

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**“ANÁLISIS DE LA VERSATILIDAD DEL FIDEICOMISO
INMOBILIARIO. SU APLICACIÓN ACTUAL EN EL ECUADOR Y
LA EFICACIA DE SUS MECANISMOS DE CONTROL”**

JESSICA LILIANA MEDINA REVELO

DIRECTOR: DRA. VERÓNICA ARTEAGA

QUITO, 2013

Quito, 22 de julio de 2013

Señor doctor
Santiago Guarderas Izquierdo
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
Presente.

De mi consideración:

Me cumple con el presente referirme al oficio No. 384-SJG-13 de 25 de junio de 2013, suscrito por la doctora Ivette Haboud Bumachar, Secretaria de la Facultad, quien me comunica que he sido designado Profesor Informante de la Disertación intitulada: "ANÁLISIS DE LA VERSATILIDAD DEL FIDEICOMISO INMOBILIARIO, SU APLICACIÓN ACTUAL EN EL ECUADOR Y LA EFICACIA DE SUS MECANISMOS DE CONTROL", elaborada por la señorita Jessica Medina Revelo, previamente a la obtención del título de abogada, en tal virtud me permito informar a su autoridad que la disertación consta de cuatro capítulos incluidas las conclusiones y recomendaciones, redactados en 111 páginas tomando en cuenta la bibliografía, de la siguiente manera:

En el Capítulo I, con el título "EL MERCADO INMOBILIARIO Y EL FIDEICOMISO", se presenta, un análisis del mercado inmobiliario en el Ecuador y la realidad social y económica del País, a partir de la crisis económica de 1990, en que la desocupación llegó al 18% de la población económicamente activa, y la inflación se disparó al 91% anual en el 2000, lo cual dio lugar a que se reemplace el sucre como moneda nacional por el dólar estadounidense generando cierta estabilidad interna en la economía; el entorno económico post dolarización según la disertante, permitió observar que la inflación que en el año 2000 fue del 91%, en el año 2005 bajó al 2.7%; un crecimiento sostenido del promedio anual del PIB; dentro de ello el sector de la construcción resulta un componente importante, tanto las construcciones que provienen de obras de infraestructura efectuadas por el Estado como las impulsadas por el sector privado, este último con muestras de gran recuperación, por la estabilidad económica generada en parte por el nuevo sistema monetario, la demanda represada de vivienda, la preferencia por las inversiones inmobiliarias por la desconfianza en el sector financiero, el incremento significativo de las remesas de inmigrantes dedicadas en gran parte a la vivienda, el destino a la vivienda de muchos ahorros provisionales o previsionales (jubilaciones, cesantías). En los últimos años se relievó el crecimiento notable de la construcción por las obras públicas del gobierno, con el consiguiente efecto multiplicador que provoca la construcción, así como con la significativa construcción de vivienda y edificios por el sector privado que se aprecia en las ciudades.

Luego en el estudio se refiere al problema crítico del sector inmobiliario conocido como burbuja financiera de las hipotecas subprime, generada fundamentalmente en los Estados Unidos de Norteamérica, a partir del 2006, por el mantenimiento de tipos de interés artificialmente bajos por parte de las autoridades monetarias, que llevaron a mucha gente a celebrar negocios inmobiliarios con hipotecas, lo cual coadyuvó al incremento exorbitante de los precios de los inmuebles, riesgo que en Ecuador se dice no existe. El capítulo concluye con la presentación de cifras sobre la realidad social y económica actual reflejada en el mercado inmobiliario, con la tendencia actual, como por ejemplo que en el 2011, las cifras del sector de la construcción crecieron en el 21.4%, utilizando el 7% del empleo del País; en el 2010 las ventas de edificaciones superaron los tres mil millones de

CH
23/07/13

dólares y se emplearon a más de 383,000 personas. Por fin, otro elemento trascendental en la construcción sin duda se apunta es el rol del BIESS desde el 2009; más el análisis del escenario inmobiliario frente a la Ley para la regulación de los créditos para vivienda y vehículos, que entre otros asuntos prescribe que los deudores hipotecarios que tengan una única vivienda familiar y no puedan cancelar de buena fe el crédito, entregarán el bien materia de la hipoteca y quedará extinguida la deuda, excluyendo la posibilidad de que algún tercero tenga la posibilidad de intentar un concurso de acreedores contra ellos o su sociedad conyugal, alegando deudas pendientes por costas procesales, honorarios de abogados u otros gastos, y que en esos casos no serán aplicables los artículos 2327 y 2367 del Código Civil ni el artículo 105 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero; y, el estudio de las nociones generales del fideicomiso inmobiliario, partiendo del presupuesto que el fideicomiso civil, con vista a los artículos que van desde el 748 al 777 del Código Civil, se establece que el fideicomiso es la propiedad que está sujeta a gravamen de pasar a otra persona, es pues, una limitación al dominio cuando se verifica una condición. De otro lado, acorde con lo prescrito en el Art.109, 115, 116 y 118, de la Ley de Mercado de Valores, afirma la disertante que: " Por el contrato de fideicomiso mercantil una persona llamada constituyente o fideicomitente transfiere, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes a un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, como su fiduciaria y representante legal, cumpla con las finalidades instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del constituyente o de un tercero llamado beneficiario". En tanto que el fideicomiso inmobiliario es aquél : " ...en virtud del cual se transfieren bienes, que generalmente son inmuebles al patrimonio autónomo para que el fiduciario los administre y desarrolle con ellos un proyecto inmobiliario, en función de las instrucciones establecidas en el contrato para lo cual realizará las gestiones administrativas y legales ligadas o conexas con el desarrollo del proyecto inmobiliario y todo en provecho de los beneficiarios instituidos en el contrato." Sobre este fideicomiso inmobiliario, se efectúa el estudio de los elementos del contrato, y se pone énfasis, en los puntos de equilibrio del mismo, legal, técnico y financiero, así como en el análisis comparativo con otras alternativas contractuales.

El Capítulo II, con el título "VERSATILIDAD Y MECANISMOS DE CONTROL", en primera instancia, presenta el estudio sobre la versatilidad del fideicomiso inmobiliario y modalidades de participación en el negocio, anotando que la fiducia mercantil es una figura jurídica muy flexible para emprender en varios negocios y en particular en la construcción inmobiliaria; luego se habla de las formas del fideicomiso inmobiliario (integral, de tesorería y de preventas); de los constituyentes o fideicomitentes en el fideicomiso inmobiliario integral: El fideicomitente inicial (participa en los resultados del negocio) ; el propietario promotor (constituyente y beneficiario del fideicomiso); propietario socio (hay varios socios con distintos porcentajes); propietario- contrato de compraventa (venta del inmueble al fideicomiso); fideicomitente adherente (la junta del fideicomiso resuelve sobre la aceptación de los adherente). Entre los organismos de control interno se menciona a la junta de fideicomiso, conformada por los constituyentes beneficiarios, quienes deben tomar las mejores decisiones para que el fideicomiso y el proyecto se desarrolle, se trata de un órgano colegiado consultivo. En acto seguido se describe el rol de la administradora de fondos y fideicomisos, que se ocupa de la organización dirección, gobierno, control, como tercero imparcial del patrimonio autónomo del fideicomiso, para cumplir las instrucciones de los constituyentes. El fiscalizador realiza un control interno adicional. La auditoría externa, la efectúa la entidad auditora calificada, el informe que elabore debe contener de acuerdo a las resoluciones del Consejo Nacional de Valores, la opinión sobre si las actividades realizadas se enmarcan en la ley ; una

evaluación y recomendaciones sobre el control interno; la opinión sobre el cumplimiento de las obligaciones tributarias; la opinión sobre el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley; y, la opinión sobre el cumplimiento de medidas correctivas que hubiesen sido recomendadas en informes anteriores. En lo tocante al control estatal, éste se cumple a través de la Superintendencia de Compañías, tendiente a la superación de la situación crítica o irregular, jurídica, financiera, económica, técnica, científico-administrativa, de sus vigilados, a sancionar las actuaciones que se aparten del ordenamiento legal por acción o por omisión. De acuerdo al Art.431 de la Ley de Compañías, en concordancia con el Art. 10 de la Ley de Mercado de Valores, la fiduciaria se enmarca dentro del control societario de la Superintendencia de Compañías. Un aspecto relevante es que el Consejo Nacional de Valores expidió la Resolución No CNV-006-2011, publicada en el R.O. No 495 de 20 de julio de 2011, se prescribe la obligación que se inscriban los fideicomisos inmobiliarios en el Registro del Mercado de Valores, con el objeto de ejercer un control más directo. Por cierto, también se indica la existencia del control del lavado de activos.

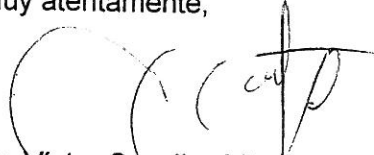
El Capítulo III, se contrae al estudio de la "SEGURIDAD JURÍDICA, RIESGOS, OBLIGACIONES LEGALES Y RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO", teniendo como introducción el tema de la seguridad jurídica y su incidencia en el ámbito fiduciario, del que se infiere que en muchos países como Argentina la mayoría de proyectos inmobiliarios se desarrollan a través del fideicomiso inmobiliario porque responde a las necesidades de seguridad jurídica y es una buena vía de fondeo para los emprendimientos; en acto seguido se estudia lo relativo a la seguridad jurídica y patrimonio autónomo; la seguridad jurídica y la administración por instrucción contenida en el contrato, así como las instrucciones de la junta del fideicomiso; el riesgo fiduciario (estudio que debe realizar la administradora del fideicomiso). El capítulo concluye con la investigación referente a las obligaciones y responsabilidades del fiduciario, esto es que sirve de medio pero no garantiza resultados; obligaciones particulares derivadas del fideicomiso inmobiliario; la responsabilidad civil en los términos del artículo 125 de la Ley de Mercado de valores; responsabilidad administrativa, tributaria y penal.

El Capítulo IV, contiene la formulación de las "CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES", entre las conclusiones se destaca que de la investigación realizada se ha podido observar que, además del esquema contractual de la normativa del fideicomiso que establece una relación tripartita, existe también la posibilidad que con una cláusula adicional al momento de su constitución se entregue el inmueble en comodato precario al constructor en la situación en la que el constituyente del fideicomiso inmobiliario también es el constructor, entendiéndose que la principal motivación para dicha estipulación, es que en el proceso de construcción del proyecto se debe contar con una adecuada custodia, vigilancia y mantenimiento del inmueble durante dicho proceso, sin que esto signifique que la fiduciaria pierda su deber de cuidado y responsabilidad del inmueble por formar parte del patrimonio del fideicomiso; que los mecanismos de control no son suficientes para todas las posibilidades y alternativas que otorga el fideicomiso inmobiliario, especialmente en lo que se refiere a la protección de promitentes compradores y beneficiarios. En cuanto a las recomendaciones, en lo principal se sugiere que, al momento de constituir el fideicomiso inmobiliario, deberán cuidarse ciertos aspectos fundamentales, el riesgo de mercado, riesgo legal, riesgo técnico y riesgo reputacional; que la fiduciaria para prevenir estos contingentes requiera a los promotores un análisis de sensibilidad y factibilidad del proyecto que contemple los índices de crecimiento de demanda, los de viabilidad técnica, económica y financiera del proyecto,

para poder identificar, cuantificar y valorar los ingresos, beneficios y costos del proyecto, par tener una perspectiva global del mismo y sus implicaciones.

En suma, el tema de la disertación es de interés por los problemas suscitados en los últimos meses en algunas compañías inmobiliarias con sus promitentes compradores y ha sido abordado en buena forma, por lo que le asigno la nota de nueve puntos sobre diez. Del señor Decano, con las seguridades de mi más alta consideración, me suscribo.

Muy atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'V. Cevallos V.', written over a faint circular stamp or watermark.

