada hacia la administración de la tesorería del fideicomiso, y tomando en cuenta el flujo de caja del proyecto, comenzará a llevar la contabilidad del fideicomiso. En definitiva, se inicia la actuación dinámica del fiduciario aplicada al proyecto, la misma que se dará en tutela del interés económico de todas las partes involucradas con el negocio fiduciario.

Entre las principales obligaciones del fiduciario durante la etapa de ejecución se encuentran las siguientes:

- *Constituir, previa autorización de la junta gravámenes sobre los bienes que conforman el fideicomiso mercantil.*
- *Administrar la totalidad de los recursos financieros que conforman el fideicomiso mercantil, a fin de atender diferentes costos y gastos.*
- *Entregar a los constituyentes por intermedio del gerente del proyecto en la forma que establecieren para el efecto, los recursos financieros necesarios para los avances de obra y aquellos que estuvieren disponibles una vez realizados los pagos propios del fideicomiso.*

- *Rendir cuentas de su gestión administrativa con la periodicidad que se pacta en el contrato, así como una rendición final de cuentas concluido el negocio fiduciario.*
- *Asistir a las reuniones de la junta de fideicomiso.*
- *Mantener los bienes del fideicomiso separados de los demás bienes del fiduciario y de los otros fideicomisos, llevando contabilidad separada.*
- *Cumplir con el pago de los impuestos y demás gravámenes en que se incurra con la ocasión del perfeccionamiento, desarrollo y ejecución del contrato.*¹³

Complementando el análisis del doctor Roberto González Torre, debemos indicar que en la etapa previa se analiza la viabilidad del proyecto y se obtienen los permisos y recursos necesarios para el desarrollo de la construcción. En caso de que en la etapa previa se demuestre que el proyecto no es factible por cualquier circunstancia, que puede variar desde la no obtención de los permisos de construcción hasta la no obtención de los recursos monetarios necesarios para llevar adelante el proyecto, se dará por finalizado el fideicomiso, y se harán las restituciones de bienes que corresponda, con los rendimientos que produjeron durante ese lapso; caso contrario, esto es, en caso de que se verifique la viabilidad del negocio inmobiliario se dará inicio a la segunda etapa.

La segunda etapa de construcción, en caso de ser factible el proyecto, o lo que mejor se conoce como alcanzado el punto de equilibrio, todos los recursos monetarios y no monetarios obtenidos en la etapa previa, incluyendo los rendimientos, se vinculan a la construcción con el fin de iniciar el desarrollo del proyecto pretendido. Se entiende por punto de equilibrio de un proyecto inmobiliario cuando el fiduciario, el constituyente, los inversionistas de un proyecto inmobiliario, coinciden en que la realización del proyecto es razonablemente viable, tanto : **técnicamente**, por contar con los estudios de suelos, cálculos estructurales, diseños arquitectónicos, diseños estructurales y estudios técnicos aprobados, que así lo establezcan como viables ; **legalmente**, tener el título de

¹³ Roberto González Torre, (1.999) *El Fideicomiso*. (2da. Edición). Guayaquil-Ecuador. EDINO, Pág. 136, 137..

propiedad del bien raíz fideicomitido, ajustados a derecho, la licencia de construcción, los permisos municipales, y demás elementos jurídicos necesarios; y viable **financieramente**, con base en el presupuesto de ingresos y egresos de la construcción y del fideicomiso, el flujo de caja, el programa de obra, el crédito para la construcción, la pluralidad de inversiones, que preferiblemente provengan de diversos sectores de la economía, y los demás elementos que permitan concluir que el fideicomiso cuenta con los dineros y recursos necesarios para atender el costo presupuestado del proyecto.

La Fiducia Inmobiliaria, para la doctora Pilar Salazar Camacho, prestigiosa consultora legal financiera de la Asociación Bancaria de Colombia, “*es aquel negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a una entidad fiduciaria para que administre y desarrolle un proyecto inmobiliario de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo, y transfiera las unidades construidas a quienes sean beneficiarios del respectivo contrato*”¹⁴. En la referida definición, se hace referencia al concepto de *negocio fiduciario*, el cual se entiende como aquellos 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 de un constituyente o de un tercero llamado beneficiario. Si hay transferencia de propiedad se denomina al negocio fiduciario como fideicomiso mercantil, sino no existe transferencia de dominio se denomina encargo fiduciario, figura ésta que se instrumenta con el apoyo de las reglas relativas al mandato, en el que solo existe una mera entrega de los bienes. Cabe decir entonces, que el desarrollo de un proyecto inmobiliario puede instrumentarse con la transferencia o no de la propiedad del inmueble sobre el cual va a desarrollarse un proyecto inmobiliario, esto es, que el fiduciario como propietario fiduciario de un inmueble, a nombre propio pero por instrucción del constituyente (fideicomiso mercantil), realizará todos los actos y contratos necesarios para el desarrollo y construcción de un proyecto inmobiliario ; o bien puede ser, que el fiduciario a nombre del constituyente de manera irrevocable (encargo fiduciario) realice todos los actos y contratos de administración, necesarios para la realización construcción y desarrollo de un proyecto inmobiliario.

Al fideicomiso mercantil inmobiliario, le distinguen las siguientes **características**:

¹⁴ Asociación de Fiduciaria de Colombia. (1994), libro emitido por ocasión del seminario “*NOCIONES FUNDAMENTALES DE FIDUCIA*”, Santafé de Bogotá D.C. Edit. ABC Ltda., pág. 91.

- a. Debe celebrarse por escrito y mediante escritura pública.
- b. Existe la transferencia de dominio de un bien raíz, y/o recursos monetarios, y/o bienes intelectuales, a un patrimonio autónomo, representado legalmente por el fiduciario
- c. Esta transferencia está orientada específicamente al desarrollo de un proyecto inmobiliario.
- d. La construcción del proyecto se da generalmente, sin ser taxativo, para beneficio del propietario del inmueble, del promotor del proyecto y de los inversionistas involucrados.
- e. Garantizar el cumplimiento de la finalidad perseguida por los promotores, compradores, inversionistas y demás personas que participan en el negocio inmobiliario.
- f. El patrimonio autónomo que se constituye es inembargable.
- g. Se debe llevar una contabilidad individual y separada de los otros patrimonios autónomos que administre el fiduciario, así como de sus constituyentes.
- h. La finalidad es administrar y transformar un bien inmueble en un proyecto inmobiliario de viviendas, oficinas, comercios, o un activo inmobiliario para posteriormente enajenarlo o administrarlo, según corresponda.

Finalmente creo importante comentar, que este tipo de fideicomiso tuvo mucho auge en Colombia durante los primeros años de existencia de las sociedades fiduciarias en aquel país, pero igualmente hubo algunos fracasos, muy sonados que llevaron a la reflexionar sobre la forma más adecuada de reglamentar la figura; cosa idéntica sucedió en Ecuador sobre todo en e período comprendido entre los años 2006 y 2012 , en el que ha sido común que ciertos fiduciarios asuman funciones que no le eran propios, es decir, dejó de ser una verdadera gestora de negocios para convertirse en promotor y algunos casi en un constructor con todas las dificultades e infraestructura que se requiere para ello a través de empresas “aliadas”; es decir, que la fiduciaria asumió en su cabeza obligaciones tales como la consecución de créditos o inversiones, la de contratación de los arquitectos, , la

compra de materiales, y lo que es peor, llego a constituirse en el mayor y mejor gestor de cobranza de las Instituciones Financieras que otorgaban crédito al proyecto, en desmedro de los intereses de los Constituyentes, Beneficiarios, promitentes compradores e inversionistas, los cual llevo a ciertos abusos por parte de la banca, con el consecuente fracaso y desprestigio de esta importante figura. En cierto sentido la prohibición de que las Instituciones del Sistema Financiero formen grupos económico o tengan participación societaria en las administradoras de fideicomiso, ayudo mucho a la transparencia del negocio fiduciario, en el cual la Institución Financiera es un actor más, y dejo de ser el actor principal y privilegiado del negocio. .

Hoy la figura se ha depurado mucho, y en la gran mayoría de los casos se limita a un manejo de tesorería, y a veces hasta en un interventor social del negocio inmobiliario a través de regulaciones emitidas por el CNV.

1.3. Naturaleza jurídica del contrato de Fideicomiso Mercantil Inmobiliario

El contrato de fideicomiso mercantil posee **características** de varios tipos de contratos. La Ley al definirlo dice: *“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 e inmuebles corporales e 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 llamada beneficiario.”*¹⁵

De esta definición, podemos decir que el fideicomiso mercantil es un contrato:

a. Bilateral.- Porque conforme el artículo 1.455 del Código Civil, las partes adquieren obligaciones recíprocas.

¹⁵ Ecuador, *Ley de Mercado de Valores*. Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Art. 109.

b. Oneroso.- El fin del fideicomiso es obtener una utilidad y/o beneficio para los contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro.

c. Conmutativo.- Porque tanto el constituyente y el fiduciario se obligan a dar y/o hacer algo equivalente a lo que su contraparte se obliga a dar y/o hacer..

d. Principal.- El fideicomiso no necesita de ningún tipo de contrato antecedente o final para su validez o existencia, subsiste por si mismo sin necesidad de otra convención.

e. Solemne.- El contrato es solemne cuando se requiere que el consentimiento se revista de ciertas formalidades. La solemnidad básica a que está sujeto el contrato de fideicomiso mercantil, es la de que conste por escritura pública, y al estar transfiriéndose un bien inmueble se requiere adicionalmente la inscripción en el Registro de la Propiedad del cantón donde se encuentre ubicado el inmueble.

f. Nominado.- Al ser el fideicomiso mercantil, un contrato consagrado por nuestra legislación, específicamente en el TITULO XV, de la Ley de Mercado de Valores, publicada en el R.O. 367 de 23 de julio de 1.998 (actual libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero), que norma la constitución, estructuración, vigencia, terminación y liquidación de un fideicomiso mercantil, podemos afirmar que se trata de aquellos contratos que la doctrina llama nominados. Es decir, su constitución, estructura, funcionamiento, terminación y todos sus elementos se encuentran plenamente normados en leyes, reglamentos y resoluciones.

g. De tracto sucesivo.- Los bienes raíces, proyecto y recursos que transfiere en propiedad el constituyente o promotor al patrimonio autónomo representado legalmente por el fiduciario, para que sean administrados por éste de conformidad con las instrucciones, encargos y procedimientos establecidos en el contrato, supone la prestación de una serie sucesiva de acciones que debe desarrollar el fiduciario, para la consecución del objeto del fideicomiso.

h. Intuitu personae.- *“Por razón de la persona o en consideración de ella.”*¹⁶ Por su propia etimología, el fideicomiso per se es un acto de confianza, en tal virtud es un

¹⁶ Cabanellas, Guillermo. (2.003). *Diccionarios Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV.* (28ª Ed.). Bs Aires Argentina. Heliasta. Pág. 448 ,

contrato intuitu personae, es decir por la confianza que brinda a las partes el tercero de buena fe, esto es, el fiduciario, que es la empresa a las que los fideicomitentes transfieren sus bienes muebles e inmuebles, para que éste realice la finalidad encomendada por aquellos. No es menos cierto, que muchas ocasiones la elección del fiduciario es un tema que lleva mucho tiempo a los constituyentes, en tal sentido se buscará un fiduciario con amplia experiencia, bien posicionado, y con balances que demuestren su solidez económica. Se ha visto casos, que la estructuración de un fideicomiso inmobiliario, ha sido condicionada por el Tradente a trabajar con x o y administradora de fondos y fideicomisos, siendo la única a la cual confiará la transferencia de el bien inmueble de su propiedad.

El doctor Víctor Cevallos Vásquez, en un análisis prolijo de las **características** del contrato de fideicomiso mercantil, trae interesantes reflexiones sobre los mismos, las cuales a continuación hago referencia:

“Es un contrato bilateral: El fideicomiso mercantil con vista a la legislación ecuatoriana y en armonía a la doctrina es un contrato bilateral o sinalagmático en el que se detecta la presencia del fideicomitente, fiduciante o constituyente, que es quien transfiere los bienes fideicomitados, y la del fiduciario (bancos, sociedades financieras, compañías administradoras de fondos) que los administra con el propósito de cumplir la finalidad encomendada por el primero. El fideicomisario no es parte en el contrato, puede incluso no existir al momento de la celebración del negocio fiduciario y adicionalmente es posible que en ocasiones sea el mismo constituyente”¹⁷.

A este análisis del doctor Cevallos, quisiera hacer los siguientes comentarios: a) Los bancos y las sociedades financieras, según la Ley de Mercado de Valores, ya no tienen la facultad para actuar como fiduciarias, y en el plazo de un año, contado desde el 23 de julio de 1.998, deberán transferir los fideicomisos que administran a una sociedad administradora de fondos y fideicomisos. Además podrá actuar como fiduciaria la Corporación Financiera Nacional (*art. 38 de la Ley de Mercado de Valores*), y las Corporaciones de Desarrollo del Mercado Secundario de Hipotecas, esta última siempre que se trate de procesos de titularización de cartera hipotecaria (*art. 237 de la Ley de Mercado de Valores*). b) Si bien el beneficiario no es parte o no suscribe el contrato de

¹⁷ CEVALLOS VASQUEZ, Víctor; (1.998) “*MERCADO DE VALORES Y CONTRATOS*” Tomo II. Primera Edición, Quito - Ecuador. Editorial Jurídica del Ecuador . pág. 290.

fideicomiso, adquiere por la constitución del patrimonio autónomo derechos sobre el mismo y sobre los contratantes, especialmente relacionados con el fiduciario, al cual debe y tiene pleno derecho para solicitar informes periódicos, puede realizar auditorías del fideicomiso, puede solicitar la remoción del fiduciario entre otras facultades, que se analizarán en el capítulo II de este trabajo. Además, es común, que el beneficiario adquiera en muchas ocasiones obligaciones, como por ejemplo, pagar los honorarios al fiduciario, razón por la cual debe suscribir el contrato de fideicomiso mercantil. c) Finalmente, es muy cierto que el beneficiario puede no existir al momento de la celebración del contrato, pero debe decir el contrato la manera como ha de determinarse la identidad del beneficiario, llegado el momento, a falta de esta estipulación se ha de entender que el beneficiario es el propio constituyente o sus herederos (art. 116 de la Ley de Mercado de Valores). *“Es un contrato encasillado dentro de los indirectos u oblicuos: Kiper define a estos contratos, afirmando que: Hay negocio jurídico indirecto cuando las partes en un caso concreto, recurren a determinado instituto para alcanzar consciente y consecuentemente fines diversos de aquellos que son propios de ese negocio jurídico. En términos semejantes se caracteriza al negocio indirecto como negocio “oblicuo”, pues las partes para alcanzar un efecto jurídico se sirve de una vía distinta. Se trata de actos por medio de los cuales las partes procuran alcanzar un resultado ulterior ajeno a la función típica del negocio elegido. Por ejemplo, un padre de familia, en vez de otorgar un testamento a favor de su hijo puede constituir un fideicomiso mercantil para que los bienes que designe le sean entregados a su heredero una vez cumplida la condición que determine, ya sea por cuotas o en su totalidad”*¹⁸. De este análisis, es interesante observar, que el doctor Cevallos Vásquez, ya considera a un importante elemento del fideicomiso mercantil, el cual es que el mismo dure o tenga vigencia hasta el cumplimiento de una condición determinada en el contrato. La anterior, Ley de Mercado de Valores, daba la posibilidad de que un fideicomiso dure o tenga vigencia por un plazo determinado en el contrato o hasta el cumplimiento de la finalidad establecida por el constituyente, pero nada decía sobre que un fideicomiso pueda durar hasta el cumplimiento de una condición. Sin embargo, el legislador, en la vigente Ley de Mercado de Valores, incluyó en el artículo 110, la posibilidad de que un fideicomiso mercantil tenga un plazo

¹⁸ CEVALLOS VASQUEZ, Víctor; (1.998) *“MERCADO DE VALORES Y CONTRATOS” Tomo II*. Primera Edición, Quito - Ecuador. Editorial Jurídica del Ecuador , pág. 290 y 291.

de vigencia o pueda subsistir hasta el cumplimiento de la finalidad prevista, o de una condición.

“Es un contrato intuito personae: A diferencia de los contratos denominados indifferens personae en los que interesa la calidad de las partes negociales; el fideicomiso mercantil es un negocio jurídico catalogado como intuito personae, pues el encargo que efectúa el fideicomitente lo hace en consideración a la calidad o cualidades del fiduciario, pues este es un convenio ciento por ciento de confianza en el que la buena fe del fiduciario es trascendente”¹⁹.

“Es solemne: Para que el fideicomiso mercantil tenga vigor es preciso que se lo confiera u otorgue por instrumento abierto o cerrado, según lo prescrito en el inciso segundo del artículo innumerado primero del Título que manda a agregar a continuación del artículo 409 del Código de Comercio en las reformas a este cuerpo de Ley introducidas en el artículo 80 de la Ley de Mercado de Valores, instrumentos que deben ser públicos, acorde con lo estipulado en el numeral 1 del artículo 41 del Reglamento General de la misma Ley, entendiéndose por público abierto aquel cuyas disposiciones no están sujetas a reserva alguna y, por instrumento público cerrado, aquel que está sujeto a la reserva total o parcial impuesta por el propio aportante, acorde con lo prescrito en el inciso tercero del pre invocado artículo innumerado”²⁰.

Del análisis referido, haré las siguiente reflexión: Se entiende por instrumento público al otorgado ante la autoridad competente, no obstante, para el caso del fideicomiso existe o no se ha definido cual es la autoridad competente. Podría entenderse como la autoridad competente al Notario Público, y así lo ratifica el artículo 110 de la vigente Ley de Mercado de Valores, al decir que: *“El contrato de fideicomiso mercantil deberá otorgarse mediante escritura pública”²¹*. De este mandato de la Ley, puede con claridad meridiana observarse que tiene una calidad muy distinta el instrumento público que la escritura pública, requiriéndose ésta última solo en el caso de que se transfieran bienes inmuebles u otros para los cuales la Ley exija esa solemnidad. De esta manera, ratifico

¹⁹ CEVALLOS VASQUEZ, Víctor; (1.998) *“MERCADO DE VALORES Y CONTRATOS” Tomo II.* Primera Edición, Quito - Ecuador. Editorial Jurídica del Ecuador , pág. 291.

²⁰ CEVALLOS VASQUEZ, Víctor; (1.998) *“MERCADO DE VALORES Y CONTRATOS” Tomo II.* Primera Edición, , Quito - Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador pág. 291.

²¹ Ecuador, *Ley de Mercado de Valores.* Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Art. 110.

mi duda, acerca de cuál es el funcionario competente ante el cual se debe otorgar un fideicomiso mercantil, mediante instrumento público.

*“Es oneroso: Esta nota implica que no se concibe un fideicomiso gratuito, pues por el contrario lo oneroso se aprecia en el hecho básico de que el fideicomitente transfiere uno o más bienes a favor del fiduciario para la realización de la finalidad por él determinada; de su lado, el fiduciario se obliga a efectuar la administración de dichos bienes en forma profesional y transparente. En definitiva las dos partes asumen obligaciones”²². Lo único que debo acotar a este análisis, conforme al artículo 1456 de Código Civil, es que las dos partes (constituyente y fiduciario) asumen obligaciones **cada una a beneficio de la otra.***

“Es un contrato principal: Esta característica se justifica porque el fideicomiso mercantil es un contrato que tiene sustantividad propia no necesita de otro contrato para su subsistencia. Se contrapone a los contratos accesorios”²³.

“Es aleatorio: Esta característica se aplica a los resultados luego de la gestión o inversión de los recursos o bienes fideicomitados por parte del fiduciario en cumplimiento del mandato del fideicomitente que está sujeto a una eventualidad a futuro”²⁴.

1.4. Modalidades del fideicomiso inmobiliario

Como ya se indicó anteriormente, es muy común encontrar en apuntes, conferencias y libros sobre el tema, que existen dos modalidades de fideicomiso mercantil inmobiliario, a saber: el fideicomiso a precio fijo y el fideicomiso al costo. Sin embargo a mi criterio personal pueden existir varios tipos de clasificaciones, no solo la anterior, el cual considero es una clasificación en función de la modalidad del contrato de

²² CEVALLOS VASQUEZ, Víctor-. (1.998). *“MERCADO DE VALORES Y CONTRATOS” Tomo II.* Primera Edición, Quito Ecuador. Editorial Jurídica del Ecuador, pág. 292.

²³ CEVALLOS VASQUEZ, Víctor. (1.998) *“MERCADO DE VALORES Y CONTRATOS” Tomo II.* Primera Edición. Quito – Ecuador. Editorial Jurídica del Ecuador. Pág. 292.

²⁴ CEVALLOS VASQUEZ, Víctor. (1.998). *“MERCADO DE VALORES Y CONTRATOS” Tomo II.* Primera Edición. Quito – Ecuador. Editorial Jurídica del Ecuador. pág. 292.

construcción. Por ello a mi criterio planteo la siguiente clasificación, que sin ser taxativa, es la que más agrupa los diferentes tipos de contratos de fideicomiso mercantil inmobiliario que los asesores legales deben tener en cuenta al momento de estructurar un contrato de fideicomiso, y digo esto, porque actualmente es muy común ver contratos TIPO de fideicomiso mercantil, cuyo textos se repiten, olvidándose que el fideicomiso siempre fue concebido como un traje a la medida del negocio o acuerdo entre las partes, y si bien siempre habrá cláusulas tipo como en todo contrato, aquello no significa que la estructura básica del contrato sea igual en todo tipo de negocio inmobiliario, ya que existen diferencias sustanciales entre uno y otro, tal como se explican a continuación. Antes de avanzar, debo indicar que en cada clasificación de fideicomiso inmobiliario que propongo, me referiré repetitivamente a los constituyente tradentes, promotor, adherentes y otros actores del fideicomiso, pero más que un análisis legal de los intervinientes en cada tipo de negocio inmobiliario, me referiré a su particular intervención, participación y responsabilidades que cada uno tiene en los diferentes modelos de negocio.

1.4.1. SEGÚN LA NATURALEZA DEL BIEN FIDEICOMITIDO.- Puede ser:

1.4.1.1. Constituido por bienes inmuebles, El principal bien fideicomitado en un fideicomiso inmobiliario bien puede ser: un terreno, un edificio a medio construir, un edificio a restaurar, entre otros.

1.4.1.2. Constituido por bienes muebles incorporales como derechos sobre planos arquitectónicos, planos estructurales, planos hidro-sanitarios, planos eléctrico-telefónicos, estudios de mercado, y estudios financieros entre otros estudios e carácter intelectual.

1.4.1.3. Constituido por bienes muebles corporales, en este caso, principalmente se da por el aporte de materiales de construcción,

La mayoría de fideicomisos se constituyen únicamente con bienes inmuebles, para que durante la vigencia del fideicomiso se vayan aportando los recursos monetarios, y desarrollando los diversos planos y estudios técnicos y financieros, sin embargo no es poco común que proyectos inmobiliarios ya estructurados por sus promotores se constituyan posteriormente en fideicomisos mercantiles al cual se aportan los bienes

determinados en los literales a) y b) precedentes; en tanto que los bienes referidos en el literal c) generalmente se aportan al fideicomiso una vez que este ya está constituido, y a través de contratos de adhesión al fideicomiso.

1.4.2. POR LA FINALIDAD DEL CONSTITUYENTE.- No todo constituyente tiene las mismas expectativas que otro en un mismo fideicomiso mercantil de carácter inmobiliario.

1.4.2.1. Rentabilidad sobre el aporte.- El objetivo del Constituyente es participar en el resultado del negocio inmobiliario, es decir, su aporte sea en bienes inmuebles, dinero y/o planos y estudios tiene por objetivo final el retorno de su aporte MAS las utilidades que genere el proyecto inmobiliario, luego de que las unidades inmobiliarias del proyecto sean vendidas a terceros y pagados los costos de su desarrollo; en este caso, el remanente o resultado del fideicomiso se constituye en la expectativa de retorno sobre su aporte por parte del Constituyente.

1.4.2.2. Canje.- También es común el caso de Constituyentes cuyo objetivo final no es participar en el resultado del negocio inmobiliario, sino que su expectativa es recibir el valor del terreno que aporta al fideicomiso para el desarrollo del proyecto, se le restituya a su liquidación en m² de unidades de vivienda y/o oficinas o locales comerciales. En este caso el constituyente no participa de los beneficios, sino que busca únicamente recibir el valor del bien que aporta (terreno) transformado en unidades inmobiliarias (viviendas, oficinas o locales) que tengan un valor equivalente al del bien originalmente fideicomitado.

1.4.3. POR LA ESPECIALIDAD DEL CONSTITUYENTE.- Los constituyentes en todo contrato de fideicomiso, conforme lo determina el artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores, son las personas (sea natural o jurídica) que “transferirán el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil”, en tal virtud, el Constituyente es el propietario del bien con el que se busca o partir del cual se desarrollará el proyecto inmobiliario, así tenemos los siguientes tipos de fideicomisos inmobiliarios por la finalidad del constituyente:

1.4.3.1. Fideicomiso Inmobiliario integrado por un CONSTITUYENTE PROMOTOR.- El Promotor es el actor central de todo fideicomiso mercantil

inmobiliario. El Promotor es un profesional especializado y con amplio conocimiento y experiencia en el negocio inmobiliario, generalmente es un GRUPO PROMOTOR integrados por profesionales técnicos (ingeniero y/o arquitectos), profesionales financieros con especialización en el negocio inmobiliario, profesionales expertos en ventas, publicidad y mercadeo; y, profesionales en derecho con especialización en proyectos fiduciarios e inmobiliarios. Este grupo Promotor es el director de orquesta del proyecto. Para el éxito del desarrollo del negocio inmobiliario es importante el expertis del Grupo Promotor, si uno sola de sus cuatro pilares (técnico, financiero, comercial y/o legal) falla todo el proyecto puede fracasar. En este tipo de fideicomiso el contrato debe determinar con claridad meridiana las obligaciones y derechos que tiene el grupo Promotor en el negocio inmobiliario, obligaciones que se deberán incluir en el contrato de constitución del fideicomiso, a fin de que el fiduciario pueda exigir al Grupo Promotor el cumplimiento de sus obligaciones durante el desarrollo del proyecto. El CONSTITUYENTE PROMOTOR básicamente es el responsable de diseñar todo el proyecto inmobiliario, desde su estructuración hasta su liquidación, para lo cual, el CONSTITUYENTE PROMOTOR dentro del contrato fiduciario tendrá las siguientes obligaciones principales:

- a.** Entregar al Fiduciario los planos arquitectónicos aprobados por la entidad pública competente (Municipios)
- b.** Entregar al Fiduciario los planos estructurales del proyecto
- c.** Entregar al fiduciario los planos hidro-sanitarios
- d.** Entregar al fiduciario los planos eléctricos telefónicos
- e.** Coordinar con el Fiduciario la contratación de profesionales responsables del desarrollo del proyecto, tales como planificador del proyecto, constructor, gerente de proyectos, asesoría comercial y legal, entre otros. Específicamente con el arquitecto diseñador e ingeniero constructor trabajará desde el inicio de la estructuración del proyecto, obteniendo del primero los diseños y la cantidad de metros cuadrados factibles de ser construidos, y obteniendo del segundo el costo o presupuesto de obra del proyecto diseñado por el arquitecto contratado.

f. Entregar a la fiduciaria los permisos de construcción otorgados por la autoridad competente

g. Entregar al fiduciario la prefactibilidad y la factibilidad financiera del proyecto, la cual realizará con base a los presupuesto de obra entregados por el constructor.

h. Presentar al fiduciario con la periodicidad que determine el contrato de fideicomiso y durante el desarrollo de la obra, la información técnica, financiera, comercial y legal del proyecto, la misma que será auditada y controlada por el fiduciario.

i. Obtener y contratar créditos financieros o aportes privados necesarios para el desarrollo del proyecto inmobiliario.

j. Ejecutar en coordinar con el fiduciario, las ventas de las unidades inmobiliarias que desarrolla el proyecto.

k. En definitiva ejecutar todos los actos y convenios que sean necesarios para que el fideicomiso alcance u obtenga del PUNTO DE EQUILIBRIO DEL PROYECTO, dentro del plazo estipulado en el contrato.- Esta obligación he dejado a propósito para el final, con el fin de realizar un breve análisis del mismo. En los fideicomisos mercantiles inmobiliarios existe el concepto administrativo denominado punto de equilibrio del proyecto, este concepto administrativo básicamente sirve al Fiduciario como punto de partida para el arranque de la construcción del proyecto inmobiliario, es una especie de seguro administrativo que tiene el fiduciario, para minimizar los riesgos a los intervinientes en el fideicomiso, y es responsabilidad del Constituyente Promotor demostrar al Fiduciario la factibilidad del proyecto, a través de la obtención del punto de equilibrio.