Dr. Víctor Cevallos Vásquez
PROFESOR INFORMANTE

DR. ANTONIO QUEVEDO (1900 - 1987)
DR. ALEJANDRO PONCE Y CARBO (1918 - 1988)
DR. JUAN M. QUEVEDO
DR. ALEJANDRO PONCE MARTINEZ
DR. ALFREDO GALLEGOS BANDERAS
DR. ANTONIO MARTINEZ BORRERO
DR. ROQUE ALBUJA IZURIETA
DR. SANTIAGO GUARDERAS IZQUIERDO
DR. ALEJANDRO PONCE VILLACIS
DR. LUIS PONCE PALACIOS
DRA. MONSERRAT BARRENO BRAVO
DR. ANTONIO MARTINEZ MONTESINOS
DR. SANTIAGO JARA REYES
DR. PABLO GONZALEZ FERNANDEZ
DR. RICARDO FERNANDEZ DE CORDOVA
DRA. LOURDES CUESTA ORELLANA
DR. MARCO AVILA RODAS
DR. AGUSTÍN SALAZAR CORDOVA

QUEVEDO & PONCE

ESTUDIO JURIDICO

OFICINA PRINCIPAL
TORRE 1492 AV. 12 DE OCTUBRE Y LINCOLN 16TO. PISO
APARTADO: 17-01-600

TELÉFONOS: 593 2 2986-570
FAX: 593 2 2986-580

QUITO - ECUADOR

Web: www.quevedo-ponce.com
Correo E.: quepon@quevedo-ponce.com

GUAYAQUIL: VELEZ 220 Y CHILE OF. 1003
TELÉFONOS: 593 4 2534-634
FAX: 593 4 2534-888
CORREO E.: quepongy@quevedo-ponce.com

CUENCA: EDIF. CÁMARA DE INDUSTRIALES
FLORENCIA ASTUDILLO Y ALFONSO
CORDERO OF. 702/703

TELÉFONOS: 593 7 2880-705
FAX: 593 7 2882-853

CORREO E.: queponcuc@quevedo-ponce.com

MANTA: AVENIDA 4, CALLE 7
EDIF. TORRE CENTRO OF. 902

TELEFAX: 593 5 2624-222
593 5 2624-972

CORREO E.: manta@quevedo-ponce.com

MIRAVALLE: BERNAVE LOVATO S23-49
MIRAVALLE, CUMBAYA

TELÉFONO: 593 2 2897 567
593 2 2897 846

FAX: 593 2 2897 567
EXT. 206

CORREO E.: agustin.salazar@quevedo-ponce.net

Quito, 6 de agosto de 2013

Señor Doctor
Santiago Guarderas Izquierdo
Decano de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Ciudad.-

Estimado señor Decano:

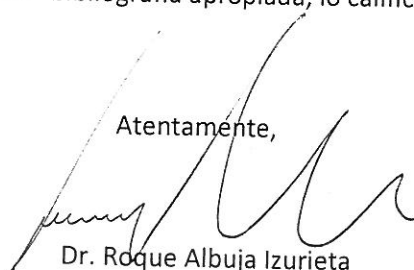
En relación con la disertación previa a la obtención del título de licenciada en ciencias jurídicas, de la señorita Jessica Liliana Medina Revelo, intitulada "ANÁLISIS DE LA VERSATILIDAD DEL FIDEICOMISO INMOBILIARIO. SU APLICACIÓN ACTUAL EN EL ECUADOR Y LA EFICACIA DE SUS MECANISMOS DE CONTROL", expreso:

Analizar si el fideicomiso inmobiliario es lo suficientemente versátil o no, es a mi modo de ver de gran importancia práctica, en vista que paulatinamente se recurre con mayor frecuencia a aquel, como una solución para satisfacer las necesidades crecientes de vivienda urbana, especialmente por el criterio generalizado que brinda seguridad a los adquiretes de vivienda, sin considerar, sin embargo, que es de medios y no de resultados y que por ende, el cumplimiento no depende sólo de aquel. Destaco lo relativo al estudio de los entes de organización y control del fideicomiso y el aspecto de la seguridad jurídica, el riesgo, las obligaciones y responsabilidades.

Por cuanto considero que el trabajo ha sido debidamente orientado, que se ha hecho una investigación adecuada y consultado bibliografía apropiada, lo califico con la nota de 9.

Del señor Decano,

Atentamente,



Dr. Roque Albuja Izurieta

06/Agosto/13
AB
16h35

DEDICATORIA

A Dios, fuente de sabiduría por ser la guía principal en mi vida y siempre creer en mí.

A mis padres, a quienes amo profundamente por su ejemplo y esfuerzo diario en formar bases sólidas para su familia.

A mis sobrinos, Isabella y Juan Esteban porque llenan mi vida todos los días.

AGRADECIMIENTO

A mi directora la Dra. Verónica Arteaga por su ayuda, guía y valioso tiempo dedicado a la realización del presente trabajo.

A la Facultad de Jurisprudencia, en especial al señor Decano Santiago Guarderas por su excelente calidad moral y profesional.

A todas esas personas que directa e indirectamente formaron parte de este camino.

ABSTRACT

Considerando el auge del mercado inmobiliario que vive el Ecuador, el análisis que presento de la figura del negocio fiduciario encasillada en el Fideicomiso Inmobiliario es global estudiando primeramente el entorno socioeconómico de nuestro país en el que se desarrolla, principal motivación para decir que el presente contenido constituye un tema relevante y de interés para la sociedad, misma que ha concebido al Fideicomiso Inmobiliario como una herramienta jurídica recomendada y consiguientemente utilizada con frecuencia en el mercado inmobiliario.

Dentro de este marco el presente trabajo trata al Fideicomiso Inmobiliario como una herramienta jurídica y medio idóneo, que han escogido las partes contratantes para que sirva de estructura jurídica en la ejecución de proyectos inmobiliarios; es así que en base a su versatilidad y desde varias ópticas de estudio trata a los intervinientes del negocio fiduciario y a sus regulaciones del mercado de valores, incluso estableciendo una breve relación con el derecho comparado latinoamericano.

Sin embargo, debido a la flexibilidad de esta figura muchas veces tanto los Constituyentes, como la Administradora y el Ente de control no logran visualizar los posibles inconvenientes y riesgos que se pueden presentar si no se realiza un contrato adecuado o si se utiliza al fideicomiso inmobiliario de manera incorrecta, lo que ha sugerido que el presente trabajo relacione y muestre los riesgos a los que se enfrentan el desarrollo y la administración del proyecto inmobiliario y del fideicomiso como tal. De igual manera se indica en base a las consideraciones propuestas, los mecanismos de control internos y externos a los que se ajusta.

TABLA DE CONTENIDOS

	Pág.
DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTO.....	III
ABSTRACT.....	IV
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I. EL MERCADO INMOBILIARIO Y EL FIDEICOMISO	9
1.1. El Mercado Inmobiliario en el Ecuador y la Realidad Social y Económica del País.....	9
1.1.1. Factores influyentes en el ámbito social, económico y el Mercado Inmobiliario en los últimos años, breve historial de la economía ecuatoriana en su relación con el sector de la construcción.....	9
1.1.2. La realidad social y económica actual reflejada en el mercado inmobiliario, tendencia actual.....	15
1.1.3. Análisis del escenario inmobiliario frente a ley para la regulación de los créditos para vivienda y vehículos.....	18
1.2. Nociones Generales del Fideicomiso Mercantil: Fideicomiso Inmobiliario..	21
1.2.1. Legislación y Doctrina Comparada	21
1.2.2. Definición y características del Fideicomiso.....	28
1.2.3. Encargo Fiduciario	30
1.2.4. Fideicomiso Inmobiliario	31
1.2.4.1. Objeto y Fin del Fideicomiso Inmobiliario	33
1.2.4.2.- Naturaleza jurídica del fideicomiso y caracteres.....	34
1.3. Partes Intervinientes Del Fideicomiso	36
1.3.1. Partes Intervinientes	36
1.3.1.1 Partes Intervinientes en el Fideicomiso Inmobiliario	37
1.4. Punto De Equilibrio Del Fideicomiso Inmobiliario.....	40
1.4.1.- Punto de Equilibrio Legal	41
1.4.2.- Punto de Equilibrio Técnico.....	42
1.4.3.- Punto de Equilibrio Financiero	43
1.5. Análisis Comparativo De Otras Alternativas Contractuales	44
1.5.1. Asociación de Cuentas en Participación.....	45
1.5.2. Crédito – Financiamiento directo al Constructor	46
CAPÍTULO II. VERSATILIDAD Y MECANISMOS DE CONTROL.....	49
2.1. Versatilidad Del Fideicomiso Inmobiliario Y Modalidades De Participación En El Negocio.....	49

2.1.1. Formas del Fideicomiso Inmobiliario.....	50
2.1.2. Los Constituyentes en el Fideicomiso Inmobiliario Integral.....	51
2.2. Funcionamiento y Control del Fideicomiso Inmobiliario.....	56
2.2.1. Organización y Control Interno.....	57
2.2.1.1. La Junta de Fideicomiso.....	58
2.2.1.2. La Administradora del Negocio Fiduciario.....	61
2.2.1.3. El Fiscalizador.....	65
2.2.2. Control Externo.....	65
2.2.2.1. La Auditoría Externa.....	65
2.2.2.2. Control Estatal.....	69
CAPÍTULO III	
SEGURIDAD JURÍDICA, RIESGOS, OBLIGACIONES LEGALES Y	
RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO.....	78
3.1. Seguridad Jurídica Y Su Incidencia En El Ámbito Fiduciario.....	78
3.1.2. Seguridad Jurídica y Patrimonio Autónomo:.....	81
3.1.3. Seguridad Jurídica y administración por instrucción.....	83
3.2. Riesgo Fiduciario.....	84
3.2.1 Riesgos aplicados a la Actividad Fiduciaria Inmobiliaria.....	85
3.3 Obligaciones Del Fiduciario.....	91
3.3.1 Obligación de medio y no de resultado.....	92
3.3.2. Obligaciones derivadas del contrato de fiducia inmobiliaria.....	95
3.4 Responsabilidades Del Fiduciario.....	97
IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	101
BIBLIOGRAFÍA.....	108

INTRODUCCIÒN

Los factores económicos y la realidad actual denotan un impulso considerable al mercado inmobiliario sin distinción del nivel socioeconómico y referente a cualquier proyecto estructural. En este sentido y tomando en cuenta el nuevo papel protagónico del Estado, que revela una injerencia significativa del poder estatal en todos los ámbitos y que en consecuencia existe una ampliación significativa del mercado inmobiliario, debemos considerar la incidencia de las implicaciones y repercusiones de la constitución de Contratos de Fideicomisos Inmobiliarios.

Una vez indicados ciertos aspectos importantes para entender el campo en el que se desarrolla el tema, podremos hablar acerca del fideicomiso mercantil, figura jurídica con trayectoria histórica y normativa, que ha sido desarrollada en varios ordenamientos jurídicos a nivel mundial manteniendo una estructura similar sin perjuicio, de que cada país haya conferido ciertas características particulares al contrato de fideicomiso que se utiliza en su territorio.

Sin embargo de lo mencionado se considera que en el presente trabajo se analizará al fideicomiso inmobiliario desde la perspectiva de los constituyentes y desde la visión de la Administradora de negocios fiduciarios, misma que en este tipo de contratos no tiene intereses en juego; es independiente e imparcial que desempeña un papel indispensable en el inicio y desarrollo del negocio. Lo mencionado nos lleva a la conclusión de que el fideicomiso inmobiliario también será considerado como un negocio de gestión que requiere de un trabajo coordinado entre los constituyentes y la fiduciaria.

Sobre las bases de las ideas expuestas y relacionando directamente con la flexibilidad de la figura podemos notar que no existen regulaciones explícitas que determinen o reglamenten la función y delegación de cada uno de estos intervinientes, razones por la que queda abierto a discreción de los constituyentes del fideicomiso, específica y materialmente hablando, a consideración de la Junta de Fideicomiso, todo un marco de actuación y control del desarrollo del proyecto, lo que envuelve beneficios y réditos del mismo. Sin embargo, como se menciona en el presente trabajo es necesario que la Administradora del negocio vigile y guarde los intereses de todos, que preserve el patrimonio autónomo y sobre todo que cada actuación o movimiento que haga el fideicomiso por instrucción de la Junta, se apegue a la legislación vigente.

En relación con las implicaciones que el fideicomiso inmobiliario abarca y considerando las características y complejidad que implica el desarrollo y ejecución de proyectos inmobiliarios, es importante siempre considerar el riesgo que involucra cada proyecto y los alcances del mismo, previo a la constitución del fideicomiso, para que en virtud de este análisis se pueda contar con un contrato constitutivo acorde y adecuado al negocio específico;

Con respecto a la seguridad jurídica del fideicomiso, en el Ecuador y en la actualidad, podemos mencionar que ésta figura representa una alternativa útil a la falta de seguridad jurídica que pueda presentarse en el país. Si bien éste principio no debería ser vulnerado bajo ningún concepto dado que la Constitución ecuatoriana hace varias referencias, directas e indirectas, pues la seguridad jurídica a la que me refiero respecto al patrimonio autónomo es que los bienes que lo conforman dejan de estar bajo el dominio de sus constituyentes, lo que nos permite revisar lo que establece el Art. 122 de la Ley de Mercado de Valores, cuando dice que los bienes transferidos al patrimonio autónomo respaldan únicamente las obligaciones contraídas por el fideicomiso mercantil en cumplimiento de las finalidades establecidas por el constituyente; en consecuencia cualquier acción o juicio que se siga en contra de los constituyentes y en detrimento de sus bienes, posterior a la constitución del Fideicomiso, no afectará al patrimonio autónomo del fideicomiso.

Ahora bien, el marco jurídico y legal que regula al fideicomiso inmobiliario, en algunas ocasiones, puede resultar muy breve por lo que, a pesar de ser un contrato de confianza, es necesario que existan normas claras que reglamenten este tipo de contratos. Se señala lo anterior, en pro de evitar que la discrecionalidad de los actores privados afecte al desarrollo del proyecto y que, de manera directa o indirecta, se vulneren derechos de terceros que muchas veces resultan ser los más perjudicados dentro del ámbito inmobiliario.

CAPÍTULO I

EL MERCADO INMOBILIARIO Y EL FIDEICOMISO

1.1. El Mercado Inmobiliario en el Ecuador y la Realidad Social y Económica del País.

1.1.1. *Factores influyentes en el ámbito social, económico y el Mercado Inmobiliario en los últimos años, breve historial de la economía ecuatoriana en su relación con el sector de la construcción.*

El ámbito socioeconómico y la dinámica del mercado inmobiliario sin duda son parte importante dentro de los aspectos y condiciones que se deben considerar al planificar y desarrollar un proyecto inmobiliario; es así que es necesario conocer el desenvolvimiento de la sociedad en estándares económicos y el comportamiento que ha presentado la industria inmobiliaria, en los últimos años. Sin embargo, su estudio y acrecentamiento no solo responde a factores de rentabilidad económica, sino que involucra y está ligada directamente al componente social. En este sentido es importante considerar que “los cambios y dinámica de comportamiento de las personas y el crecimiento familiar, que se dinamizan con los factores económicos, tecnológicos, culturales, es decir agentes de tipo externo y también internos”¹, impactan de manera directa en todas las personas que se encuentran dentro del sector inmobiliario y de la construcción. Independiente de lo mencionado pero con el afán de complementar y crear una idea global acerca del entorno inmobiliario, es importante recordar que:

La actividad inmobiliaria es probablemente el negocio más grande del mundo. Se estima que la construcción, compra, venta y alquiler de propiedades y los beneficios computados por dueños y ocupantes, representan alrededor del 15% del PIB de los países de mayor

¹ Jaramillo Wilson. *Plan de Negocios QM Quitumbe Moderno*. Ecuador. Universidad San Francisco de Quito. Tesis para el grado de Magíster. 2010. Pg.62.

desarrollo. Los inmuebles también representan alrededor de dos tercios del stock de capital en bienes tangibles en la mayoría de las economías.²

En esta línea, enfocando el estudio en la economía de nuestro país, es importante señalar que en años anteriores al gobierno actual ésta se ha caracterizado por mantener un comportamiento variable, tomando como principal muestra las varias crisis que ha tenido que enfrentar el país y que por su parte han impactado el sector inmobiliario y de la construcción; como punto de referencia me remitiré a los últimos años de la historia del Ecuador, sin que eso signifique que no podamos regresar un poco más en el tiempo para considerar comparativos útiles en lo que se refiere al comportamiento económico ecuatoriano.

Siguiendo la idea, a continuación revisaré brevemente lo sucedido en la historia ecuatoriana para crear un antecedente del estudio que se pretende realizar; inicialmente utilizaré como referencia la información que administra la Organización de las Naciones Unidas, que en su evaluación acerca del Ecuador especifica que:

Como se conoce, a finales de la década de los años 90, el Ecuador atravesó por una de las más graves crisis económicas de su historia contemporánea, que originó un deterioro considerable de casi todas sus variables económicas, consecuentemente un incremento apreciable de los niveles de pobreza. En efecto, el PIB cayó en -6,3% en 1999, la desocupación abierta llegó al 18% de la población económicamente activa para el mismo año, y la inflación se disparó al 91% anual en el 2000.³

Con este antecedente el sistema económico del Ecuador se vio en la necesidad de implementar y a la vez experimentar grandes cambios para poder surgir, por lo que en respuesta a esta situación socioeconómica hostil y desfavorable para todos los actores, el gobierno de turno asumió como salida a la crisis financiera que atravesaba esos años el país, la adopción del dólar estadounidense en remplazo de la moneda nacional, lo que

² “House of cards” *The Economist Special Report*. USA. May 29th/2003. Artículo Online. Internet: www.economist.com Acceso: 2012-10-15

³ Organización De Las Naciones Unidas Para El Desarrollo Industrial. *Evaluación Independiente ECUADOR Programa Integrado para el Mejoramiento Sustentable de la Competitividad Industrial*. 2006. Pg.2. Artículo Online. Internet: <http://www.unido.org>. Acceso: 13-05-2012

generó para el país un índice de estabilidad interna necesaria para el desarrollo e imagen del país.

En comparación con las cifras antes citadas, conviene destacar algunos aspectos notables del entorno económico del Ecuador post dolarización como: “el crecimiento promedio anual del PIB; disminución en los índices de desocupación; la inflación, que en el año 2000 fue del 91,0%, bajó al 2.7% en el 2005; entre otros”⁴; de igual manera cabe recalcar que dicha estabilidad económica ecuatoriana alcanzada por el sistema de dolarización oficial y que estuvo ausente en la década de los ochenta y noventa⁵ contribuyó para que el Ecuador focalice la atención internacional, como un país económicamente confiable.

El Sector de la Construcción.-

El sector de la construcción es componente fundamental de toda actividad económica, puesto que cualquiera de ellas requiere de sus servicios. La inversión que se realice en este sector es importante para la economía del país, tanto la generada por el Estado para obras de infraestructura básica, vial, de recreación y deportes; como la impulsada por el sector privado, especialmente en la rama edificadora.⁶

Luego de esta breve revisión al historial económico ecuatoriano, podré referirme específicamente al sector económico de la construcción que, como se ha mencionado, también sufrió el deterioro de la economía pero que a partir del año 2000 tuvo una recuperación significativa, manteniendo esa tendencia hasta estos últimos días debido principalmente a:

- La estabilidad generada por el nuevo sistema monetario.
- Existencia de una demanda represada de vivienda.
- Desconfianza en el sistema financiero y preferencia por las inversiones
- inmobiliarias, que si bien representan activos menos líquidos, tienen menor
- riesgo y otorgan mayor seguridad económica.

⁴ Luna Osorio, Luis. *Ecuador: Proyección 2020*. Pudelco Editores S.A. Noviembre. 2010. Pg. 342

⁵ Cfr. Naranjo Chiriboga, Marco. *Dolarización Oficial y Regímenes Monetarios en el Ecuador*. Colegio de Economistas de Pichincha. Quito –Ecuador. Septiembre. 2005. Pg.266.

⁶ Luna Osorio, Luis. *Ecuador: Proyección 2020. Ob.Cit.* Pg. 342.

- El incremento significativo de las remesas de inmigrantes destinadas, en gran parte, a la adquisición de vivienda (Calderón, 2009).
- Muchos ahorros provisionales (jubilaciones, cesantías, etc.) se destinaron a inversiones inmobiliarias.⁷

Como se ha revisado, el sector de la construcción ha prosperado y en tal virtud el “Ecuador de los últimos años ha visto crecer las ciudades a gran velocidad con el esfuerzo del sector privado y pocas acciones gubernamentales, pese a sus propuestas de reducir sustancialmente el déficit vigente de unidades habitacionales, los programas de crédito y bonos para la vivienda”⁸; sin embargo, hoy en día podemos notar y los ecuatorianos somos testigos del impulso económico que el Gobierno actual le ha dado a la construcción en algunos aspectos como las obras de ampliación, reparación o construcción de carreteras, puentes y organización vial. De igual manera, salta a la vista el incesante crecimiento de la construcción en la rama edificadora lo que sin duda ha impactado la economía del país y generado varias consecuencias en todo el sector de la construcción inmobiliaria.

En segundo lugar es importante recordar que independientemente del entorno económico “la actividad de la construcción es uno de los principales rubros de la producción; pues, por cada dólar que se invierte en ella el dinero se mueve siete veces, es decir genera siete actividades diferentes como servicios, comercio, alimentación, etc.”⁹, de ahí se sigue que su desenvolvimiento representa un pilar importante en la economía y que por lo tanto, a manera de introducción, amerita su revisión en el presente capítulo.

Debido a la trascendencia que tiene esta actividad dentro de la economía de los países, se configuran razones suficientes para prestar atención al comportamiento del entorno económico financiero internacional en el que la industria inmobiliaria se ha desempeñado en los últimos años; de esta manera, tener un conocimiento global del panorama económico va a arrojar no solo ideas claras e integrales acerca de la realidad nacional, sino también acerca de las posibles repercusiones a nivel país que se pueden generar.

⁷ Trávez, Carlos. *Boletín de Análisis Sectorial y de MIPYMES. Sector de la Construcción*. Programa De Economía FLACSO Sede Ecuador. Enero 2011. Pg. 6

⁸ Luna Osorio, Luis. *Ecuador: Proyección 2020*. Ob.Cit. Pg. 342.

⁹ Luna Osorio, Luis. *Ecuador: Proyección 2020*. Ecuador. Pudelco Editores S.A. Noviembre. 2010. Pg. 345. citó a CAMARA DE LA CONSTRUCCIÓN DE QUITO – BOLETIN: 42 Años contribuyendo al desarrollo del país. Quito, Ecuador. 2004.

Considerando la influencia económica que ejerce el sector de la construcción y el mercado inmobiliario, con el objeto de crear una idea completa acerca de los mismos he considerado importante que se precise la revisión a uno de los sucesos más actuales e íntimamente relacionado con el mercado inmobiliario por eso, a continuación se plasma una serie de ideas referentes a la crisis económica de las llamadas hipotecas *subprime*¹⁰, que tuvo comienzo en la economía estadounidense considerada como una de las economías más fuertes y reconocidas a nivel mundial.

La Burbuja Inmobiliaria y el fenómeno de la crisis financiera de las hipotecas subprime.

La crisis de las subprime es la denominación de un punto culminante e histórico en nuestro sistema económico y nuestra cultura. Se ha producido fundamentalmente tras el estallido de una burbuja especulativa en el mercado inmobiliario que empezó en Estados Unidos en el año 2006 y ya ha causado ciertos estragos en otros muchos países a modo de derrumbes financieros y crisis de liquidez global en los créditos.¹¹

En base a lo que el autor denomina como punto fundamental del inicio de la crisis financiera e inmobiliaria a nivel internacional determinaré que dicha crisis financiera, de manera directa o indirecta, va a tener repercusiones en nuestro sistema financiero y por ende en el mercado inmobiliario ecuatoriano, considerando principalmente que muchos de los inversionistas son personas migrantes y en su mayoría habitan en los países más afectados por esta crisis; es por esto que resulta necesario e importante, tanto para el gobierno como para cada uno de los actores de éste sector de la economía se tomen las medidas que se requieran para evitar o aplacar este riesgo de crisis y al mismo tiempo se revisen las principales razones que causaron el apareamiento de tal fenómeno financiero en Estados Unidos. Como parte de la investigación realizada, haré mío el criterio de Xavier

¹⁰ “Las hipotecas subprime se caracterizan por tener un importe que supera el 85% o 90% del valor de tasación, lo que incrementa el riesgo en caso de que los precios del mercado inmobiliario bajen. Además las cuotas anuales de estos préstamos superan el 50% o el 55% de los ingresos del cliente. Suelen ser préstamos a tipo de interés variable, por tanto, en caso de subida de tipos de interés la capacidad de devolución puede verse muy mermada.” Amat I Salas Oriol. *Euforia y Pánico. Aprendiendo de las burbujas*. Barcelona – España. Profit Editorial 2009. Pg. 50

¹¹ Shiller. Robert J. *El estallido de la burbuja, Como se llegó a la crisis y cómo salir de ella*. 2009. Libro Online. Internet: <http://books.google.com.ec> Acceso:07-06-2012

Sala I Martin, cuando explica el escenario de la crisis y las razones que motivaron este suceso:

El mantenimiento de tipos de interés artificialmente bajos por parte de autoridades monetarias públicas llevan a demasiada gente a pedir hipotecas, cosa que provoca aumentos exorbitantes de los precios de los inmuebles. (...) Se dice que demasiados bancos privados prestaron demasiado dinero a demasiadas familias con pocos recursos (familias subprime). ¿Por qué lo hicieron? Respuesta: entre otras cosas, porque dos instituciones semipúblicas (Freddie Mac y Fannie Mae) garantizaban esas hipotecas.¹²

Complementando la idea, Julio José Prado, Director del IDE Business School ha señalado muy acertadamente las características de una burbuja inmobiliaria:

Primero, necesitamos un detonante que generalmente son tasas de interés bajas, muy bajas, durante largo tiempo. Segundo, necesitamos un acelerador que en cualquier parte del mundo sería la casa de valores en donde comienzan a negociarse bonos e hipotecas empaquetadas. Tercero, necesitamos más combustible para que el fuego se propague, que generalmente está dado por un alza de precios sostenida y acelerada (más importante que el precio mismo, es que la expectativa de precios altos se mantenga). Cuatro, necesitamos que el crédito siga disponible en forma tan abundante que supere incluso la demanda.¹³

Enfocando lo indicado por los autores en la realidad ecuatoriana, la mayoría de personas incluyendo autoridades, directivos de instituciones financieras, constructoras y clientes del mercado inmobiliario en general han descartado el riesgo de que exista una burbuja inmobiliaria o que por lo menos exista un riesgo de suceso; mas en palabras de Julio José Prado “no debemos perder de vista la gran lección de la crisis inmobiliaria en Estados Unidos, si los bancos (públicos y privados) no hubiesen prestado a personas de alto riesgo (los famosos NINJA, No Income No JoB No Assets), la crisis no hubiera ocurrido”.¹⁴ Considerando esta serie de características, sucesos y consecuencias podré concluir que en

¹² Sala I Martin. Xavier. *Pues yo lo veo así. Sobre la crisis económica y más*. Internet: <http://books.google.com.ec/books>. Acceso:07-06-2012

¹³ Prado. José Luis. *Burbuja Inmobiliaria y otros sobresaltos*. Ecuador. 2011. Pg. 197. Artículo Online. Internet: <http://ekosnegocios.com> Acceso: 01-11-2012

¹⁴ *Ibíd.* Pg. 198.

el Ecuador es indispensable que las entidades financieras, en especial las públicas y semipúblicas, aumenten sus niveles de calificación de riesgo, traten de evitar un exceso de liquidez en el sistema financiero, y sobre todo creen las condiciones económicas necesarias, sin injerencias políticas, para que la gente acceda a una vivienda propia.

1.1.2. *La realidad social y económica actual reflejada en el mercado inmobiliario, tendencia actual.*

Como se ha manifestado anteriormente, la realidad social y económica del Ecuador está sujeta a varios índices de cambio por lo que para el presente trabajo es importante revisar desde la óptica macroeconómica al sector de la construcción; haciendo énfasis se conoce a la ciencia macroeconómica como “la encargada de analizar el comportamiento de los agregados globales, y de factores tales como el empleo, la inflación, la producción total de los bienes finales del país”¹⁵, así en el presente caso se consideró necesario revisar las estadísticas macroeconómicas del Banco Central del Ecuador a corte marzo del 2012, que denotan que esta industria ha apuntado un nivel considerable de crecimiento en vista de que demuestran que es la industria de la construcción pública y privada uno de los factores que más motivaron el crecimiento del Producto Interno Bruto en el año 2011, las cifras del sector de la construcción “presentaron un crecimiento del 21,4% en el 2011, utilizando el 7% del empleo del país”¹⁶; partiendo de la situación descrita, vale tener en cuenta además que un fuerte componente incluido en esta estadística es la construcción referente a obras públicas y vialidad.