Básicamente en el contrato de constitución de fideicomiso, se establece que el proyecto arrancará una vez alcanzado el punto de equilibrio del proyecto, el cual se declarará bajo los siguientes términos que deben constar en el contrato:

k.1. Plazo.- En el contrato se debe determinar el plazo que tiene el proyecto inmobiliario para alcanzar el punto de equilibrio.

k.2. Responsabilidad.- Se debe determinar en el contrato que la obtención del punto de equilibrio es de responsabilidad del Constituyente Promotor.

k.3. Nivel de aprobación.- El punto de equilibrio, generalmente es declarado en lo que se conoce como Junta de Fideicomiso, que la analizaremos más adelante, la cual básicamente si hacemos un parangón, se compara con la Junta de Socios y accionistas de una empresa (de responsabilidad limitada u anónima), es decir es el órgano máximo de administración del fideicomiso, y generalmente el contrato establece que será atribución de esta Junta el conocer, aprobar o negar, y DECLARAR el punto de equilibrio del proyecto. Es importante que en dicha junta participe el Fiduciario para avalar al público que la consecución del punto de equilibrio fue alcanzado conforme lo establece el contrato de fideicomiso así como los reglamentos del CNV.

k.4. Cumplimiento.- El punto de equilibrio básicamente define 4 puntos que el proyecto inmobiliario debe cumplir para ser declarado viable, y avalado por el fiduciario, por lo que en el contrato de constitución de fideicomiso, se debe establecer lo siguiente:

k.4.1. Punto de Equilibrio Legal.- Se entiendo por tal, el tener el fideicomiso legalmente constituido ante Notario Público, registrado en el Registro de Mercado de Valores, e inscrito en el Registro de la Propiedad el aporte y/o compraventa del inmueble sobre la base del cual se desarrollará el proyecto inmobiliario, el cual no deberá tener sobre si, ningún tipo de gravamen o limitación de dominio que perjudique el desarrollo del proyecto inmobiliario y su comercialización al público. Además dentro de este punto, se revisa que el fideicomiso tenga legalmente suscrito los contratos con todos los profesionales que intervendrán en el desarrollo del proyecto. Finalmente también se revisa en este punto, que el fideicomiso cuente con las garantías que el proyecto requiere, esto es, la garantía todo riesgo contratado por el fideicomiso, así como las garantías de fiel cumplimiento de contrato y buen uso de anticipo que serán contratados por los profesionales contratados (especialmente el constructor) a favor del fideicomiso mercantil (beneficiario de la póliza de seguro).

k.4.2. Punto de Equilibrio Técnico.- Se establece en el contrato de constitución del fideicomiso mercantil que para alcanzar este punto, se requerirá contar con los planos aprobados ante la entidad pública competente, así como contar con el permiso de construcción del proyecto, Es importante, que en el contrato se establezca, que en este

punto se deberá contar con un presupuesto de construcción del proyecto aprobado por el fiscalizador del proyecto, así como revisado y avalado por el fiduciario y por el Promotor, y puesto en conocimiento de la Junta de Fideicomiso. Este presupuesto será rígido y solo podrá ser reajustado previo conocimiento y aprobación de la Junta de Fideicomiso.

k.4.3. Punto de Equilibrio Comercial.- En este punto se aprueba el plan comercial del proyecto inmobiliario, pero por sobre todo se determina la existencia del número de ventas mínimas necesarias para cubrir el costo total del proyecto. Se entiende que un proyecto inmobiliario tiene específicamente 3 fuentes de financiamiento: a) Aporte del promotor o inversionistas adherentes, b) Crédito financiero que generalmente por políticas del mercado ecuatoriano financian hasta el 33% del costo del proyecto, y c) la diferencia se financia por las cuotas de entradas entregadas por los compradores de las unidades de vivienda, en virtud de este último punto, es que el punto de equilibrio comercial estará condicionado al número de ventas necesario para cubrir la diferencia del costo del proyecto que no puede ser cubierto por el aporte del promotor y del crédito financiero. Este punto será determinado en el flujo de caja del proyecto, y será variable, mientras menos ventas más aporte del promotor y/o más crédito financiero, y viceversa, mientras más ventas y más ingresos por este rubro, menos aporte del promotor y/o menos crédito financiero. Este punto generalmente es demostrado por el Promotor en la Junta de Fideicomiso que declare el punto de equilibrio

k.4.4. Punto de Equilibrio Financiero.- Finalmente se establece en el contrato de fideicomiso, que se alcanzará este punto, siempre que en primer lugar se cuente con un crédito aprobado por una institución financiera, y además por el compromiso del Promotor, Tradente y o Inversionistas Adherentes de su compromiso de aportar los recursos necesarios para el desarrollo y construcción del proyecto. En este punto generalmente el Promotor demuestra la viabilidad financiera del proyecto a través del análisis de costos, ingresos, y flujo de caja que determine claramente que durante el desarrollo del proyecto, los costos serán suficientemente cubierto por los ingresos, cualquiera sea su fuente (aporte constituyentes, crédito financiero, y ventas)

Estas obligaciones del Promotor que son emitentemente legales, técnicas, comerciales y financieras son la base del negocio inmobiliario, las cuales por su especialidad las

realiza el Promotor, pero siempre bajo control del fiduciario y en coordinación con éste, pero el desarrollo profesional y ejecutivo de dichas actividades que constarán expresamente en el contrato, son de plena responsabilidad del Constituyente Promotor.

1.4.3.2. Fideicomiso Inmobiliario integrado por un CONSTITUYENTE TRADENTE.- El Constituyente Tradente es también pieza fundamental del fideicomiso inmobiliario, ya que es él quien transfiere el bien inmueble sobre la base del cual se desarrollará proyecto inmobiliario estructurado por el Constituyente Promotor. Generalmente en estos fideicomisos el asesor legal debe revisar que el terreno de propiedad de Tradente sea susceptible de ser fideicomitado, esto es, que no existan limitaciones de dominio o gravámenes que impidan la transferencia de dominio del bien raíz al patrimonio del fideicomiso. Generalmente el Tradente no tiene mayor injerencia en el desarrollo del proyecto, ya que por lo general no es una persona especializada en el desarrollo del proyecto, sino que tiene como fin participar en los resultados del negocio fiduciario, o bien sea obtener metros cuadrados de construcción a la liquidación del fideicomiso, como se indicó anteriormente a un valor equivalente al bien que aportan inicialmente. En este tipo de fideicomisos, el abogado del Constituyente Tradente deberá cuidar los intereses de su cliente, y buscar que el Contrato de Fideicomiso Mercantil contenga cláusulas que protejan el bien raíz aportado en caso de no alcanzar el punto de equilibrio. Básicamente lo que en este caso debemos cuidar es lo siguiente:

- a. Que el Constituyente Promotor asuma la responsabilidad de todos los costos preoperativos, es decir, que previo alcanzar el punto de equilibrio todos los gastos necesarios para la estructuración del proyecto inmobiliario correrán por cuenta, cargo, costo y riesgo de Promotor,
- b. Que los recursos entregados al fideicomiso mercantil por parte de los promitentes compradores, no podrán ser utilizados para gastos preoperativos, sino únicamente serán utilizados una vez alcanzado el punto de equilibrio,
- c. Que el bien inmueble aportado al fideicomiso mercantil, no podrá ser hipotecado al banco que otorgue el crédito al proyecto, sino únicamente cuando se haya alcanzado el punto de equilibrio, y previa aprobación de la Junta de Fideicomiso,

d. En concordancia a lo establecido en el literal anterior, es importantísimo que el Constituyente Tradente participe en las Juntas de Fideicomiso con derecho a VOZ Y VOTO, al menos en las juntas estratégicas como la que declara el punto de equilibrio, así como en la Junta que autoriza la constitución de gravámenes o limitaciones de dominio sobre el bien inmueble fideicomitado, y en la Junta de liquidación de haberes del negocio fiduciario, además de participar al menos con derecho a VOZ en todas las Juntas de Fideicomiso que se realicen durante el desarrollo del proyecto. Lastimosamente, es muy normal y por lo tanto muy peligroso en algunos casos, que los Constituyente Promotores excluyan totalmente de la Junta de Fideicomiso al Constituyente Tradente, so pretexto de que la participación activa de éste en un negocio del cual desconoce su funcionamiento solo entorpecería el normal desarrollo del proyecto inmobiliario. Debo decir, que si bien es cierto que se dan ciertos casos en que los Tradentes quieren tomar especial protagonismo en un negocio que desconocen lo cual ciertamente puede entorpecer la rapidez y celeridad que se deben tomar a ciertas decisiones, no es menos cierto que ello no significa o sea motivo suficiente para deslegitimar la participación del Tradente durante la vida jurídica del fideicomiso, especialmente cuando en la mayoría de ocasiones el patrimonio del fideicomiso está conformado en gran parte por el aporte del Tradente, a quien se debe proteger con las cláusulas antes descritas, que si bien limiten su participación activa en el negocio inmobiliario, no lo dejen expuesto legalmente a posibles abusos por parte del Promotor.

1.4.3.3. Fideicomisos Inmobiliarios constituido por un CONSTITUYENTE INVERSIONISTA.- Generalmente pensamos que el bien que origina un fideicomiso inmobiliario es un terreno, lo cual si bien es cierto es lo común, no significa que sea la regla general, En tal sentido, existen fideicomisos cuyo único bien fideicomitado es dinero o recursos monetarios, es decir, un Promotor se junta con Inversionista, con el fin de desarrollar un proyecto inmobiliario sobre un terreno que tendrán que adquirirlo posterior a la constitución del fideicomiso mercantil inmobiliario. El Inversionista que aportará los recursos monetarios no es especialista en el negocio inmobiliario, sino que su especialidad es maximizar el rendimiento de su dinero, a este tipo de Constituyentes se los denomina CONSTITUYENTES INVERSIONISTAS. Este tipo de constituyentes forman alianzas estratégicas con Promotores de renombre, para desarrollar un negocio inmobiliario sobre un bien inmueble previamente identificado, el cual es adquirido como se indicó posterior a la constitución del fideicomiso. El inversionista hace

hincapié en el estudio y análisis de los presupuestos, cronograma valorado de la obra y flujo de caja del proyecto estructurado por el Promotor, y tendrá una participación activa durante la etapa previa, etapa de construcción y etapa de liquidación del proyecto inmobiliario. Los contratos de fideicomiso inmobiliario de inversión, tiene que hacer hincapié en sus cláusulas, en los requisitos mínimos necesarios para que el Constituyente Inversionista haga su aporte, cláusulas tanto de obligaciones como de seguridad, que generalmente determinan lo siguiente:

a. Compra del terreno.- El contrato debe determinar que el Constituyente Inversionista aporta inicialmente una cantidad importante para la posterior compra del bien inmueble (previamente negociado), y una vez constituido el fideicomiso dichos recursos se instruye al fiduciario, los destine a la compra del bien inmueble. En este caso el terreno o bien raíz no es el aporte inicial del patrimonio autónomo sino es un activo producto de una compraventa posterior.

b. En estos fideicomisos el riesgo de los costos preoperativos son asumidos por el Constituyente Inversionistas y por el Constituyente Promotor, en función de sus aportes, y por tanto en caso de no llegar al punto de equilibrio son ellos quienes asumen los riesgos.

c. Al igual que el caso de los Tradentes, por ser los Constituyentes Inversionistas personas no especializadas en el desarrollo del proyecto inmobiliario, su asesor legal debe incluir cláusulas que determinen que el bien inmueble adquirido (compraventa) por el fideicomiso mercantil, no podrá ser gravado o impuesto una limitación de dominio, sino únicamente cuando se haya alcanzado el punto de equilibrio del proyecto, y previa aprobación de la Junta de Fideicomiso.

d. Adicionalmente se debe asegurar la participación activa del Constituyente Inversionista, con derecho a VOZ y VOTO, en todas las Juntas de Fideicomiso que se celebren durante la vida jurídica del patrimonio autónomo. Para esto, se debe asegurar en las cláusulas del contrato de fideicomiso, que el fiscalizador del proyecto sea un profesional nombrado por la fiduciaria, de una terna entregada por el Constituyente Inversionistas, es decir, el fiscalizador será el profesional técnico de confianza que acompañará activamente al inversionista durante el desarrollo de la obra, y velará por los intereses de éste, en el control presupuestario de la obra. Además el Constituyente

Inversionista por su conocimiento financiero, tendrá bajo su control y revisión permanente el flujo de caja del proyecto.

e. Es muy común, aunque no indispensable, que en los fideicomisos inmobiliarios en los cuales participan un Promotor y un Inversionista en calidad de constituyentes, se desarrolle sin crédito financiero, en tal virtud para seguridad del Promotor y de los promitentes compradores, se debe incorporar cláusulas que obliguen al Inversionista a aportar los recursos necesarios para el desarrollo de la obra una vez alcanzado el punto de equilibrio del negocio.

Para finalizar este punto, debemos indicar que en un mismo fideicomiso inmobiliario pueden concurrir los tres tipos de Constituyentes, o dos, o solamente uno de manera indistinta, como indistintos o diferentes son los casos o situaciones en el mundo de los negocios inmobiliarios, o en su defecto no es raro que sobre una misma persona (natural o jurídica) recaiga los 3 tipos de constituyente, es decir sea dueño del inmueble, a la vez que es especializado en el negocio inmobiliario, y construye con sus propios recursos.

1.4.4. POR EL TIPO DE CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN.- La costumbre en el medio fiduciario, por años dividió al fideicomiso mercantil inmobiliario, en fideicomiso al costo y fideicomisos a precio fijo. Debo decir que nunca he tenido muy claro el alcance de tal diferenciación, o mejor dicho la conceptualización que se da a cada uno, sin embargo, antes que nada, yo clasificaría a estos tipos de fideicomiso por el tipo de contrato de construcción utilizado en el desarrollo del proyecto, pero antes de profundizar en el asunto, analicemos lo que la costumbre dice de esta clasificación de fideicomiso inmobiliario.

1.4.4.1. Fideicomiso Mercantil al costo o por administración.- Se dice que es la forma clásica del fideicomiso inmobiliario, que consiste en la transferencia de un bien inmueble para un desarrollo inmobiliario, pero cuyo valor final de las unidades construidas depende del costo real del mismo, y sus incrementos los asumirán los mismos fideicomitentes inversionistas, Los entendidos afirmaban que este tipo de fideicomiso es recomendable para el desarrollo de proyectos que por ser de gran tamaño y costo es conveniente distribuir el riesgo en una pluralidad de inversionistas. Ha sido utilizado exitosamente en teoría, en el desarrollo de proyectos inmobiliario como centros comerciales, edificios, hoteles o vivienda destinada a familias de nivel

económico alto. Es el más complejo de los dos tipos de fideicomiso inmobiliario, pues el costo del proyecto se distribuye entre los inmuebles que resultan del desarrollo del mismo, generalmente, en proporción al área de cada uno, el cual es asumido totalmente por los inversionistas, razón por la cual, en este tipo de negocios se otorgan al fiduciario una gran cantidad de facultades, destinadas a la protección del interés colectivo, que es el fideicomiso mismo, las cuales pueden ejercer contra terceros, los inversionistas y aun contra el propio constituyente. Pues bien este tipo de fideicomiso tiene su base en un contrato de construcción por administración, es decir, el constructor contratado no busca una ganancia o utilidad, sino que construye de acuerdo a los costos reales de los materiales y mano de obra que va utilizando efectivamente durante el desarrollo del proyecto, es por esto que el constructor debe justificar al fiduciario los costos incurridos mediante una planilla a la cual adjuntará cada una de las facturas que pagó para el avance de la obra. Generalmente este tipo de contrato, funciona con un fondo rotativo de obra, que el fiduciario lo va reponiendo periódicamente al constructor (según el monto establecido en el contrato de construcción) y previo visto bueno del fiscalizador, quien determina que las planillas del constructor corresponden con la realidad invertida en la obra (tanto de materiales como de mano de obra). A mi criterio a diferencia de lo que los expertos mencionan, este tipo de fideicomisos bien puede ser constituido por varios o un solo Constituyente Inversionista, o también aplica a fideicomisos constituidos por un Constituyente Promotor y/o un Tradente, ya el fin último de este tipo de fideicomisos es únicamente construir al precio de mercado de los materiales y mano de obra efectivamente utilizado en la obra. Este tipo de contrato se aplica tanto para grandes obras como para medianas y pequeñas obras, de hecho vale aclarar, quien determina el tipo de fideicomiso no es el Constituyente, sino que surge de una negociación con el constructor. Este tipo de fideicomisos, es el que más interesa a los constructores, ya que no asumen ningún riesgo, sino que solo trabajan por honorarios, es decir cobran un porcentaje pactado en su contrato, el cual se lo calcula sobre el monto de cada planilla, esto es, sobre el costo real de la obra. Uno de los casos prácticos más conocido (pero no el único) en el mercado de este tipo de fideicomiso, es por ejemplo el que realiza la constructora Banderas Vela, dónde el constructor, que puede fungir como el Promotor del proyecto (sin ser obligatorio ya que el promotor puede ser uno de los propios inversionistas y el constructor solo cumplir el papel de contratista), no invierte un solo centavo en el proyecto, sino que se constituye en un facilitador para que varias

personas (constituyentes) que desean adquirir una vivienda en mejores condiciones, se reúnen en un fideicomiso, y entreguen sus recursos al fideicomiso para construir un edificio a través del promotor, quien inicialmente presenta el terreno y su proyecto al grupo de interesados, y estos a su vez entregan los recursos al fideicomiso, tanto para la compra del terreno, como para una vez contado con los permisos municipales necesarios se arranque la construcción de la obra. En este caso no existe el concepto punto de equilibrio ni comercial ni financiero, ya que el proyecto inicia prevendido (los constituyente son los que se quedarán con las unidades resultantes del proyecto) y además los constituyentes serán los que provean de recursos al constructor para la construcción de su obra de acuerdo al cronograma valorado presentado por este. El problema en este tipo de fideicomisos, es que basta que uno de los constituyentes incumpla el plan de pago de sus aportes, para que se retrase el avance físico de la obra, es por esto, que en este tipo de fideicomisos se recomienda incluir cláusulas de separación de el constituyente que incumpla 2 o más aportes, y la posibilidad de ser reemplazado por un tercero. Como vemos en este ejemplo, el beneficio será cero ya que supone que el valor de cada unidad será igual a los costos que demandó su ejecución, pero no en todos los casos, los fideicomisos al costo no reportan una utilidad a los constituyentes y/o beneficiarios, ya que como se indicó anteriormente, el que sea al costo, no es más que el tipo de contrato celebrado con el constructor, que es un actor exógeno del grupo promotor o inversionistas, y es más bien un contratista del fideicomiso con el cual se ha llegado a un acuerdo de construir la obra por esa modalidad, pero las unidades ejecutadas al costo por el constructor bien pueden ser vendidas por el fideicomiso al precio de mercado y por tanto generar una utilidad a favor de los Beneficiarios.

Para finalizar, en el fideicomiso al costo, convergen una mezcla extraña de intereses económicos, por un lado el promotor o constituyentes le interesa saber exactamente el costo de la obra, por ello hará un control exacto en las juntas de fideicomiso, o a través del fiscalizador y/o fiduciario de cada factura y cada planilla elaborada por el constructor, y por tanto controlar los costos de la obra en función de los precios del mercado, en tanto que, el interés del constructor es mayor que el del propio Constituyente, ya que lo que busca el constructor es generarse un honorario y trasladar el riesgo en incremento de precios en materiales, mano de obra e incluso reglas laborales, o tributarias a los Constituyentes, sin ser él quien asuma ningún riesgo. En

este tipo de fideicomisos la previsión de la inflación y la determinación de un rubro de imprevistos importante es la obra es determinante para su éxito, caso contrario podría llevar a un fracaso a los Constituyentes, sobre quien recae hacer el análisis profundo del presupuesto del proyecto y sobre todo de la determinación del precio de venta de las unidades inmobiliarias que resulten del desarrollo del fideicomiso inmobiliario.

1.4.4.2. A precio fijo. Se dice de este fideicomiso, que es aquel en el cual los inversionistas adquieren el bien a un precio fijo, invariable e inmodificable. En este mecanismo los fideicomitentes adquirentes de las unidades de vivienda tienen garantizado el precio fijo de las mismas. Entonces, es necesaria la presencia de un fideicomitente inicial o promotor, que es quien corre con el riesgo de la operación en caso de que se presente alza de precios.

Este tipo de fideicomiso se lo utiliza para el desarrollo de proyectos de tamaño y costo medio, o grandes proyectos de propiedad de empresas que cuenten con la suficiente solidez para atender con sus propios recursos las eventuales pérdidas. Se ha experimentado con éxito en proyectos comerciales y de vivienda destinada a familias de nivel económico medio y bajo. El costo del proyecto es asumido por el fideicomitente inicial. El fiduciario recibe los dineros de los promitentes compradores de los inmuebles que resultan del desarrollo del proyecto, con el objeto de entregárselos al constructor para que realice las obras. Las utilidades o pérdidas corresponde al fideicomitente Promotor. El fiduciario se limita a recibir la propiedad fiduciaria del terreno, administrar la tesorería del proyecto, recaudar de los promitentes compradores los precios de los inmuebles prometidos en venta, y ejercer los derechos derivados de dichos contratos, transferir a los promitentes compradores los inmuebles respectivos y finalmente le entrega los resultados al beneficiario, que suele ser el propio constituyente o promotor. En este tipo de negocio las mayores precauciones y facultades que se otorgan al fiduciario están dirigidas para ejercerlas, llegado el caso, contra el constituyente, pues es él quien tiene que responder por cualquier problema derivado del proyecto. En consecuencia, el Fiduciario tiene la facultad para enajenar a favor de terceros, los inmuebles que no han sido prometidos en venta a personas vinculadas al fideicomiso en calidad de promitentes compradores, con el objeto de obtener los recursos económicos necesarios para terminar el proyecto. Si con el producto de tales

enajenaciones no se llega a cubrir el costo del proyecto, el fiduciario tienen derechos a perseguir los bienes del fideicomitente.

Pues bien, tal como se lo describe a este tipo de fideicomiso en la tradición legal, a mi criterio es un tanto confuso tal vez. Tal como en el caso anterior este tipo de fideicomiso igualmente todo depende del tipo de contrato de construcción, entendiendo que siempre el constructor será un agente exógeno del núcleo de actores que participan en el fideicomiso, es decir, aun cuando el propio constituyente fuera el constructor de la obra, la calidad de constituyente vendrá dada por el contrato de fideicomiso mercantil, en tanto que su calidad de constructor de la obra nacerá de un contrato de construcción, que deberá suscribir por separado con el fideicomiso mercantil una vez que éste haya sido constituido jurídicamente. Por tanto, como se indicó será el contrato de construcción el que defina este tipo de fideicomiso.

La mayor característica de este fideicomiso, está en el interés del constituyente de no correr riesgos en el negocio, y por tanto solicitará al fiduciario que suscriba con el constructor un contrato por el cual éste se compromete con el fideicomiso, a ejecutar la construcción del proyecto, a un valor determinado y a un plazo fijo con cierta prórroga negociada en el contrato. Este tipo de contratos generalmente se suscribe con grandes constructoras, ya sean por ejemplo en nuestro país como SEVILLA Y MARTINEZ COMPAÑÍA ANONIMA, SEMAICA o Uribe&Schwarzkopf Sociedad Anónima, quienes tienen capacidad técnica y económica para enfrentar este tipo de contratos a gran escala, aunque también es posible hacerlo a menor escala con constructoras medianas que tengan cierta experiencia en el mercado.

En este contrato una de las principales diferencias con el fideicomiso al costo, es que el constructor no trabaja con un fondo rotativo, sino con importantes anticipos que le sirven al constructor para congelar precios de materiales de construcción que tienen fluctuación en corto plazo en el mercado, tales como cemento y hierro principalmente, y también de ciertos acabados. Lo anterior obviamente conlleva una mayor dificultad para los Constituyentes, quienes deberán entregar de inicio un importante aporte monetario al fideicomiso, el cual deberá ser entregado al constructor.

Lo más importante cabe recalcar, es la solvencia del constructor, independiente que se trate de un proyecto de gran envergadura, o de un proyecto mediano, ya que los

cuantiosos anticipos que recibe el constructor devienen en la obligación de éste de entregar una garantía bancaria o póliza de seguro de buen uso de ese anticipo, el cual solo se obtiene a través de poseer en el mercado una buena reputación y patrimonio suficiente para cubrir los montos de los anticipos.

El objetivo del constituyente en este tipo de fideicomisos, no es controlar a detalle las facturas ni planillas del constructor, de hecho en este tipo de fideicomisos no existe ese control, sino que el presupuesto de construcción pactado con el constructor y establecido en el respectivo contrato de obra debe ir de la mano con el avance físico de la obra, es decir, en este tipo de fideicomisos el fiscalizador y el fiduciario deberán controlar porcentualmente que el anticipo de obra y la obra ejecutada van controlar porcentualmente que el anticipo de obra y la obra efectivamente ejecutada vayan siempre de la mano, y no existan desfases. Es claro por lo anterior que cualquier incremento en la mano de obra o en materiales o incrementos de costos por nuevas reglas laborales o fiscales, recaerá en el constructor quien deberá en su presupuesto prever esa situación.

Por lo expuesto el o los constituyentes en este fideicomiso tienen un trabajo más sencillo, ya que el precio de venta de cada unidad inmobiliaria ser desarrollada por intermedio del fideicomiso, dependerá de un precio fijo que consta en un contrato de construcción, cuya cuantía se encuentra debidamente garantizada con una garantía de buen uso de anticipo y la otra de fiel cumplimiento de contrato, que hacen que el constituyente trabaje con seguridad en la generación de sus resultados finales.

1.4.5. POR EL TIPO DE UNIDAD INMOBILIARIA.- Aquí haremos una breve referencia sobre el tipo de unidad inmobiliaria que en la actualidad en el Ecuador, más de desarrolla a través de un fideicomiso inmobiliario, tanto por la presión comercial del mercado, como por la necesidad del negocio de sus constituyentes.

1.4.5.1. Vivienda y/o comercios.- Tiene por objeto el desarrollo de conjuntos habitacionales, edificios de oficina, locales comerciales y/ o consultorios médicos, Pues bien, en este tipo de proyectos inmobiliarios participan varios actores, entre los principales tenemos los siguientes, cuya finalidad es la que a continuación se detalla:

1.4.5.1.1. Constituyentes Tradentes.- Aporta el terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto inmobiliario generalmente con una cualquiera de las siguientes 2 finalidades:

a. Canjear el valor de su terreno con m² de unidades inmobiliarias; En este caso el riesgo del tradente es cero, ya que desde un inicio se estipula los m² que debe recibir a la liquidación del proyecto, sin importar los resultados sean negativos del fideicomiso, en cuyo caso será el Constituyente Promotor quien asuma ese riesgo. Para instrumentar esta operación existen 2 caminos:

a.1. El Tradente deberá comparecer como Constituyente y Beneficiario del fideicomiso, y por su calidad de beneficiario se estipulará que su aporte lo recibirá en m² de construcción, sin poder especificar la cantidad de m² de construcción que recibirá a la liquidación del fideicomiso, en virtud que el fiduciario no puede garantizar rendimientos a través del fideicomiso, conforme lo establece el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores, que expresamente determina: *“...el fiduciario no garantiza con su actuación que los resultados y finalidades pretendidas por el constituyente efectivamente se cumplan”*, por lo anterior, se determinará en el contrato de constitución que a la liquidación del fideicomiso el Tradente recibirá los m² de construcción que sea posible, en función del monto de su aporte registrado, estableciéndose a lo mucho en el mismo contrato y desde un inicio, el valor del m² que recibirá el Tradente en canje por su aporte. El problema mayor en este tipo de instrumentación es de desconfianza del Tradente en recibir exactamente la cantidad de metros cuadrados de construcción que necesita o espera en función de su aporte, y por sobre todo, porque al quedar así establecido el negocio, queda entendido que participará en el riesgo del negocio, es por esto, que generalmente existe otro tipo de instrumentación de este tipo de negocios, que se describe a continuación.

a.2. El Tradente además de suscribir el contrato de fideicomiso mercantil, en calidad de constituyente y beneficiario del valor de su aporte el cual se estable lo recibirá en efectivo a la liquidación del fideicomiso, firma una promesa de compraventa con el fideicomiso una vez ya constituido, por la cantidad de metros cuadrados de construcción pactados desde un inicio con el Constituyente Promotor, que los pagará a la liquidación del fideicomiso con el dinero que reciba de éste por su calidad de beneficiario del valor de su aporte. De esta manera, un tanto poco convencional, el Tradente se asegura la

cantidad de m² de construcción que recibirá así como el valor que pagará por los mismos, así como sus especificaciones y acabados. Vale recordar que en este tipo de fideicomisos el Tradente no tiene participación activa durante el desarrollo del negocio fiduciario (proyecto inmobiliario) sino que simplemente deberá exigir sus derechos de promitente comprador a través de la promesa de venta que suscriba con el fideicomiso.

b. Recibir el Tradente el valor del terreno aportado, en dinero efectivo a la liquidación del negocio, más una participación en los resultados del fideicomiso inmobiliario. En este caso, el Tradente participará en el riesgo del negocio, esto es, el riesgo de que los resultados no sean positivos (utilidad) sino negativos (se den pérdidas), y por tanto será parte activa durante el desarrollo del fideicomiso, por lo que deberá asegurarse en el contrato de constitución, ser parte activa de las Juntas de Fideicomisos, comités de obra y otros órganos de administración y control que se establezcan en el contrato de constitución del fideicomiso.

1.4.5.1.2. Compradores.- Son el actor más sensible del fideicomiso inmobiliario que desarrolla proyectos de vivienda o unidades comerciales, ya que son quienes determinan el éxito o fracaso del negocio fiduciario, son la clave para la determinación del punto de equilibrio y sobre todo son quienes financian gran parte de su desarrollo. Los compradores se unen al fideicomiso a través de contratos de promesa de compraventa e un inicio, y posteriormente con la compraventa definitiva de la unidad inmobiliaria. Generalmente son protegidos por el estado, ya que se han producido estafas al público a través de negocios inmobiliarios, por ello se han emitido una serie de regulaciones, encaminadas a proteger al comprador, por ello incluso la Superintendencia de Compañías emitió el “Reglamento de funcionamiento de las compañías que realizan actividad inmobiliaria” (Resolución no. SCV.DSC.G.14.012), la cual en un inicio determinaba inclusive la obligación de todos los constructores de constituir fideicomisos mercantiles o encargos fiduciarios de administración de flujos de dinero, previo a alcanzar el punto de equilibrio, resolución que fue reformada por última ocasión el 24 de julio del 2014 (R.O. 296), en la cual se omitió dicha obligación, pero se mantiene al negocio inmobiliario regulado en todos sus frentes, para protección del consumidor final.

1.4.5.1.3. Financistas.- Son un actor importante, y diría determinante en la constitución de los fideicomisos inmobiliarios. Las instituciones financieras son las que adquieren este rol, para lo cual realizan un exhaustivo análisis no solo de los proyectos inmobiliarios sino de sus promotores, previo a la aprobación de un crédito a favor de un proyecto. Debo indicar que a veces los requerimientos y análisis son excesivos, tan excesivos como las garantías que exige un banco, ya que para los desembolsos de crédito al constructor exigen generalmente lo siguiente:

- a. Constitución de un fideicomiso mercantil inmobiliario, generalmente con las fiduciarias calificadas por la institución financiera,
- b. Hipoteca abierta del bien inmueble sobre el cual se desarrollará el proyecto,
- c. Garantía o aval o deuda solidaria por parte de los constituyentes y/o beneficiarios del fideicomiso, y
- d. Garantía o aval, o deuda solidaria de los accionistas en caso de que el constituyente y/o beneficiario del fideicomiso sea una persona jurídica.

Estos excesivos controles y respaldos de las instituciones financieras, ha sido lo que en mayor medida ha dinamizado el sector fiduciario en el campo inmobiliario, y al ser el sector financiero un dinamizador de la economía, y por tanto fundamental en el desarrollo inmobiliario, ha puesto sus reglas de juego, lo cual en cierto sentido ha traído mayor seguridad jurídica y operativo/administrativa a los proyectos inmobiliarios, ya que además, previo al primer desembolso al proyecto se exige el cumplimiento del punto de equilibrio, en función de lo cual se controla que exista un orden y cumplimiento oportuno de los cronogramas y presupuestos de ejecución de la obra proyecto, en beneficio directo de la propia institución, pero también de los compradores de manera indirecta.