Por otro lado, resulta asimismo interesante considerar que el sector de la construcción referente al área edificadora ha presentado un importante ranking de ventas, en efecto “cerró 2010 con ventas de más de USD 3000 millones, y empleó directamente a más de 383 mil personas sin contar todo el aporte que representa para la economía dado su fuerte encadenamiento con otros factores”.¹⁷

¹⁵ Jaramillo. Wilson. *Plan de Negocios QM Quitumbe Moderno*. Tesis para el grado de Magíster. Universidad San Francisco de Quito. 2010. Pg.46.

¹⁶ CEA. “El sector hipotecario en aumento”. *Revista CRITERIOS Actualidad y Negocios*. Junio/2012. Quito - Ecuador. Pg.11.

¹⁷ MARKET WATCH. Inteligencia de Mercado. *Revista CRITERIOS Actualidad y Negocios*. Junio/2012. Quito - Ecuador. Pg.13.

Desde otra perspectiva de análisis, la incidencia y vinculación que presentan las instituciones del sistema financiero, tanto la banca pública como la banca privada en el desarrollo del mercado inmobiliario es trascendente ya que no solo representan un factor influyente en el mercado inmobiliario sino que creo que es, evidentemente, un elemento fundamental dentro de este estudio; se sugiere esta idea en vista de que las políticas crediticias, políticas de inversión e índices de riesgo que aplican estas instituciones a cada uno de sus productos bancarios son muy favorables para este sector; dicha tendencia ha desembocado en un aumento significativo en la colocación de recursos por parte de las instituciones financieras públicas y privadas considerando que “en el 2010, el monto de créditos para vivienda fue de 1097 millones, y en el 2011 la cifra llegó a 1358 millones”.¹⁸ De hecho, el repunte de ciertas instituciones financieras públicas ha viabilizado y facilitado el acceso a productos financieros de crédito, lo que a su vez y de manera directa, ha impactado al negocio inmobiliario generando así mayor interés en este sector de la economía, no solo de parte de compradores sino de inversionistas que ven en el ejercicio de la construcción un negocio con resultado rentable.

Dentro de este orden de ideas a partir del 2009, el Banco del Instituto de Seguridad Social - BIESS ha jugado un rol fundamental en la colocación de préstamos hipotecarios, así para entender el nivel de protagonismo que ha tenido esta institución financiera en los últimos años, a continuación se señala la información de la actividad financiera del BIESS 2011 y proyectada para todo el año 2012:

¹⁸ CEA Ob.Cit. Pg.10

Préstamos Hipotecarios desde el 2008 hasta el 2011.

- 24 millones – 2008
- 444 millones – 2009
- 535 millones – 2010
- 766 millones – 2011

Total: Más de 53mil familias ya cuentan con su vivienda propia.

Generación de oferta inmobiliaria: 257 millones comprometidos en inversiones.-

- Financiamiento e inversión de 62 proyectos urbanísticos.
- Más de 25 mil soluciones habitacionales previstas para el 2012.
- Contribución al crecimiento del sector de la construcción y generación de miles de empleos.
- Nuevo crédito hipotecario para sustitución de hipoteca, permitiendo a los afiliados trasladar su deuda de otra institución financiera al BIESS.

Objetivo préstamos hipotecarios 2012: 900 millones a 23.370 afiliados y jubilados.

Ampliación de la oferta crediticia.-

- Implementación de nuevos productos crediticios entre los cuales se encuentran préstamos para compra de terreno, con opción a construcción de vivienda, así como compra de oficinas, locales comerciales y consultorios.

Fuente: Suplemento Balance Más. Revista Biess de Circulación Nacional. Abril/2012

Con el tipo de proyecciones señaladas en el cuadro anterior y estadísticas como la presentada por el Instituto Nacional de Estadística y Censos - INEC, según el último Censo en el que el resultado arroja que “en 2010, el 41% de los habitantes de la ciudad de Quito tienen una casa propia, el 11% está pagando una que adquirió, el 34% arrienda y el 11% restante vive en una casa prestada y no realiza pago alguno por vivir en ese lugar”¹⁹, resulta claro que nuestro país está atravesando un auge inmobiliario importante, en donde varios son los actores y factores que influyen e intervienen en el mismo.

¹⁹ MARKET WATCH. Inteligencia de Mercado. Ob.Cit.

Por su parte, las instituciones financieras son las que mayor impulso han dado a este sector, puesto que resulta un negocio atractivo considerando que la tasa de morosidad que presenta es baja y los rendimientos son altos.

1.1.3. *Análisis del escenario inmobiliario frente a ley para la regulación de los créditos para vivienda y vehículos.*

En el año 2012 la Asamblea Nacional aprobó el proyecto de ley enviado por el Presidente de la República con carácter de urgente, referente a la regulación del otorgamiento de créditos de vivienda y vehículos, cuya motivación se enfoca en evitar que los efectos de la burbuja inmobiliaria ocurrida en España, se repitan en el país. Adicionalmente considero que se pretende proteger a los ecuatorianos que viven en el exterior puesto que menciona que “las sentencias extranjeras originadas en operaciones crediticias con garantía hipotecaria de vivienda situada fuera del país y que persigan el embargo y remate de bienes no caucionados para dichos créditos, no serán ejecutadas en el territorio nacional”.²⁰ Dicha ley contempla ciertas condiciones para su aplicabilidad, sin embargo se han dejado abiertas muchas interrogantes respecto a su alcance y aplicación, causando sobretodo, incomodidad en todas las instituciones financieras que prevén que este proyecto de ley no es la mejor alternativa o medio para salvaguardar y proteger los intereses de los ecuatorianos respecto de su realidad inmobiliaria.

Específicamente, respecto al ámbito inmobiliario, esta ley se refiere:

- i. Ámbito de aplicación.- Exclusivo para personas naturales, quienes accedan a un crédito hipotecario en una institución financiera para adquirir o construir una única vivienda familiar o para remodelación o readecuación de la única vivienda familiar; esta ley se refiere a los procesos de ejecución de garantías de créditos otorgados en el exterior a migrantes ecuatorianos, los mismos que no tendrán efecto alguno sobre los bienes que mantenga el deudor en el Ecuador.
- ii. Condiciones.- Que el monto del crédito no exceda los 500 salarios básicos unificados, cuyo objeto sea adquirir o construir una única vivienda familiar, ó para

²⁰ Cfr. Ley Orgánica para la regulación de los créditos para vivienda y vehículos. Disposición General Segunda. Reg. Oficial N°732. 26 de junio de 2012

la remodelación o readecuación de la única vivienda familiar, y que en garantía se constituya una hipoteca sobre el bien inmueble objeto del crédito. Estas operaciones de crédito no podrán caucionarse con otro tipo de garantías ni sobre bienes distintos a los del objeto del crédito; tampoco se podrá suscribir documento alguno que represente una obligación colateral adicional a la hipotecaria, en respaldo de la deuda adquirida.

- iii. Garantía.- Si el deudor no puede cancelar de buena fe el crédito entonces, entregará el bien y quedará extinguida la deuda. La ley dispone que, las obligaciones contraídas por estos créditos y que sean declaradas de plazo vencido, podrán ser cobradas a través de la respectiva ejecución de la garantía o con dación en pago del bien dado en garantía; consecuentemente se extinguirá la deuda excluyendo la posibilidad de que algún tercero tenga la facultad de iniciar un concurso de acreedores contra éste o contra su sociedad conyugal alegando deudas pendientes por costas procesales, honorarios de abogados u otros gastos. Si existiere un excedente posterior al proceso de remate o subasta a favor deudor se lo entregará al mismo. Adicionalmente, respecto a los intereses esta ley señala que una vez realizado el embargo o cualquier otro procedimiento de recuperación del bien, el crédito dejará de devengar intereses.

Con la vigencia de esta ley y siempre que concurran las circunstancias previstas anteriormente no serán aplicables los artículos 2327 y 2367²¹ del Código Civil, el artículo 105 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, ni artículo o disposición legal que se oponga a la plena vigencia de la misma.

Analizando detalladamente lo que dice la ley considero que desde el nombre de la ley es erróneo pues el espíritu no es regular el otorgamiento de créditos, tal como lo dice, sino que en líneas generales contempla el sistema garantista de la operación crediticia, su

²¹ Ecuador. Código Civil. Codificación No. 2005-010. Art. 2327.- “El ejercicio de la acción hipotecaria no perjudica a la acción personal del acreedor para hacerse pagar con los bienes del deudor que no le han sido hipotecados; pero aquella no comunica a ésta el derecho de preferencia que corresponde a la primera. Esta disposición no se aplicará en los casos de excepción previstos en la ley.” Art. 2367.- “Toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el Art. 1634 y los demás casos previstos en la ley.”

procedimiento; es decir abarca desde el momento en que el bien inmueble es entregado en garantía hasta el momento de la ejecución en caso de no pago.

Con respecto a la aplicación de la ley, se derivan algunas interrogantes y en consecuencia, varias posibilidades de aplicación; así, podríamos preguntarnos qué entiende el legislador cuando en la ley se refiere a *única vivienda familiar*, cuál es el sentido que engloba su definición, quien tiene la carga de la prueba dentro del juicio, entre otras. Desconociendo este hecho, puede considerarse como *única vivienda familiar*, al lugar donde la persona, sujeto de crédito, viva con su familia (si es que la tiene), ó simplemente se refiere a la única vivienda que se refleje en el patrimonio, independientemente del uso que se le dé, sea esta para uso personal, familiar, arriendo, etc.

Siguiendo con el análisis y como se sabe que, en principio la ley no es retroactiva, las entidades financieras desconocen si se debe aplicar esta ley o continuar con el proceso de ejecución anterior frente al caso de que algún deudor, que haya obtenido su crédito con anterioridad a la expedición de la ley, presente las características y situaciones antes mencionadas y entre en mora. Adicionalmente, según varios pronunciamientos de los directivos de entidades financieras se piensa que la coyuntura y las motivaciones sociales que impulsaron al Presidente a promover esta ley, pueden influir al momento de llevar a cabo el proceso judicial respectivo.

Las posibles consecuencias que esta medida ocasionará, va a depender de los actores económicos que se vean afectados, así; los clientes pueden evidenciar que el otorgamiento de los créditos se ha vuelto menos flexible, incluso con respecto a montos, esto en el caso de instituciones financieras privadas. Sin embargo, el Banco del Instituto de Seguridad Social BIESS (considerado como banca pública) ha seguido manteniendo sus índices de riesgo y ha seguido otorgando créditos hipotecarios bajo las mismas condiciones. Sea esta la razón, el sector de la construcción ha sentido los efectos de la vigencia de esta ley pero sin mucho impacto pues como se ha mencionado, la banca pública ha mantenido sus niveles de otorgamiento de créditos, incluso se proyecta a alcanzar metas altas que no reflejan en ningún aspecto los inconvenientes de la banca privada.

Partiendo de los supuestos anteriores, se ha identificado que el sector de la construcción en general necesita sin duda de figuras legales versátiles y útiles que, sin perder de vista el dinamismo y el control del negocio, presenten los elementos fundamentales para otorgar a

sus partícipes transparencia y seguridad en el desarrollo integral del proyecto, iniciando desde su administración e incluyendo la factibilidad y facilidad de lograr contar con un apalancamiento financiero, acorde a la capacidad de endeudamiento del proyecto y de sus actores. Previo al estudio del fideicomiso inmobiliario se ha y considerando que el desarrollo de un proyecto siempre va a ser vulnerable a cualquier cambio económico, ya sea en la construcción, promoción de proyecto, punto de equilibrio, entre otras cosas; con este análisis y revisión general se ha querido introducir a la temática inmobiliaria para que se entienda el entorno social, económico y político en el que se desenvuelve el fideicomiso actualmente.

1.2. Nociones Generales del Fideicomiso Mercantil: Fideicomiso Inmobiliario

1.2.1. Legislación y Doctrina Comparada

Con el objeto de lograr un análisis más profundo acerca del tratamiento del fideicomiso y los negocios fiduciarios, a continuación se hace una breve referencia al derecho comparado de algunos países latinoamericanos para encontrar diferencias y singularidades importantes en relación al tratamiento y legislación del fideicomiso en el Ecuador.

Sin duda alguna el Fideicomiso ha alcanzado gran éxito en América Latina en vista de que cada vez el mercado exige la utilización de esta figura para los fines de inversión o administración que requiera; tal es el caso de México que ha desarrollado la mayoría de su infraestructura turística inmobiliaria basada en el fideicomiso, quien a su vez fue el primer país latinoamericano en hacer uso de este instrumento, creando una amplia trayectoria en el uso del fideicomiso para los más variados proyectos de inversión e infraestructura.

Esquema de Legislación Comparada

1.- México:

Fuente.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Art. 381, 385, 386.

Definición.- Por el contrato de fideicomiso, el fideicomitente transmite a la fiduciaria la propiedad o la 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.

Partes Intervinientes.- Sólo pueden ser fideicomitentes las personas con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos. Pueden actuar como Fiduciarias sólo instituciones fiduciarias expresamente autorizadas conforme a la ley; en el fideicomiso podrán intervenir varias fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el cargo de fiduciario, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse.

Patrimonio del Fideicomiso.- Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular. Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran. La institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes y mantenerlos en forma separada de sus activos.