1.4.5.1.4. Constituyentes Promotores.- Simplemente es el director de orquesta del negocio, es el que tiene Know how o conocimiento del negocio inmobiliario, es el actor clave sin el cual no sería posible el desarrollo del proyecto. Generalmente se piensa que necesariamente debe ser un constructor, pero nada más alejado a la verdad, sobre todo si consideramos que los fracasos de muchos de los proyectos inmobiliarios, es por la falta de conocimiento y expertis por parte de los ingenieros civiles o arquitectos en el manejo

y administración comercial y financiera de negocios. Este actor necesita tener cuatro destrezas básicas: 1) Conocimiento Técnico, 2) Conocimiento Financiero, 3) Conocimiento Legal, y 4) Conocimiento Legal. Son generalmente medianas o grandes compañías que cuentan con un equipo interdisciplinario liderados por expertos en negocios, que con el apoyo técnico y legal estructuran grandes y/o exitosos negocios inmobiliarios. El trabajo fundamental del Promotor se resume en lo siguiente:

a. Ubicar el terreno con potencial para el desarrollo de un proyecto inmobiliario. En este punto es básico el conocimiento COMERCIAL del Promotor, ya que debe identificar el potencial producto, esto es, vivienda, u oficinas, o locales comerciales o consultorios médicos, y el nivel socio económico al que irá dirigido el potencial proyecto, esto es, bajo, medio o alto. Además de identificar la competencia y la oportunidad comercial del producto.

b. Una vez ubicado el terreno o inmueble óptimo para el desarrollo del proyecto, viene un exhaustivo análisis técnico-legal del inmueble, en el que se desechará o aprobará el potencial negocio inmobiliario, midiendo los siguientes aspectos del terreno:

b.1. Gravámenes o limitaciones al dominio.- A través de un certificado de gravámenes se analizará que el terreno no se encuentre hipotecado a terceros, prohibido de enajenar, o que cuente con alguna servidumbre que impida el desarrollo óptimo del proyecto. Es importante no solo analizar los certificados de gravámenes sino potenciales juicios o controversias que puedan existir sobre el terreno y que aun no se hayan inscrito en el Registro de la Propiedad, por lo que es conveniente analizar también el record legal y crediticio de los propietarios del inmueble, ya que puede pesar sobre ellos juicios que a futuro durante el proceso de estructuración del negocio y previo a la constitución del fideicomiso, pudieran ocasionar el aborto del proyecto, lo cual pudo ser evitado por una detección temprana del status legal de los propietarios del inmueble,

b.2. Análisis del IRM (Informe de Regulación Metropolitana) o IRU (Informe de Regulación Urbana) donde se puede ver el potencial del terreno, esto es, el coeficiente de uso de suelo del terreno (COS) esto es, el porcentaje del terreno que se puede destinar a área útil de construcción, además de verificar la altura o número de pisos que pueden construirse, el tipo de unidad inmobiliaria que puede desarrollarse, esto es vivienda o comercial, así como las limitaciones técnicas que puede tener el terreno

como afectación por futuras vías, protección ecológica, restricciones para desarrollo de vivienda o comercios por pertenecer a un área industrial, retiros de quebradas, entre otras varias, Esta radiografía del terreno es la que determina **TECNICAMENTE** el potencia que se debe dar al proyecto, o desecharlo, ya que no es raro encontrar terrenos ubicados frente a zonas urbanas de vivienda que por su uso de suelo, no pueden ser desarrolladas como proyectos de vivienda, sino como zonas para industria o de protección ecológica lo cual haría inviable al proyecto.

b.3. Status legal del terreno respecto al Cantón y por tanto control Municipal al que pertenece, este análisis legal es muy importante, ya que existen inmuebles sobre los que pesan juicios de coactiva, o trámites de afectación o problemas de superficie que no constan en certificados de gravámenes pero que igualmente harían inviable el avance del proyecto, es por ello identificar estos problemas a tiempo, a través de certificados de no adeudar al municipio y revisión de impuestos prediales al municipio, y sobre todo verificación de toda afectación que apareciere en el IRM o IRU del terreno.

b.4. Análisis de servicios del terreno, este análisis es el final de esta etapa de estudio del Promotor, y es eminentemente técnica, en la cual se verificará la viabilidad de que el proyecto cuente principalmente con el servicio de agua potable y alcantarillado, sin el cual es imposible su desarrollo, no solo por falta del servicio, sino por la inexistencia de una red adecuada del servicio que permita abastecer con suficiencia el proyecto inmobiliario previsto. La falta de este análisis puede ser fatal durante el desarrollo del proyecto, ya que puede hacer inviable su ejecución o lo que es peor, generar costos imprevistos durante el desarrollo, afectando los resultados esperados por los inversionistas o constituyentes del proyecto. Para esto se deberá obtener las respectivas factibilidades de servicio de las empresas públicas de cada ramo (agua, alcantarillado, luz eléctrica y servicio telefónico)

c. Una vez realizados los estudios comerciales, legales y técnicos iniciales del terreno, se pasa a la fase de prefactibilidad del proyecto, en esta fase se dibujara un plan masa del proyecto (identificar los m² de construcción posibles a ser construidos), estudios de mercado, presupuesto técnico preliminar de costos de construcción del proyecto y pre-análisis financiero para determinar precio de venta del potencial producto inmobiliario, así como el aporte en dinero requerido, monto del crédito a solicitar y proyección de

utilidades del proyecto. Es decir en esta etapa ya se identifica una radiografía preliminar del negocio, y de identificarse un potencial proyecto exitoso, generalmente en esta etapa se firma un preacuerdo de asociación con el dueño del terreno, o una carta de compromiso de las partes.

d. La factibilidad financiera del negocio es la etapa final del trabajo del Promotor, en la cual se reajustan y profundizan todos los estudios anteriores, para determinar exactamente la rentabilidad del proyecto, y ratificado la prefactibilidad inicial, se procede a cerrar el acuerdo y condiciones del negocio inmobiliario con el Tradente, y por tanto con la suscripción del respectivo contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario, a través del cual se desarrollará este tipo de negocio fiduciario.

1.4.5.1.5. Beneficiarios.- Es el último actor de este tipo de fideicomiso mercantil, que generalmente son el mismo constituyente Tradente y Constituyente Promotor en función de los acuerdos (canje) o participación porcentual que hayan acordado en los resultados del negocio fiduciario (50%-50%, o 70%-30%, etc) No obstante lo anterior, y no es de sorprenderse, es que los beneficiarios sean distintos a los constituyentes.

1.4.5.2. URBANIZACIONES.- Muy parecido al anterior, y básicamente con los mismos actores, pero es un desarrollo inmobiliario menos complicado en cuanto a la influencia de factores externos como inflación o incremento en materiales de construcción, mano de obra, o leyes laborales o tributarias que afecten el negocio de la construcción. La ventaja de este tipo de desarrollo inmobiliario, es que el producto final, esto es, un lote de terreno urbanizado, sus costos directos representan en su precio de venta final no más allá del 20% al 50%, es decir en este tipo de producto, la inversión en costos directos de construcción frente al costo de inversión en la tierra, es por ello que en proyectos de urbanización, cuando el terreno es aportado al fideicomiso, refleja grandes ganancias al Promotor, ya que su inversión vs su rentabilidad puede llegar a superar con facilidad una rentabilidad del 100% anual.

1.4.5.3. EMPRENDIMIENTOS INMOBILIARIOS ESPECIALES.- Es más complejo, ya que la actividades del fiduciario no solo son de control inmobiliario sino que además existe una serie de variables jurídicas durante su desarrollo, así como nuevos actores o actores especializados comparado con los otros 2 tipos de negocios inmobiliarios antes descritos. Sin embargo también hay actores coincidentes como

tradente y el promotor, en el primer caso cumple básicamente la misma función que en los fidecomisos de vivienda, comercios o urbanizaciones, sin embargo en el caso del promotor, este debe ser especializado en el emprendimiento inmobiliario especializado a desarrollar.

1.4.5.3.1. Promotor.- Este pues realiza básicamente las mismas funciones que las explicadas en el desarrollo inmobiliario de vivienda o comercios, pero además debe ser especializado en la estructuración y administración del emprendimiento especial ya sea este un centro comercial, una zona franca, un estadio de futbol privado, etc. Dicho Promotor debe tener claro las condiciones legales, financieras y técnicas que se deben considerar desde la estructuración del proyecto inmobiliario, y así por ejemplo en el desarrollo de un centro comercial, se deberá considerar desde su inicio, esto es, desde que se concibe la idea del centro comercial, lo siguiente:

a. Consideraciones Financieras.- El cambio fundamental en este tipo de proyectos, viene sobre todo en los ingresos, los cuales a diferencia de los proyectos de vivienda, no provendrán de las preventas y ventas de las unidades de vivienda, sino más bien tendrán 2 fuentes diferentes:

a.1. Concesión de los locales comerciales.- Pues los ingresos que servirán de fuente de repago para los créditos y para la restitución y/o transferencia de aportes provendrán en gran parte de las concesiones de cada local comercial. La concesión refiere ingresos por una sola vez cada 5 o 7 años por cada local, este valor está en función de la ubicación del centro comercial y de su nivel socioeconómico, y se concesionará a nivel de entre \$200 hasta \$400 x m² de local. Este pago se recibirá a la entrega del local concesionado y será la única fuente de ingreso inmediata con la que contará el fideicomiso.

a.2. Arriendo de los locales comerciales.- Adicionalmente al anterior pago el concesionario del local, comercial pagará un arriendo mensual desde la entrega del mismo, a razón de entre \$20 a \$50 x m² mensual, igualmente en función de su nivel socioeconómico, este ingreso se deberá considerar en el tiempo y posterior a la terminación de la obra, por lo que el Promotor deberá ajustar estos ingresos al crédito financiero (bancos) o privado (adherentes) que existan en el fideicomiso.

En cuanto a los egresos, una diferencia financiera muy importante que deberá tener el promotor, es que las denominadas anclas de los centros comerciales, que no son más que los negocios que sirven para atraer clientes, que son sin ser taxativo las siguientes: mega o supermercados y cines, generalmente no pagan ni concesión ni arriendo, pero así mismo, asumen desde el inicio el costo total de la construcción de su obra, es decir pasan a ser un constituyente adherente del fideicomiso, y no un concesionario del mismo. Por tanto en el análisis de factibilidad financiera los m² que utilicen estas anclas no afectarán los egresos del estudio, pero tampoco sus ingresos, y consecuentemente tampoco afectará la previsión de recursos para la ejecución de estos espacios que son financiados en su totalidad por los propietarios de las cadenas de supermercados o cines.

b. Consideraciones Técnica.- En estos aspectos también existen consideraciones muy importantes. La más importante que el constructor debe considerar son:

b.1. Sistemas especiales en las obras comunales, como son sistemas de calefacción y aire-acondicionado, sistemas especiales eléctrico-telefónico y redes de datos, así como hidro sanitarios, bomberos, sistemas de emergencia entre otros; y,

b.2. El nivel de acabados de los locales, es un tema interesante, ya que solo se entrega terminado las obras comunales, esto es pasillos de circulación, gradas, ascensores baños de uso comunal, en tanto que los locales comerciales se entregarán sin ningún acabado, ni siquiera la división entre el pasillos de circulación y el local. Esto obviamente influye también en la factibilidad financiera, porque el costo de construcción será menor, y por tanto, la rentabilidad por la concesión y arriendo será mayor en el tiempo.

c. Consideraciones legales.- Las consideraciones financieras y técnicas son importantes que el abogado asesor del fideicomiso las tome en cuenta, al momento de armar la estructura legal del fideicomiso, la cual por lo brevemente referido anteriormente es distinta que las de los fideicomisos de vivienda o comercio. Es importante que el asesor legal del fideicomiso tenga un conocimiento básico del funcionamiento de este tipo de negocio inmobiliario, en sus aspectos financieros y técnicos, a fin de que existan las salvaguardas del caso, tanto para el fideicomiso, como para sus diversos actores. Los aspectos más importantes de la estructura contractual de estos proyectos es la siguiente:

c.1. Se debe estructurar contratos de concesión, que respalden la operación con cada uno de los interesados en los locales comerciales, es decir, se debe establecer claramente, el precio de la concesión, y su forma de pago, los intereses por atraso y las multas por desistimientos, pero por sobre todo se debe dejar en claro que la concesión del local solo le da derecho a poder ejercer su participación como arrendatario del local por un tiempo determinado, que generalmente será entre 5 a 7 años o más en función del acuerdo de los contratantes.

c.2. Otro aspecto importante a considerar, es que el contrato de concesión debe dejar en claro que el local se entregará sin acabados, y que los acabados serán realizados por cuenta y costo del concesionario, y que en caso de terminación anticipada o por la no renovación del contrato de concesión, dichas mejoras irán a favor del fideicomiso o de sus beneficiarios según corresponda el status legal del proyecto al momento de la terminación del contrato de concesión.

c.3. Reglamento.- Visto lo anterior, el reglamento de concesionarios y arrendatarios es fundamental en este tipo de negocios inmobiliarios, ya que el fiduciario deberá garantizar a los beneficiarios, que las reglas de juego con el concesionario y futuro arrendatario están claras, las mismas que deberán constar en el respectivo reglamento que regule las relaciones con el concesionario, especialmente en cuanto a los contratos de arriendo, en el cual básicamente se establece una serie de manuales de cómo debe construirse los locales comerciales para que el centro comercial guarde una armonía arquitectónica en las fachadas de los locales a fin de evitar que la diversidad en diseños deteriore la plusvalía del desarrollo inmobiliario, es por eso que en estos reglamentos se debe conformar un Comité de Aprobación de Diseños, el cual como su nombre lo indica, será el encargado de aprobar los planos de diseño de interiores de cada local comercial, y vigilar así el desarrollo armónico del centro comercial, o de cualquier emprendimiento inmobiliario especial, como sería un aeropuerto, club social, un estadio de fútbol, entre otros.

1.4.5.3.2. Constituyentes Adherentes.- Esta figura es muy importante en este tipo de proyectos inmobiliarios, y toman un rol protagónico en la financiación de la obra. Los bancos generalmente otorgan créditos a la construcción por el plazo de un año renovable a tasas que superan el 11% anual, lo cual dificulta el repago en proyectos en

lo que no existe venta de unidades inmobiliarias finales (a diferencia de los proyectos de vivienda donde la fuente de repago es la venta), sino que los ingresos esperados provienen de pago por concesión y arriendos en el tiempo (largo plazo) es por ello que se requiere financiamiento más blando, con mejores tasas y mayores plazo, es por ello que adherente al ser es un inversionista a riesgo, y al cual inclusive no hay que hipotecarle el inmueble por su aporte, recibirá beneficios especiales, y liberará al proyecto de los gravámenes y garantías que tendría con un banco. Generalmente los beneficios que se ofrecen a los adherentes pueden ser uno cualquiera de los siguientes, los cuales constarán en el respectivo convenio de adhesión:

Participar en un porcentaje de la utilidad del negocio,

Recibir por un tiempo determinado el beneficio de los ingresos por arriendo de los locales comerciales,

Recibir una rentabilidad sobre su aporte, y si bien no es posible determinar ni garantizar una tasa fija, si se puede establecer una tasa máxima, es decir que de haber recursos a la liquidación del proyecto el adherente recibirá a la liquidación un beneficio equivalente hasta un 10% anual (por ejemplo) calculado sobre el valor de su aporte, y deberá aclararse en el convenio de adhesión con clausula expresa de aceptación por parte del adherente, de que de no haber recursos excedentes o beneficios en el fideicomiso a su liquidación, no podrá ser entregado al adherente el beneficio ofrecido en el contrato.

Podrá recibir canje en m2 de construcción (locales comerciales) por su aporte, igualmente como ya se indicó sin garantizar resultados.

1.4.5.3.3. Administrador del negocio.- Finalmente estos fideicomisos tiene dos tipos de operaciones, al primera es la construcción del proyecto en sí, y la otra es la administración y gestión del negocio del centro comercial, es por ello que, desde la estructuración del negocio deberá existir una persona especializada que acompañe antes, durante y después de la construcción del proyecto en la gestión de administración del negocio del centro comercial, que es muy distinto al de construcción del proyecto y sus fuentes de repago, que será manejado por el Promotor. Este administrador del negocio, generalmente es un experto en la administración de centros comerciales, o proyectos similares, el cual generalmente es también socio del negocio, y que bien puede ser un

constituyente más del fideicomiso, pero su accionar no tiene relación alguna con el desarrollo y construcción del proyecto, sino que únicamente determinará las variables que deberá incluirse en el proyecto para el éxito del centro comercial.

Sea que se trate de un centro comercial, o de un estadio de fútbol, centros de parqueos, centros de exposiciones y demás grandes emprendimientos inmobiliario especiales y privados, será necesario la existencia de estos actores antes referidos para el éxito del respectivo emprendimiento.

1.5. Ventaja de la utilización del fideicomiso inmobiliario, en el sector de la construcción.

El sector de la construcción y específicamente el inmobiliario, ha enfrentado una serie de problemas en su desarrollo, entre los cuales podríamos mencionar:

- a. La realización de inversiones (aportes) en terreno ajeno.
- b. Falta de confianza entre los promotores y tradentes de un proyecto.
- c. Falta de confianza de los compradores hacia los promotores.
- d. Retraso en compromisos de pago.
- e. Conflicto de intereses.
- f. Fiscalizaciones manipuladas.
- g. Sobre endeudamiento del proyecto.
- h. Desviación de fondos.
- i. Utilidades escondidas.
- j. Pugna de poderes y desconocimiento de proyectos de construcción al costo o a precio fijo por parte de los Tradentes o adherentes.

En vista de los anteriores problemas y muchos más, la fiducia surge como una perfecta solución –para estos conflictos, inquietudes, desconfianza y hasta pugnas, que sin el fideicomiso realmente no tendrían una solución efectiva, y específicamente la fiducia inmobiliaria, plantea un amplio campo de acción, a tal punto que en nuestro país ha sido pieza clave en la reactivación del sector de la construcción, como un mecanismo efectivo que proporciona claridad y transparencia entre las partes, facilitando el desarrollo de proyectos inmobiliarios, desde la compra o aporte del terreno, facilidad para la comercialización de proyecto, celeridad en la obtención de los fuetes de financiamiento para la construcción de proyectos, y claridad en la liquidación de resultados de los socios del proyecto.

Las fiduciarias o administradores de fondos y fideicomisos prestan un servicio que se fundamenta en la confianza, y empieza a adquirir gran relevancia en el mercado nacional, donde se van conociendo sus **características**, ventajas y oportunidades como una atractiva opción de inversión y también como un mecanismo que facilita la consecución de financiamiento, y particularmente la fiducia inmobiliaria, es un servicio que se presenta per se como una importante alternativa en la administración de recursos, coordinación general en proyectos de construcción, y en fin, llevar a cabo toda gestión y administración que conlleva el desarrollo de un proyecto inmobiliario, sin mezclar sus funciones con las de un constructor o de un gerente de proyectos, que deben estar plenamente diferenciadas unas de otras.

La fiducia inmobiliaria se presenta además como la base de una gran alternativa financiera del país a través de la titularización, herramienta legal que aun no logra despegar del todo, pero que de hacerlos será un elemento clave que contribuirá al incremento de importantes proyectos de construcción y comercialización de valores, con el consecuente efecto multiplicador sobre las demás variables macroeconómicas, mediante la generación de mayor empleo directo e indirecto, venta de materia prima, , entre otros.

En este contexto, en el cual la fiducia inmobiliaria, se abre paso, como un medio efectivo que facilita la estructuración y desarrollo de proyectos inmobiliarios, desde el aporte o compra del terrenos, coordinar las ventas, apoyar a la gerencia del proyecto en las gestiones tendientes al control financiero, técnicos, comercial y legal del proyecto y

otros, que sean necesarios y que permiten dar cabida al desarrollo exitoso de un proyecto inmobiliario.

Entre los servicios de mayor relevancia prestados por una fiduciaria al sector inmobiliario, encontramos los siguientes:

- a.** Recibir el terreno en calidad de aporte e integrarlo al patrimonio autónomo inicial del fideicomiso, a no ser que el terreno sea mediante compra, en cuyo caso recibirá el aporte de dinero con el cual adquirirá el bien inmueble,
- b.** Coordinar las preventas,
- c.** Determinar y certificar el punto de equilibrio conforme a las regulaciones que establece el CNV,
- d.** Manejo de tesorería,
- e.** Contabilidad del negocio,
- f.** Coordinar juntas de fideicomiso o de los órganos de administración y control que se establezcan en el contrato de constitución del fideicomiso,
- g.** Garantizar la correcta utilización de los recursos obtenidos y destinarlos a la construcción del proyecto inmobiliario con la ayuda de un fiscalizador,

La utilización de la figura del fideicomiso en un proyecto inmobiliario, representa seguridad y respaldo para todos los agentes que intervienen en el negocio, siendo los principales los siguientes:

- a.** Para los promotores, tradente e inversionistas (adherentes) que impulsan el proyecto, el nivel de seguridad en la colocación del producto final en el mercado, está previamente garantizado, a través de la consecución del punto de equilibrio alcanzado; de esta forma, los aportes recibidos están plenamente resguardados en un proyecto que cuenta con todos los elementos necesarios para ser exitoso. A los constructores, el fideicomiso les permite desarrollar su trabajo con la fluidez de recursos que un proyecto de este tipo requiere, sin tener los eternos temores de paralización de obra por falta de liquidez,

- b.** Se controla el riesgo de la inversión o aportes de los adherentes, mediante un manejo administrativo y contable independiente.
- c.** El esquema de preventas, anterior al inicio de la construcción, y el contar con créditos bancarios aprobados, garantiza la cobertura de los costos de proyecto, obteniendo la seguridad y real existencia del producto final en beneficios del consumidor final.
- d.** Existe la plena seguridad sobre el destino exclusivo de los recursos obtenidos al proyecto y su control por parte de los agentes que intervienen en el negocio.
- e.** Los promitentes compradores cuentan con un mecanismo cristalino que les brinda seguridad en su inversión, a tal punto que si el proyecto no alcanza el punto de equilibrio en la fecha establecida en el contrato de fideicomiso, el fiduciario deberá devolver los recursos más la rentabilidad obtenida por el depósito de dichos recursos (*artículo 30, numeral 6.7, Sección III, Capítulo I, Subtítulo III, del Título II de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores*²⁵). De esta forma, el promitente comprador se asegura de que su dinero será utilizado únicamente cuando el proyecto sea viable y se encuentre todo en regla.
- f.** El promotor del proyecto gozará de la ventaja de saber que emprende en un proyecto realizable y no en una tarea imposible. Es necesario que durante la fase de ejecución destine capital preoperativo para promocionar ventas, y la estructuración del proyecto sustentado en el fideicomiso.
- g.** La exigencia del fiduciario para el cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en el contrato de fideicomiso orientadas al desarrollo exitoso del proyecto, constituye un importante respaldo para quienes intervienen en el proyecto inmobiliario, así como la certeza de la correcta utilización de los recursos en el proyecto.

²⁵ Que la ocurrencia del punto de equilibrio se dé dentro del plazo establecido en el contrato, el cual podrá ser prorrogado hasta por dos veces. Ecuador, *Codificación de las Resoluciones expedidas por el CNV*. R.O-E1 de 08 marzo 2007. Art. 30, numeral 6.7.-

CAPÍTULO 2. ESTRUCTURA DEL FIDEICOMISO INMOBILIARIO

2.1. Partes que intervienen en el contrato de constitución del fideicomiso inmobiliario.

En el capítulo I se analizó a las partes que intervienen en un fideicomiso mercantil, como Constituyente, adherentes, beneficiarios y fiduciarios, desde un punto de vista práctico, enfocado básicamente en sus actividades o roles dentro del negocio inmobiliario. A continuación vamos analizar los mismos intervinientes revisados en el capítulo I, pero ahora enfocados desde un punto de vista meramente jurídico, esto es al amparo de la Legislación vigente y doctrina jurídica.

2.1.1. Constituyente o promotor.- Al constituyente, de manera común se le conoce además como fideicomitente o fiduciante.

Del artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores, se puede inferir la siguiente definición de Constituyente: *“las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, quienes transferirán el dominio de bienes a título de fideicomiso mercantil”*²⁶.

Fideicomitente es pues, la persona o personas que mediante expresa manifestación de su voluntad constituye un fideicomiso mercantil, destinando o transfiriendo los bienes y derechos de su propiedad para el cumplimiento de un fin específico, a favor de un patrimonio autónomo, administrado por un fiduciario, teniendo como presupuesto la capacidad para disponer de sus bienes, ya sea por sí mismo o a través de su representante legal en el caso de los incapaces o de las personas jurídicas.

Rafael De Pina, lo define como *“una persona física o moral que constituye un fideicomiso, para destinar ciertos bienes o derechos a la realización de un fin lícito y determinado, y encarga dicha realización a una institución fiduciaria”*²⁷. El doctor Roberto González Torre, define al constituyente como *“aquella persona que manifiesta*

²⁶ Ecuador, *Ley de Mercado de Valores*. Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Art. 115.

²⁷ DE PINA, Rafael, (1.976). *“DICCIONARIO DE DERECHO”*, (11ª. ed.). Edit. Porrúa, México, Edit. Porrúa. pág. 220.

su voluntad de constituir el fideicomiso sobre bienes de su propiedad que serán transferidos al fiduciario con el gravamen resolutorio, el mismo que constará estipulado en el acto fiduciario traslativo”²⁸. El doctor Víctor Cevallos Vásquez, define al fideicomitente o constituyente como “aquella persona natural o jurídica que tiene capacidad para disponer de su activo, esto es de los bienes y derechos que no están fuera del comercio ni tienen prohibición legal de enajenación”²⁹. Aplicando estas definiciones para el caso específico del fideicomiso inmobiliario, podemos afirmar que el constituyente es la persona o personas, natural o jurídica, privada, pública o mixta, nacional o extranjera, o entidades dotadas de personalidad jurídica que transfieren la propiedad de un inmueble del cual tienen capacidad de disponer, y los estudios técnicos necesarios para el desarrollo de un proyecto inmobiliario. Sin embargo esta definición, resulta muy legalista y por tanto apartada de la realidad del negocio inmobiliario, por lo que considero más acertada una definición que involucre no solo conceptos jurídicos, sino también la realidad del negocio en sí, de esta manera, a mi criterio personal podríamos afirmar que constituyente, fideicomitente o grupo promotor, es o son las personas, natural o jurídica, que tienen interés en participar en el desarrollo, inversión y ejecución del proyecto inmobiliario, aportando el terreno, dinero, u otros bienes corporales e incorporeales necesarios para la estructuración promoción y construcción del proyecto. De lo expresado observamos, que comenzamos diciendo que fideicomitente, constituyente o grupo promotor es o son las personas naturales o jurídicas”; ¿pero qué significa en general el término persona? - según señala Eduardo García Maynez - es: “*Todo ente capaz de tener facultades y derechos*”³⁰; pero la persona no solo es capaz de tener facultades y derechos, sino que es aquel ente capaz de ejercer dichos derechos y cumplir sus obligaciones. Ahora bien, partiendo de este concepto general, todos sabemos que existen dos tipos de personas, a saber:

- a. La persona Natural, y,
- b. La persona jurídica.

²⁸ GONZALEZ TORRE, Roberto. (1.996). “EL FIDEICOMISO. EN EL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL DEL ECUADOR”, (1^{ra}. Edición), Guayaquil-Ecuador. Edino. Pág. 31.

²⁹ CEVALLOS VASQUEZ, Víctor. (1.998), “MERCADO DE VALORES Y CONTRATOS” Tomo II. (Primera Edición), , Quito – Ecuador. Editorial Jurídica del Ecuador pág. 273 y 274.

³⁰ GARCIA MAYNEZ, Eduardo. (1.969). “INTRODUCCIONAL ESTUDIO DEL DERECHO”, (19a Edición). Editorial Porrúa, México, Pág. 271.

La primera de ellas puede conceptuarse como la expresión unitaria y sintética de los derechos y deberes de un hombre o, para ser más específico “*consiste en el conjunto de deberes jurídicos y de derechos subjetivos atribuidos o imputados a un determinado sujeto humano*”³¹. La persona física no es otra cosa que el hombre, individualmente considerado, el ser humano, por el simple hecho de serlo, de existir.

La persona jurídica o moral, como se la conoce en otras legislaciones, es el ente conformado por varias persona naturales, las cuales tienen como presupuesto básico, una misma finalidad; a esta persona jurídica, por un artificio jurídico del derecho se le concede la calidad de persona, de persona ficticia con capacidad para tener un patrimonio y susceptible de adquirir y ejercer derechos, y contraer y cumplir obligaciones, a través de su representante legal. En nuestro país, para que se constituya una persona jurídica, es necesario que cumplan con los requisitos previstos en las normas generales para su constitución, tal es el caso de las sociedades civiles o mercantiles que son básicamente las que adquieren o tienen por Ley la calidad de persona jurídica.

En nuestra legislación existen entidades las cuales sin tener la calidad de persona jurídica, o de sociedades civiles o mercantiles (artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, inciso final) pueden adquirir personalidad jurídica, esto es, “capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones”, y constituir un patrimonio independiente del de sus miembros, como es el caso del fideicomiso mercantil.

En definitiva, tanto las persona naturales como las jurídicas, sean estas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, y las entidades dotadas de personalidad jurídica, son capaces de comparecer a la constitución de un fideicomiso inmobiliario en calidad de constituyentes, fideicomitentes, fiduciantes o promotores, los cuales en su calidad de propietarios de un terreno, dinero, estudios técnicos u otros bienes desarrollarán un proyecto inmobiliario.

Finalmente hay que recordar, como ya se dijo anteriormente, que la costumbre contractual denomina constituyente **TRADENTE**, a la persona que transfiere la propiedad de un terreno al patrimonio del fideicomiso, y constituyente **PROMOTOR**, al

³¹ RECASENS SICHES, Luis. (1.979), “*INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO*”,(5ta. Ed.). Edit. Porrúa, México. Pág. 155.

que aporta dinero, planos arquitectónicos, y estudios técnicos del proyecto inmobiliario. Puede ocurrir que una o varias personas aporten el terreno, dinero los planos y los estudios técnicos del proyecto, en cuyo caso, generalmente se les denominará como Constituyente(s) Promotor(es) o simplemente como el(los) Constituyente(s).

2.1.2. Beneficiario.- Se lo conoce también como fideicomisario, y se entiende como tal a *“las personas naturales o jurídicas, privadas, públicas o mixtas, de derecho privado o público, nacionales o extranjeras o entidades dotas de personalidad jurídica, designadas como tales por el constituyente en el contrato”*³², en cuyo provecho, favor o interés se constituyó el fideicomiso mercantil.

El doctor Víctor Cevallos Vásquez, define al beneficiario como *“...el destinatario de la finalidad buscada o perseguida al momento de la celebración del contrato...”*³³.

En definitiva, beneficiario o fideicomisario, es la persona en cuyo provecho se constituye y desarrolla el fideicomiso mercantil, advirtiendo dos aspectos importantes : *el primero*, que el constituyente y beneficiario pueden ser la misma persona, esto es, que el fideicomiso se constituya en favor del propio constituyente, y de esta forma lo entendió nuestro legislador conforme lo establece el *artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores*³⁴; y, *el segundo aspecto es que el beneficiario al momento de la celebración del negocio, puede no existir.*³⁵

Cuando el beneficiario sea una persona distinta del constituyente, y aun más cuando no existiera al momento de la constitución del fideicomiso, o no se lo haya designado en el contrato, se podría afirmar que no es estrictamente parte en el negocio, pues no es necesaria su concurrencia al acuerdo de voluntades ligado a la formación del vínculo jurídico, sino que únicamente por convención adquiere derechos, pues la Ley no establece obligación alguna a su cargo. Sin perjuicio de lo anterior, el beneficiario puede considerarse parte del negocio jurídico, en aquellos casos en los cuales por el contrato de fideicomiso se establezcan derechos y obligaciones a cargo de éste, como lo

³² Ecuador, *Ley de Mercado de Valores*. Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Art. 116.

³³ CEVALLOS VASQUEZ, Víctor. (1.998). *“MERCADO DE VALORES Y CONTRATOS” Tomo II*. (Primera Edición), , Quito – Ecuador. Editorial Jurídica del Ecuador. Pág. 274.

³⁴ Ecuador, *Ley de Mercado de Valores*. Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006.

³⁵ Ecuador, *Ley de Mercado de Valores*. Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Art. 116, inciso primero.

serían, el percibir durante la vigencia del contrato rentas en determinados períodos y plazos, derivados de la administración de los bienes, o la “*obligación de cancelar parte de los honorarios del fiduciario*”³⁶.