Doctrina.- Por su parte, la doctrina mexicana nos indica que:

El fideicomiso constituye una universalidad patrimonial; que como el de las sociedades mercantiles, está condicionado y sometido a la dirección y desarrollo de una persona física con facultades y poderes específicos para poder hacerlo. El objeto del fideicomiso (es decir, los bienes que configuran un patrimonio independiente) a partir de serlo, pasan a formar parte del mundo de los bienes jurídicos que por diversas razones deben ser vigilados, ya que su propietario no puede ejercer esa propiedad ilimitadamente, como normalmente se ejerce la propiedad de los patrimonios no vigilados de manera especial.²²

De lo expuesto podemos distinguir que el fideicomiso en México es una figura jurídica basada en la confianza, mediante la cual se transfiere la propiedad de los bienes fideicomitados a la Fiduciaria para que, de acuerdo a instrucciones expresas del Constituyente, cumpla con el fin del fideicomiso. Una característica importante es que la legislación mexicana prevé la posibilidad de que varias Fiduciarias puedan representar al Fideicomiso, estableciendo inicialmente en el Contrato de Fideicomiso las condiciones en

²² Dávalos Mejía. L. Carlos. *Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras*. México, D. F. Editorial Harla. 1984. Pg.435-436

las que se deberá sustituir o comparecer conjuntamente con una segunda Fiduciaria; respecto a este punto entendemos que el espíritu de ésta ley no es establecer causales que impliquen necesariamente falta de diligencia o prudencia de la Fiduciaria que ocasionen la sustitución, sino que debe referirse a la especialidad o experiencia con la que cuente cada Institución Fiduciaria para respaldar (de cierta manera) así un buen cumplimiento de instrucciones y fin del Fideicomiso.

Específicamente respecto a la transferencia de propiedad y conformación del patrimonio autónomo, la doctrina señala que si bien existe una transmisión de propiedad al Fiduciario para que ejerza su titularidad y dirección, ésta no es en términos civiles, sino en términos fiduciarios ya que se encuentra fuertemente limitada por las normas e instrucciones que se establezcan en el acto constitutivo y su interés no es otro que la consecución del fin ulterior.²³

2.- País.- Argentina:

Fuente: Ley N° 24.441. Art. 1, 5, 15

Definición.- Habrá fideicomiso cuando el fiduciante transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados, al fiduciario, 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 o al fideicomisario.

Partes Intervinientes.- Complementando lo mencionado en el párrafo anterior es también relevante señalar que sólo podrán ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional de Valores.

Patrimonio del Fideicomiso.- Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante; dicho patrimonio quedará exento de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario y tampoco podrán agredir los bienes fideicomitados los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de dicho patrimonio y subrogarse en sus derechos.

²³ Cfr. Dávalos Mejía. L. Carlos. *Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras*. México, D. F. Editorial Harla. 1984. Pg.435-436-437

Doctrina.- La doctrina define al negocio fiduciario como:

Una declaración de voluntad a través del cual el fiduciante inviste a otro, el fiduciario, de una posición jurídica frente a terceros, como medio que excede al fin práctico tenido en vista por las partes con la obligación de devolver el derecho estando su realización limitada por la convención fiduciaria establecida entre los dos sujetos.²⁴

Revisando lo indicado por la legislación y la doctrina Argentina puedo señalar que más allá de las semejanzas que haya con el tratamiento del Fideicomiso en el Ecuador, Argentina encuentra imposible que, mediante la formación de un patrimonio autónomo éste llegue a formar una persona jurídica distinta de sus constituyentes, beneficiarios y Fiduciario. Kiper y Lisoprawski, en su obra Tratado de Fideicomiso, hacen un análisis importante acerca del porqué no se podría considerar en ningún momento al patrimonio autónomo como una nueva persona jurídica, señalando que si la autonomía es una consecuencia de la personalidad, dicha autonomía no presupone inversamente la existencia de sujetos diferentes y que por lo tanto no es viable el nacimiento de una persona jurídica.

3.- País.- Colombia:

Fuente.- Código de Comercio. Artículo 1226, 1227, 1229, 1233

Definición.- La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario.

Partes Intervinientes.- Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios. La existencia del fideicomisario no es necesaria en el acto de constitución del fideicomiso, pero debe ser posible y realizarse dentro del término de duración del mismo.

Patrimonio Autónomo.- Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida. Para todos los efectos legales, los bienes

²⁴ Kiper. Claudio. Régimen Jurídico del Dominio Fiduciario. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1989. Pg. 68.

fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios.

Doctrina.- Para esto, Sergio Rodríguez Azuero apropiadamente señala que el fideicomiso es el “negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o mas 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”.²⁵ En este sentido se comprende lo dicho por Rodrigo Lara Bonilla cuando precisa que “la gente realiza negocios de fiducia mercantil fundamentalmente por eso, porque necesitan que algún profesional competente realice en su interés, una finalidad”.²⁶

En este contexto cabe señalar que Colombia cuenta con una notable participación en el manejo de fondos de inversión y desarrollo de proyectos inmobiliarios a través de fideicomiso, hoy en día los recursos de terceros administrados por las fiduciarias colombianas alcanzan los USD 98.312 millones.”²⁷

Las conclusiones derivadas del presente esquema de legislación comparada son que el tratamiento que la legislación latinoamericana, en este caso concreto los países de México, Argentina y Colombia, simultáneamente entiende al Fideicomiso como una expresión de la voluntad, distinta al mandato, en donde los constituyentes confían su patrimonio a una entidad fiduciaria como medio para el cumplimiento de un fin particular. De igual manera concuerdan en que el patrimonio fideicomitado está libre de toda persecución de acreedores, tanto de los constituyentes como de la propia institución Fiduciaria, quien deberá ser una entidad calificada y autorizada por el órgano que corresponda para que pueda ejercer las veces de Fiduciario.

Sin embargo de las similitudes señaladas, cada país guarda singularidades en cuanto a la forma de legislar, contabilizar los bienes y controlar al Fideicomiso razón por lo que de manera específica a la materia del presente trabajo, a continuación se detalla lo que la legislación ecuatoriana expresa al respecto.

²⁵ Rodríguez Azuero. Sergio. “*Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*” Colombia. Editorial Legis. 2005. Pg.182.

²⁶ Escuela Judicial Lara Bonilla Rodrigo. *Nociones Fundamentales de Fiducia*. Asociación de Fiduciarias. Santa Fé de Bogotá. Colombia. 1994. Pg. 29

²⁷ Calderón. Aquiles. “El Fideicomiso y la Protección de la Inversión Extranjera”. *Revista Mercado*. República Dominicana. Octubre/2011. Artículo Online. Internet: <http://www.revistamercado.do> Fecha de Acceso: 28-12-2012

4. País.- Ecuador:

El fideicomiso dentro del derecho y legislación ecuatoriana, es un tema que requiere de un estudio amplio detallado en vista de su singularidad y especialidad; es así que resulta indispensable marginar el punto inicial del presente tema y señalar que, el ordenamiento jurídico ecuatoriano contempla dos ópticas de estudio: civil y mercantil.

Ámbito Mercantil:

Fuente: Ley de Mercado de Valores. Codificación No. 2006-001. Art. 109, 115, 116, 118

Definición.- Por el contrato de fideicomiso mercantil una persona llamada constituyente o fideicomitente transfiere, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes a un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, como su fiduciaria y representante legal, cumpla con las finalidades instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

Partes Intervinientes: Pueden actuar como constituyentes las personas naturales o jurídicas privadas, públicas²⁸ o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, quienes transferirán el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil. Serán beneficiarios los designados como tales por el constituyente en el contrato o posteriormente si en el contrato se ha previsto tal atribución.

Patrimonio del Fideicomiso.- Cada fideicomiso mercantil estará integrado por los bienes, derechos, créditos, obligaciones y contingentes que sean transferidos o que sean consecuencia del cumplimiento de la finalidad establecida por el constituyente. Consecuentemente, el patrimonio del fideicomiso mercantil garantiza las obligaciones y responsabilidades que el fiduciario contraiga por cuenta del fideicomiso mercantil para el cumplimiento de las finalidades previstas en el contrato, por ello quienes tengan créditos a favor o con ocasión de actos o contratos celebrados con un fiduciario que actuó por cuenta de un fideicomiso mercantil, sólo podrán perseguir los bienes del fideicomiso mercantil del cual se trate.

²⁸ Las instituciones del sector público que actúen en tal calidad, se sujetarán al reglamento especial que para el efecto expedirá el Consejo Nacional de Valores

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 del fiduciario.

Ámbito Civil:

Fuente: Código Civil Ecuatoriano Art. 748, 756

En materia estrictamente civil, el código civil ecuatoriano desde el artículo 748 hasta el artículo 777 establece todo lo relacionado con el fideicomiso, entendiéndose a este como la propiedad que está sujeta a gravamen de pasar a otra persona, una limitación al dominio, por el hecho de verificarse una condición.

En este sentido es pertinente señalar que el estudio que hace el legislador sobre el fideicomiso se centra en el objeto del mismo, el cual es establecer por parte del Constituyente un mecanismo de cumplimiento, obligando al Fideicomisario a la consecución de una o varias condiciones para que pueda obtener el dominio de la cosa dada en propiedad fiduciaria, en tal sentido la ley señala que la traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución.

En el fideicomiso civil, no así en el fideicomiso mercantil, nuestra legislación es acorde a la legislación mexicana que prevé la existencia de no sólo uno, sino dos o más fiduciarios, y dos o más fideicomisarios.

Debido a lo mencionado, surge entonces acotar que el presente trabajo concierne solo al Fideicomiso Mercantil Ecuatoriano de tipo Inmobiliario, su tratamiento legal en el marco jurídico ecuatoriano y la revisión y estudio de la serie de singularidades y diferencias que abarca esta figura.

1.2.2. Definición y características del Fideicomiso.

El Fideicomiso Mercantil es un *negocio fiduciario*²⁹, figura jurídica que se basa en la confianza depositada en un tercero, distinta a otras figuras, no muy conocida por la generalidad, pero muy utilizada en la actualidad.

²⁹ Ecuador. Ley de Mercado de Valores. Codificación No. 2006-001. Art.112. “De los negocios fiduciarios.- Negocios fiduciarios son aquéllos actos de confianza en virtud de los cuales una

En materia mercantil el fideicomiso y la actividad fiduciaria se rigen bajo las normas de la Ley de Mercado de Valores y la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, marco jurídico que tiene por objeto la promoción de un mercado de valores organizado, integrado, eficaz y transparente³⁰ y cuyo ámbito de aplicación “abarca el mercado de valores en sus segmentos bursátil y extrabursátil, las administradoras de fondos y fideicomisos, las calificadoras de riesgo, y demás participantes que de cualquier manera actúen en el mercado de valores”.³¹

En lo que se refiere estrictamente al Fideicomiso Mercantil el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores lo define como “el patrimonio autónomo, esto es el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato”.³² Doctrinariamente consideraré conveniente citar a Giraldi, pues es quien nos habla de un patrimonio de afectación, teoría que difiere de la teoría clásica pero que en contraste con nuestra legislación nos ayudará a discernir el concepto de fideicomiso; sobre esta base Giraldi define al fideicomiso mercantil como “un negocio jurídico consistente en la afectación de un patrimonio a un propósito determinado en beneficio de alguien y en el encargo a un sujeto ajeno a la finalidad de realizar los actos tendientes a su cumplimiento”.³³

De manera aclarativa:

La teoría del patrimonio de afectación difiere de la teoría clásica que considera que toda persona tendrá siempre un solo patrimonio, en el patrimonio afectación la persona puede tener varios patrimonios porque puede manejar a la vez varios fines jurídico-económicos

persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos para que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del constituyente o de un tercero. Si hay transferencia de la propiedad de los bienes el fideicomiso se denominará mercantil, particular que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los que sólo existe la mera entrega de los bienes.”

³⁰ Ecuador. Ley de Mercado de Valores. Codificación No. 2006-001. Art. 1.

³¹ Cfr. Ecuador. Ley de Mercado de Valores. Codificación No. 2006-001. Art. 1.

³² Ob. Cit. Ley de Mercado de Valores. Art. 109.

³³ Giraldi, Pedro M. *Fideicomiso (ley 24.441)*. Buenos Aires. Argentina. Editorial Depalma. 1998. p.21.

considerados como masas autónomas entre sí y pueden transmitirse por acto entre vivos, como en el fideicomiso.³⁴

Para *Sánchez Soldi* el Fideicomiso “es la destinación de ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de dicho fin a una institución fiduciaria.”³⁵ Complementariamente, otros autores señalan que “el fideicomiso mercantil es un negocio, real; complejo, pero unitario; de confianza; de colaboración.”³⁶

Tomando en cuenta las definiciones antes detalladas se entiende que el Fideicomiso en líneas generales es una relación tripartita que comprende la destinación de bienes a un fin específico, bajo ciertas condiciones e instrucciones. Consiguientemente, entendiendo que en la legislación ecuatoriana el fideicomiso goza de personalidad jurídica se puede concluir que el Fideicomiso es de cierta manera un patrimonio de afectación a favor de *alguien*, cuyos bienes tienen una finalidad instaurada por el Constituyente en el contrato de constitución de Fideicomiso. En esta relación contractual es de trascendental importancia la actuación del Fiduciario, quien va a ejercer todo lo estipulado en el contrato, con la singularidad de que en el Ecuador “cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal y quien ejercerá tales funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato.”³⁷

Es también relevante mencionar que Giraldi en la definición antes citada, habla de un *encargo a un sujeto ajeno* lo que hace entender que en la relación jurídica del Fideicomiso existe un tercero imparcial; sin embargo también provoca una confusión entre lo que en el Ecuador se denomina como Encargo Fiduciario y que a continuación se trata.

³⁴ Roalandini. Jesús. *El Fideicomiso Mexicano*. Texto Jurídico Bancomer. Instituto Fiduciario Bancomer. México. Pg. s/n.

³⁵ Sanchez. Sodi. Horacio. *El fideicomiso en México*. México .1996

³⁶ Guzmán. Carrasco. Marco Antonio. *Contratación mercantil y bancaria especializada*. Loja-Ecuador. UTPL. 2005. Pg. s/n.

³⁷ Ecuador. Ley de Mercado de Valores. Codificación No. 2006-001. Artículo 119.

1.2.3. Encargo Fiduciario

Respecto al Encargo Fiduciario la doctrina nos enseña que “el encargo es un mandato, pero sin transferencia de bienes. Esta ha sido su nota característica que lo diferencia de la fiducia, y que además, con este negocio fiduciario no se constituye un patrimonio autónomo.”³⁸ Así mismo la Ley de Mercado de Valores señala que en el “Encargo Fiduciario una persona llamada constituyente instruye a otra llamada fiduciario, para que de manera irrevocable, con carácter temporal y por cuenta de aquél, cumpla diversas finalidades, en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario”.³⁹ Es así que mediante el contrato de encargo fiduciario lo que se intenta es que el fideicomitente encomiende a una entidad fiduciaria la administración de ciertos bienes, lo que implica un seguimiento de instrucciones y la ejecución de determinadas actividades, de acuerdo con la finalidad prevista en el contrato. En torno a este tema el autor Rodríguez Azuero sostiene que “tanto en el Encargo Fiduciario como en el fideicomiso, el fiduciario deberá cumplir una finalidad legítima señalada por el Constituyente, pero su posición jurídica frente a los bienes será diversa en función de que en el Encargo Fiduciario no existe transferencia de la propiedad, sino apenas la mera tenencia del objeto”.⁴⁰

En tal sentido, es primordial citar a la Corte Suprema de Justicia de Colombia que en una de sus sentencias de casación, de fecha 20 de julio de 2008 (Exp. No. 11001- 3103-036-1999-01458-01) ha dicho que:

Los encargos fiduciarios, prima facie, ostentan caracteres de los negocios de cooperación o colaboración, desarrollan intereses dignos de tutela proyectados en una finalidad lícita plasmada en una gestión de confianza para beneficio del encargante o de un tercero.

Adicionalmente en su análisis del caso, la Sala de Casación Civil ha advertido que:

No es lo mismo el contrato de fiducia mercantil y el encargo fiduciario, dado que el primero se caracteriza por la transferencia especial del dominio de los bienes

³⁸ Rengifo. García. Ernesto. *La Fiducia Mercantil y Pública en Colombia*. Universidad Externado de Colombia. 1998. Pg. 218

³⁹ Cfr. Ecuador. Ley de Mercado de Valores. Codificación No. 2006-001. Art. 114.

⁴⁰ Cfr. Rodríguez Azuero. Sergio. “*Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*” Colombia. Editorial Legis. 2005. Pg.54

especificados, en tanto que el segundo, amén de instrumentarse en las normas del mandato, por la entrega de los bienes, pero a título de mera tenencia. De manera que si en el encargo fiduciario no hay desplazamiento del derecho de dominio de los bienes, pues el fiduciario, en desarrollo de su función, es un simple tenedor de los mismos, lo cual implica reconocer dominio ajeno, esto trae como consecuencia que no se genera un patrimonio autónomo, a diferencia de la fiducia mercantil.

Una vez tratada la definición de encargo fiduciario, podemos concluir que en este contrato se presentan los elementos subjetivos del contrato de fideicomiso mercantil, pero a diferencia de éste, no existe transferencia de dominio de los bienes de parte del constituyente, quien conserva la propiedad de los mismos y únicamente los destina al cumplimiento de finalidades instituidas de manera irrevocable. Consecuentemente, en los encargos fiduciarios no se configura personalidad jurídica alguna.

1.2.4. Fideicomiso Inmobiliario

La versatilidad de la estructura jurídica y administrativa del fideicomiso mercantil facilita utilizarlo como una herramienta útil para proyectos inmobiliarios de pequeña, mediana o gran envergadura, es por esto que doctrinariamente se ha establecido que:

Una de las principales finalidades por la que se legisló el fideicomiso fue la promoción de la vivienda y la construcción; durante muchas décadas se buscó fórmulas seguras que permitieran darle forma a negocios inmobiliarios fomentando la iniciativa privada e incentivando el ahorro de la población, combinando la realización de emprendimientos habitacionales con el financiamiento.⁴¹

Tratando de profundizar en el tema, las legislaciones han encontrado factible clasificar al Fideicomiso Mercantil de acuerdo a su finalidad, basándose en los estudios e investigaciones que cada uno de los países ha desarrollado, mismos que revelan que las finalidades de la fiducia dentro del mercado pueden ser tan amplias y extensas como la imaginación comercial y requerimientos de los constituyentes se intenten satisfacer. No

⁴¹ Clusellas. Eduardo G; Ormaechea. Carolina. *Contratos con Garantía Fiduciaria*. Buenos Aires. Argentina Editorial Abaco. 2005. Pg. 175

obstante la variedad de finalidades, tanto la doctrina como las legislaciones han clasificado al Fideicomiso Mercantil, abarcando de manera general los más utilizados; complementando la idea, en palabras de Gutiérrez Moller “clasificar es un problema de perspectiva y puede haber tantas clasificaciones como criterios de división se consideren, aunque la selección de éstos no debe ser arbitraria”⁴². En base a las ideas expuestas podemos concluir que el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha clasificado al Fideicomiso, entre otros, como de tipo Inmobiliario, para que tanto su normativa como su estudio sea especializado, se cubran los contingentes específicos de este tipo de fideicomiso, y se resuelvan con mayor particularidad y singularidad los requerimientos de los constituyentes. El presente estudio enmarca su análisis en este tipo de fideicomiso, por lo que conviene puntualizar lo que la que la legislación ecuatoriana al respecto dice:

Fideicomiso Inmobiliario es el contrato en virtud del cual se transfieren bienes, que generalmente son inmuebles al patrimonio autónomo para que el fiduciario los administre y desarrolle con ellos un proyecto inmobiliario, en función de las instrucciones establecidas en el contrato para lo cual realizará las gestiones administrativas y legales ligadas o conexas con el desarrollo del proyecto inmobiliario y todo en provecho de los beneficiarios instituidos en el contrato.⁴³

Dicha estructura jurídica es considerada, actualmente, como una de las herramientas más útiles y confiables para desarrollar un proyecto inmobiliario; algunos tratadistas encuentran en este tipo de Fideicomiso varios beneficios legales, financieros y administrativos tanto para inversionistas como para todos quienes intervinieren en el proyecto inmobiliario.

El negocio que enmarca esta estructura legal es aquel donde pueden confluir inversionistas que aportan el inmueble y otros que aportan al patrimonio del fideicomiso recursos dinerarios para el desarrollo del proyecto, ó para comprar un inmueble y desarrollar el proyecto. Dicho negocio constituido a través de la figura del fideicomiso será administrado por una entidad especializada y confiable, conocida comúnmente en el mercado ecuatoriano como Administradora de Fondos y Fideicomisos el fiduciario recibirá las

⁴² Gutiérrez. Moller. Emilio. *Especies de Fideicomisos*. Pg. 51

⁴³ Ecuador. Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores. Título V Negocios Fiduciarios. Capítulo I. Sección IV. Artículo 17

instrucciones pertinentes y velará para que los bienes y fondos del fideicomiso se inviertan el proyecto y los mantendrá en todo momento separado de su propio patrimonio con lo cual los inversionistas tendrán mayor seguridad de que el inmueble no podrá ser vendido sin su consentimiento ni tampoco sus recursos utilizados infructuosamente.

1.2.4.1. Objeto y Fin del Fideicomiso Inmobiliario

Como se ha señalado la clasificación y tipo de fideicomiso no son exclusivos y de manera general su especialidad va a depender del objeto y de los fines que persiga tal negocio fiduciario. Al efecto, la doctrina y el derecho comparado Mexicano señala y explica acertadamente lo siguiente:

El objeto del contrato del fideicomiso no es cumplir con el fin lícito al que se destinan los bienes que lo constituyó. Cosas muy diferentes son, por una parte el fin del fideicomiso y de cuya consecución generalmente se beneficia el fideicomisario; y otra el objeto, que de conformidad con la propia ley (Art.351. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) son los bienes y derechos que se hayan afectado. Es decir, el objeto del fideicomiso son los bienes que el fideicomitente decide afectar.⁴⁴

Objeto del Fideicomiso.- Consecuente con el análisis que realiza Carlos Dávalos con quien estoy de acuerdo, en el párrafo anterior indica que el objeto del fideicomiso es el bien material o inmaterial destinado y afectado bajo esta figura; en esta misma línea este autor asimila al objeto como los bienes que configuran el patrimonio independiente y a partir de serlo pasan a formar parte del mundo de los bienes jurídicos que deben ser vigilados, ya que su propietario no puede ejercer esa propiedad ilimitadamente, como normalmente se ejerce la propiedad.⁴⁵

Finalidad del Fideicomiso.- En tal sentido si consideramos la finalidad del negocio emprendido bajo la estructura fiduciaria podríamos resumir desde cierta perspectiva que en todo fideicomiso se busca siempre la consecución de un fin lícito, determinado en

⁴⁴ Dávalos Mejía. L. Carlos. *Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras*. México, D. F. Editorial Harla. 1984. Pg.435

⁴⁵ Cfr. Dávalos Mejía. L. Carlos. *Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras*. Op. Cit. Pg. 435-436

beneficio propio o de un tercero, y que por lo tanto todo fideicomiso atiende a un fin específico. En el Fideicomiso Inmobiliario específicamente se transfiere al patrimonio autónomo del fideicomiso el bien inmueble y los recursos para ser administrados con la única finalidad que es el desarrollo y promoción del proyecto inmobiliario de acuerdo con las instrucciones del contrato del negocio fiduciario. Sin embargo de lo mencionado, en lo relativo al objeto y finalidad del fideicomiso inmobiliario se debe tener en cuenta que “todo fideicomiso cualquiera sea su objeto o finalidad, genera la obligación del fiduciario de administrar correctamente, como un buen hombre de negocios”.⁴⁶ Todo fideicomiso es cualquiera sea su finalidad, siempre va a llevar implícita la finalidad de administración⁴⁷.

1.2.4.2.- Naturaleza jurídica del fideicomiso y caracteres.

En el fideicomiso se da un desprendimiento de la propiedad de bienes del fideicomitente o constituyente, que son entregados al fiduciario para que éste los utilice en el cumplimiento de la finalidad encomendada en el acto constitutivo, conformando estos bienes un patrimonio autónomo, patrimonio especial o patrimonio de afectación como lo recoge la doctrina, concepto que se constituye en el elemento esencial de la figura, ya que se trata de un patrimonio sin persona, esto es que no pertenece al fideicomitente, ni al fiduciario, ni al fideicomisario o beneficiario lo cual rompe con el concepto civilista “una persona un patrimonio y un patrimonio por persona.”⁴⁸

De aquí que podemos decir que el fideicomiso es una figura *sui generis* en vista de su maleabilidad frente al uso que puede ofrecer; como se lo conoce es *un traje a la medida* ya que sus estructuración si bien se ajusta a las leyes, no existen lineamientos específicos por la multiplicidad de condiciones que pueden presentarse.

⁴⁶ Molina. Sandoval .Carlos A. *El Fideicomiso en la dinámica mercantil*. Buenos Aires-Argentina Editorial B de F. 2009. Pg.421.

⁴⁷ Rengifo. García. Ernesto. *La Fiducia Mercantil y Pública en Colombia*. Universidad Externado de Colombia. 1998. Pg. 217. “La fiducia de administración consiste en la transferencia de unos bienes para que una entidad fiduciaria los administre en beneficio del constituyente o del fideicomisario. El alcance de esta clase de fiducia puede calificarse como ilimitado. Su funcionamiento depende, en últimas, de una extensa variedad de necesidades que padecen los miembros sociales, las empresas, etc.”

⁴⁸ Porras. Zamora. Jorge. *La Fiscalidad de los Trust y los Fideicomisos*. España. Ed. Centro internacional de Estudios Fiscales, Universidad de Castilla la Mancha. Colex, Madrid. 2005. Pg. 15

Por eso es importante analizar la naturaleza jurídica del fideicomiso ya que nos ayudará a entender más a profundidad su alcance y medio jurídico - social en donde se desarrolla; es así que analizaremos por separado al contrato de fideicomiso y la propiedad fiduciaria.

Respecto al contrato de fideicomiso, la naturaleza jurídica es la que corresponde a todos los contratos: “actos jurídicos bilaterales, de contenido patrimonial, del que nacen derechos personales.”⁴⁹ En tal sentido la doctrina nos muestra que el fideicomiso es un “contrato principal, oneroso y conmutativo, de ejecución instantánea o de tracto sucesivo, según el caso, tipificado en algunas legislaciones y atípico o innominado en el resto.”⁵⁰

En relación con la propiedad fiduciaria solamente aplica al Fideicomiso Civil revisado en la parte inicial de este trabajo, ya que solo en esa figura la legislación establece que puede generarse una transferencia de dominio directamente al Fiduciario, y es por eso que mencionaré al autor Eduardo Clusellas quien señala que es el “derecho patrimonial que pertenece al fiduciario a partir de la transferencia de bienes y cosas por el fiduciante que presenta las características de un patrimonio de afectación y que puede recaer sobre bienes constituyendo la llamada “propiedad fiduciaria” cuya naturaleza corresponde a la de los derechos personales; y, constituyendo el llamado “dominio fiduciario” cuya naturaleza corresponde a la de los derechos reales.”⁵¹

Sin embargo, refiriéndonos específicamente al fideicomiso con respecto a la naturaleza jurídica “cabe afirmar que se trata de un derecho real sobre cosa propia y una especie de dominio imperfecto por ausencia de perpetuidad”⁵², puesto que en virtud del derecho real el constituyente se encuentra facultado para transferir la propiedad, y el dominio es imperfecto ya que aunque el bien fideicomitado se encuentra fuera de su patrimonio, el contrato de fideicomiso cuenta con una cláusula de instrucciones y obligaciones que la Fiduciaria deberá seguir en su orden. El dominio no es perpetuo en vista de que tanto el Constituyente (propietario inicial del bien fideicomitado) como el Patrimonio Autónomo (administrado por la Fiduciaria) deben ajustar sus acciones e instrucciones al cumplimiento de las instrucciones.