Finalmente, si bien el artículo 116 de la Ley de Mercado de Valores, manifiesta que toda persona natural o jurídica o entidad con personalidad jurídica, podrán ser beneficiarios de un fideicomiso, NO PODRAN SERLO o existe prohibición expresa para que lo sea el fiduciario. Esta prohibición es lógica por demás, ya que al ser el fideicomiso un encargo de fe y de confianza, debe estar guiada por la transparencia e imparcialidad del fiduciario, la cual puede verse resquebrajada en el momento en el cual el fiduciario tenga intereses en el fideicomiso que administra. Esta prohibición como es lógico, se hizo extensiva a los “*administradores, representantes legales y empresas vinculadas al fiduciario*”³⁷. Es importante, explicar qué se entiende por empresas vinculadas, el artículo 191 de la Ley de Mercado de Valores vigente, define como empresas vinculadas al “*conjunto de entidades que, aunque jurídicamente independientes, presente vínculos de tal naturaleza en su propiedad (accionistas), administración (representas legales vicepresidentes y directores), responsabilidad crediticia o resultados que hagan presumir que la actuación económica y financiera está guiada por los intereses comunes, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorga o respecto de los valores que emitan*”³⁸.

En lo que al fideicomiso inmobiliario se refiere, el beneficiario del mismo, se rige bajo los conceptos y principios anteriormente explicados, no obstante, para ser un poco más explícito, podríamos decir que en el fideicomiso mercantil, el fideicomisario o beneficiario, son aquellas personas naturales, jurídicas o entidades dotadas de personalidad jurídica, que participan en los resultados de un proyecto inmobiliario, provenientes de la valorización del inmueble fideicomitado y de los recursos monetarios

³⁶ “*EL PAGO DE HONORARIOS Y GASTOS*”, es la única obligación que se impone al fideicomisario, en forma subsidiaria, puesto que el corresponde en primer término al fideicomitente o a sus causahabientes, consiste en pagar a la institución fiduciaria las compensaciones estipuladas a su favor. En forma también subsidiaria, el fideicomisario debe reembolsar los gastos que el fiduciario hubiere hecho en la administración del fideicomiso”. (Batiza, Rodolfo. 1980. *El Fideicomiso*. 4ª ed. México. Porrúa. Pág. 162)

³⁷ Ecuador, *Ley de Mercado de Valores*. Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Art. 116, inciso final.

³⁸ Ecuador, *Ley de Mercado de Valores*. Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Art. 191, inciso primero.

obtenidos en la venta de las unidades habitacionales o comerciales construidas en el proyecto, o de ellas mismas, en el caso de que no se hubieren vendido. Cabe la posibilidad de que al fideicomiso inmobiliario se adhieran otros constituyentes en calidad de adherentes, aportando bienes o recursos al patrimonio autónomo de un fideicomiso previamente constituido, los cuales adquirirán la calidad de beneficiarios adherentes del fideicomiso, en los resultados que le correspondan a prorrata de su aporte.

2.1.3. Fiduciario.- Es la persona que recibe en su cabeza la administración de los bienes fideicomitidos, y se convierte en el representante legal del patrimonio autónomo que es titular o propietario de los mismos, a fin de que con ellos cumpla el fin establecido por el constituyente en el acto constitutivo del fideicomiso.

Para el doctor Roberto González Torre, el fiduciario es *“el profesional, el comisionado de la confianza del constituyente que ejecutará los encargos instituidos y sustentados en un patrimonio separado en favor de los fideicomisarios”*³⁹.

Jorge Serrano Transviña define al fiduciario como *“una persona que tiene la titularidad de los bienes fideicomitidos y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso. El fiduciario lleva a efecto la realización o cumplimiento de los fines por medio del ejercicio obligatorio de los derechos que le haya transferido el constituyente”*⁴⁰.

De las anteriores definiciones se puede observar un principio fundamental, cual es el de la PROPIEDAD LIMITADA, esto es, que el fiduciario adquiere del constituyente en propiedad bienes o derechos, de cuales podrá disponer, únicamente en estricto cumplimiento a las instrucciones impartidas por el propio constituyente, y no pudiendo ir más allá de ellas.

³⁹ González Torre, Roberto. (1.996). *“EL FIDEICOMISO. EN EL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL DEL ECUADOR”*. (1^{ra}. Edición), Guayaquil-Ecuador. Edino. pág. 109.

⁴⁰ Serrano Traslaviña, Jorge. *“Aportación al Fideicomiso”* Santafé,. Pág. 165.

En nuestro país, según la Ley de Mercado de Valores podrán actuar en calidad de fiduciario, “*las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos y la Corporación Financiera Nacional*”⁴¹.

En el fideicomiso inmobiliario, el fiduciario desempeña el rol indicado anteriormente, ya que lo único que cambia es el objeto del fideicomiso (desarrollo de un proyecto inmobiliario), y el bien fideicomitado por lo general es un terreno. En tal virtud, el fiduciario recibe en propiedad el inmueble sobre el cual se va a construir el proyecto inmobiliario, a fin de que lo administre, y coordine su desarrollo en función de las instrucciones recibidas por los constituyentes, en los aspectos jurídicos, técnicos, comerciales, administrativos y financieros.

2.2. Adherentes al contrato de constitución del fideicomiso.

La Ley de Mercado de Valores, define al constituyente adherente, en su artículo 115 inciso 5to de la siguiente manera: “*Cuando un tercero distinto del constituyente se adhiere y acepta las disposiciones previstas en un contrato de fideicomiso mercantil se le denominará constituyente adherente. Cabe la adhesión en los contratos en los que se haya establecido esa posibilidad.*”⁴²

Una vez que el fideicomiso se ha constituido, cabe la posibilidad que se celebre un convenio de adhesión por medio del cual un tercero distinto del constituyente y del beneficiario, de manera libre y voluntaria, y con la aceptación de éstos dos, se adhiera a los términos, condiciones y beneficios del fideicomiso inmobiliario previamente constituido. Para que sea viable el convenio de adhesión, es necesario que tal posibilidad se la haya previsto en el contrato de fideicomiso. Dicho convenio de adhesión contiene principalmente los derechos y las obligaciones que adquieren los constituyentes y/o beneficiarios adherentes, y la forma en que deberán cumplir sus obligaciones y ejercer sus derechos. Dicho convenio de adhesión en el caso de fideicomisos inmobiliarios deberá celebrarse por escritura pública, el mismo que debidamente suscrito por el constituyente adherente y el fiduciario, y aceptado por el

⁴¹ Ecuador, *Ley de Mercado de Valores*. Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Art. 38 y art. 97.

⁴² Ecuador, *Ley de Mercado de Valores*. Codificación No. 2006-001. R.O-S 215, 22 febrero 2006. Art.115

constituyente y el beneficiario principal del fideicomiso, pasa a ser parte integrante del fideicomiso mercantil al cual se adhiere.

2.3. Otros sujetos que intervienen en el desarrollo de un fideicomiso mercantil inmobiliario.

2.3.1. Fiscalizador.- Es un ingeniero civil de preferencia, contratado por el fideicomiso, cuya función básica es la revisión de la calidad de la obra y cantidad de los materiales a ser utilizados en la construcción, , realizar las pruebas de resistencia del hormigón utilizado en la construcción, verificar que los acabados de la construcción estén conformes a lo determinado en el presupuesto del constructor del proyecto y que las especificaciones de la obra sean las mismas que constan en los planos aprobados. Finalmente, debe verificar que la planilla de gastos de la obra coincida con los costos de materiales y mano de obra utilizada en el proyecto, así como el control presupuestario mensual del proyecto en función del presupuesto de obra aprobado y el avance de la obra. Es indispensable que el fiscalizador sea designado por el fiduciario, ya que aquel será los ojos de éste en la obra, y le permitirá que el fiduciario lleve un control de gastos, control de bodega, y control de la calidad de construcción, a fin de evitar de esta forma perjuicio a los futuros compradores o sobrepagos en los costos de construcción o desperdicios de materiales e ineficiencia en la mano de obra, lo cual es muy común en el sistema de construcción tradicional. Precisamente, esta es una de las garantías que el fiduciario ofrece a los tradentes, adherentes y beneficiarios de un fideicomiso mercantil inmobiliario, el manejar con diligencia y transparencia los costos de la construcción del proyecto, objetivo que lo logra a través de un fiscalizador diligentes, profesional y con amplia experiencia.

2.3.2. Constructor y Planificador.- Es la persona natural o jurídica contratada por el fideicomiso, cuyo objeto es el diseño arquitectónico del proyecto y la ejecución de las obras de construcción. Si bien pueden ser diferentes profesionales, un ingeniero civil y un arquitecto, es importante que quien construya la obra la diseñe, ya que un diseño que tenga en cuenta ahorros en costos será el más óptimo en un mercado altamente competitivo como es el inmobiliario, por ello es recomendable que el diseño y construcción de un proyecto vayan de la mano en una misma empresa, la cual tendrá a

su cargo la realización de diseños, dirección técnica y administrativa de la obra, y todo aquello que fuere necesario para la total y correcta ejecución de la estructura y obra del proyecto así como de sus acabados, ciñéndose a los planos aprobados ante el organismo municipal competente.

2.3.3. Gerente del proyecto.- Es un administrador o ingeniero comercial, igualmente contratado por el fideicomiso, el cual tiene la función directa de administrar o gerenciar todos los aspectos relacionados con la ejecución del proyecto inmobiliario, esto es, los temas de diseño, aprobaciones, construcción, ventas, aprobación de créditos, cobranza, control presupuestario y financiero del negocio, seguimiento a temas legales, entre otros, es decir, el Gerente de Proyectos, como su nombre mismo lo indica, es quien GERENCIA y CONTROLA el negocio inmobiliario, en los aspectos financieros, contables, jurídicos, técnicos y comerciales del proyecto, es el sujeto que impulsa al fideicomiso a la consecución de los fines instruidos por el constituyente. De todos los actores que intervienen en el fideicomiso, es quien trabaja más de cerca con el Fiduciario.

2.3.4. Compradores.- Son las personas que adquieren las unidades inmobiliarias (vivienda, locales de comercio, consultorios, oficinas) construidas a través del fideicomiso, y con el pago de su dinero se restituirá los aportes en efectivo a los constituyentes así como se pagará créditos financieros, y los aporte no efectivos y remanente se transferirá a los constituyentes y beneficiarios designados en el fideicomiso

2.4. Bienes susceptibles de ser fideicomitados al patrimonio de un Fideicomiso Inmobiliario

El artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, expresa que los *“constituyentes o fideicomitentes transfieren de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles e inmuebles corporales e incorporales, que existen o se espera que existan a un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica”*⁴³.

⁴³ Ecuador, *Ley Mercado de Valores*. Codificación No 2006-001. RO-S 215: 22 febrero 2006. Art. 109.

2.4.1. Inmuebles.- El artículo 583 del Código Civil Ecuatoriano, reconoce que los bienes consisten en cosas corporales e incorporeales. Las cosas corporales son aquellas que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como un bien raíz o una mesa. Dentro de las cosas corporales encontramos a los *inmuebles*⁴⁴. Los inmuebles, fincas o bienes raíces, dice el artículo 586 del Código Civil ecuatoriano, “son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que se **adhieren permanentemente** a ellas, como los edificios y los árboles”. También se reputan inmuebles, aquellos que por su naturaleza no lo sean, pero que permanente están “*destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo que pueden separarse sin detrimento*”⁴⁵. Básicamente al fideicomiso mercantil inmobiliario, el constituyente transfiere la propiedad de un terreno, para que sobre la base del mismo se edifique un proyecto inmobiliario, previamente estructurado por los promotores del proyecto. Además pueden transferirse a un fideicomiso mercantil de carácter inmobiliario una edificación sin terminar, con la finalidad que se termine la obra del mismo. Suele ocurrir también que los proveedores de materiales que han sido ya utilizados en el proyecto, y que por tanto se encuentran adheridos al edificio construido, aportan sus materiales al patrimonio autónomo del fideicomiso, los cuales adquieren la calidad de aporte de inmuebles por adherencia.

2.4.2. Muebles: corporales e incorporeales.- Recapitulando la explicación del numeral anterior, reitero en que el artículo 583 del Código Civil, reconoce que los bienes consisten en cosas corporales e incorporeales. Dentro de las cosas corporales (tiene una existencia física, susceptible de ser percibida por los sentidos) encontramos a los muebles. El artículo 585 del Código Civil, define como muebles a las cosas “*que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismo, como los animales, sea que solo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas*”. Es común que al fideicomiso mercantil se aporten en muchas ocasiones, materiales de construcción, a fin de que dicho aporte se contabilice y genere a favor del aportante el derecho a participar de los resultados que arroje el proyecto inmobiliario. Por lo general, los grandes proveedores del proyecto aportan sus materiales al patrimonio autónomo a cambio de participar en los resultados del fideicomiso, ya que ven en el mismo una buena oportunidad de obtener una rentabilidad mayor, a la que si vendieren sus

⁴⁴ las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles. Ecuador, *Código Civil*, artículo 584.

⁴⁵ Ecuador, *Código Civil*. Art. 588.

materiales. La ventaja para el fideicomiso, es que los materiales dejan de ser un costo para el proyecto, y se convierte en un aporte (inversión a riesgo), es decir que el aportante adquiere los riesgos de éxito o fracaso en los resultados del fideicomiso.

Por otro lado, el promotor del proyecto aporta al momento de la constitución del patrimonio autónomo los planos, maquetas y estudios técnicos del mismo, a los cuales les da un valor, el mismo que se le asume como un bien mueble, y que le dé derecho al promotor a participar en los resultados del proyecto en proporción al valor que se le da a los planos, maquetas y estudios técnicos aportados. El principal bien mueble que aportan tanto los constituyentes así como los adherentes al fideicomiso, es dinero, el cual es entregado al fideicomiso representado por su fiduciario, para que haga control de caja y destine dichos recursos a la ejecución, inclusive a la compra de un terreno, cuando el fideicomiso se ha constituido sin aporte de terreno, es decir, solo existe uno o varios promotores que aportan dinero para comprar un terreno previamente negociado con su propietario. de la obra.

*“Existen también los bienes incorporales, los cuales consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas”*⁴⁶. Estos derechos pueden ser reales (los que tiene una persona sobre un bien determinado), o personales (los que tiene una persona sobre una determinada persona). En cuanto a los derechos personales, es común que el constructor de la obra aporte al patrimonio autónomo del fideicomiso, su derecho a recibir del fiduciario (con cargo al patrimonio autónomo del fideicomiso) el honorario devengado por su trabajo, con el objeto de participar a prorrata del valor de su honorario en los resultados del fideicomiso. Los aportes de materiales que hicieron los proveedores, y los aportes de derechos de cobrar honorarios (bienes incorporales) que llegare a hacer el constructor, o cualquier otro bien o derecho que aportare un tercero, deberán realizarse por medio de un convenio de adhesión y aceptación a las cláusulas del fideicomiso.

Para finalizar, como ya se mencionó anteriormente, la Ley de Mercado de Valores, prevé la posibilidad de que se pueda constituir un fideicomiso con bienes que se espera que existan, esto es con bienes futuros. Se entiende pues, por bienes futuros, aquellos que no existen en el presente, para nuestro caso, al momento de constituirse el

⁴⁶ Ecuador, *Código Civil*. Art. 583.

fideicomiso, como por ejemplo las unidades de vivienda a ser construidas durante el desarrollo del fideicomiso, pero que se espera que existan,

Un ejemplo de este tipo de aporte sería el honorario a percibir a futuro por uno de los intervinientes en el fideicomiso, y que expresa su deseo de aportar los honorarios a recibir en el futuro. En tal virtud, los bienes que se espera que existan pueden ser **comprometidos** en el contrato de fideicomiso mercantil, y serán contabilizados a efecto de incrementar el patrimonio autónomo, una vez que existan.

2.5. Patrimonio Autónomo del Fideicomiso Inmobiliario

Uno de los puntos más discutidos, entre los estudiosos del fideicomiso, es el que se refiere al concepto mismo de patrimonio del fideicomiso y quién es su titular.

2.5.1. Concepto.- Patrimonio no es más que el conjunto de bienes, derechos, acreencias, deudas y obligaciones de carácter económico, presentes y futuros, que pertenecen a una persona natural o jurídica.

Para Planiol, *“los bienes y las obligaciones contenidos en un patrimonio forman lo que se llama una universalidad de derecho. Esto significa que el patrimonio constituye una unidad abstracta distinta de los bienes y de las obligaciones que lo componen. Estos pueden cambiar, disminuir, desaparecer enteramente y no así el patrimonio que queda siempre el mismo, durante toda la vida de la persona”*⁴⁷.

Cómo podemos observar de estas definiciones, el patrimonio es un atributo de la persona, la cual puede poseer un solo patrimonio durante toda su vida, aun cuando éste se constituya solo de pasivos (deudas y obligaciones). No obstante, al constituirse un fideicomiso mercantil, el constituyente saca de su patrimonio un activo (bien mueble e inmueble, corporal o incorporeal) y lo transfiere en propiedad a otro *“patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica”*⁴⁸. Este patrimonio autónomo es independiente del patrimonio del constituyente, y por lo tanto no está afecto al derecho general de prenda que tienen los acreedores sobre el patrimonio del constituyente.

⁴⁷ GOMEZ DE LA TORRE DIEGO, (1998). *“El Fideicomiso Mercantil”*, (1ra. edición), Quito, pág. 45.

⁴⁸ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 109, inciso primero

Pero si el patrimonio es un atributo de la persona, sea natural o jurídica, cómo es posible que una entidad o una ficción jurídica como lo define nuestra Ley de Mercado de Valores, pueda poseer un patrimonio. Y específicamente, qué es, o qué significa patrimonio de un fideicomiso.

Algunas teorías pretenden explicar el origen o el significado del patrimonio del fideicomiso, y entre las principales tenemos las siguientes:

2.5.1.1. Teoría del patrimonio de afectación.- Pierre Lepaulle, en su obra, expone esta teoría y define al patrimonio de afectación como aquel patrimonio que carece de un titular, pero que se encuentran afectados a la obtención de una finalidad determinada en un contrato, y que goza de reconocimiento y garantías jurídicas especiales. Este patrimonio para Lepaulle, no puede ser afectado por las obligaciones del constituyente y del fiduciario, y por tanto es inembargable por los acreedores de éstos. Es básico, entender, que según esta teoría la transferencia que realiza el constituyente no la hace a favor del fiduciario sino a un patrimonio que goza de autonomía económica y jurídica, afecta a una finalidad específica dispuesta por el constituyente. El fiduciario solo actúa como medio o actor necesario para alcanzar las finalidades instituidas por el fiduciante. Por ello Lepaulle definió al fideicomiso como *“una afectación de bienes garantizados por la intervención de un sujeto de derecho que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación”*⁴⁹. La principal crítica que ha recibido esta teoría es que omite o más exactamente prescinde de un titular del patrimonio; a este respecto el autor Araujo Valdivia manifiesta *“sostener la inexistencia de un patrimonio sin titular, sería admitir el absurdo de que algo distinto a las personas realizará las finalidades jurídico-económicas de ese patrimonio cuya naturaleza reclamará el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden y como si pudiese concebirse que algo también distinto a la persona pudiese tener la facultad de rehacer o incrementar el conjunto de bienes que lo constituyan”*⁵⁰. El aporte más valioso de esta teoría es que estableció la existencia de un patrimonio libre de cualquier gravamen que no se puede afectar por obligaciones del

⁴⁹ Villagordo, José Manuel, *“Negocios Fiduciarios”* pág. 92

⁵⁰ Araujo Valdivia, Luis. (1965). *“DERECHO DE LAS COSAS Y DERECHO DE LAS SUCESIONES”*. Puebla-México. Edit. Cajica. , pág. 26.

constituyente y del fiduciario, y que éste debe responder por el destino que se den a los bienes que integran el patrimonio.

Finalmente el prestigioso abogado ecuatoriano Ramiro Borja Gallegos manifiesta que: *“La conformación de un patrimonio autónomo, patrimonio especial o patrimonio de afectación, implica que los bienes que entrega el fiduciante se aíslan del patrimonio de éste de forma tal que los acreedores, no pueden perseguirlos, embargarlos o solicitar su remate judicial para satisfacer sus deudas, es decir, para cobrarse con ellos sus acreencias, a menos que la deuda sea anterior a la constitución del mismo.”*⁵¹

2.5.1.2. Teoría del patrimonio separado.- Como lo vimos anteriormente el patrimonio es un atributo de la persona, así mismo en cuanto al fideicomiso se refiere, el fiduciario para los propugnadores de esta teoría es propietario pero de un patrimonio separado del resto de bienes propios del fiduciario. Este patrimonio separado para ser conceptualizado como tal, debe estar previsto en la Ley su existencia, debe operar una separación jurídica y económica de los bienes del fiduciario, y, debe responder por las deudas contraídas por el propio patrimonio.

Para el doctor Roberto González Torre, *“los patrimonios separados para ser considerados como tales deben presentar las siguientes características:*

- a) Deben estar legalmente previstos, de esta manera constituirán una excepción a la regla de que el patrimonio es prenda común de acreedores.*
- b) Jurídicamente, por efecto legal, tiene una separación del patrimonio general. En el caso particular del fideicomiso la separación es económica, además, jurídica.*
- c) El patrimonio separado solamente debe responder de las deudas contraídas en virtud del mismo.*

Es decir, esta teoría reconoce que las leyes crean patrimonios separados, como lo es el fideicomiso, que tiene un dueño o titular, y son independientes de otros patrimonios, separados y del patrimonio general del fiduciario.

⁵¹ Borja Cevallos, Ramiro. (1.995). *“La Fiducia o Fideicomiso Mercantil y La Titularización”* . Quito-Ecuador. Editorial Jurídica del Ecuador. Pág. 28

*La determinación de si el fiduciario es dueño o titular del patrimonio, varía de acuerdo con la opinión de los tratadistas; sin embargo, lo cierto es que a ese patrimonio se imputarán los créditos o patrimonios que le correspondan.*⁵²

2.5.1.3 Teoría del patrimonio autónomo.- Esta teoría defiende y reúne los conceptos de las dos teorías anteriormente definidas, propugnando la autonomía propia del fideicomiso, el cual tiene desempeña un rol jurídico, financiero, contable independiente del patrimonio del constituyente, del beneficiario y del fiduciario. No defiende que el patrimonio del fideicomiso sea parte de un patrimonio general pero que por mandato legal debe estar separado, sino que tiene total autonomía en su estructura, funcionamiento y consecución del fin establecido en el contrato que le dio origen. De esta tres teorías, el mensaje básico es que el fideicomiso constituye un patrimonio, con vida jurídica y económica propia, separado del patrimonio del constituyente y del fiduciario, afecto a cumplir con el mismo una finalidad determinada por el constituyente.

Bajo estos preceptos, el legislador ecuatoriano, en el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, definió al fideicomiso como un patrimonio autónomo (teoría de la autonomía del patrimonio), con el cual el fiduciario o representante legal, debe cumplir con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución (teoría del patrimonio de afectación). Por su parte el artículo 118 de la Ley de Mercado de Valores, recoge a la teoría del patrimonio separado, al decir que el patrimonio autónomo que se origina en virtud del contrato de fideicomiso mercantil es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y del beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario. Finalmente en cuanto a que el patrimonio de afectación es inembargable por los acreedores del constituyente y del fiduciario, el artículo 121 de la Ley de Mercado Valores, declara que los bienes que integran el fideicomiso mercantil no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente ni por los del beneficiario, y peor aún por los del fiduciario. Esta transparencia y seguridad, en el patrimonio del fideicomiso, es precisamente lo que hace que cada día se utilice más a esta figura jurídica, como una herramienta de inversión de capital y como un

⁵² González Torre, Roberto. (1.999). *EL FIDEICOMISO* (1ra Ed.) Guayaquil-Ecuador. Edino. Pág. 69, 70

mecanismo seguro para desarrollar proyectos de vivienda o comercios así como adquirir una unidad inmobiliaria.

Para el Dr. Roberto González Torre “*a diferencia de la teoría del patrimonio separado, esta tesis (teoría del patrimonio autónomo) defiende la autonomía propia del fideicomiso. No defiende que el fideicomiso sea parte de un patrimonio general, pero que por mandato legal debe estar separado, sino que tiene total autonomía.*

Del estudio de los autores que pretenden explicarla, se puede llegar a pensar que es una tesis similar a la que defiende el considerar al fideicomiso como patrimonio separado. La similitud se da, cuando los autores comienzan a referirse a los derechos que tiene el fiduciario sobre ese patrimonio, ya que algunos defienden el dominio fiduciario y otros la titularidad de derechos sobre el fideicomiso.

Se le critica a esta teoría el hecho de que no es posible admitir la existencia de patrimonios sin propietario alguno, a demás, destacados expositores como el Dr. Isaías Chávez Vela, sostienen que el hecho de que existan normas que cataloguen a los bienes fideicomitidos como no susceptibles de embargo, no quiere decir que no sean de propiedad del fiduciario, ya que igual efecto se ha previsto por el Código Civil cuando se refiere a los bienes inembargables del deudor. Agrega a demás, que si el fiduciario es el único que puede disponer de los bienes fideicomitidos, transfiriéndolos a favor de quienes haya dispuesto el constituyente, es por tanto innegable el efecto de su calidad de propietario de tales bienes.”⁵³

2.5.2. Titular del patrimonio autónomo.- En principio me referiré a la opinión de dos destacados exponentes respecto al tema de la titularidad del patrimonio autónomo del fideicomiso.

El primero es Navarro Martorell, el cual afirma que “*la propiedad fiduciaria no es una forma especial de propiedad sino una verdadera y plena, aunque con ciertas características peculiares que la hacen merecedora de una denominación peculiar. Sostiene que las limitaciones del fiduciario no recaen sobre el derecho real de dominio como tal, sino que recaen sobre el sujeto. Es decir, el fideicomitente en el contrato constitutivo del fideicomiso establece obligaciones que deben ser cumplidas por el*

⁵³ González Torre, Roberto. (1.999) . *EL FIDEICOMISO* (1ra.. Ed.). Guayaquil-Ecuador. Edino. Pág. 69, 71,72

*fiduciario so pena de responder por violación contractual. Por lo tanto, según Navarro Martorell, el fiduciario es un dueño que tiene cargas personales impuestas por el fideicomitente, más no limitaciones a su propiedad sobre los bienes fideicomitados.*⁵⁴

Joaquín Rodríguez, hace un análisis del fideicomiso, desde tres puntos de vista: “*negocio jurídico, como modalidad del derecho de propiedad y como operación bancaria. De acuerdo a su opinión, admite que en los negocios fiduciarios existe un aspecto real, traslativo de dominio que opera frente a terceros, y un aspecto interno de naturaleza obligatoria que restringe los alcances de la transferencia con efectos entre las partes.*

Entonces, como efecto del contrato, el fiduciario adquiere una titularidad del dominio pero limitada a realizar solo aquellos actos exigidos para el cumplimiento del fin para el cual fueron destinados.

*Para Rodríguez, el fiduciario es un dueño en función del fin que debe cumplir, por ello es un dueño temporal. La titularidad de dominio del fiduciario se da en lo jurídico pero no en lo económico es decir, el fiduciario es quien ejerce las facultades de dominio pero en provecho de otro. Los bienes fideicomitados, para Rodríguez vienen a constituir un patrimonio fin o patrimonio de afectación pero que cuenta con un titular*⁵⁵.

*“Por otro lado, existe la teoría del desdoblamiento de la propiedad. Los propugnadores de esta tesis, consideran que el dominio del patrimonio se divide en dos caras, la económica y la jurídica. Siendo la primera de ellas del beneficiario y la segunda del fiduciario; ambos matices del derecho real del dominio son coetáneos. La crítica que se hace a esta teoría se fundamenta en que la propiedad es absoluta, y la existencia de varias personas en el dominio de un bien solo se podría traducir en copropiedad de éstos en la que ellos tienen iguales derechos y prerrogativas, estando situados dentro de un mismo orden”.*⁵⁶

La derogada Ley de Mercado de Valores, incluida en el código de comercio ecuatoriano hasta 1998, recogía el criterio de titularidad del fiduciario sobre los bienes que integran el patrimonio autónomo, titularidad ésta afectada al cumplimiento de un fin ; basta

⁵⁴ González Torre, Roberto. (1.999) . *EL FIDEICOMISO* (1ra.. Ed.). Guayaquil-Ecuador. Edino. Pág. 75

⁵⁵ González Torre, Roberto. (1.999) . *EL FIDEICOMISO* (1ra.. Ed.). Guayaquil-Ecuador. Edino. Pág.76.

⁵⁶ González Torre, Roberto. (1.999) . *EL FIDEICOMISO* (1ra.. Ed.). Guayaquil-Ecuador. Edino. Pág. 77

recordar el texto de la derogada Ley, que decía: “*Se denomina fideicomiso mercantil al acto en virtud del cual una o más personas llamadas constituyentes transfieren dineros u otros bienes a otra llamada fiduciario, quien se obliga administrarlos por un plazo o para cumplir una finalidad específica*”⁵⁷. Como podemos ver, la transferencia se la hace al fiduciario y no a un patrimonio autónomo, con el objeto de que éste cumpla con la finalidad instruida por el constituyente. No obstante la actual Ley de Mercado de Valores, compagina al patrimonio autónomo con la teoría del patrimonio de afectación en cuanto tiene que ver con que el patrimonio carece de dueño ; y , define al patrimonio del fideicomiso como un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica, del cual el fiduciario es su representante legal, esto es, que el fiduciario ejercerá la personería jurídica y la representación legal del patrimonio autónomo, pudiendo intervenir a su nombre en todos los actos administrativos y judiciales en defensa del fideicomiso. En tal virtud, el fiduciario es titular del fideicomiso como sujeto procesal, pero no es titular de dominio de los bienes que componen el patrimonio autónomo, sino que es el propio patrimonio autónomo su titular. Es interesante la concepción de nuestra Ley de Mercado de Valores, la cual considera al fideicomiso como un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica, esto es capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, a través del fiduciario que es su representante legal (art. 109 de la Ley de Mercado de Valores) ha sido llevada a la práctica.

La PERSONALIDAD JURIDICA es un atributo especial, tanto a las personas jurídicas como de las PERSONAS NATURALES. Así por ejemplo, el artículo 16 del Convenio de Ratificación del Pacto Internacional de derechos económico, sociales y culturales, publicado en el Registro Oficial No. 101 de 24 de enero de 1.969, dice Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su PERSONALIDAD JURIDICA. De igual forma, el artículo 3 del Convenio Americano sobre derechos humanos suscritos por el gobierno del Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 801 de 6 de agosto de 1.984 expresa, que “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. “

⁵⁷ Ecuador, Reforma Código de Comercio. R.O. 199 de 28 de mayo de 1.993. Artículo innumerado primero.

En nuestra legislación no existe un concepto de personalidad jurídica, sin embargo en alrededor de 193 normas legales, entre leyes, resoluciones, reglamentos, convenios nacionales e internacionales se menciona a la personalidad jurídica.

Pero entonces, para saber qué es personalidad jurídica debemos acudir a los conceptos generales de derecho. De esta manera, si acudimos a cualquier diccionario jurídico, encontraremos claramente explicados los conceptos de PERSONA JURIDICA y de PERSONALIDAD JURIDICA. Así, se entiende por persona jurídica al *ENTE QUE NO SIENDO PERSONA NATURAL, ES SUSCEPTIBLE O TIENE CAPACIDAD DE CONTRAER DERECHOS Y OBLIGACIONES*, en tanto que se entiende por personalidad jurídica *A LA APTITUD LEGAL PARA SER SUJETO DE DERECHOS Y OBLIGACIONES*.

Guillermo Cabanellas explica en su obra *Diccionario de Derecho Usual*, que *la menor de edad, la demencia, la imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica*⁵⁸.

De las definiciones, podemos observar en primer término que mientras la persona jurídica es un ENTE UN SER, que puede adquirir derechos y obligaciones, la personalidad jurídica es la APTITUD que tienen tanto las personas naturales o jurídicas de contraer derechos u obligaciones, APTITUD ésta que puede ser restringida o irrespetada, e incluso llegó a ser inexistente.

Una persona natural puede carecer (antigua figura de la muerte civil) o restringir (interdictos o dementes) su personalidad jurídica, sin dejar de ser persona; así mismo una persona jurídica puede tener personalidad jurídica local, regional o internacional. Un ejemplo típico de este último caso, lo son las personas jurídicas que teniendo personalidad jurídica en un país, carecen o ven restringida su personalidad jurídica en un país extranjero, pero no por tal razón dejan de ser personas jurídicas, para ejemplificar aun más esta idea, mencionaré a continuación, el artículo 252 del Código de Derecho Internacional privado, publicado en el Registro Oficial No. S-1202 de 20 de agosto de 1.960, el cual textualmente dice “Las sociedades mercantiles debidamente constituidas en un Estado contratante disfrutarán de la misma personalidad jurídica en

⁵⁸ Cabanellas, Guillermo. (2.003). *Diccionarios Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI*. (28ª Ed.). Bs Aires Argentina. Heliasta. Pág. 229 ,

los demás estados, salvo las limitaciones de derechos territorial”. Finalmente pueden existir organizaciones que sin ser personas jurídicas, legalmente constituidas y autorizadas como tal por la autoridad competente, pueden adquirir por disposición legal o reglamentaria PERSONALIDAD JURIDICA, esto es, la APTITUD para contraer derechos y obligaciones, sin que esto implique que pasen a ser personas jurídicas, así por ejemplo, existen una serie de COMUNIDADES INDIGENAS que por acuerdo ministerial han adquirido PERSONALIDAD JURIDICA, así mismo, existen otros sociedades de hecho que carecen de PERSONALIDAD JURIDICA, aun cuando son sociedades, el ejemplo típico es el contemplado en el Resolución S.C. No. 12516, publicada en el Registro Oficial 533/ de 12 de julio de 1.983, en la cual se expresa que no podrán emitirse acciones de una compañía a favor de una sociedad conyugal, por carecer ésta de personería jurídica.

Por lo tanto, podemos colegir que el patrimonio autónomo ha adquirido según la actual Ley de Mercado de Valores, PERSONALIDAD JURIDICA, y como la propia Ley lo manifiesta es decir la capacidad de adquirir derechos y obligaciones a través del Fiduciario

Lo fundamental, es entender y saber que la PERSONALIDAD JURIDICA que adquirió el fideicomiso mercantil, lo hace por si mismo titular del derecho real sobre los bienes fideicomitidos, los cuales serán administrados a través de su representante legal, el fiduciario, quien tiene la “*personería jurídica*”⁵⁹ del fideicomiso esto es, la capacidad de ser su *sujeto procesal*.

2.5.3. Patrimonio autónomo inembargable y embargable.-

2.5.3.1. INEMBARGABLE.- Para analizar este punto, es necesario en primer lugar saber que el embargo es la aprehensión material y jurídica de una cosa del deudor, por decreto judicial y bajo cumplimiento de determinadas solemnidades, con el propósito de venderla en pública subasta, y con su producto pagar el crédito al acreedor. Por lo que a través del embargo se inmoviliza, se prohíbe y se impide la realización de la actividad o facultad de disponer libremente de los bienes. Esto se lleva a cabo por orden del juez, con lo que, los bienes embargados, pasan a órdenes de este funcionario. Para que

⁵⁹ Cabanellas, Guillermo. (2.003). *Diccionarios Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI.* (28ª Ed.). Bs Aires Argentina. Heliasta. Pág. 230

proceda el embargo de bienes, es necesario que exista una prueba de la existencia de los bienes a embargarse, y que haya petición de parte. No obstante, la Ley establece que existen ciertos bienes que no son susceptibles de ser embargados, y entre ellos tenemos los siguientes:

a. El Código Civil ecuatoriano, artículo 1634, ordinal 8o. establece: La cesión comprenderá los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables:

8o.- La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente.

b. Por otra parte, el artículo 121 de la Ley de Mercado de Valores, declara que *“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”*⁶⁰. Este principio recogido en la actual Ley de Mercado de Valores, no es nuevo, ya que preceptos similares, estaban contenidos, en la derogada Ley de Mercado de Valores, la cual en el segundo artículo innumerado, incorporado a continuación del artículo 409 del Código de Comercio, en su parte pertinente decía : *“...Sin embargo, el fideicomiso en su conjunto no será negociable ni embargable, y al término del plazo señalado o cumplida la condición, será entregado exclusivamente a el o los beneficiarios señalados en el título constitutivo del mismo o a sus sucesores de derecho”*⁶¹. Además el artículo 41, numeral 5o, del Reglamento General, de la derogada Ley de Mercado de Valores, disponía que *“el patrimonio constitutivo del fideicomiso es uno separado e independiente de aquel o aquellos del constituyente, fiduciario o beneficiario, y por lo tanto, no puede ser objeto de medidas o providencias preventivas ni embargo por deudas u obligaciones de aquellos, ni negociables por el fiduciario, salvo disposición en contrario del constituyente o en razón de la naturaleza o finalidad del fideicomiso”*⁶².

⁶⁰ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 121.

⁶¹ Ecuador, Reforma Código de Comercio. R.O. 199 de 28 de mayo de 1.993. Artículo innumerado segundo.

⁶² Ecuador. Reglamento General de la LMV, Suplemento del R.O. 262, de 26 Agosto 1.993.

Al referirse la Ley de Mercado de valores, a medidas precautelatorias o preventivas, comprende a la prohibición de enajenar, a la retención, al secuestro o celebrar otro acto que implique un gravamen. Esto es lo que se conoce como bienes inembargables.

2.5.3.2. EMBARGABLE.- Una vez que hemos visto, cuando el patrimonio autónomo no puede ser embargado, veamos cuando si puede ser embargado. El artículo 122 de la Ley de Mercado de valores, establece el principio de la GARANTIA GENERAL DE PRENDA DE LOS ACREEDORES DEL FIDEICOMISO MERCANTIL, por el cual los bienes transferidos al patrimonio autónomo respaldan todas las obligaciones contraídas por el fideicomiso mercantil para el cumplimiento de las finalidades establecidas por el constituyente y podrán, en consecuencia, ser embargados y objeto de medidas precautelatorias o preventiva por parte de los acreedores del fideicomiso mercantil. Por otro lado, los acreedores del beneficiario podrán perseguir los derechos y beneficios que a éste le corresponde en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso mercantil.

Los bancos o instituciones financieras que financian los proyectos inmobiliarios desarrollados a través de fideicomisos mercantiles, claramente realizan los desembolsos al fideicomiso, con la garantía del terreno y las obras en curso del proyecto, la cual mantienen con hipoteca abierta hasta el pago de la deuda. Generalmente el levantamiento por parte de los bancos o instituciones financieras se hace de manera parcial en función del avance de las ventas del proyecto.

2.5.4. Patrimonio autónomo inicial del proyecto.- Por lo general el patrimonio autónomo inicial del fideicomiso mercantil inmobiliario, está integrado por un terreno transferido por el constituye a favor del fiduciario, sobre la base del cual se proyecta construir y desarrollar el proyecto inmobiliario, propuesto por el promotor del fideicomiso. El fiduciario deberá entonces registrar contablemente como un activo del fideicomiso el terreno.

Puede ocurrir también, que se constituya un fideicomiso con un edificio que está en proceso de construcción, a fin de que el fiduciario lo integre a un patrimonio autónomo con el fin de terminar su construcción; en este caso, el fiduciario deberá registrar igualmente que el caso anterior, al terreno como activo del banco, así como sus obras en curso, previo avalúo realizado por un perito calificado. Un fideicomiso inmobiliario,

también suele constituirse con recursos monetarios, los cuales el fiduciario deberá destinarlos en función de las instrucciones dadas por los Constituyentes, es decir, o bien a la adquisición de un terreno, y/o a la construcción del proyecto inmobiliario.

2.5.5. Aportes y mejoras al patrimonio autónomo.- Una vez constituido el patrimonio autónomo de un fideicomiso inmobiliario, el mismo podrá incrementarse, por bienes o valores que resulten en el desarrollo del proyecto inmobiliario, o por posteriores aportes que realice el constituyente, o por aportes que hicieren terceros en calidad de constituyentes adherentes. De manera específica, cuando se transfiere un terreno a título de fideicomiso mercantil, y sobre la base del mismo se va construyendo un edificio o un conjunto habitacional, las unidades construidas se integran al patrimonio del fideicomiso, así mismo, cuando el fideicomiso ha sido constituido con el objeto de construir y vender, los recursos monetarios que resulten de la preventa y venta de las unidades construidas, incrementarán el patrimonio del fideicomiso.

Cuando el fideicomiso se constituye con un terreno, con el objeto de que el fiduciario acepte constituyentes adherentes al proyecto, y con los recursos de estos construya un proyecto, los aportes monetarios de éstos pasarán a integrar igualmente aportes que incrementaran los activos del y por tanto el patrimonio del fideicomiso.

Para concluir, todo aporte realizado por el constituyente o por terceros, en calidad de adherentes, sea de inmuebles, dinero, materiales de construcción, derechos, entre otros, integrarán los activos del patrimonio del fideicomiso.

2.5.6. Restricciones del patrimonio autónomo.- El patrimonio autónomo está sometido a las siguientes restricciones:

a. No podrán aportarse al mismo un bien, sin que previamente el constituyente hiciera una declaración juramentada, en el sentido de que los dineros o bienes a transferirse al patrimonio autónomo, han sido obtenidos legítimamente por el constituyente, esto es, que no provienen de ninguna actividad relacionada con el cultivo, elaboración, tráfico y almacenamiento de substancias psicotrópicas o estupefacientes o dinero producto de actividades ilícitas. Además, el constituyente deberá declarar bajo juramento que el fideicomiso mercantil que constituye no tiene causa u objeto ilícito y que no tiene intención de irrogar perjuicios a terceros. En el evento de que el contrato de fideicomiso

mercantil fuera otorgado por el constituyente en fraude de terceros, dice el artículo 123 de la Ley de Mercado de Valores vigente, “*podrá ser impugnado judicialmente por los interesados, mediante las correspondientes acciones de nulidad, simulación o cualquiera otra prevista en la Ley, según el caso; sin perjuicio de la acción y responsabilidad penal a que hubiere lugar*”⁶³.

b. El fiduciario, o sus representantes legales, sus administradores o sus empresas vinculadas, no podrán realizar aportes al patrimonio del fideicomiso que administran, así como no podrán ser beneficiarios de los resultados que se obtengan del mismo.

2.5.7. Proceso de liquidación del patrimonio autónomo del fideicomiso.- Al no ser posible cumplir el fin por el cual se constituyó un fideicomiso, esto es, la construcción del proyecto inmobiliario, se liquidará el patrimonio autónomo del fideicomiso en la forma que acuerden las partes. Generalmente este acuerdo se lo toma en la Junta del Fideicomiso, y no es otra cosa que la restitución y/o transferencia de los bienes a sus constituyentes. De no conseguirse un acuerdo, se debe establecer en el contrato, que cumplido el caso anterior (falta de acuerdo entre las partes), el patrimonio autónomo se liquidará mediante venta del terreno fideicomitado y los otros bienes que se hayan aportado al patrimonio autónomo o se hubieren obtenido en el desarrollo del fideicomiso, debiendo posteriormente distribuirse el producto de la venta de los bienes fideicomitados, entre los beneficiarios que consten a la fecha de la liquidación, a prorrata de su participación.

En los casos de terminación del contrato por cumplimiento del plazo y del objeto del contrato, es decir, por una exitosa construcción y desarrollo del proyecto inmobiliario, para la liquidación del patrimonio autónomo se observarán, sin ser taxativas, las siguientes reglas:

a. El FIDUCIARIO rendirá cuenta final de su gestión al Constituyente, a los Constituyentes adherentes de haberlos, y a los beneficiarios, a quienes deberá entregar un informe comprobado sobre el estado del patrimonio autónomo, debiendo presentar los balances finales y estados de situación, pérdidas y ganancias relativos al fideicomiso administrado, los cuales se considerarán aprobados si no son objetados, por lo general

⁶³ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 123.

hasta los treinta días siguientes al del envío de la referida documentación. Luego de vencidos esos treinta días, el Fiduciario deberá levantar una acta, la cual para todos los efectos legales, se tendrá como la liquidación final del patrimonio autónomo. El Fiduciario será civil y penalmente responsable de la rendición de cuentas del Fideicomiso administrado, así como por falsedades u otros actos dolosos en que pudiere haber incurrido.

b. Si el constituyente, adherentes o los beneficiarios no estuvieren de acuerdo con la rendición comprobada de cuentas del fideicomiso, con los términos de ejecución del contrato, o con la liquidación del mismo, podrán dejar las constancias que consideren necesarias y oportunas, las cuales se incorporan a la correspondiente acta de liquidación; pero tal circunstancia no impedirá que se realice la liquidación; y si las diferencias persisten, el interesado deberá recurrir a los tribunales de justicia que se hubiere pactado en el contrato, que por lo general son los tribunales de mediación y arbitrajes del País, y los procedimientos arbitrales establecidos en la Ley de arbitraje y Mediación vigente.

c. De los resultados obtenidos se deberá previamente cancelar todos los impuestos que como contribuyente debe pagar el fideicomiso.

d. Posteriormente, se deberán cancelar todas las obligaciones contraídas por el Fiduciario a nombre del Fideicomiso.

e. Una vez hechos los pagos anteriores, el remanente de los resultados se deberá distribuir entre los beneficiarios a prorrata de su participación en el patrimonio autónomo, conforme conste en los registros del Fiduciario.

f. La liquidación por lo general se la realiza por Junta de Fideicomiso suscrita por los constituyentes, beneficiarios y el fiduciario, en el cual se deja expresa constancia de su acuerdo de voluntades y conformidad a los términos de la liquidación. Una vez hecho lo anterior, se procederá a suscribir el documento de liquidación, restitución y/o transferencia de aportes, transferencia de resultados y terminación del fideicomiso por escritura pública. De existir bienes inmuebles que restituir o transferir, es mejor suscribir el acta de junta de liquidación, posteriormente la transferencia de bienes inmuebles a los constituyente y transferencia de resultados a los beneficiarios, y una vez

inscrita en el Registro de la Propiedad la restitución y/o transferencia de bienes a los constituyentes y beneficiarios, proceder con la suscripción de la escritura de terminación del fideicomiso.

2.5.8. La titularización del patrimonio de un fideicomiso inmobiliario

En nuestra legislación bursátil, se entiende por titularización, al “*proceso mediante el cual se emiten valores susceptibles de ser colocados y negociados libremente en el mercado bursátil, emitidos con cargo a un patrimonio autónomo*”⁶⁴.

La titularización es un mecanismo de transformación por el cual un activo improductivo se convierte en un título valor capaz de generar flujos de dinero a diversos plazos, los cuales generan ventajas tanto para el que los compra, como para el que los vende, así al comprador de los títulos le generarán una rentabilidad, mientras que el vendedor de los mismos podrá negociarlos libremente en el mercado de valores, y conseguir la liquidez que con el activo ilíquido difícilmente la conseguiría. Se entiende que el título es altamente líquido cuando el interés del mercado hace posible su negociación por lo menos una vez a la semana; medianamente líquido si se lo negocia cada siete días, y poco líquido si se lo transa máximo cada treinta días.

La titularización inmobiliaria por su parte, permite la comercialización de grandes bienes raíces. *Históricamente la primera titularización que se conoce en el mundo en el campo inmobiliario, se llevó a cabo durante el Imperio Romano en el siglo quinto antes de Cristo. Dicho títulos se llamaron vectigalios y consistían básicamente en el reparto individual a los dueños de los títulos de lo que el Imperio Romano recogía como impuestos en la Galia con el fin de poder recibir con anticipación los dineros de un bien que era prácticamente imposible de vender.*⁶⁵

Por lo antes referido la titularización es una figura muy antigua pero con pleno uso en la actualidad, para satisfacer diversas necesidades empresariales, esto es, las empresas ven con buenos ojos un mecanismo que les puede generar liquidez sin perder sus ventajas estratégicas, tanto a) societarias como de b) infraestructura, básicamente nos referimos a

⁶⁴ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 138.

⁶⁵ Díaz Ardilla, Gabriel. (1.998) . *TITULARIZACIÓN 2*. (2da. Ed.). Bogotá. Pág. 9

una emisión de obligaciones en el primer caso, y a una titularización inmobiliaria en el segundo. Y específicamente a la titularización inmobiliaria, nos referimos a un sistema legal que sirve para comerciar bienes inmuebles de empresas que por su tamaño y volumen son difíciles de comerciar, o peor aun se convierten en elefantes blancos que son necesarios conservar o mantener por su ubicación estratégica.

Dicho lo anterior se puede resumir que la titularización inmobiliaria consiste en transformar un inmueble en dinero. Los inmuebles siempre serán una inversión segura, pero tienen el problema de que pueden convertirse en activos improductivos para las empresas, y como se ha dicho por la necesidad de asegurar la posesión estratégica del inmueble, las empresas se ven obligadas a mantener una muy importante inversión en los mismos en lugar de destinarlo a capital de trabajo. Para esto precisamente sirve la titularización inmobiliaria, es decir, permite recuperar la liquidez que se tiene invertida en el inmueble, sin perder la posibilidad de beneficiarse del mismo, particularmente en el uso y explotación del bien.

En cuanto a la tenencia del inmueble, a través de la titularización tenemos a 3 actores diferentes, el fiduciario que a través del patrimonio autónomo de propósito exclusivo ejerce la propiedad del inmueble, el constituyente u originador que es la empresa que busca hacer líquida su inversión en bienes inmuebles, pero que a su vez será la usuario, o más bien quien se beneficie del uso del inmueble, y una tercera que se beneficiará de los réditos económicos que genere el inmueble a través del proceso de titularización, es decir los tenedores de los títulos. Por lo expuesto, el fideicomiso, a través de su representante legal (fiduciario), adquiere la propiedad del inmueble y por lo tanto el derecho real sobre el mismo, de modo que evita el conflicto que podría surgir entre los diferentes actores que intervienen en este proceso.

Cuando se emite títulos derivados de un proceso de titularización inmobiliaria, dichos títulos adquieren propiedades financieras, y la Ley de Mercado de Valores, los considera TITULOS VALORES, lo cuales podrán ser libremente negociados en el mercado de valores, con todos los beneficios que tal calidad les otorga. Con la titularización el inmueble ha sido dividido en pequeñas unidades, como se dice en el argot fiduciario la vaca ha sido convertida en libras de fácil comercio, lo cual permite

una fácil negociación del inmueble y su consecuente beneficio económico, al lograr el apalancamiento financiero, ya que ahora resulta posible levantar recursos para destinarlo a capital de trabajo, o incluso pagar con dichos títulos inmobiliarios ciertos gastos de la empresas. El inmueble para la empresa ha dejado de ser una escritura pública y se ha convertido en un papel bursátil, es decir, se ha monetizado.

Este proceso de titularización y sus ventajas no resultan todavía visibles en Ecuador, en razón de que el proceso de titularización inmobiliaria no logra despegar, sobre todo porque las tasas de interés de los bancos resultan atractivas para capital de trabajo de la empresas, ubicándose en menos del 10% anual, en tanto que a los inversionistas del mercado de valores buscan al menos una tasa de rendimiento del 8% y menos de ello ya no les sería interesante, en tal virtud, el proceso misterioso que aun implica una titularización inmobiliaria en el Ecuador, hace que esos potenciales 2 puntos de beneficio, no valgan la pena o no sean interesantes para intentar superar un proceso que hasta la fecha la propia autoridad no logra impulsar.

2.6. Objeto del contrato.- Por un lado se entiende por objeto del contrato, al bien mueble o inmueble fideicomitado que pasará a formar parte del patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil.

Por otro lado, el fin o la finalidad del contrato de fideicomiso mercantil, es aquel resultado que se persigue con la constitución y suscripción del mismo. Por lo expuesto objeto y finalidad del contrato de fideicomiso mercantil no son lo mismo, es decir no son equivalentes.

En el fideicomiso mercantil inmobiliario en términos generales tendrá principalmente por objeto un bien inmueble sobre el cual se desarrollará el proyecto inmobiliario, o también podrá tener como objeto el dinero necesario para comprar dicho bien inmueble, en tanto que, la finalidad del fideicomiso claramente definida en el contrato, será la de desarrollar un proyecto inmobiliario y generara a su liquidación y terminación utilidades a favor de sus beneficiarios.

2.7. Junta del fideicomiso.- La Junta del Fideicomiso es una figura muy usada contractualmente en los contratos de fideicomiso mercantil. Equivale a lo que en las compañías anónimas se llama Junta General de accionistas. En la práctica, es el órgano máximo del fideicomiso, y tiene por lo general a su cargo, las funciones que se le otorguen en el contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario, así como también la definición de procesos para la ejecución del objeto del contrato de fideicomiso, y finalmente normar todos aquellos aspectos que no hayan sido contemplados expresamente en el instrumento constitutivo del fideicomiso, siempre y cuando no contravenga a los fines del mismo. La Junta del Fideicomiso casi siempre se integra por el Constituyente que transfiere el terreno, por el constituyente promotor del proyecto inmobiliario, y de ser un tercero el beneficiario, este también puede ser designado miembro de la Junta, cada uno de sus integrantes tendrán derecho a voz y voto. A dicha Junta se sumará un representante de los Constituyentes Adherentes, en caso de que se produzca la participación de los mismos en el fideicomiso, quien tendrá derecho a voz y voto. La Junta la presidirá el fiduciario, salvo que en el contrato se pacte lo contrario, el mismo que tendrá derecho a veto. Cada representante a la Junta tendrá su respectivo suplente. La Junta se reúne por lo general, con la periodicidad que se determine en el contrato de fideicomiso, y previa convocatoria del Fiduciario. Pueden integrarán también la Junta con voz pero sin derecho a voto, el Gerente del Proyecto, el Constructor y el Fiscalizador de la obra.

La práctica contractual, asigna a la Junta del Fideicomiso, las siguientes funciones:

- a. Aprobar el presupuesto general del proyecto, presentado por el promotor del proyecto,
- b. Aprobar los precios, los ajustes y la valoración que fueren del caso, tanto del inmueble que conforma el patrimonio autónomo, como de las unidades habitacionales o comerciales resultantes del proyecto,
- c. Resolver acerca de la distribución de los resultados netos que se hubieren producido en el patrimonio autónomo, cuando aquello no se establezca en el contrato,

- d.** En muchos casos, se le asigna la facultad de designar a las personas naturales o jurídicas que actuarán como Gerente del Proyecto, Constructor, comercialización y Fiscalizador de la obra,
- e.** Aprobar el cronograma valorado de obra del proyecto
- f.** Aprobar la obtención de créditos con instituciones financieras, y sobre todo autorizar la constitución de gravámenes sobre los bienes de propiedad del fideicomiso mercantil,
- g.** Autorizar con el voto unánime de los miembros de la Junta, la transferencia de la administración y el patrimonio autónomo de un Fiduciario a otro, y,
- h.** Decidir sobre la liquidación y terminación del Fideicomiso.

CAPÍTULO 3: RÉGIMEN OBLIGACIONAL DE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL FIDEICOMISO INMOBILIARIO

3.1 Derechos y obligaciones del fiduciario.-

3.1.1. Derechos.- Para el doctor Roberto González Torre, “*en lo que respecta a los principales derechos comunes a todos los fiduciarios, tenemos los siguientes:*

- a. Derecho a exigirle al constituyente su remuneración.*
- b. Derecho a renunciar de su cargo si no es pagada su remuneración.*
- c. Derecho a exigir al constituyente el cumplimiento, de las gestiones que se hubiera reservado en el contrato”⁶⁶.*

Respecto al derecho de remuneración, que menciona el doctor Roberto González Torre, debo acotar lo siguiente:

- a.** El fiduciario debe exigir su remuneración en la forma, condiciones, y plazos previstos en el contrato constitutivo del fideicomiso, y con la prelación que en el propio contrato debe establecerse le corresponde.
- b.** Por lo general, el fiduciario tiene derecho a exigir su remuneración una vez que se hayan satisfecho las obligaciones que el fideicomiso haya adquirido con terceros en el desarrollo de su objetivo o fin para el cual fue constituido.
- c.** La remuneración que en la gran mayoría de los casos, cobra el fiduciario por su gestión en un fideicomiso inmobiliario, va desde el 1% hasta el 3% de los costos directos de construcción del proyecto inmobiliario. Más de ese honorario ya resultaría demasiado oneroso para un proyecto inmobiliario.
- d.** El fiduciario cobra su honorario, mensualmente, esto es, al firmar el contrato de fideicomiso se calculan los costos del proyecto, y el tiempo estimado que demorará la

⁶⁶ GONZALEZ TORRE, Roberto. (1.996). “*EL FIDEICOMISO. EN EL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL DEL ECUADOR*”, (1^{ra}. Ed.), Guayaquil-Ecuador, Edino. pág. 117 y 118.

construcción del mismo, y del costo del proyecto se calcula el porcentaje pactado como honorario, y el valor resultante se lo divide para el número de meses que demorará la obra.

e. La remuneración del fiduciario es uno de sus principales derechos, el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 132 de la Ley de Mercado de Valores, el cual textualmente dice: *“La actuación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos será siempre remunerada y constará en el contrato de fideicomiso mercantil”*⁶⁷.

El incumplimiento por parte del constituyente de pagar la remuneración al fiduciario es causal para que éste pueda *renunciar a su gestión*.⁶⁸ Este derecho del fiduciario, se encuentra consagrado en el artículo 131, literal b) de la Ley de Mercado de Valores.

El fiduciario tiene derecho a exigirle al constituyente todas las obligaciones que éste adquiere en el contrato de fideicomiso. Este es un derecho muy general, en cuanto a que todo depende de lo que se determine en cada caso y en cada contrato, como obligaciones del constituyente.

Entre los principales derechos que el fiduciario puede desempeñar, tenemos:

a. Derecho de ejercer actos de dominio.- Siendo el fiduciario el representante legal titular de los bienes que integran el patrimonio autónomo del fideicomiso, en ocasiones requiere suscribir contratos y ejercer actos de dominio respecto de dichos bienes, para poder cumplir los fines del fideicomiso.

b. Facultad de Gravar.- El fiduciario tiene la facultad de suscribir convenios para gravar los bienes que forman parte del patrimonio del fideicomiso, si al constituirse éste se estableció para el fiduciario tal facultad.

c. Facultad de transigir.- Para que el fiduciario este en aptitud de cumplir con lo fines para los que se constituyó el fideicomiso, es necesario que pueda, en caso de urgencia, contar con las facultades de transigir, comprometer en árbitros y desistir.

⁶⁷ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 132.

⁶⁸ *“estimamos que si no le son pagados al fiduciario sus honorarios, este puede renunciar al desempeño de su cargo...”* (Miguel Acosta Romero y Pablo Almazán Alaniz, “TRATADO TEORICO PRACTICO DE FIDEICOMISO”, Pág. 245,

d. Pleitos y cobranzas.- El fiduciario en calidad de representante legal del fideicomiso, y por tanto sujeto procesal del mismo, tiene la facultad para realizar todas las acciones que se deriven del desempeño de su cargo relacionadas con el patrimonio fideicomitado, puesto que de otra manera y al no defender tal patrimonio, en caso de conflicto, se faltaría al cumplimiento de su obligación de actuar con diligencia, esto es, como un buen padre de familia.

3.1.2. Obligaciones.- *Las principales obligaciones que la Ley de Mercado de Valores*⁶⁹, determina para las administradoras de fondos y fideicomisos, en su calidad de fiduciarios de un fideicomiso mercantil, son las siguientes:

a. Administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos en fideicomiso mercantil y los bienes administrados a través de encargo fiduciario, pudiendo celebrar todos los actos y contratos necesarios para la consecución de las finalidades instituidas por el constituyente.

b. Mantener el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario separado de su propio patrimonio y de los demás fideicomisos mercantiles y encargos fiduciarios que mantenga, llevando para el efecto una contabilidad independiente para cada uno de éstos.

c. Rendir cuentas de su gestión, al constituyente o al beneficiario, conforme a lo que prevea el contrato y con la periodicidad establecida en el mismo y, a falta de estipulación la rendición de cuentas se la realizará en forma trimestral. **d.** Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al contrato.

e. Terminar el contrato de fideicomiso mercantil o el encargo fiduciario, por el cumplimiento de las causales y efectos previstos en el contrato; y,

f. Informar a la Superintendencia de Compañías en la forma y periodicidad que mediante norma de carácter general determine el CNV.

⁶⁹ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 103.

No obstante, en el capítulo III del Título XIV y en el Título XV, de la Ley de Mercado de Valores, que trata del Las Administradoras de Fondos y Fideicomisos, se expresan otras obligaciones a las que está sujeto el Fiduciario, a saber las siguientes:

a. Irrenunciabilidad a la gestión encomendada.- Pudiera creerse que el artículo 131 de la Ley de Mercado de Valores, obliga prácticamente al fiduciario a permanecer atado al fideicomiso, al señalar que solo podrá renunciar a su gestión siempre que no cause perjuicios al constituyente, al beneficiario o a terceros vinculados con el fideicomiso mercantil, previa autorización de la Superintendencia de Compañías, y siempre que se cumplan las causales contenidas en el contrato constitutivo del fideicomiso. Y a falta de estipulación expresa, son causales para la renuncia del fiduciario la falta de pago de la remuneración que le corresponde por su gestión y, que el beneficiario no pueda o se niegue a recibir los que genere el fideicomiso.

b. Cumplir fielmente las instrucciones.- La obligación primordial del fiduciario consiste conforme a lo establecido en el artículo 109, inciso primero de la Ley de Mercado de valores, en cumplir con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución. A mayor abundamiento, el Título XXII de la Ley de Mercado de Valores, establece que la administradora de fondos y fideicomisos y sus administradores y representantes legales, responderán civil, penal y administrativamente por los daños y perjuicios que causen por la falta de cumplimiento de las normas establecidas en la referida Ley y, de las condiciones o términos señalados en el contrato de fideicomiso.

Solo en dos casos puede el fiduciario apartarse de las instrucciones dadas por el constituyente:

“b.1. Cuando los mecanismos de ejecución sean contrarios a derecho, ya porque violen la ley, o porque se conviertan en ilegales, por variación posterior de las normas jurídicas aplicables.

b.2. Cuando las instrucciones del fideicomitente se vuelvan manifiestamente inadecuadas o aún opuestas al cumplimiento del fin del fideicomiso.”⁷⁰

⁷⁰ Acosta Romero, Miguel. (1.997). “*TRATADO TEORICO PRACTICO DEL FIDEICOMISO*”.(2da. Ed.). México. Edit. Porrúa. Pág. 246

c. De las obligaciones de medio y no de resultado.- El fiduciario no garantiza con su actuación que los resultados y finalidades pretendidas por el constituyente efectivamente se cumplan. El fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, que es de *“medio y no de resultado; esto es, que su responsabilidad es actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan”*⁷¹.

d. Responsabilidad Tributaria.- El fideicomiso mercantil, tendrá la calidad de agente de retención y percepción respecto de los impuestos que al fideicomiso le corresponde retener y percibir en los términos de la legislación tributaria vigente en el Ecuador.