⁴⁹ Clusellas. Eduardo G; Ormaechea. Carolina. *Contratos con Garantía Fiduciaria*. Buenos Aires. Argentina Editorial Abaco. 2005. Pg. 51

⁵⁰ Cfr. Rodríguez Azuero. Sergio. *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*. Ob. Cit. pg.186

⁵¹ Clusellas. Eduardo G; Ormaechea. Carolina. *Contratos con Garantía Fiduciaria*. Ob. cit. pg.52

⁵² Molina Sandoval cita a Vásquez Gabriela. *DOMINIO FIDUCIARIO: ¿Unidad o pluralidad de regímenes* JA-1998-III p.850

1.3. PARTES INTERVINIENTES DEL FIDEICOMISO

1.3.1. Partes Intervinientes

Como todo fideicomiso, el inmobiliario mantiene la participación tripartita del Constituyente o Fideicomitente⁵³, Beneficiario⁵⁴ o Fideicomisario, y; Fiduciaria⁵⁵.

En el caso del Beneficiario y beneficios del proyecto es importante aclarar que éstos van a depender de lo señalado en el contrato de constitución y contratos de adhesión al fideicomiso, por ejemplo: puede ser que no reciban ningún componente inmobiliario, sino que solo esperan la terminación y liquidación del fideicomiso para participar de las utilidades que éste arroje. Cosa muy diferente a la calidad de Beneficiario del Fideicomiso es que existan personas externas al Fideicomiso, inversionistas quienes están comprando la unidad inmobiliaria y recibirán la misma como beneficio; una simple compra venta.

Respecto a la Fiduciaria resulta interesante señalar que para el caso de Ecuador y, por ejemplo Colombia, solo pueden actuar en calidad de Fiduciarias las instituciones especializadas en éste ámbito; no obstante estas especificaciones, para otros países sus legislaciones han asignado esta labor a las entidades financieras como es el caso de México; y, en otros casos la legislación ha dado completa libertad en este sentido permitiendo que dicho negocio lo pueda realizar cualquier persona física o jurídica sin requerir requisitos formales que cumplir.

1.3.1.1 Partes Intervinientes en el Fideicomiso Inmobiliario

Por el tipo de negocio de que trata este fideicomiso es necesario mencionar a ciertas partes intervinientes e indispensables para la consecución del éxito del proyecto, externas al fideicomiso y/o que sin perder la calidad con la que comparecieron en el contrato de

⁵³ Ecuador. Ley de Mercado de Valores. Codificación No. 2006-001. Art. 115: “Pueden actuar como constituyentes de fideicomisos mercantiles las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica...”

⁵⁴ Ecuador. Ley de Mercado de Valores. Codificación No. 2006-001. Art. 116: “(..) Podrán existir varios beneficiarios de un contrato de fideicomiso, pudiendo el constituyente establecer grados de preeminencia entre ellos e inclusive beneficiarios sustitutos. A falta de estipulación, en el evento de faltar o ante la renuncia del beneficiario designado y, no existiendo beneficiarios sustitutos o sucesores de sus derechos, se tendrá como beneficiario al mismo constituyente o a sus sucesores de ser el caso.”

⁵⁵ Persona Jurídica. Comúnmente denominada Administradora de Fondos y Fideicomisos.

fideicomiso, adquieren derechos y obligaciones derivadas propiamente de su función en el desarrollo del proyecto inmobiliario. Atendiendo a estas consideraciones tenemos a:

- i. **El Grupo Promotor.-** “Es una figura que normalmente trabaja en el diseño económico del proyecto y es quien suele contactar a la fiduciaria para explorar la posibilidad de llevarlo a cabo. Contribuye a la consecución de los fideicomitentes inversionistas e interactúa permanentemente con las partes intervinientes.”⁵⁶
- ii. **El Gerente de Proyecto.-** Es la persona, generalmente seleccionada por la Junta de Fideicomiso, y como tal tendrá a su cargo la dirección de los aspectos técnicos, constructivos y la elaboración de los requerimientos para el inicio de los procesos contractuales de bienes y/o servicios destinados al cumplimiento del objeto del contrato. Entre sus principales funciones están: coordinar, supervisar y verificar el desarrollo y ejecución integral del Proyecto Inmobiliario con el fin de que el mismo se halle ajustado al presupuesto general, cronograma de obra, flujo mensual de caja y análisis de precios; a planos, diagramas, estudios, diseños, aprobados por la autoridad competente; a resoluciones, políticas y procedimientos aprobados por la Junta del Fideicomiso. Adicionalmente, es quien se encarga de ejercer la dirección administrativa del desarrollo y ejecución del Proyecto con el fin de obtener la correcta realización del mismo de acuerdo con lo detallado anteriormente.
- iii. **EL Constructor.-** “Aunque se trate de un mero contratista su función es vital, como es obvio, para la buena suerte del proyecto. Normalmente hace parte del comité de obra.”⁵⁷ En este caso entenderemos como “constructor” a todos los profesionales que se encarguen de la ejecución física del proyecto. Lo más común es que quien ostente esta calidad, sea directamente el Promotor. En consecuencia es quien se encarga de ejecutar la construcción del proyecto de acuerdo a las especificaciones técnicas y planos arquitectónicos y quien asume la responsabilidad técnica ante terceros de la buena calidad de la construcción y estabilidad de la obra, conforme lo establece el Código Civil ecuatoriano. Las condiciones y responsabilidades del constructor se deberán establecer en el contrato que el

⁵⁶ Rodríguez. Azuero. Sergio. *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*. Colombia. Editorial Legis. 2005. Pg.453.

⁵⁷ Ídem.

Fideicomiso celebre con la persona, natural o jurídica, según corresponda; sin embargo, es importante que en el contrato se obligue al constructor a contratar y mantener vigente durante todo el tiempo de la construcción y durante el periodo de recepción provisional y definitiva de la totalidad del Proyecto Inmobiliario y sus inmuebles individualizados, un Seguro contra todo riesgo que cubra tanto a la construcción en sí, daños a terceros, y a las personas que laboren en la misma. Generalmente los valores que se deben cancelar por concepto de prestación de los servicios de construcción, y dependiendo de lo que haya decidido la Junta de Fideicomiso, se cancelan de dos maneras: (a) entregando al Constructor un fondo rotativo, mismo que deberá ir devengando con las facturas y planillas de avance de obra que lo respalden; ó, (b) se puede entregar un anticipo y posteriormente realizar pagos mensuales, que previo la presentación de planillas de avance de obra, debidamente aprobadas por la Fiscalización, se descontará la amortización del anticipo entregado y se seguirá con el pago frecuente.

- iv. **El Fiscalizador.-** “Clásica función de control que permite hacer un seguimiento supervisado del desarrollo del proyecto. Usualmente es designado por el fiduciario directamente o de listas de candidatos suministradas por el fideicomitente. Participa en el comité de obra.”⁵⁸

El fiscalizador es la persona que debe planear, programar y aplicar los controles, de calidad, financiero y de avance físico, que aseguren la correcta ejecución de la obra; tiene la obligación de vigilar y responsabilizarse porque la ejecución de la obra se realice de acuerdo con los diseños definitivos, las especificaciones técnicas, programas de trabajo, recomendaciones de los diseñadores y normas técnicas aplicables. Sus funciones se basan en el control, supervisión, seguimiento y monitoreo de la obra, avance, materiales utilizados y disposición de recursos de acuerdo a la justificación de gastos que presente el proyecto y sus contratistas.

La participación del fiscalizador dentro del fideicomiso inmobiliario es fundamental, se podría considerar que ahora es la Fiduciaria quien confía en el criterio, redundantemente fiscalizador, del profesional asignado para el efecto; tanto es así, que la obra inicia y termina contando con sus funciones, en lo que respecta al control de pruebas para la entrega- recepción definitiva de los trabajos.

⁵⁸ Ídem.

Adicionalmente, en varias ocasiones, de acuerdo al avance del proyecto y de los inconvenientes que éste muestre, el Fiscalizador tiene la obligación de asistir a la Juntas del Fideicomiso, cuando sea convocado.

Contrataciones.- En general del contrato de Fideicomiso Inmobiliario se desprenden un sin número de contrataciones posteriores al contrato de constitución del fideicomiso. Sean cual fueren las instrucciones de los constituyentes para realizar dichas contrataciones, la fiduciaria siempre debe velar por la seguridad legal y financiera del desarrollo del proyecto, mismo que debe realizarse de conformidad con los cronogramas de obra y los estudios de factibilidad financiera presentados al inicio del Proyecto. Partiendo de este hecho, mantengo el criterio que cualquier tipo de contratación que se realice con miras a alcanzar el objeto del Fideicomiso Inmobiliario debe ser de naturaleza civil, puesto que para el Fideicomiso representa una obligación legal y financiera considerable si se decide que el mismo asuma responsabilidades patronales; en consecuencia pienso que se debe mantener como política interna del Fideicomiso Inmobiliario, el NO adquirir ningún tipo de dependencia laboral ni vinculación laboral de ninguna especie. De lo detallado se desprende que en el contrato de prestación de servicios que se suscriba con los Contratistas, se debe establecer con los contratistas la renuncia a cualquier tipo de reclamo posterior acerca de la existencia de una supuesta y pretendida relación laboral. En tal sentido y nuevamente, según las decisiones que tome la Junta de Fideicomiso en lo que respecta a contratos que obliguen al Fideicomiso, la Fiduciaria debe ser notificada al respecto para conocer las condiciones de dichas contrataciones y en tal virtud pueda emitir sus recomendaciones.

Es fundamental para el proyecto inmobiliario la seriedad de la gente con la que se trabaje es por eso que, una vez más, el rol de la fiduciaria es sustancial ya que su criterio objetivo va a ayudar a tomar las mejores decisiones en el mismo. A pesar de que la Fiduciaria, en estricto sentido, no tenga responsabilidad sobre las decisiones que se tomen, siempre debe cumplir con su deber de asesorar en base a su experiencia y correspondiendo a la confianza de los constituyentes depositada en su nombre.

1.4. PUNTO DE EQUILIBRIO DEL FIDEICOMISO INMOBILIARIO

El punto de equilibrio, generalmente hablando, “reúne conceptos de seguridad de arranque del proyecto, ventas y endeudamiento”⁵⁹. Es un conjunto de condiciones legales, financieras y técnicas que cumplidas, facultan al Fideicomiso dar inicio al Proyecto, adicionalmente se traducen en términos financieros, como una pauta para identificar cuánto crédito puedo acceder y otorgar sin un riesgo alto, y el tiempo de construcción y finalización estimado del proyecto inmobiliario.

El punto de equilibrio dentro de un Fideicomiso Inmobiliario tal como lo hemos definido es de suma importancia para el desarrollo exitoso del proyecto, puesto que es un margen ó un marco de actuación que permitirá y/u obligará a todos y cada uno de los intervinientes del proyecto a sujetarse a ciertos parámetros de cumplimiento que ayudan sobre todas las cosas a minimizar los riesgos, y evitar futuros inconvenientes, entre constituyentes, terceros intervinientes e incluso con promitentes compradores.

En el fideicomiso se transfiere la titularidad jurídica del terreno, los estudios, planos y recursos que ingresan al proyecto, a la par que se fija un número determinado de unidades habitacionales a vender, previo a iniciar las obras de construcción, información que es básica el momento de determinar el punto de equilibrio fiduciario⁶⁰.

Será la fiduciaria junto con los constituyentes del fideicomiso quienes establezcan las condiciones de cumplimiento del Punto de Equilibrio; el mismo que para una mejor estructuración se lo ha dividido en Legal, Financiero y Técnico.

En la fase anterior al cumplimiento del Punto de Equilibrio, es decir cuando las condiciones establecidas por los Constituyentes para alcanzar dicho equilibrio aún no están cumplidas el grupo promotor realizará los estudios técnicos, dedicará sus esfuerzos a la obtención de los permisos respectivos para iniciar la construcción, deberá efectuar todos

⁵⁹ *Fiducia Inmobiliaria* Internet: <http://cenein.jimdo.com/legislacion-inmobiliaria/fideicomiso-inmobiliario/> Artículo Online. Acceso: 17-08-2012

⁶⁰ Jaramillo. Wilson. *Plan de Negocios QM Quitumbe Moderno*. Tesis para el grado de Magíster. Universidad San Francisco de Quito. 2010. Pg.62.

los trámites (de distinta naturaleza) necesarios para la obtención de financiamiento para la ejecución del proyecto, las condiciones para llegar al Punto de Equilibrio, y el arranque de las preventas a promitentes compradores a fin de evaluar el mercado.

1.4.1.- Punto de Equilibrio Legal

Al punto de equilibrio legal se lo entenderá como el conjunto de condiciones legales que involucran la responsabilidad y trabajo conjunto, de cada uno de los intervinientes iniciales del fideicomiso inmobiliario; dichas condiciones deben ser especificadas considerando el escenario real del lugar y entorno donde se vaya a desarrollar el proyecto inmobiliario; deben involucrar y referirse al fideicomiso como instrumento público, al perfeccionamiento del aporte de los bienes al patrimonio autónomo, a los requerimientos de las entidades de control, entre otros.