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

Para los efectos consiguientes, la responsabilidad del fiduciario en relación con el fideicomiso que administra como representante legal, *“se regirá por las normas del Código Tributario”*⁷².

e. Acciones Judiciales.- Del artículo 119 de la Ley de Mercado de Valores, podemos entender que una vez constituido el fideicomiso, al fiduciario le corresponde promover y defender acciones judiciales, respecto de los bienes dados en fideicomiso. Esto es, adquieren la calidad de sujeto procesal en representación del fideicomiso que administra.

f. De la rendición de cuentas.- Es deber del fiduciario, rendir *cuentas comprobadas*⁷³ de sus actuaciones, debiendo demostrar el cumplimiento de la labor encomendada y ejecutada, de acuerdo a lo previsto en el contrato de constitución del fideicomiso.

⁷¹ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 125 inciso 2do.

⁷² Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 135.

⁷³ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 129 *“rendición comprobada de cuentas, como aquella en la que el fiduciario debe justificar, argumentar y demostrar, con certeza, a través de los medios pertinentes, el cumplimiento de la labor encomendada en el contrato constitutivo y en la Ley”*.

g. Información a la Superintendencia de Compañías.- El fiduciario debe presentar a la Superintendencia de Compañías, la información contable y financiera del fideicomiso, y en general de todas las situaciones que afecten de manera importante el estado general del fideicomiso mercantil.

h. Finalmente existen dos obligaciones fundamentales del fiduciario, una se refiere a que el fiduciario debe conservar los bienes que integran el patrimonio autónomo en perfecto estado, siendo responsable por los daños que se ocasionen por su culpa y negligencia; y, otra, la que tiene relación con el secreto profesional de la gestión que realiza, esto es, no debe divulgar a terceros no interesados e involucrados, la información que tenga relación con los fideicomisos que administra.

De lo que hemos analizado hasta el momento, podemos señalar que el fiduciario está vinculado por los principios generales, en virtud de los cuales todo aquel que irroge un daño, está obligado a repararlo y que, en particular, la ley mercantil establece que responderá hasta la culpa leve en el cumplimiento de su gestión.

La conclusión sería perfectamente lógica por dos razones. En primer término, por que obedece a la aplicación de los principios generales sobre culpa; y en segundo lugar, porque este es el tratamiento que se establece, en lo fundamental, para todos los gestores de negocios ajenos, entendiendo la expresión en sentido amplio.

En lo fundamental, podría sostenerse que el fiduciario está íntimamente ligado por su obligación administrativa como gestor y, naturalmente, por la necesidad de poner toda su capacidad y esfuerzo a la obtención de la finalidad prevista en el acto constitutivo del fideicomiso.

Se ha admitido en el artículo 125 de la Ley de Mercado de valores, en concordancia con buena parte de la doctrina, que las obligaciones del fiduciario son de medio y no de resultado. *"Acogiendo el aporte doctrinario hecho por el jurista francés René Demogué sobre el particular, se ha considerado que en este caso y, en general, en la posición de buena parte de los gestores de intereses ajenos, la obligación se traduce en la realización de los mejores esfuerzos profesionales enderezados a obtener un resultado, pero sin que tal carga suponga, de manera alguna, el compromiso de obtenerlo. Y se ha ejemplificado el tema, con el caso de los médicos que al recomendar y asumir el*

compromiso de intervenir quirúrgicamente a un paciente, se comprometen a poner lo mejor de su experiencia, pero no pueden garantizar el resultado de la operación, o el de los abogados que al aceptar la representación judicial se obligan a hacer sus mejores y profesionales esfuerzos en la causa, sin poder garantizar al cliente el resultado favorable del juicio o litigio.

*Ahora bien, en los negocios fiduciarios, en general, hay obligaciones instrumentales y accesorias, que son claramente de resultado como son las de informar, rendir cuentas a los beneficiarios y constituyentes de un fideicomiso entre otros. Nadie concebiría allí, que la obligación asumida fue de medio”.*⁷⁴

Pero el problema es más importante y de fondo, ya no como obligaciones instrumentarias y accesorias, sino como principales y fundamentales, es decir, que el fiduciario asuma claros compromisos de resultado en numerosos casos.

*“Como es de todos conocido, la distinción entre obligaciones de medio de resultado adquiere relevancia práctica en términos de la carga probatoria que corresponde al acreedor y al deudor en caso de debate judicial. En nuestro caso, entendemos que mientras corresponde al fideicomitente o beneficiario de la relación demostrar el incumplimiento de los deberes de gestión por parte del fiduciario, cuya responsabilidad legal va hasta la culpa leve, es de cargo de éste acreditar el cumplimiento de sus obligaciones instrumentales en caso de debate judicial.”*⁷⁵

Es confuso que siendo la fiducia un negocio diseñado para lograr resultados, en el cual, el fiduciario debe estar dispuesto a realizar su mejor esfuerzo para alcanzarlo, éste no responda por la obtención del mismo, cuya búsqueda constituye la causa fundamental del negocio. La respuesta a esta confusión, puede estar, en que en muchos casos el fiduciario asume obligaciones de medio como, naturalmente puede y debe seguir ocurriendo en el caso de los fideicomisos de inversión, respecto de los cuales en los resultados el riesgo es del constituyente. Pero son numerosos los casos en los cuales existen obligaciones independientes y principales, derivadas de los negocios fiduciarios que son típicamente de resultado. Tal ocurre en numerosos ejemplos de la fiducia de

⁷⁴ VARÓN PALOMINO, Juan Carlos. (1.994). *“Portafolios de inversión”*, Edit. Asociación de Fiduciarias y Universidad de los Andes, .

⁷⁵ Asociación de Fiduciarias, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (1.994). *“Nociones Fundamentales de Fiducia”*. Santafé de Bogotá. Editorial ABC Limitada. Pág. 68.

administración, en la cual el constituyente transfiere recursos al fiduciario para que, a ciertos plazos o al cumplimiento de una determinada condición, proceda a hacer un pago. Cuando el constituyente, ha situado los fondos en poder del fiduciario y ha establecido, por ejemplo, que se haga un pago semestral a la universidad donde estudia su hijo, o se pague al contratista contra la presentación de una planilla de costos de la obra debidamente autorizada por el fiscalizador, ¿cómo podría decirse que tales finalidades no han podido obtenerse, a pesar del mejor esfuerzo hecho por el fiduciario, en esa dirección y que, por consiguiente, debe acudir ante un juez para probar que el fiduciario actuó negligentemente. Lo anterior naturalmente es un despropósito y resulta de haberse adoptado con criterio simplista un principio que podría ser orientador de buena parte de los negocios fiduciarios pero no de todos y que, por lo tanto no puede formularse como una regla absoluta. Y, especialmente, de haber convertido en regla general una institución concebida para evitar que en los negocios de fiducia de inversión, básicamente, las fiduciarias sean responsables de garantizar una tasa de rendimiento para el constituyente.

3.2. Renuncia y sustitución del fiduciario

3.2.1 Renuncia.- Cabe la renuncia del fiduciario siempre y cuando con su renuncia no irroque perjuicios al beneficiario principalmente, así como al constituyente o a terceros que se encuentren relacionados con el fideicomiso mercantil.

Del artículo 131 de la Ley de Mercado de Valores, se puede colegir que cabe la renuncia del fiduciario, siempre y cuando tal posibilidad se la haya establecido en el contrato constitutivo del fideicomiso, caso contrario el fiduciario está obligado a realizar su gestión hasta que el fideicomiso se termine. No obstante, el referido artículo, establece dos situaciones por las cuales cabe la renuncia del fiduciario, aun cuando dicha posibilidad no se la haya establecido en el contrato de constitución del fideicomiso, las cuales son 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.

El referido artículo 131, habla de que cuando la renuncia del fiduciario no se haya efectuado de mutuo acuerdo entre las partes, para que sea posible la renuncia del fiduciario, se requerirá la *“autorización previa del Superintendente de Compañías 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 el derecho a ellos o al fiduciario sustituto previsto en el contrato, al que designe el beneficiario o al que el Superintendente de Compañías designe, según el caso”*⁷⁶.

La definición del artículo 131, no deja explícito, quiénes son las partes que pueden acordar la renuncia del fiduciario, en todo caso, lo lógico sería que si el constituyente, el beneficiario y el fiduciario acuerdan la renuncia de éste último, no se requerirá la aprobación del Superintendente de Compañías, anteriormente determinada.

3.2.2. Sustitución.- Es la posibilidad de que el fiduciario por cualquier situación prevista en el contrato sea cambiado o sustituido por otra administradora de fondos y fideicomiso. Además de las causas contractuales, que pueden originar la sustitución del fiduciario, existe una causa legal, la misma que se encuentra contenida en el artículo 127, literal f), el cual dice que el fiduciario puede *“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 en sentencia ejecutoriada o laudo arbitral y, en el caso de disolución o liquidación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos”*⁷⁷.

*Finalmente, los bienes que conforman el fideicomiso mercantil deberán ser entregados físicamente al sustituto en los mismos términos determinados en el contrato de constitución*⁷⁸.

⁷⁶ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 131.

⁷⁷ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006.

⁷⁸ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 133.

3.3. Derechos y obligaciones del constituyente

3.3.1. Derechos.- Para analizar este tema, hay que diferenciar entre los derechos del constituyente reconocidos en la Ley, y aquellos derechos que generalmente son reconocidos en los contratos de fideicomiso con carácter inmobiliario. De esta manera, la Ley de Mercado de Valores vigente, reconoce entre los principales derechos del constituyente los siguientes:

a. *Que el fideicomiso mercantil puede constituirse en favor del propio constituyente, de manera que éste reciba los réditos obtenidos en cumplimiento de la gestión, los cuales les serán entregados al momento de la liquidación del fideicomiso.*⁷⁹

b. *La transferencia de bienes de propiedad del constituyente a título de fideicomiso mercantil está exenta de todo tipo de impuestos tasas y contribuciones que graven tanto a la transferencia como al tradente.*⁸⁰

c. *Cuando el fideicomiso mercantil se constituye en favor de un tercero llamado beneficiario, es generalmente potestad del constituyente, el designar a la persona o personas que serán beneficiarios del fideicomiso.*⁸¹

d. *A falta de estipulación en el contrato de quién será la persona que se beneficie del fideicomiso, se entenderá que el mismo se constituye en favor del propio constituyente.*⁸²

e. *Contractualmente el constituyente tiene la facultad de reservarse el derecho de ordenar que el fideicomiso se someta a auditoría externa.*⁸³ No obstante lo anterior, los fideicomisos inmobiliarios por resolución del Consejo Nacional de Valores determina que están obligados a someter sus estados financieros y balances a dictamen y revisión

⁷⁹ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 109.

⁸⁰ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 113, inciso primero.

⁸¹ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 116, inciso primero.

⁸² Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 116, inciso segundo.

⁸³ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 118 inciso final.

de auditoría externa. Así de manera específica lo determina el inciso segundo del artículo 21, de la sección 4ª, del Capítulo I, Título V de la Codificación de Resoluciones del CNV, que determina que los fideicomisos inmobiliarios que vendan unidades inmobiliarias a terceros deberán someterse a una firma auditora, al decir: “También deberán contar con auditoría externa de una auditora inscrita o no en el Registro de Mercado de Valores, aquellos negocios fiduciarios que reciban recursos de personas distintas a los constituyentes iniciales, tales como promitentes compradores” .

f. *El constituyente tiene la facultad o derecho de aprobar los reportes o rendición de cuentas sobre la gestión realizada por el fiduciario.*⁸⁴

g. *El constituyente tiene el derecho de no aceptar la renuncia del fiduciario en el evento de que dicha renuncia le ocasione perjuicios a aquel.*⁸⁵

h. El artículo 126 de la Ley de Mercado de Valores vigente, establece cuatro derechos básicos del constituyente, que son los siguientes:

- Los derechos que consten en el contrato,
- Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil,
- Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en la Ley,
- 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.

Para el doctor Víctor Cevallos Vásquez, son derechos del constituyente a más de los antes referidos los siguientes:

“a. Constituir el fideicomiso como una manifestación unilateral de la voluntad...”

⁸⁴ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 129 inciso segundo.

⁸⁵ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 131.

b. Extender las instrucciones al fiduciario en lo referente al desenvolvimiento del fideicomiso mercantil.

c. Determinar la condición o modalidad del fideicomiso.

d. A que sus acreedores no persigan sus créditos en los bienes integrados al fideicomiso, excepto en caso de constitución fraudulenta del fideicomiso.

e. Elevar quejas por el incumplimiento de las obligaciones del fiduciario ante la Superintendencia”⁸⁶ de Compañías o Consejo Nacional de Valores.

Por otra parte el doctor Diego Gómez de la Torre acota lo siguiente: son derechos del fideicomitente o constituyente, entre otros los siguientes:

“a. Señalar los fines del fideicomiso

b. Obtener la restitución de los bienes fideicomitados al extinguirse el fideicomiso”⁸⁷, cuando el mismo se haya constituido en su propio beneficio o provecho.

Como ya se indicó al principio de este tema, a más de los derechos del constituyente señalados en la Ley, existen otros contenidos que generalmente se incluyen en el contrato mismo, los cuales pueden ser de los más diversos, y que para el caso específico de fideicomisos inmobiliarios, son los siguientes:

a. Ostentar la calidad de Constituyentes que adquieren a la suscripción del contrato de constitución del Fideicomiso, el cual .le otorga todos los derechos y obligaciones contenidos en el contrato celebrado.

b. Exigir al Fiduciario que lleve una contabilidad independiente del fideicomiso.

c. Participar por su aporte al patrimonio autónomo, al momento de la liquidación, de los beneficios que genere el negocio.

⁸⁶ CEVALLOS VASQUEZ, Víctor; (1.998) “MERCADO DE VALORES Y CONTRATOS” Tomo II. Primera Edición. Quito-Ecuador. Editorial Jurídica del Ecuador. pág. 276.

⁸⁷ GOMEZ DE LA TORRE, Diego; (1.998) “EL FIDEICOMISO MERCANTIL” (1ra. Ed.), Quito-Ecuador. Editorial ALBAZUL. Pág. 53 y 54

d. Cuando un fideicomiso mercantil se constituye con el fin de construir un proyecto inmobiliario, el constituyente de ser el beneficiario del mismo, tiene derecho a participar de todo remanente que se obtuviera con ocasión del negocio fiduciario, deducidos los gastos y costos del Fideicomiso, entendiéndose por tal remanente, los recursos monetarios excedentarios o pasivos financieros con terceros, así como los activos tangibles, esto es, las unidades de vivienda no vendidas a la terminación del plazo de duración del fideicomiso.

e. Ser parte integrante del Comité o Junta del Fideicomiso, que en un proyecto inmobiliario es el órgano máximo que decide sobre los puntos más importantes relacionados con la construcción, desarrollo, enajenación de las unidades construidas y forma de liquidación del fideicomiso.

3.3.2.Obligaciones.- Si partimos del concepto de que constituyente es aquella persona natural o jurídica, o entidad con personalidad jurídica que transfiere uno o más bienes muebles e inmuebles, corporales o incorporeales, a un patrimonio autónomo para que con ellos el fiduciario cumpla una finalidad específica en beneficio del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario, podremos deducir de tal definición la siguiente obligación del constituyente, la cual por cierto es la principal:

a. Transferencia de bienes.- Transferir en propiedad fiduciaria los bienes con cargo a los cuales el fiduciario deberá cumplir una finalidad específica. En tal sentido, el constituyente en un Fideicomiso Inmobiliario de común es propietario del bien inmueble respecto al cual el fiduciario deberá desarrollar y enajenar un proyecto de vivienda, comercio u oficinas. Para el efecto deberá suscribir por escritura pública la transferencia del inmueble al fideicomiso inmobiliario.

Por la transferencia del bien al fideicomiso a título de fideicomiso mercantil, el constituyente se deshace de la tenencia y posesión del inmueble, pasando el patrimonio autónomo, que a través de su fiduciario, a ejerza el derecho real de dominio sobre el inmueble fideicomitado, pudiendo ejercer sobre el mismo todos los actos que en su calidad de propietario le corresponde, pero siempre dentro del objetivo o finalidad determinada en el contrato de fideicomiso. Para aclarar aun más este punto, quisiera citar la tesis de la **titularidad del fiduciario**, desarrollada por Navarro Martorell y Joaquín Rodríguez. *“Para Navarro Martorell la propiedad fiduciaria no es una forma*

*especial de propiedad sino una verdadera y plena, aunque con ciertas características peculiares que le hacen merecedora de una denominación peculiar. Sostiene, que las limitaciones del fiduciario no recaen sobre el derecho real de dominio como tal, sino que recaen sobre el sujeto. Es decir, el fideicomitente en el contrato constitutivo del fideicomiso establece obligaciones que deben ser cumplidas por el fiduciario so pena de responder por violación contractual. Por lo tanto, según Navarro Martorell, el fiduciario es un dueño que tiene cargas personales impuestas por el fideicomitente, más no limitaciones a su propiedad sobre los bienes fideicomitados. Joaquín Rodríguez, en su análisis del fideicomiso lo hace desde un triple punto de vista: como negocio jurídico, como modalidad del derecho de propiedad y como operación bancaria. De acuerdo a su opinión, admite que en los negocios fiduciarios existe un elemento real, traslativo de dominio que opera frente a terceros, y un aspecto interno de naturaleza obligatoria que restringe los alcances de la transferencia con efectos entre las partes. Entonces, como efecto del contrato el fiduciario adquiere una titularidad dominical limitada a realizar solo aquellos actos exigidos para el cumplimiento del fin para el cual fueron destinados. Para Rodríguez, el fiduciario es un dueño en función del fin que debe cumplir, por ello es un dueño temporal. La titularidad dominical del fiduciario se da en lo jurídico pero no en lo económico, es decir, el fiduciario es quien ejerce las facultades de dominio pero en provecho de otro”.*⁸⁸

b. Otra obligación importante del Constituyente, y que se deriva del artículo 120 numeral 1ro. literal b. de la Ley de Mercado de Valores vigente, es que en todo contrato de fideicomiso debe existir una “*declaración juramentada del Constituyente de que los dineros o bienes transferidos al fideicomiso tienen una procedencia legítima ; que el contrato no adolece de causa u objeto ilícito y, que no irroga perjuicios a acreedores del constituyente o a terceros.*”⁸⁹ Esta obligación va íntimamente ligada con aquella obligación que por lo general tienen todos los tradentes al enajenar a cualquier título un bien, y es que el mismo se encuentre libre de todo gravamen o limitación de dominio. “*En el evento de que el contrato de fideicomiso se haya otorgado en fraude de terceros por el Constituyente, o en acuerdo fraudulento entre éste con el fiduciario, podrá ser*

⁸⁸ GONZALEZ TORRE, Roberto (1.996) “*EL FIDEICOMISO, en el derecho Civil y Comercial del Ecuador*” (1ra. Ed.), Guayaquil-Ecuador. EDINO. , pág. 79 y 80

⁸⁹ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006.

*impugnado judicialmente por los interesados, mediante las correspondientes acciones de nulidad, simulación o cualquiera otra prevista en la Ley”.*⁹⁰

Por otra parte, el mismo artículo 120, numeral 1ro. literal d., de la Ley de Mercado de Valores, determina que en el contrato de fideicomiso se podrán establecer los derechos y las **obligaciones** a cargo del constituyente. Es común entonces, que en los contratos de fideicomiso se establezcan las siguientes obligaciones para el constituyente:

c. Pagar la remuneración al fiduciario, siempre que en el contrato no se haya establecido que dicha obligación será de responsabilidad de beneficiario.

d. Responder por las cargas tributarias y demás obligaciones adquiridas por el fideicomiso, en el evento de que los recursos existentes en el mismo sean insuficientes para cubrir los mismos. Esta obligación está ligada a que el Fiduciario haya actuado con diligencia y profesionalismo, y aun así el fideicomiso haya desfases de flujo para pago de impuestos al fisco.

e. Colaborar con el fiduciario para la consecución del fin del contrato, siempre que tal colaboración no implique transferencia de las obligaciones del fiduciario al constituyente.

3.4. Derechos y obligaciones del beneficiario.- El beneficiario o fideicomisario como también se lo conoce, es aquella persona natural o jurídica, o entidad dotada de personalidad jurídica, distinta al constituyente y al fiduciario, en cuyo favor se desarrolla un fideicomiso mercantil. Cuando el fideicomiso se desarrolla en favor del propio constituyente, éste adquiere los mismos derechos, obligaciones y ventajas del beneficiario, y se dice entonces que el fideicomiso se constituye en favor del propio constituyente.

3.4.1. Derechos:

Al beneficiario por ley, se le han reconocido los siguientes derechos, según consta del artículo 127 de la Ley de Mercado de Valores, vigente:

⁹⁰ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 123.

- a.** Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil.
- b.** Exigir al fiduciario la rendición de cuentas.
- c.** 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.
- d.** Impugnar los actos de disposición de bienes del fideicomiso mercantil realizados por el fiduciario en contra de las instrucciones y finalidades del fideicomiso mercantil.
- e.** 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.

No obstante, lo anteriormente citado, no es sino, tan solo los derechos generales que se les reconoce a los beneficiarios o fideicomisarios en todos o casi todos los fideicomisos; pero además de aquellos, existen los derechos individuales que se reconocen a los beneficiarios en cada tipo de fideicomiso, no en vano el literal a) del artículo 127 de la Ley de Mercado de Valores, determina que son derechos del beneficiario del fideicomiso mercantil los que consten en el contrato. En consecuencia, y al referirnos al fideicomiso mercantil inmobiliario, puedo manifestar que entre los principales derechos reconocidos a los beneficiarios están los siguientes:

- f.** Cuando el fideicomiso se constituye con el único fin de desarrollar un proyecto inmobiliario, una vez que éste sea concluido, el fideicomiso deberá transferir el o los bienes inmuebles construidos e integrados al patrimonio autónomo, al beneficiario. Este caso generalmente se da cuando el constituyente se incorpora al fideicomiso con el fin de construir su unidad de vivienda o de comercio.
- g.** Cuando el fin del fideicomiso ha sido el desarrollar un proyecto inmobiliario y vender las unidades construidas, sea de vivienda o de comercio u otros, los recursos monetarios producto de la venta, deberán ser entregados a los beneficiarios, una vez que se hayan cancelado las obligaciones adquiridas con terceros, durante y para el desarrollo del proyecto inmobiliario. Este es el caso común cuando el constituyente tradente y el

promotor, transfieren al fideicomiso el terreno, dinero y los estudios y planos a fin de construir y desarrollar un proyecto inmobiliario, y obtener réditos en la explotación y venta del mismo.

Para finalizar quiero desglosar otros derechos que a lo largo del Título XV de la Ley de Mercado de Valores, se reconocen al beneficiario:

h. Ostentar la calidad de beneficiario, y en consecuencia recibir los beneficios obtenidos en el desarrollo del fideicomiso. Este derecho esta recocado en la parte final del inciso primero del artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, vigente.

i. Que no se limiten sus derechos legales, según lo establece el artículo 120, numeral 3ro. literal b, de la Ley de Mercado de Valores.

j. *Previsiones con aspectos desfavorables para el beneficiario que aparezcan en forma ambigua, confusa o no evidente en el contrato de fideicomiso, y que como consecuencia se presenten discrepancias entre los efectos esperados o previsibles y los realmente obtenidos.*⁹¹

3.4.2. Obligaciones:

Por lo general cuando el beneficiario es el propio constituyente, no tiene más obligaciones que las que se le atribuyen en su calidad de constituyente ; sin embargo, cuando el beneficiario es un tercero distinto al constituyente, no se le atribuyen por lo general obligaciones, sobre todo si tomamos en cuenta que muchas veces se constituyen fideicomisos sin determinación del beneficiario, o en otras ocasiones el beneficiario es una persona que se espera que exista pero que al momento de la constitución del fideicomiso, no existe, o inclusive aun cuando existe, muchas veces el beneficiario no interviene en calidad de compareciente en el contrato de constitución del fideicomiso mercantil. Conforme lo anterior, es contundente la afirmación del doctor Víctor Cevallos Vásquez, quien señala que *“su carácter de beneficiario no contratante trae como resultado que éste sujeto no tenga obligación derivada del fideicomiso mercantil,*

⁹¹ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 120, numeral 3ro. literal d.

*no obstante vale la posibilidad de que el constituyente en el contrato hubiere estipulado alguna obligación asignable al beneficiario ”.*⁹²

Sin embargo, la Ley determina ciertas obligaciones a las que debe sujetarse el beneficiario:

a. *No apropiarse de los bienes que administre el fiduciario durante la administración del fideicomiso.*⁹³

b. *Aceptar y recibir beneficios derivados del contrato de fideicomiso, sin perjuicio de que ante su negativa el fiduciario pueda hacer la entrega por pago en consignación.*⁹⁴

c. Según lo establece el artículo 120, numeral 1ro., literal d., de la Ley de Mercado de Valores, en el contrato de fideicomiso se deberá establecer los derechos y las **obligaciones** a las que deba sujetarse entre otros el beneficiario. Si bien como ya lo dije anteriormente, por lo general en los fideicomisos no se establecen obligaciones para el beneficiario, puede que contractualmente, y dependiendo de la naturaleza del contrato puedan surgir obligaciones a su cargo; así por ejemplo se puede establecer que sea el beneficiario quien pague los honorarios del fiduciario, o sea el beneficiario quien pague los costos tributarios que genere el fideicomiso.

3.5. Cesión de derechos del constituyentes o beneficiario.-

Sea que el fideicomiso se desarrolle en beneficio del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario, el derecho a recibir valor del aporte así como el resultado que se obtengan a la terminación y liquidación del fideicomiso, es susceptible de ser cedido a terceros. Este derecho es el que se conoce como comúnmente como derecho

⁹² CEVALLOS VASQUEZ, Víctor (1.998); “*MERCADO DE VALORES Y CONTRATOS*” Tomo II. (1ra. Ed.). Quito – Ecuador. Editorial Jurídica del Ecuador. Pág. 282.

⁹³ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 105 numeral 2do. .

⁹⁴ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 131, literal a.

fiduciario o *derechos de beneficiario, del cual inclusive el constituyente o el beneficiario, según sea, tiene que llevar contabilidad en sus registros.*⁹⁵

El artículo 9 de la sección 4ª. que trata de las Disposiciones General, del capítulo I (Fideicomiso Mercantil), Título V (Negocios Fiduciarios) de la Codificación de Resoluciones del CNV, establece lo siguiente: **“Cesión de derechos.-** Únicamente los beneficiarios del negocio fiduciario pueden ceder sus derechos, siempre que no esté prohibido por la ley o por el contrato. La cesión de derechos deberá instrumentarse con las mismas solemnidades utilizadas en la constitución del negocio fiduciario. La cesión de derechos no implica sustitución en las obligaciones de las partes contratantes. Para tales efectos, se procede conforme a las normas de la novación establecidas en el Código Civil. La cesión de derechos no surtirá efectos contra la fiduciaria, ni contra terceros, sino desde la fecha de notificación a la fiduciaria o de la aceptación por parte de ésta, en la forma prevista en el Código Civil para la cesión ordinaria”.

Los constituyentes adherentes también podrán ceder sus derechos. Para que la cesión sea válida, en ambos casos, generalmente en el contrato de constitución del fideicomiso, se establece una cláusula de requerimientos para el cumplimiento de las siguientes formalidades para que opere la cesión:

- a. Que el cedente haya cumplido con todas las obligaciones que mantiene con el Fideicomiso;
- b. Comunicación dirigida al FIDUCIARIO, debidamente suscrita por el Cedente y el Cesionario en la cual conste la declaración de este último en el sentido de que conoce, acepta y se allana a todas las estipulaciones constantes en el presente fideicomiso y en el Convenio de Adhesión.
- c. Deberá constar en el documento de cesión el nombre del cesionario y su identificación.

⁹⁵ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 136 *“quien tenga derechos contractuales derivados de un contrato de fideicomiso, como constituyente, constituyente adherente o beneficiario los deberán contabilizar en sus libros en atención a que las transferencias de bienes efectuadas en fideicomiso mercantil se hacen en beneficio del propio constituyente o del beneficiario, según el caso. Tal registro contable es de responsabilidad exclusiva de los titulares de los derechos fiduciarios, los cuales tienen carácter esencialmente personal”.*

- d.** El cesionario deberá ser aceptado por todos los comparecientes al contrato de constitución de fideicomiso.
- e.** En caso que el fideicomiso sea inmobiliario las cesiones deberán registrarse en el registro de la propiedad.
- f.** Finalmente, El Fiduciario deberá registrar las cesiones de derechos que se realicen en el Fideicomiso.

CAPÍTULO 4: FORMALIDADES DEL FIDEICOMISO INMOBILIARIO

4.1. Duración del contrato

La duración de un contrato de fideicomiso, se puede establecer de diversas maneras.

Una forma puede ser, determinar su duración o vigencia de acuerdo a un plazo fijo, determinando para el efecto meses o años requeridos para el desarrollo de la finalidad del fideicomiso, pudiendo dicho plazo ser prorrogado de mutuo acuerdo entre las partes que comparecieron a la suscripción del contrato de constitución del fideicomiso. Por otro lado, puede determinarse la vigencia de un fideicomiso, estableciendo que el mismo durará hasta que se haga efectiva o se cumpla una condición, ya sea esta, suspensiva o resolutoria. Finalmente se puede establecer que el fideicomiso durará hasta que se cumpla la finalidad por la cual se lo constituye.

Un fideicomiso mercantil de carácter inmobiliario, por lo general se suele establecer que el tiempo de duración del mismo, será el necesario para desarrollar plenamente su finalidad u objetivo, esto es hasta la construcción total del proyecto o la venta de todo o parte del proyecto según sea. Pero en todo caso, es necesario determinar además un plazo máximo para el cumplimiento de la finalidad, plazo que se contará a partir de la suscripción del contrato. De esta forma podemos observar que puede en un fideicomiso establecerse de dos manera las duración del mismo, esto es, por un lado se determina que durará el tiempo necesario para desarrollar construir y liquidar el proyecto inmobiliario, sin que aquello exceda de un plazo máximo determinado en el contrato de constitución del fideicomiso mercantil.

Cualquiera sea la finalidad y tipo de fideicomiso mercantil, éste no podrá tener una duración que exceda el plazo máximo establecido en la Ley, esto es “80 años”⁹⁶, salvo las siguientes excepciones:

a. Si la condición resolutoria es la disolución de una persona jurídica; y,

⁹⁶ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006. Artículo 110, inciso tercero.

b. Si los fideicomisos son constituidos con fines culturales o de investigación, altruistas o filantrópicos.

4.2. Causas de terminación del fideicomiso del proyecto inmobiliario.

Cualquiera sea la modalidad de fideicomiso mercantil desarrollado, todos pueden terminar por cualquiera de las causales determinadas en el artículo 134 de la Ley de Mercado de Valores, que a saber son las siguientes :

a. El cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato, esto es, que el contrato se haya construido, comercializado y entregado exitosamente, en cuyo caso se procederá con la liquidación y terminación del fideicomiso.

b. El cumplimiento de las condiciones. Puede ocurrir que el proyecto inmobiliario se haya establecido condiciones para su terminación que no tengan relación con el desarrollo del proyecto inmobiliario, así por ejemplo, cuando se construye un fideicomiso para el desarrollo de un edificio de oficinas, y que las oficinas que recibirá el beneficiario a la terminación del proyecto, sea entregadas una vez que éste cumpla una determinada condición establecida por el constituyente antes de la entrega de las oficinas, así por ejemplo que el beneficiario se gradúe de abogado, o cumpla una determinada edad, o contraiga nupcias, en fin una serie de condiciones que se pueden establecer y que harán subsistir al fideicomiso hasta el cumplimiento de la condición establecida en el contrato.

c. El cumplimiento o la falla de la condición resolutoria. Muy común en los contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario, establecer que el hecho de no alcanzar el punto de equilibrio, sea causa para la terminación del fideicomiso, y restitución del aporte al constituyente tradente.

d. El cumplimiento del plazo contractual. Como se indicó anteriormente el cumplimiento del punto de equilibrio tiene un plazo para declararlo, en cuyo caso, llegado el plazo establecido sin que se haya declarado el punto de equilibrio, el fideicomiso terminará por cumplimiento de plazo y consecuentemente fallo de condición.

e. La imposibilidad absoluta de cumplir con la finalidad establecida en el acto constitutivo. Así por ejemplo, una vez constituido el fideicomiso mercantil inmobiliario, muchas veces por falta de previsión o experiencia del promotor, puede suceder que sobre el terreno pese una afectación municipal, que impida el desarrollo del proyecto. Siendo que no es nada raro, que existan terrenos que al constituirse el fideicomiso cuentan con un Informe de Regulación Urbana sin observación alguna y con un COS que permite el desarrollo del proyecto, además de un terreno sin gravámenes conforme el Certificado de Gravámenes, pero durante el desarrollo del proyecto se determina que por la mitad del inmueble existe una tubería matriz de agua potable de la empresa respectiva. En este caso generalmente existen retiros de hasta 10 metros a cada lado desde el eje de la tubería, lo cual en muchos casos imposibilitaría el diseño y construcción de un proyecto (generalmente edificios), lo cual pudo ser previsto si el promotor antes de la constitución de fideicomiso hubiera obtenido la factibilidad de servicios. En tal sentido dicha afectación implicaría la imposibilidad de desarrollar el proyecto, y por tanto sería causal para la terminación del fideicomiso.

f. La sentencia ejecutoriada dictada por autoridad judicial competente o 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.

h. La quiebra o disolución del fiduciario, siempre que no exista sustituto.

4.3. Ingresos y gastos a cargo del patrimonio autónomo.- Para determinar los gastos a cargo del patrimonio autónomo en un fideicomiso mercantil inmobiliario, previamente debemos saber el origen de sus ingresos. Así pues, el fideicomiso mercantil inmobiliario tiene generalmente los siguientes ingresos:

a. Aportes de Constituyente.- Independientemente del aporte de terreno, que generalmente se realiza en un fideicomiso mercantil, también es indispensable el aporte de dinero por parte de los constituyentes (incluidos los adherentes) para cubrir al menos un 34% de los costos del proyecto.

b. Recursos provenientes de las preventas.- Los dineros provenientes de las promesas de compraventas suscritas con terceros, también servirán para cubrir el otro 33% de los costos del proyecto. Este dinero estará disponible para su utilización en el proyecto una vez que se haya declarada punto de equilibrio, hasta tanto dicho dinero no podrá ser utilizado o destinado a para cubrir los costos de construcción del proyecto. Este dinero entregado por los promitentes compradores, debido a varios casos de perjuicios irrogados por constructores al público, siendo el más conocido el de Unión Constructora de Quito, los organismos de control han emitidos una serie de resoluciones y controles a los constructores, sean estos personas naturales o jurídicas, alcanzando dichos controles a los fideicomisos inmobiliarios, así por ejemplo, el oficio Circular No SC.INMV.DRMV.14.008, de fecha 5 de junio de 2014, se solicita a los Representantes legales de las compañías administradoras de fondos y fideicomisos que: *“..hasta que no se certifique el punto de equilibrio, con las variables que lo conforman, los recursos recibidos de los promitentes compradores, no podrán ser utilizados para el desarrollo del proyecto”* lo cual está en concordancia con lo establecido en el artículo 30, sección 3ª., Subtítulo III del Título II de la codificación de las Resoluciones expedidas por el CNV, en el inciso tercero del numeral 6.7. establece lo siguiente: *“Mientras no se certifique el punto de equilibrio, los recursos entregados por los promitentes compradores no podrán ser utilizados para el desarrollo del proyecto y deberán mantenerse invertidos en títulos valores que coticen en el mercado de valores o depositados en entidades del sector financiero con calificación de riesgo mínima de BBB, bajo los principios de rentabilidad, seguridad y liquidez...”*

c. Finalmente, y según establece el inciso segundo del numeral 6.7. del artículo 30, sección 3ª., Subtítulo III del Título II de la codificación de las Resoluciones expedidas por el CNV, se determina que “Las fuentes de financiamiento (del fideicomiso mercantil inmobiliario) podrán provenir ...de los créditos otorgados por instituciones del sistema financiero; del crédito otorgado por los proveedores de los bienes y servicios requeridos para la ejecución del proyecto; ... Para estos efectos, no se considerarán los aportes de conocimientos (Know how)”. Este financiamiento, final deberá cubrir el otro 33% del proyecto, para completar así las fuentes de financiamiento del 100% de los costos directos e indirectos de todo el proyecto inmobiliario; y *en caso de ser por etapas, que el financiamiento haya alcanzado el mismo porcentaje de dichos*

*costos por cada etapa*⁹⁷. Cabe aclarar que este porcentaje establecido de 34% para aportes, 33% para preventas y 33% para crédito puede variar en función de número de preventas existente al punto de equilibrio, en tal virtud mientras más altas sea el nivel de preventas del proyecto menos será el aporte del constituyente o el crédito bancario, en todo caso, los bancos y mutualistas generalmente no financian más allá del 33% del costo total del proyecto, por lo que la variación en preventas generalmente afecta el porcentaje de aporte del promotor.

Por lo expuesto anteriormente, una vez que se cuenta con los recursos financieros y bienes necesarios para el desarrollo del proyecto inmobiliario, los mismos que ingresarán al patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil inmobiliario, se debe destinar los mismos al cumplimiento de la finalidad establecida en el fideicomiso, esto es, al desarrollo del proyecto, para lo una vez determinada las fuentes de los ingresos, los usos o gastos que generalmente debe realizar el fiduciario son los siguientes:

- a.** Pago de honorarios del Fiduciario, siempre que en el contrato de constitución del fideicomiso, no sea imputable el pago al constituyente o al beneficiario.
- b.** Los gastos relacionados con la administración y construcción del proyecto inmobiliario, tales como honorarios de los profesionales contratados para el desarrollo de la obra, así como para el pago de materiales de construcción, acabados mano de obra utilizada, pago a proveedores y terceros que hubieren participado en el desarrollo del proyecto.
- c.** Los impuestos, tasas y contribuciones que está obligado el fideicomiso, en calidad de contribuyente.
- d.** Los gastos que deban cancelarse con ocasión del perfeccionamiento, desarrollo y liquidación del contrato de fideicomiso, como por ejemplo, los honorarios del notario y del señor Registrador de la Propiedad.
- e.** Los gastos en que haya de incurrirse para la defensa de los intereses del patrimonio autónomo cuando las circunstancias así lo exijan.

⁹⁷Ecuador. *Codificación de las Resoluciones expedidas por el CNV*. R.O-E1: 08 marzo 2007. Artículo 30, numeral 6.6., sección 3ª. capítulo I. Subtítulo III,

f. Otros que se requieran para el desarrollo, mantenimiento y liquidación del fideicomiso.

Los pagos y gastos que haga el fiduciario por los conceptos anteriormente referidos, u otros que sobrevinieran en el transcurso del proyecto, serán cubiertos hasta por el monto de recursos de que disponga el patrimonio autónomo del fideicomiso.

4.4. Liquidación del fideicomiso.

La liquidación de un fideicomiso, no es una figura reglamentada, más bien es una práctica contractual que establece la forma, el modo o el procedimiento que ha de seguir el fiduciario, previo a dar por terminado el fideicomiso mercantil.

En los fideicomisos mercantiles de carácter inmobiliario, generalmente se determina que previo a su terminación y cancelación del RUC, el fiduciario deberá liquidar cuentas, es decir cerrar ingresos y gastos, pagar acreencias y restituir aportes en efectivo y transferir otros aportes y resultados a los constituyentes y beneficiarios. Para esto, una vez que se haya cumplido cualquiera de las causales para la terminación del fideicomiso, determinadas en el contrato, el fiduciario deberá restituir y/o transferir los activos y pasivos (en caso de que el beneficiario los acepte) que integran el patrimonio, sean estos en dinero, bienes inmuebles construidos, u otros bienes muebles, corporales o incorporales así como los pasivos que existan en el patrimonio autónomo a favor de los beneficiarios que existan a la fecha de la liquidación, y a prorrata de su participación en el patrimonio autónomo, cumpliendo para el efecto los siguientes pasos :

a. El FIDUCIARIO rendirá cuenta final de su gestión a los Constituyentes (Tradente, Promotor, Adherentes y beneficiarios), y les informará sobre el estado del patrimonio autónomo, debiendo presentar los balances finales y, estado de pérdidas y ganancias relativos al Fideicomiso administrado debidamente auditados, los cuales se considerarán aprobados si no son objetados.

b. Posteriormente, el Fiduciario levantará un acta, la cual para todos los efectos legales, se tendrá como la liquidación final del patrimonio autónomo. El Fiduciario será civil y

penalmente responsable de la rendición de cuentas del Fideicomiso administrado, así como por falsedades u otros actos dolosos en que pudiere haber incurrido.

c. El Fiduciario certificará que todas las deudas, y obligaciones contraídas a nombre del Fideicomiso, se encuentran canceladas en su totalidad.

d. El remanente que se hubiere generado, después de cancelar todos los haberes del fideicomiso, se distribuirá entre los Beneficiarios que existan al momento de la liquidación, a prorrata de su participación en el patrimonio autónomo.

e. La liquidación se hará constar en un acta, que generalmente se adjunta como habilitante a la escritura pública de terminación del fideicomiso.

CAPÍTULO 5: RÉGIMEN TRIBUTARIO APLICABLE A UN FIDEICOMISO MERCANTIL.

5.1. Régimen impositivo fiscal

El Derecho Tributario es aquel, que regula el nacimiento, aplicación, modificación y extinción de los tributos y las relaciones entre la administración tributaria y los contribuyentes, relación de la cual surge como efecto ineludible una **obligación tributaria**.

Se conoce como **obligación tributaria**, a aquel vínculo jurídico personal, existente entre el Estado o las entidades acreedoras de tributos y los contribuyentes o responsables de aquellos, en virtud del cual debe satisfacerse una prestación en dinero, especies o servicios apreciables en dinero, al verificarse el **hecho generador** previsto en la Ley.

Por **hecho generador** entendemos al presupuesto establecido por la Ley para configurar cada tributo.

De lo anterior, podemos concluir entre otras cosas, que en la relación tributaria existen dos partes, la una integrada por la administración tributaria la cual se constituye en el sujeto activo, y los contribuyentes que se constituyen en los sujetos pasivos de la obligación tributaria. El **sujeto activo**, es el ente acreedor del tributo, y está integrado por: *la administración tributaria Central (Gobierno Nacional), la administración tributaria Seccional (Municipalidades y Prefecturas), y la administración tributaria de excepción.* El **sujeto pasivo**, es la persona natural o jurídica que según la Ley, está obligada al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea como contribuyente o como responsable; se considera además sujeto pasivo a la Herencia yacentes, a la comunidad de bienes y *a las entidades que conforman un patrimonio independiente del de sus miembros.* Los sujetos pasivos se clasifican en **contribuyentes y responsables**. **Los contribuyentes** son las personas naturales o jurídicas, los entes colectivos reconocidos Leyes y las entidades que forman una unidad económica independiente con patrimonio propio y autonomía funcional, a quienes la Ley impone la obligación de la prestación tributaria por la verificación del hecho generador. **Responsables** son aquellas

personas que sin tener el carácter de contribuyente deben, por disposición expresa de la Ley, cumplir con las obligaciones atribuidas a este. Toda obligación tributaria es solidaria entre el contribuyente y el responsable, quedando a salvo el derecho de éste de repetir lo pagado en contra del contribuyente. Los responsables pueden ser: Por **representación**, como **adquirentes o sucesores, agentes de retención y agentes de percepción**.

Se conoce como **tributo** a las prestaciones obligatorias establecidas en virtud de una Ley, que se satisfacen generalmente en dinero, y que el Estado u otros sujetos activos exigen, sobre la base de la capacidad contributiva de los sujetos pasivos, para poder cumplir sus finalidades específicas u otros propósitos de política económica. Los tributos se clasifican en: Impuestos, tasas y contribuciones.

a. Impuestos: Son prestaciones en dinero o en especie que el Estado exige al contribuyente, cuyo hecho generador no está constituido por la prestación de un servicio público; Ejm. impuesto a la renta.

b. Tasas: Son tributos vinculados, es decir que el hecho generador está constituido por un servicio público. Existe relación entre la prestación del servicio público y el pago de una tarifa.

c. Contribuciones: Son aquellos tributos cuya obligación tiene como hecho generador el beneficio que los particulares obtienen como consecuencia de la ejecución de una obra pública.

Dentro del campo específico del análisis del fideicomiso mercantil, como sujeto pasivo de impuestos, el artículo 24 del Código Tributario , considera como sujeto pasivo de tributos a las: “*entidades que carentes de personalidad jurídica constituyen una unidad económica o un patrimonio independiente del de sus miembros, susceptible de imposición, siempre que así se establezca en la ley tributaria respectiva.* En tal virtud, se asimila al fideicomiso como una unidad económica independiente del de sus miembros, ya que ello no solo se da en la práctica, al ser el fideicomiso un patrimonio autónomo independiente del patrimonio del constituyente, del fiduciario y del beneficiario, llevando para el efecto el fiduciario una contabilidad separada del mismo, sino que la Ley lo reconoce como tal al afirmar en el artículo 119 de la Ley de Mercado

de Valores, que por el contrato de fideicomiso mercantil se constituye un patrimonio autónomo, independiente, **dotado de personalidad jurídica**, representado por un sociedad administradora de fondos y fideicomisos que es su fiduciaria.

Como efecto de la calificación del fideicomiso mercantil como sujeto pasivo de impuestos, al Fiduciario le corresponde en ejercicio de su administración, cumplir con las siguientes obligaciones:

- a. Obtener RUC,
- b. Llevar contabilidad,
- c. Cumplir con las disposiciones legales, reglamentarias, ordenanzas y más normas emanadas de la respectiva autoridad administrativa tributaria,
- d. Cumplir con el pago de los tributos como contribuyente y responsable, conforme a lo explicado en este numeral,
- e. Presentar balances al órgano de control,
- f. Presentar las declaraciones de impuestos,
- g. Realizar el pago efectivo de impuestos.

Haciendo un análisis particular, respecto a los tributos que debe pagar un fideicomiso mercantil, debemos decir que al ser el fideicomiso una entidad o unidad económica o patrimonio independiente de los de sus miembros, el primero de los tributos del cual es contribuyente es el impuesto a la renta. Entendemos por impuesto a la renta aquel que recae sobre la *renta* que obtengan las personas naturales, las sucesiones indivisas y las sociedades nacionales o extranjeras. Por otro lado se entiende por **renta** a:

- a. Los *ingresos* obtenidos *de fuente ecuatoriana* obtenidos a título gratuito u oneroso, bien sea que provenga del trabajo, del capital o de ambas fuentes consistentes en dinero, especie o servicios; y,
- b. Los ingresos obtenidos en el exterior por personas naturales ecuatorianas domiciliadas en el Ecuador o por sociedades nacionales.

Por **ingreso de fuente ecuatoriana** se entiende a:

a. Los que perciban los ecuatorianos y extranjeros por actividades laborales, profesionales, comerciales, industriales, agropecuarias, minerales, de servicios y otras de carácter económico realizadas en territorio ecuatoriano, salvo los percibidos por personas naturales no residentes en el país por servicios ocasionales prestados en el Ecuador,

b. Los que perciban los ecuatorianos y extranjeros por actividades desarrolladas en el exterior provenientes de personas naturales o sociedades nacionales o extranjeras,

c. Las utilidades provenientes de la enajenación de bienes muebles e inmuebles ubicados en el país,

d. Los beneficios o regalías de cualquier naturaleza, provenientes de los derechos de autor,

e. Las utilidades que distribuyan, paguen o acrediten sociedades constituidas o establecidas en el país.

f. Los provenientes de exportaciones realizadas por personas naturales o sucesiones nacionales o extranjeras, con domicilio o establecimiento permanente en el Ecuador, sea que se efectúen directamente o mediante agentes especiales, comisionistas, sucursales, filiales o representantes de cualquier naturaleza,

g. Los intereses y demás rendimientos financieros pagados o acreditados por personas naturales nacionales o extranjeras, residentes en el Ecuador; o por sociedades nacionales o extranjeras, con domicilio en el Ecuador o por entidades u organismos del sector público,

h. Los provenientes de loterías, rifas, apuestas y similares; y,

i. Los provenientes de herencias, legados y donaciones de bienes situados en el Ecuador.

Las tarifas del impuesto a la renta son variadas, y van desde 8 hasta el 35 por ciento para las personas naturales, para las sociedades existe un impuesto de 22 por ciento.

*Es importante anotar, que respecto al pago del anticipo del impuesto a la renta de los fideicomisos mercantiles de carácter inmobiliario, éstos deberán realizarlo a partir del quinto año del inicio de operación, que para efectos de los fideicomisos inmobiliarios se entenderá como inicio de operación, el cumplimiento del punto de equilibrio del proyecto o de cualquiera de sus etapas.*⁹⁸

Por otro lado, con respecto al pago del impuesto al valor agregado (IVA), dependiendo del tipo de contrato de fideicomiso mercantil, esto es, por administración o precio fijo, el tratamiento de este impuesto cobra un rol vital durante la administración del fideicomiso.

a. En los fideicomisos por administración o al costo, son los más complejos de administrar respecto a este tipo de impuesto, ya que las facturas de materiales de construcción, acabados, manos de obra y de todos los proveedores de servicios, saldrán a nombre del fideicomiso, debiendo por tal motivo, el fiduciario llevar una contabilidad a detalle de las obras en curso del proyecto inmobiliario, esto es especificado cada rubro adquirido o servicio recibido, y realizar su labor de agente de retención del IVA que se cause en la compra de materiales o por la prestación de servicios que reciba. En este tipo de fideicomisos por tanto, la tarea operativa y el personal que el fiduciario destine a esta labor, incrementa generalmente el honorario que percibe el fiduciario por su gestión. Para el cumplimiento de su gestión, el fiduciario exigirá al constructor que entregue mensualmente la planilla aprobada por fiscalización, en la que conste además del detalle de los gastos incurridos, se adjunte los originales de las facturas a nombre del fideicomiso mercantil y con el RUC de éste.

b. Por otra parte, en los fideicomisos a precio fijo, la tarea del fiduciario se facilita enormemente, ya que las facturas de los materiales de construcción, acabados, manos de obras y profesionales que participan en la construcción de la obra ya no saldrán a nombre del fideicomiso, sino que el constructor en función del contrato a precio fijo contratado, presentara un informe mensual de avance de obra, y una factura del costo total a restituir, la cual deberá estar a nombre del fideicomiso, al cual se adjuntará como respaldo, únicamente fotocopia de las facturas a nombre del constructor. Este informe y factura igualmente deberá ser aprobado por el fiscalizador, pero ya no en función del

⁹⁸ Ecuador. *Ley de Régimen Tributario Interno*, Cod. 2004-026. R.O-S 463: 17 noviembre 2004. Artículo 42.1. inciso final.

costo del avance de obra, sino solo en función del porcentaje de avance de obra efectivo. En este tipo de contrato, el fideicomiso a través de su fiduciario, solo suscribirá cierto tipo de contratos de servicios con el Constructor, Gerente de Proyectos, Comercialización y Fiscalización, con los cuales hará la respectiva retención del IVA, pero sin ser mayor gestión operativa.

5.2. Régimen impositivo municipal

Además del impuesto a la renta y del IVA al que está sujeto el fideicomiso mercantil, como contribuyente y como responsable respectivamente, tenemos otros **impuestos de tipo municipal**, que a saber son los siguientes:

a. Impuestos que gravan las transferencia de dominio de inmuebles

a.1. Alcabalas y adicionales

a.2. Registro

a.3. Plusvalía

b. Impuestos que gravan a los bienes inmuebles

b.1. Prediales

b.2. Predios rurales

c. Impuestos que gravan a las actividades económicas

c.1. Patente Municipal

c.2. El 1.5 por mil sobre los activos totales

Respecto a los impuestos que gravan las transferencia de dominio, el fideicomiso mercantil, está exento siempre y cuando se cumplan los presupuestos determinados en el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores, vigente, el cual textualmente dice: *“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 los 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”⁹⁹.*

Aplicando la norma anteriormente citada al caso específico del fideicomiso mercantil, es importante anotar que cuando el constituyente tradente enajena a título de fiducia mercantil un terreno al fideicomiso, sobre la base del cual se desarrollará un proyecto inmobiliario, esta transferencia está exenta del pago de los impuestos municipales a las transferencias de dominio. Si durante el desarrollo del proyecto, se presentan circunstancias contractuales u originadas en hechos fortuitos o fuerza mayor, que imposibilitan la construcción de proyecto, la restitución del inmueble al constituyente tradente goza también de dicha exención; pero si el proyecto inmobiliario concluye con éxito la transferencia de las unidades construidas favor de los beneficiarios o de terceros (compradores de las unidades inmobiliarias) no goza de exención alguno y debe por tanto, pagar los impuestos municipales a las transferencias de dominio.

⁹⁹ Ecuador. *Ley de Mercado de Valores*, Codificación No. 2006-001. R.O-S 215: 22 febrero 2006.

Respecto al impuesto a la utilidad, en los fideicomiso mercantiles de carácter inmobiliario, cuando sobre un terreno se ha desarrollado varias unidades inmobiliarias, una vez, declarado en propiedad horizontal, estas unidades que se reputan nuevas, su primera venta pagará por concepto de utilidad una tasa del 4%, y las futuras ventas de la misma unidad pagará el 10% sobre la utilidad. Para el pago de este impuesto será responsabilidad del fiduciario determinar en la hoja de transferencia de dominio, los costos del terreno y de la obra, a fin de que la autoridad municipal pueda calcular la base imponible para el cobro del impuesto.

Es importante acotar que este impuesto a la utilidad que se paga a los municipios constituye crédito tributario, esto es *el impuesto que se hubiera pagado a los municipios en concepto de impuesto a la utilidad en la compraventa de bienes urbanos, será considerado crédito tributario para determinar el impuesto (a la renta). El crédito tributario así considerado no será mayor, bajo ningún concepto, al impuesto establecido por esta ley*¹⁰⁰. Finalmente es común que en los fideicomisos inmobiliarios, este impuesto lo pague el comprador, más no el vendedor (fideicomiso mercantil), y dicho pago del comprador, se basa en la posibilidad que el COOTAD determina en su artículo 558, que en su inciso 2do establece: “El comprador que estuviere en el caso de pagar el impuesto (utilidad) que debe el vendedor, tendrá derecho a requerir a la municipalidad que inicie coactiva para el pago del impuesto por él satisfecho y le sea reintegrado el valor correspondiente. No habrá lugar al ejercicio de este derecho sin quién pago el impuesto hubiere aceptado contractualmente esa obligación”. Por lo expuesto anteriormente, para beneficiarse de este derecho, el abogado de la fiduciaria debe hacer constar tanto en los contratos de promesa de compraventa como en la escritura de compraventa definitiva, este particular, es decir que el promitente comprador y/o el comprador, según el contrato que corresponda, será el responsable de pagar todos los impuestos y gastos de transferencia de dominio, inclusive el impuesto a la utilidad. Y al ser dicha cláusula

¹⁰⁰ Ecuador. *Ley de Régimen Tributario Interno*, Cod. 2004-026. R.O-S 463: 17 noviembre 2004.

Artículo 29 inciso final. Concordancia con el artículo 556 del COOTAD el cual textualmente dice:

“Impuesto por utilidades y plusvalía.- Se establece el impuesto del 10% sobre las utilidades y plusvalía que provengan de la transferencia de inmuebles urbanos, porcentaje que se podrá modificar mediante ordenanza.

Sin embargo, si un contribuyente sujeto al pago del impuesto a la renta tuviera mayor derecho a deducción por esos conceptos del que haya podido obtener en la liquidación de ese tributo, podrá pedir que la diferencia que no haya alcanzado a deducirse en la liquidación correspondiente del impuesto a la renta, se tenga en cuenta para el pago del impuesto establecido en este artículo.”

aceptada por el Comprador, entonces se evitará problemas a futuro de reclamos por parte de los compradores. En caso de no constar la cláusula antes referida, este impuesto deberá pagarla el fideicomiso mercantil, y de ser necesario a futuro utilizarlo como crédito tributario para el pago de impuesto a la renta.

Por otro lado, el fideicomiso inmobiliario durante su vigencia, debe pagar los impuestos prediales de los inmuebles que se encuentran integrados al patrimonio autónomo.

Además los Municipios el país cobran a los fideicomisos mercantiles los impuestos por patente municipal y el impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales, siempre y cuando los constituyentes o beneficiarios del fideicomiso sean personas naturales NO obligadas a llevar contabilidad, caso contrario, esto es, en caso de que los constituyentes y/o beneficiarios si lleven contabilidad, los derechos fiduciarios resultantes del contrato de fideicomiso, deberán registrarse en los balances y contabilidad del constituyente y/o beneficiario, y por tanto sobre la base de sus balances éstos pagarán anualmente a la administración municipal la patente y el 1.5 por mil, para ello la municipalidad del Distrito Metropolitano de Quito, emitió la Ordenanza 292, de 26 de marzo del 2009, en la cual establece dentro de su largo articulado, que los fideicomisos mercantiles, constituidos por Constituyentes y Beneficiarios obligados a llevar contabilidad no pagarán ninguno de los 2 impuestos antes referidos, pero si deberán a fin de eliminar la doble tributación, presentar anualmente una declaración informativa tanto del impuesto a la patente como al 1.5 por mil, en la que deberá constar el estado de situación del fideicomiso mercantil, y una anexo de información de sus constituyentes, adherentes o beneficiarios, pero no liquidará ni pagarán estos impuestos, sino que su liquidación y pago será trasladado al constituyente, adherente o beneficiario persona jurídica o persona natural obligada a llevar contabilidad, quien será el responsable de su pago

Finalmente la referida ordenanza, establece un régimen especial para los fideicomisos inmobiliarios, y en su artículo III (21) determina “En el caso de los fideicomisos mercantiles inmobiliarios, el impuesto de patente municipal se causará a partir de la expedición del permiso de habitabilidad por parte de la autoridad municipal correspondiente.”

CONCLUSIONES

1.- El fideicomiso mercantil inmobiliario es una herramienta que se la utilizó desde mucho antes de la promulgación de la Ley de Mercado de Valores el 23 julio de 1998 RO 367, de hecho su utilización dio lugar a la emisión de los Certificados de Derechos Fiduciarios (CDF's), que se prestaron para la creación de un mercado ficticio de supuestos valores, que jamás llegaron a tener tal calidad, pero que sirvió para una serie de irregularidades, sobre todo a nivel bancario, que antes permitía que se registren como inversión la tenencia de un derecho derivado de un fideicomiso mercantil, de tal forma que los bancos empezaron a participar como promotores de proyectos inmobiliarios a través de fideicomisos mercantiles. Esto degeneró el mercado inmobiliario, donde los bancos en lugar de ser un facilitador se convirtió en competencia de los constructores, a través de las fiduciarias que generalmente formaban parte del grupo financiero. Gracias a la aparición de la Ley de Mercado de Valores y sus reglamentos, esta situación se regularizó, y poco a poco se fue normando varias situaciones que antes de 1998 no tenían control, así de esta manera se prohibió la emisión de los CDF's, se regularizó el proceso de titularización, y se estableció que las fiduciarias o sus administradores, empresas vinculadas o empresas que formen grupo económico no puedan ser beneficiarios de los fideicomisos que administre. Con esto una figura incipiente hasta junio de 1998 se convirtió en una herramienta poderosa para el desarrollo inmobiliario del país, otorgando ventajas a este segmento como la desintermediación financiera, aportes de grandes terrenos a proyectos inmobiliarios, y sobre todo confianza en los compradores de las unidades inmobiliarias, al momento de pagar fuertes sumas de dinero como entrada en las promesas de compraventa, facilidad en la obtención de créditos y otras ventajas que hasta ese entonces no existían para el mercado inmobiliario.

2.- Luego de todo lo analizado en el trabajo de investigación, podemos colegir que el fideicomiso mercantil inmobiliario, es un contrato por el cual una o más personas llamadas constituyentes, transfieren ya sea bienes inmuebles, recursos monetarios, estudios técnicos y comerciales susceptibles de ser valorados u otros aportes de bienes de cualquier naturaleza relacionados con el negocio inmobiliario, presentes o futuros, susceptibles de ser comercializados, a favor de un patrimonio autónomo con personalidad jurídica, representado legalmente por un fiduciario, para que éste los

administre por un plazo determinado o determinable o hasta que se cumpla una condición específica, a fin de que se desarrolle con ellos un negocio inmobiliario, en beneficio propio contituyente o de un tercero señalado en el contrato de fideicomiso, en calidad de beneficiario, quien recibirá los resultados que genere el fideicomiso.

3.- El fideicomiso mercantil de carácter inmobiliario ha sido encasillado en cuanto a su clasificación en fideicomiso a precio fijo y fideicomiso por administración. Considero que tratar de clasificar al fideicomiso inmobiliario con una óptica tan exclusiva no le haría justicia, es por eso que se trató de ver la diversidad de tipos de fideicomiso inmobiliario que existen y no solo enmarcarlo por el tipo de contrato de construcción que se tiene con el profesional contratado para su desarrollo. No en vano, el doctor Roberto González Torre habla ya en su obra *“El Fideicomiso”*¹⁰¹, de un nuevo tipo de fideicomiso inmobiliario como el de administración de flujos, y así como el doctor González nos habla de otro tipo de fideicomiso inmobiliario, bien podemos tener varias ópticas desde las cuales podemos enfocar a este tipo de fideicomiso, ya sea desde la naturaleza del bien que se transfiere, o por la finalidad que persigue el constituyente, o por el producto final a construir, es decir existe una rica gama de posibilidades por las cuales se lo puedo clasificar, pero no con un fin meramente enunciativo, sino más bien, con la finalidad de estructurar el fideicomiso de acuerdo a cada necesidad de sus constituyentes, y sobre todo, entendiendo que es posible que en un mismo fideicomiso existan condiciones para que sea a la vez al costo, y de canje por parte del constituyente, y que además exista en el mismo negocio fiduciario un constituyente tradente, uno promotor y un adherente inversionista, en fin una serie de variantes que debe considerar el abogado de la fiduciaria al momento de estructurar el fideicomiso.

4.- La estructura del fideicomiso inmobiliario, como cualquier otro fideicomiso mercantil tiene los mismos intervinientes típicos, esto es, Constituyente, Fiduciario y Beneficiario. Sin embargo en este tipo de fideicomisos inmobiliarios cada vez se hace más importante la presencia de los adherentes en calidad de inversionistas, ya que actualmente solo las instituciones financieras pueden financiar proyectos inmobiliarios, y no es posible el apalancamiento financiero para el desarrollo de proyectos a través de financiamiento privado, esto es a través de un contrato de mutuo con terceros. Por ello

¹⁰¹ GONZALEZ TORRE, Roberto (1.996) *“EL FIDEICOMISO, en el derecho Civil y Comercial del Ecuador”* (1ra. Ed.), Guayaquil-Ecuador. EDINO, pág. 260-270

ahora los inversionistas pueden ser parte de un proyecto inmobiliario manejado por un fideicomiso mercantil, en calidad de constituyentes adherentes, y así aportar sus recursos monetarios y recibir una participación en los resultados del negocio. Ahora bien, en este tipo de participación, los inversionistas interesados en participar en un fideicomiso en calidad de adherentes, deberán tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- 4.1.** Es una Inversión a riesgo, es decir participarán en los resultados del proyecto, es decir, en las utilidades pero también de ser el caso, en las pérdidas que genere el negocio
- 4.2.** Al ser adherente el monto o porcentaje de rentabilidad esperada sobre su aporte no está garantizado, y en los contratos de adhesión que suscriba por tanto, no se podrá estipular un porcentaje mínimo de retorno de su aporte y peor aun de una tasa de rentabilidad. No obstante lo anterior, lo que si se estipulará es el porcentaje que recibirá sobre el total de resultados del negocio fiduciario, ya sean estos positivos o negativos.
- 4.3.** Cuando un inversionista entregue dinero a un fideicomiso inmobiliario, en calidad de aporte como constituyente adherente, debe considerar que la recuperación (restitución) de ese dinero tampoco está sujeto a un plazo determinado, sino mas bien a una condición, que son las establecidas en el contrato de fideicomiso inmobiliario al momento de su constitución, que como se indicó en la en el desarrollo de la investigación generalmente son las siguientes:
 - a.** Desarrollo y terminación del proyecto inmobiliario,
 - b.** No consecución del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario, y por tanto liquidación y terminación anticipada del fideicomiso,
 - c.** De ser el caso vencimiento del plazo establecido en el contrato de fideicomiso.

Cumplido cualquiera de los eventos antes referidos, el adherente inversionista deberá esperar el proceso de liquidación y terminación del fideicomiso, que lleva otro tiempo adicional indeterminable, ya que deben escriturarse todas las unidades de vivienda construidas, ya sea a título de compraventa, restitución o transferencia a título de beneficio, pago a los acreedores para finalmente recibir la restitución de su aporte y de ser el caso entrega de sus resultados esperados, esto es, en el mejor de los casos, las utilidades del negocio.

4.4. Por ser un negocio con alto riesgo el adherente debe recibir (y exigir) generalmente una rentabilidad muy superior a una inversión de renta fija, pudiendo llegar a recibir hasta el 100% de su aporte, pero también puede darse el otro escenario y recuperar apenas su aporte, y eso en el mejor de los casos.

4.5. Generalmente los adherentes no son parte de la Junta del Fideicomiso que administra el proyecto, lo cual hace que pierdan el control sobre los hechos que se alrededor de su aporte y deben esperar los informes mensuales o trimestrales, y los anuales del fiduciario, para conocer los riesgos de su inversión.

Son estas razones y otras más, las que debe considerar el inversionista antes de unirse a un fideicomiso inmobiliario en calidad de adherente. Creo que tal como se puede analizar a simple vista, los inversionistas (sobre todo los de menor cuantía) han reusado a entrar en fideicomisos inmobiliarios por los inconvenientes y demoras sobre todo en la recuperación de su dinero. No obstante no es menos cierto que grandes inversionistas han optado por esta figura pero sujeto a tener un puesto en la Junta de Fideicomiso y por tanto control semanal de los presupuestos, cronogramas valorados de obra, y más detalles técnicos, financieros, comerciales y legales del proyecto inmobiliario y fideicomiso, además de un contacto permanente y directo con el fiduciario.

5.- Además de los intervinientes directos en un fideicomiso mercantil como lo son el Constituyente (Tradente, Promotor o adherente), Beneficiario y fiduciario, también existen otros sujetos que intervienen en el desarrollo de un proyecto inmobiliario como lo son el fiscalizador, el gerente de proyectos, el planificador y/o constructor, el comercializador, entre otros, algunos de los cuales incluso referimos su rol durante el desarrollo de esta investigación, pero es importante dejar claro y concluir que éstos otros sujetos ciertamente guardan relación estrecha con los intervinientes directos del fideicomiso. Así por ejemplo, se dijo que el fiscalizador es nombrado por el fiscalizador de una terna designada por los constituyentes, es decir existe una relación cercana entre el trabajo del fiscalizador y el fiduciario, ya que aquel son los ojos técnicos de éste en el desarrollo del proyecto inmobiliario, es quien le certifica al fiduciario que las planillas de pago que hace al constructor van directamente a la obra y que los informes de avance de obra del constructor corresponden con la realidad. Es decir el fiscalizador es el elemento clave para certificar la relación inversión vs avance real de obra. Por ello

considero que la relación entre el fiscalizador y fiduciario debería ser más directa, sobre todo en cuanto a su designación se refiere.

Por otra parte, el constructor y el Constituyente Promotor generalmente mantienen también una relación directa entre si, sin ser particular el caso en el que el constituyente promotor y el constructor son la misma persona natural o jurídica. El promotor es quien tiene un profundo conocimiento en el negocio inmobiliario, conocimiento que deviene de su experiencia generalmente como planificador y/o constructor, ya que es el constructor el que conoce los precios de materiales entre otros, lo que le hace saber exactamente el costo total de un proyecto inmobiliario, que es la base del análisis para el desarrollo del proyecto, de ahí precisamente, arrancan todos los estudios de prefactibilidad financiera, comercial y legal del proyecto ha desarrollarse. Es importante y hasta cierto punto fundamental que si el constituyente promotor es al mismo tiempo el constructor del proyecto, la terna para fiscalizador sea presentada únicamente por el Constituyente Tradente (siempre que éste sea parte del negocio fiduciario), o en su defecto que el fiduciario lo designe directamente.

Finalmente los roles de Gerente de Proyectos y Comercializador, si bien son fundamentales en el desarrollo del proyecto, no es menos cierto que es importante dejárselo a empresas especializadas en cada tema, es por ello que normalmente la gerencia y la comercialización la realizan empresas ajenas societaria y comercialmente a los constituyentes, sino empresas o profesionales que conocen muy bien cada campo de acción.

6.- Se habló de los bienes que son susceptibles de ser fideicomitados a un patrimonio autónomo administrado por un fiduciario, pudiendo ser tales bienes inmuebles (terreno), o muebles corporales (dinero) o incorporeales (derechos sobre diseños o estudios técnicos de un proyecto inmobiliario, o derechos de usufructo o servidumbre que se aporten al fideicomiso mercantil inmobiliario). Lo importante concluir es la relación que existe entre estos bienes y la confianza de quienes los aportan al fideicomiso, y es precisamente esa certeza legal del manejo profesional del fiduciario que hace que terceros saquen de su patrimonio bienes de altísimo valor para transferirlo a un tercero. En el año 1.998 existía aun mucha desconfianza en la palabra fideicomiso, es decir no era común que una persona transfiera un inmueble a un fideicomiso mercantil,

generalmente las personas propietarias de inmuebles únicamente hablaban de promesas de compraventa o compraventa, lo cual dificultaba el desarrollo del sector inmobiliario, ya que los propietarios de terreno no les era interesante ser parte de un negocio que no podían controlar a través de una sociedad mercantil o civil, y debo ser sincero, la crisis bancaria del año 2.000 no ayudó mucho a la fama de los fideicomisos. No obstante, actualmente y vista la crisis financiera como algo lejano, el fideicomiso inmobiliario, a través de la intervención profesional del fiduciario y el fiscalizador, ha sido fundamental para el desarrollo inmobiliario del Ecuador, ya que incentivó la alianza de propietarios de terrenos con los promotores inmobiliarios, desarrollando así mayor cantidad de proyectos de vivienda, ya que el dinero que antes un promotor destinaba a la compra de un solo terreno, ahora lo puede destinar al capital de aporte o pre-operativos para el desarrollo de 2 o 3 proyectos inmobiliarios, que con apalancamiento financiero y dinero producto de las preventas resultan en proyectos exitosos, que cuentan con la garantía para el tradente de los resultados reales (costos e ingresos auditados) del negocio inmobiliario, así como para los inversionistas (adherentes), compradores y demás actores que intervienen en el desarrollo del proyecto. Solo la existencia de esta figura clave, la cual se encuentra plenamente normada, ha sido la que ha permitido el desarrollo real del mercado inmobiliario a los niveles actuales.

7.- Durante el desarrollo de la investigación se habló de la independencia del patrimonio autónomo del fideicomiso, un patrimonio con vida jurídica y económica propia, separado del patrimonio del constituyente y del fiduciario, afecto a cumplir con el mismo una finalidad determinada por el constituyente. Es importante señalar que si bien el inmueble o bienes que se transfieren al fideicomiso salen del patrimonio del constituyente y por tanto dejan de ser de su propiedad, el patrimonio del constituyente no sufre necesariamente un menoscabo, así por ejemplo, si el tradente tiene un terreno valorado en un millón de dólares, el cual lo transfiere a un fideicomiso, si bien el inmueble pasará a ser de propiedad del patrimonio autónomo administrado por el fiduciario, el patrimonio del constituyente seguirá manteniendo ese millón de dólares ya sea en su balance (persona jurídica o natural obligada a llevar contabilidad) o en su declaración patrimonial (personas con patrimonio superior a US\$ 200.000,00) en el que deberá simplemente reemplazar la naturaleza del activo pero mantendrá su valor, es decir antes del fideicomiso su balance o declaración patrimonial, dirá por ejemplo: **ACTIVO.- TERRENO POR UN MILLÓN DE DÓLARES**, y posterior a la constitución

del fideicomiso deberá decir: **ACTIVO.- DERECHOS FIDUCIARIOS POR UN MILLÓN DE DÓLARES.** Bajo tal entendido es bueno aclarar la independencia del bien. Este asunto aparentemente sin mayor trascendencia, tiene importancia vital sobre todo en temas contables y tributarios del constituyente y del mismo fideicomiso, el que dependiendo de la situación, deberá responder por el pago de patente en caso de que el constituyente no sea sujeto pasivo de tal impuesto, y lo más importante aún, en caso de transcurrir 5 años desde la constitución del fideicomiso, esto podría devenir en doble tributación en el pago de anticipo del impuesto a la renta, ya que tanto el fideicomiso tendría registrado en sus activos y patrimonio un terreno, mientras que el constituyente igualmente en caso de llevar contabilidad, al tener registrado en su contabilidad como activo y patrimonio derechos fiduciarios por el mismo valor del terreno, deberá pagar también el anticipo de impuesto a la renta, generándose así la doble tributación por un mismo activo.

8.- La inembargabilidad del fideicomiso es un tema por demás sencillo de entender, y es que siendo los bienes del fideicomiso independientes jurídicamente del patrimonio de su constituyente y de su fiduciario, al constituir una unidad jurídica distinta, pues es claro decir, que obviamente los acreedores del constituyente y del fiduciario no podrán perseguir los bienes del patrimonio autónomo constituido, así lo establece el artículo 118 de la ley de mercado de valores vigente. Así mismo es claro decir, que los acreedores del fideicomiso, es decir las instituciones financieras que hayan entregado recursos a título de crédito para el desarrollo del proyecto inmobiliario, tendrán ya sea el derecho general de prenda sobre los bienes del fideicomiso o en su defecto una hipoteca abierta constituida a su favor, en cuyo caso los bienes del fideicomiso podrán ser embargados por sus acreedores, pero únicamente dice el artículo 118 inciso tercero de la ley de mercado de valores vigente, *“podrán perseguir los bienes del fideicomiso mercantil del cual se trate mas no los bienes propios del fiduciario.”* No obstante lo anterior, la práctica contractual no ha sido clara, respecto a que pasa con los acreedores del fideicomiso respecto de los bienes o patrimonio del constituyente y/o beneficiarios, cuando los bienes del fideicomiso no son suficientes para el pago de sus acreencias. Inclusive es práctica que en algunos fideicomisos se establezca una cláusula de garantía general por la cual el constituyente y/o beneficiarios, se convierten en garantes solidarios de las obligaciones del fideicomiso. A decir verdad dicha cláusula es totalmente contraproducente y va contra los intereses del constituyente y/o

beneficiarios, sobre todo cuando el propio y tan citado artículo 118 inciso cuarto de la ley de mercado de valores establece *“La responsabilidad por las obligaciones contenidas en el patrimonio autónomo se limitará únicamente hasta el monto de los bienes que hayan sido transferidos al patrimonio del fideicomiso mercantil, quedando excluidos los bienes propios fiduciario”*. Es decir la norma anterior si bien excluye implícitamente al fiduciario, queda explícitamente excluido también el constituyente y el beneficiario, quienes en caso de resultados negativos o pérdidas en el fideicomiso mercantil, no deberían responder por ellas antes los acreedores del fideicomiso tal como en algunos fideicomisos se ha restituido las pérdidas y sus consecuentes obligaciones a los beneficiarios y/o constituyentes, o peor aun incluyendo las cláusulas de garantía solidaria en el fideicomiso.

9.- El proceso de liquidación del fideicomiso debe ser claramente diferenciado del proceso de terminación del fideicomiso, ya que los 2 son diferentes aun cuando son coetáneos. La liquidación de un fideicomiso como su nombre lo indica es una liquidación de cuentas, en la cual se cierra costos e ingresos del proyecto inmobiliario, y se pagan a acreedores, y se determina el resultado final del negocio inmobiliario, es decir es un acto financiero-contable del proyecto con el cual se emite el balance final del negocio; mientras que, la terminación del fideicomiso en si, es un acto jurídico, por el cual se da por terminado la existencia jurídica del fideicomiso y se transfiere los bienes excedentes del fideicomiso a sus beneficiarios mediante la suscripción de una escritura pública la cual una vez cerrada, se procede a la liquidación del RUC, con lo se dará fin a la vida jurídica del fideicomiso. Cabe aclarar que los fideicomisos mercantiles inmobiliarios generan ingresos una vez suscrita las escrituras de compraventa, y en tal sentido una vez suscrita dichas ventas se liquida los ingresos ya que se ha cumplido su finalidad, que es el desarrollo del proyecto, y se determina un resultado que de ser positivo pagará el consecuente impuesto a la renta; es por ello que la liquidación es un acto independiente y fundamental ya que el mismo tiene consecuencias jurídico tributarias con el estado, mientras que la terminación en si tiene consecuencias jurídico patrimoniales con los beneficiarios.

10.- Finalmente, durante todo el desarrollo de la investigación se habló de la restitución de bienes, pues esta restitución constituye un título de adquirir el dominio o el derecho real sobre los bienes resultantes a la liquidación del fideicomiso. Esta restitución, pues

no es más que uno de los tantos títulos que operan dentro de la Tradición, que es uno de los MODOS de adquirir el dominio, sin embargo vale aclarar quién es o quién puede ser el interviniente en la restitución de bienes derivados de la liquidación y terminación de un fideicomiso mercantil. Pues según el artículo 113 inciso final de la ley de mercado de valores, *“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 que fueron transferidos inicialmente”*. Vale aclarar que este inciso fue agregado recientemente el 20 de mayo del 2014, mediante RO-S 249. Es obvio, que en los fideicomisos inmobiliarios esta reforma tiene trascendencia, ya que anteriormente la entrega del aporte al Constituyente Tradente se entendía como restitución, ya sea que el tradente haya entregado un terreno y recibiera a la liquidación del fideicomiso departamentos, casas, locales comerciales u otra unidad inmobiliaria, gozando así de los beneficios tributarios municipales en la transferencia de bienes inmuebles, beneficios que con la emisión de la antes referido inciso del artículo 113, terminaron y ahora esa transferencia a favor de inmuebles a favor del constituyente a la terminación de un fideicomiso pagan impuestos municipales por transferencia de dominio. No veo otra finalidad en agregar este inciso a la Ley que un fin tributario, ya que anteriormente la palabra restitución se entendía a toda transferencia que realizaba el fiduciario a favor del constituyente , la cual iba exenta del pago de alcabás y otros impuestos de transferencia de dominio.

Dicho lo anterior, cuál es el título que opera cuando se entrega al constituyente sus aportes en diferentes condiciones a las que lo aportaron, o cuando se entrega resultados a los beneficiarios, o cuando se entrega el bien fideicomitado en las mismas condiciones que fue aportado pero a favor de un cesionario del constituyente, pues el mismo artículo 113 las denomina simplemente como “transferencias”. Así repasemos lo que indica dicho artículo en su inciso segundo: *“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”*, por lo expuesto se puede decir que el legislador no dejó claro como denominaríamos a este tipo de título que por el momento y para efectos didácticos puede quedar bautizado simplemente como **transferencias fiduciarias**.

RECOMENDACIONES.-

1.- El financiamiento privado para el desarrollo de un proyecto inmobiliario administrado a través de un fideicomiso mercantil inmobiliario es fundamental a mi criterio, sin embargo el mismo fue eliminado a través del artículo 30 numeral 6.7 de la sección 3ª. Capítulo I del Subtítulo III de la Codificación de Resoluciones expedidas por el CNV, que dejó afuera los préstamos privados de terceros a través de contratos de mutuo regidos por el Código Civil. Dicha norma dice textualmente lo siguiente: *“Las fuentes de financiamiento (de fideicomisos inmobiliarios) podrán provenir del aporte de los recursos constructores y/o créditos aprobados por instituciones del sistema financiero; del crédito otorgado por proveedores de bienes y servicios requeridos para la ejecución del proyecto; y, de los recursos comprometidos por los promitentes compradores en la respectiva escritura pública.”* La norma citada fue agregada recientemente el 8 de marzo del 2014 mediante RO 198, norma que como podemos ver beneficia a las instituciones financieras a las cuales otorga el monopolio de financiar proyectos inmobiliarios manejados a través de fideicomisos mercantiles, dejando de un lado a inversionistas privados que mediante contrato de mutuo pueden generar desintermediación financiera tanto a favor del proyecto inmobiliario como para beneficio de los inversionistas; el proyecto inmobiliario beneficiándose de tasas activas más bajas que las que conseguiría en préstamos con el mercado bancario, y por su lado los inversionistas obteniendo tasas pasivas igualmente más convenientes que las que paga el sector financiero. Sin embargo, con esta norma los inversionistas solo pueden acceder a proyectos inmobiliarios en calidad de adherentes con todos los problemas que eso significa, lo cual ha llevado alejarlos no del mercado inmobiliario, sino del segmento fiduciario; y qué es lo que esto exactamente significa? Pues los constructores han visto al fideicomiso como una piedra de tropiezo para el financiamiento de sus proyectos, y ciertamente han empezado a buscar otros mecanismos para el desarrollo de sus proyectos, como son las compañías civiles o mercantiles, las cuales tributariamente tiene los mismos beneficios que los fideicomisos (no pago de anticipo de impuesto a la renta durante los 5 primeros años de su constitución) pero no tienen las trabas de financiamiento privado que tienen los fideicomisos. Es por esto, que recomiendo que la norma sea revisada a fin de permitir que un proyecto inmobiliario (que sin la existencia de un fideicomiso si puede recibir financiamiento privado), pueda recibir a través de un fideicomiso mercantil financiamiento privado, manteniendo para el efecto reglas claras,

esto es, contrato de mutuo de acuerdo al código civil o código de comercio dependiendo de la calidad del acreedor, tasas dentro de los márgenes legales establecidos por el Banco Central, y evitando captar recursos publicitando pago de intereses, ya que estas operaciones deber ser totalmente privadas y jamás ser ofrecidas al público en general. Recomiendo dicha reforma, por ser necesaria para que los promotores inmobiliarios vuelvan con fuerza a creer en esta herramienta fiduciaria, sobre todo porque hasta las propios constituyentes no pueden financiar temporalmente sus proyectos, cuando estos requieren capital adicional sobre todo cuando los bancos demoran por su burocracia los desembolsos aprobados s los proyectos, obligando que toda entrega de recursos de los constituyentes al fideicomiso sea registrada obligatoriamente como aporte, y recuperándola por tanto a la terminación del fideicomiso, lo cual, es un gran inconveniente para los promotores.

2.- Como se dijo en este trabajo de investigación, la relación directa y de confianza entre el fiscalizador y fiduciario es básica para el desarrollo del proyecto inmobiliario, ya que el fiscalizador son los ojos técnicos del fiduciario en el proyecto, es la herramienta que tiene el fiduciario para controlar pago de planillas al constructor, controlar el avances de obra y cumplimiento de plazos establecidos en las promesas de compraventas así como los plazos establecidos en los contratos con los proveedores de servicios; sin embargo, es muy común que el fiscalizador sea nombrado de una terna presentada por los constituyentes, o muchas veces hasta impuesto por ellos. Es por eso, que recomiendo que mediante Resolución del CNV se determine que el fiscalizador en un fideicomiso inmobiliario será designado por el fiduciario, sin intervención, presión ni aun una simple sugerencia de los Constituyentes ni siquiera del Tradente, y que el mismo no deberá tener relación filial ni comercial alguna con los constituyentes, beneficiarios ni constructor del proyecto inmobiliario. Considero que por la confianza que depositan en la gestión del fiduciario, tanto el tradente como los compradores y adherentes, es básico que el fiscalizador sea totalmente independiente a los constituyentes y promotores del negocios, y solo responder al fiduciario, sobre todo si consideramos que los conocimientos técnicos de éste en un proyecto inmobiliario son prácticamente nulos, y por ello, es la necesidad de apoyo profesional técnico que soporte las falencias del fiduciario en temas constructivos.

3.- Como se mencionó en las conclusiones de este trabajo, el constituyente y el beneficiario, en caso de resultados negativos o pérdidas en el fideicomiso mercantil, no deberían responder por ellas antes los acreedores del fideicomiso; sin embargo ciertas instituciones financieras, a fin de garantizar o sobre garantizar sus acreencias, solicitan al fideicomiso mercantil no solo una garantía real, esto es, una hipoteca abierta a favor de la institución acreedora, sino que además solicitan que el pagaré suscriba como garante solidario el constituyente y/o beneficiarios del fideicomiso, para finalmente exigir que el fideicomiso mercantil extienda una cláusula de garantía general, en la que se indique que los constituyente y/o beneficiarios del fideicomiso son garantes solidarios de los acreedores del fideicomiso. Me parece que incluir este tipo de cláusulas así como solicitar la garantía solidaria de los constituyentes y/o beneficiarios, desvirtúa la finalidad del fideicomiso mercantil, que es separar o independizar tanto el activo, como el negocio y por tanto el riesgo de los constituyentes, y dejar que el patrimonio autónomo actúe por sí mismo con independencia absoluta, de hecho, con este tipo de cláusula todos los acreedores del fideicomiso, no solo las instituciones financieras, terminarían siendo acreedores de los constituyentes y/o beneficiarios, entonces qué sentido tiene la constitución de fideicomiso mercantiles para el desarrollo de proyectos inmobiliarios? La verdad la respuesta, es que la práctica de las instituciones financieras hacen innecesaria su existencia una vez más, incluso hasta peligrosa, es decir, si el promotor y tradente van a ser garantes solidarios de todos los acreedores del fideicomiso mercantil, bien podrían adquirir directamente la obligación con la institución financiera y evitar el costo del fideicomiso. Recordemos que los créditos otorgados a fideicomisos inmobiliarios por los bancos o mutualistas en mucho depende de la trayectoria y experiencia del Promotor, en tal sentido si el fideicomiso traslada todas sus obligaciones al promotor y/o tradente, entonces su existencia pierde interés para éstos. Es por esto, que se debería expedir norma que prohíba estas prácticas bancarias, y establecer que los bancos solo podrán solicitar garantías reales del fideicomiso y prohibir las garantías solidarias de los promotores, pues el objeto financiado es un proyecto inmobiliario que debe ser analizado de manera diligente y profesional por la institución financiera a fin de asegurarse la fuente de retorno de la obligación, la cual debe tener como única garantía la hipoteca del proyecto inmobiliario. Insisto debemos impulsar al fideicomiso y para ello debemos eliminar prácticas que solo cuestionan si en verdad llega a ser una figura indispensable para el desarrollo de

proyectos; es incuestionable por tanto su importancia como herramienta jurídica facilitadora para el desarrollo de estos proyectos, pero las prácticas financieras nos hacen cuestionar sobre si es imprescindible, y es justamente esa discusión la que pretendo evitar con la recomendación de la norma sugerida, que evite y prohíba taxativamente estas exigencias bancarias.

4.- Como se indicó las que llamamos **transferencias fiduciarias**, no han sido establecidas claramente como un título de transferir los bienes remanentes en la liquidación de un fideicomiso mercantil inmobiliario, pues vale decir, que unos las llaman así, otros las llaman transferencia resultantes de la liquidación de un fideicomiso, otros y más común transferencia de dominio a título de beneficio, otros equivocadamente mantienen el término restitución, otros la denominan entrega de bienes por concepto de liquidación, en fin, hay diversidad de términos, si bien es un tema simple, considero que así como se dejó claro que el término restitución corresponde a la entrega de bienes al constituyente en el mismo estado en que fueron aportadas, así mismo se debería normar que toda entrega de bienes a favor de constituyente en distintas condiciones al que fue aportado, así como la entrega de resultados a los beneficiarios, se denominarán **transferencia fiduciarias**, esto simplemente como cuestión de forma más que de fondo, pero se establecería una uniformidad terminológica en los contratos de liquidación y terminación de fideicomisos mercantiles, que considero es importante normar.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

LIBROS Y FOLLETOS DE SEMINARIOS

1. Acosta Romero, Miguel y Almazán Alaniz Pablo Roberto. (1.997) **Tratado teórico práctico de fideicomiso**. México. Editorial PORRÚA.
2. Asociación de Fiduciarias de Colombia. (1.994). Libro emitido por ocasión del seminario: **Nociones fundamentales de fiducia**. Santafé de Bogotá D.C. Editorial ABC Ltda.
3. Asociación de Sociedades Financieras del Ecuador, ASOFIN. (1.995) Folleto del seminario: **Fiducia y titularización, alternativa financiera**. Quito-Ecuador
4. Batiza, Rodolfo. (1.995). **El Fideicomiso, Teoría y Práctica**. (7ª. Ed.) México. Editorial JUS.
5. Borja Gallegos, Ramiro. (1.995). **La Fiducia o Fideicomiso Mercantil y la Titularización**. (1ra. Ed.) Quito. Editorial Jurídica del Ecuador.
6. Carvajal Córdoba, Mauricio. (1.996). **Aspectos Jurídicos de la Titularización de Activos**. (1ra. Ed.). Medellín-Colombia. DIKE.
7. Cevallos Vásquez, Víctor. (1.998) **Mercado de valores y contratos, Tomos I y II**. (1ra. Ed.). Editorial jurídica del Ecuador. Quito-Ecuador. Editorial jurídica del Ecuador.
8. Diaz Ardila, Gabriel. (1.997) **Titularización**. Santafé de Bogotá, D.C. Editorial Guadalupe Cía. Ltda.
9. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. (1.997). **El fideicomiso, negocio jurídico, régimen fiscal inmobiliario, instrumento en la inversión extranjera**. (7ª. Ed.). México. Editorial PORRÚA.
10. Etchegaray, Pedro. (2.008). **Fideicomiso. Buenos Aires. Editorial Astrea**
11. Flah, Lily. (1.996). **La Securitización y la Promoción de la Vivienda**. Buenos Aires. Ed.ABELEDO PERROT
12. Garcés Velalcázar, Diego. (1996) Ponencia dictada en el seminario: **La experiencia del fideicomiso en el Ecuador**. Banco Popular del Ecuador. Quito.
13. Gómez de la Torre Reyes, Diego. (1.998). **El fideicomiso mercantil**. (1ra. Ed.). Quito-Ecuador. Editorial ALBAZUL.
14. González Torre, Roberto. (1.996) **El fideicomiso, en el derecho civil y comercial del Ecuador**. (1ra. Ed.). Guayaquil-Ecuador. EDINO.
15. González Torre, Roberto. (1.999) **El fideicomiso**. (1ra. Ed.). Guayaquil-Ecuador EDINO.
16. Manrique Nieto, Carlos. (1.998), **La fiducia de garantía**. Santafé de Bogotá-Colombia. Ediciones jurídicas "Gustavo Ibañez".
17. Meza Barros, Ramón. (1.988) **Manual de derecho civil, Tomo II. (8a. Ed.)**. Santiago de Chile. Editorial jurídica de Chile.
18. Mosset Iturraspe. (1.974). **Negocios Simulados, Fraudulentos y Fiduciarios Tomo I y II**. Buenos Aires. EDIAR.
19. Rodríguez Azuero, Sergio. (1.997). **La responsabilidad del fiduciario**. (1ra. Ed.). Medellín-Colombia. Biblioteca jurídica DIKE. Rojas, **Atilio**. (1.983). **La organización fiduciaria**. Caracas. Editorial arte.
20. Santillán Almeida, Francisco. (1996). **El fideicomiso mercantil como sujeto pasivo de tributos**. Tesis en el programa de especialización en legislación tributaria de la Universidad Andina "Simón Bolívar". Quito.
21. Sanz de Santamaría, Eduardo Casas. (1.997) **La fiducia, recuento histórico y evolución técnica jurídica**. (2da. Ed.). Colombia. Editorial Temis S.A.
22. Superintendencia de Compañías y Consejo Nacional de Valores. (1996). **La fiducia**. Quito-Ecuador. Impreso en los talleres de la Superintendencia de Compañías.

LEYES Y REGLAMENTOS

23. Código Civil
24. Código de Comercio. RO-S 1202: 20 agosto-60
25. Ley de Mercado de Valores. R.O. 367 23 Julio 1.998, (actual libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, publicado R.O-S 215 22 febrero 2006
26. Código Tributario y la Ley de Régimen Tributario Interno R.O.-S 463: 17 noviembre 2.004
27. Reglamento para la aplicación de la Ley Régimen Tributario Interno R.O.-S 209: 08 junio 2.010
28. Reglamento a la Ley de Mercado de Valores. RO 87: 14 diciembre 1.998.
29. Codificación de Resoluciones expedidas por el CNV. R.O.E1: 08 marzo 2007

INTERNET

30. www.Lexis.com.ec

PONTIFICA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR

DECLARACION Y AUTORIZACIÓN

Yo, Santiago Paúl Montalvo Ortega, C.C. 170973891-6 autor del trabajo de graduación intitulado: **“LA FIDUCIA INMOBILIARIA, CONSIDERACIONES LEGALES PARA EL DESARROLLO DE UN PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN INMOBILIARIA”**, previo a la obtención del grado académico de ABOGADO, en la Facultad de JURISPRUDENCIA:

1.- Declaro tener conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador, para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, a difundir a través del sitio web de la biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 10 de marzo del 2015

SANTIAGO PAUL MONTALVO ORTEGA

C.C. 170973891-6