Sin embargo, el presente análisis considera importante que se detallen los siguientes aspectos en el momento de la estructuración del contrato de fideicomiso, específicamente lo que se refiera al punto de equilibrio legal.

De esta manera, se lo entenderá cumplido cuando:

- i. Se haya perfeccionado el aporte de los bienes inmuebles (transferencia de dominio al patrimonio autónomo del fideicomiso) y se haya inscrito el Fideicomiso en el Registro de Mercado de Valores.- una vez que se ha constituido el fideicomiso y considerando que “es responsabilidad de la fiduciaria constatar la existencia física y el perfeccionamiento de la transferencia de dominio de los bienes aportados”⁶¹, es sustancial que se considere esta condición en el contrato de fideicomiso inmobiliario, pues por términos de prudencia y simple lógica se debe construir en el terreno que sea de propiedad del fideicomiso para evitar futuros inconvenientes. Sin embargo, nos queda señalar que debido a la versatilidad de esta figura se puede omitir este requerimiento del Punto de Equilibrio, siendo de entera responsabilidad de sus constituyentes los términos y condiciones a las que se sujeten para que la construcción se realice en inmueble ajeno; puede ser condicionando el aporte del inmueble a futuro ó mediante compra posterior por parte del fideicomiso.

⁶¹ Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores. *Ob.Cit.* Sección I Art. 5

Respecto a la inscripción en el Registro de Mercado de Valores, a pesar de que la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores. Título V Negocios Fiduciarios. Capítulo I. Sección II. Artículo 6 establece esta obligación, se considera prudente que se establezca en el contrato de fideicomiso.

- ii. Se hayan cumplido todos los requisitos establecidos por las ordenanzas municipales respectivas para el inicio de la construcción del Proyecto, se hubieran pagado las tasas, aranceles y entregado garantías económicas que se requieran para dar inicio a la construcción del Proyecto.
- iii. Se hubiera concluido cualquier tipo de litigio que suponga la imposibilidad de dar inicio al proceso constructivo del Proyecto.- es necesario que se establezca esta condición, pues lo más recomendable es mitigar los riesgos existentes y evitar riesgos futuros. Con esta condición, resulta como deber de la Fiduciaria emplear los medios necesarios para verificar la inexistencia de litigios sobre el inmueble que imposibiliten la construcción del proyecto o limiten, por así decirlo, el dominio del inmueble.

1.4.2.- Punto de Equilibrio Técnico

Este punto de equilibrio se definirá como el conjunto de documentos de carácter técnico y legal que viabilizan la ejecución del proyecto inmobiliario cumpliendo los requisitos de ordenanzas municipales, legislación relativa al urbanismo y normas técnicas de la construcción. En tal sentido se entenderá cumplido cuando toda la documentación requerida y detallada posteriormente haya sido entregada, por las personas señaladas como responsables del proyecto, a la Fiduciaria, y aprobada por autoridad competente de ser necesario:

- i. Cronograma valorado de obra y el diagrama de actividades y flujo de caja del Proyecto, por actividades y por rubros, plan de compras y adquisiciones, etc.;
- ii. Planos, diagramas, estudios, diseños, cálculos, memorias, etc., necesarios para el desarrollo del Proyecto y que los mismos hayan sido registrados en la municipalidad.

- iii. Aprobación Municipal de Proyecto y permiso de construcción otorgado por la Municipalidad que corresponda. Planos topográficos, estructurales, eléctricos, entre otros.
- iv. Cuadros de áreas y alícuotas.

El tener los documentos que contengan y respalden toda la información del proyecto inmobiliario permite que éste se desarrolle, desde la perspectiva legal y técnica, sin mayor inconveniente en la ejecución de la construcción o en aspectos que entorpezcan las ventas o las paralicen.

1.4.3.- Punto de Equilibrio Financiero

Este punto de equilibrio se relaciona con “la necesidad mínima de fondos que viabilicen y hagan que el proyecto se termine, cancelar todos los pasivos y cumplir con los plazos de entrega de las viviendas previamente vendidas”⁶²; Para llegar al cumplimiento de este punto de equilibrio es necesario tener un estudio económico totalmente respaldado y buscar diferentes alternativas financieras con las que se pueda contar en momentos. En tal sentido podría resumir al punto de equilibrio financiero como las condiciones establecidas en el análisis financiero del proyecto, mismas que deben ser reales, involucrar algunas alternativas de financiamiento y evitar que se sujeten a condiciones pues lo que se quiere es respaldar el desarrollo de la construcción del proyecto en base al presupuesto aprobado.

Haciendo una breve revisión de cómo se debe analizar el punto de equilibrio financiero, se va a considerar el siguiente supuesto:

- El punto de equilibrio financiero del proyecto inmobiliario se logrará con la aprobación de crédito de una institución financiera; el pago del financiamiento del proyecto se realizará en cuotas y se apalancará directamente en los flujos que arrojen las promesas de compraventa. De dichas condiciones lo esencial es que el proyecto debe tener el número de ventas necesario para cubrir los requerimientos de flujos de conformidad con el presupuesto del proyecto y el flujo de caja aprobado. En tal sentido para realizar las proyecciones y análisis financiero siempre se deberá asumir que los promitentes compradores de las unidades inmobiliarias solicitarán

⁶² *Fiducia Inmobiliaria*. Artículo Online. Internet: <http://cenein.jimdo.com> Acceso: 29/08/2012

crédito y a la vez entregarán cierta cantidad de dinero por concepto de entrada inicial; de igual manera se supondrá que los créditos se desembolsan al final de la construcción lo que generará un flujo de dinero de parte de las diferentes instituciones de crédito. Lo mencionado creará para el análisis financiero del proyecto un escenario no muy favorable y originará que se prevean alternativas que atenúen las crisis económicas, en caso de que suceda.

1.5. ANÁLISIS COMPARATIVO DE OTRAS ALTERNATIVAS CONTRACTUALES

Si bien el fideicomiso, como instrumento jurídico ha demostrado tener una serie de ventajas para quienes deciden emplearlo como medio legal para el desarrollo de su proyecto inmobiliario, existe una creencia que este tipo de contratos contiene un “*exceso de medios*”⁶³, más eso depende de la perspectiva con la que se lo analice. Particularmente, creo que el tal mencionado “exceso de medios” es lo que realmente singulariza a la figura y le hace totalmente atractiva a las partes involucradas.

En los negocios fiduciarios la transmisión de la propiedad y la creación de un patrimonio autónomo de afectación es condición necesaria para el cumplimiento del fin querido por las partes. Si bien se podrían plantear casos particulares en los que se podría lograr un objetivo similar por medio de otra figura, no existiría la misma certeza jurídica para las partes, y eso podría significar que no se concrete el negocio o fin buscado⁶⁴.

Sin embargo de lo mencionado, se cree necesario revisar brevemente algunas opciones similares, que los clientes pueden optar para el desarrollo de un proyecto inmobiliario.

⁶³ Cfr. Malumián Nicolás. G. Diplotti Adrián. Gutiérrez Pablo. “*Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*”. 2006. Pg.4. Editorial La Ley.

⁶⁴ Malumián. Nicolás. G. Diplotti Adrián. Gutiérrez Pablo. *Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*. Editorial La Ley. 2006. Pg.4.

1.5.1. Asociación de Cuentas en Participación

Como una de las alternativas que los clientes encuentran eficaces para el desarrollo de un proyecto inmobiliario es el contrato de asociación de cuentas en participación; en tal virtud analizaremos brevemente de lo que trata este tipo de contrato.

Para el derecho ecuatoriano la Asociación de Cuentas en Participación es “aquella en la que un comerciante da a una o más personas, participación en las utilidades o pérdidas de una o más operaciones o de todo su comercio.”⁶⁵

Para la doctrina, “la participación está comprendida dentro de la voz genérica de asociación, por cuanto contiene sus cinco elementos fundamentales: pluralidad de personas; vínculo jurídico; fin común; aportes; estabilidad de fin y de vínculo.”⁶⁶ Más analiza esta figura y la define y enmarca dentro de las operaciones mercantiles realizadas por no comerciantes.

Los autores del sistema español indican que:

En el contrato de cuentas en participación, una o varias personas, físicas o jurídicas llamadas partícipes, aportan al negocio de otra, llamada gestor, dinero u otros bienes, disfrutando de los beneficios en la proporción pactada o, en defecto de pacto, según su porción de interés, o soportando las pérdidas hasta el límite de su aprobación. Pero lo que caracteriza a este contrato frente a otras figuras contractuales es que la aportación del partícipe pasa a formar parte del patrimonio del gestor, quien adquiere su titularidad dominical. Y, en consecuencia, no puede hablarse de un contrato de naturaleza asociativa, pues no existe el patrimonio común ni la organización propia de la sociedad.⁶⁷

De lo detallado en el párrafo anterior podemos distinguir que el autor tiene completa razón al explicar que la figura de la Asociación de Cuentas en Participación no es de naturaleza asociativa pues no hay la formación de una figura societaria como tal, sino que cada uno de los partícipes (asociados) hace relación a su aporte o a lo que efectivamente se haya pactado.

⁶⁵ Ecuador. Ley de Compañías. *Artículo 423*. Registro Oficial 312. 5-XI-1999

⁶⁶ Cárdenas Bustamante. Mario. “*Teoría de la Asociación*”. Editorial Andrés Bello. Chile. Libro 1972. Pg. 43

⁶⁷ Soriano. José Miguel. “*Fiscalidad Inmobiliaria 2007-2008*”. CISS Grupo Wolters Kluwer. España. Libro On Line. Sitio Web: <http://books.google.com.ec/books> Acceso: 15-08-2012

La participación es un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.⁶⁸

Considerando al contrato como instrumento base dentro de esta figura, se concluye que, en comparación con el fideicomiso el patrimonio sigue en manos del denominado *Gestor* lo que nos lleva a pensar en la confianza existente entre los partícipes y el gestor, las condiciones de penalidad y falta de cumplimiento estipuladas en el contrato, falta de control o poder de decisión como partícipe y el aspecto del registro contable para cada una de las partes intervinientes.

En relación a los párrafos anteriores, también se podría considerar como otra opción al contrato de *Joint Venture*⁶⁹, sin embargo es relevante conocer que a pesar de la similitud existente con la asociación en cuentas de participación, se distinguen las siguientes diferencias entre estas dos figuras societarias:

En la asociación o cuentas en participación el asociado aporta bienes o servicios para que el asociante actúe en nombre propio; en cambio, en el joint venture los participantes actúan abiertamente en la operación. En la asociación o en las cuentas en participación hay participantes ocultos, lo que no sucede con el joint venture, donde no se busca el carácter oculto de los participantes; sino, lo contrario. Finalmente, la asociación está considerada como una sociedad particular y el joint venture es contractual por esencia, siendo la formación de una compañía o sociedad, una consecuencia.⁷⁰

1.5.2. Crédito – Financiamiento directo al Constructor

⁶⁸ Cárdenas Bustamante. Mario. *Ob. Cit.*

⁶⁹ Para el Doctor Víctor Cevallos Vásquez, el contrato de Joint Venture se constituye en una figura jurídica, un mecanismo de colaboración por el que dos o más empresas o personas naturales comparten los riesgos financieros, los beneficios y las decisiones comunes en la realización de una aventura u operación común y determinada.

⁷⁰ Sierralta Ríos. Aníbal. “*Joint Venture Internacional*” Perú. Fondo Editorial. 1997. Pg. 69

Los créditos destinados a la construcción son catalogados dentro de la normativa legal vigente de la Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador como créditos comerciales, sin embargo es importante anotar que la fuente de repago natural de un crédito destinado a la construcción de un proyecto inmobiliario está definida por la comercialización de su inventario, cuya existencia está supeditada a la culminación del mismo; de allí, que un crédito destinado a esta actividad productiva no debe ser analizado desde el punto de vista de crédito comercial, pues en términos de plazo y de amortización del capital, su tratamiento es distinto.⁷¹

El crédito ó financiamiento al Constructor es un producto financiero mediante el cual se entrega al Constructor, recursos dinerarios solicitados para la construcción de un proyecto inmobiliario en cualquiera de sus etapas. Considerada como otra alternativa para desarrollar un proyecto inmobiliario, debemos tomar en cuenta ciertos detalles que, por la naturaleza del producto financiero, son indispensables al momento de tomar una decisión.

Fundamentalmente, todo va a depender de la evaluación Económica-Financiera de la empresa constructora y/o promotor inmobiliario:

- i. EE.FF. - Rentabilidad, Generación y Solvencia.
- ii. Capacidad gerencial, antecedentes y respaldo patrimonial de los accionistas.
- iii. Situación en el sistema financiero y acceso al crédito.

La principal consideración en este punto es analizar la fortaleza financiera de las empresas constructoras, dado que una empresa financieramente débil o con problemas de pago con otras entidades, podría desviar recursos del proyecto financiado o reducir sus costos en perjuicio del mismo (mayor tiempo o menor calidad), ante presiones de terceros.⁷²

Sin embargo, de los factores detallados, la entidad financiera está facultada para analizar a la empresa en la experiencia que presente en el negocio inmobiliario y los factores técnicos y económicos que envuelvan al proyecto como tal.

⁷¹ Monteverde. Isaza. Álvaro Marcelo. *Propuesta metodológica para el análisis de riesgo de crédito en el sector de la construcción ecuatoriano*. Tesis para el grado de Magíster. Quito, Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar. 2010. Pg. 12.

⁷² *Financiamiento a Constructores*. Artículo Online. Internet: <http://www.mivivienda.com.pe> Acceso: 10-09-2012.

Respecto al financiamiento, el constructor que se decida por este producto tiene acceso a modalidades o productos, tales como:

- i. Recursos de la entidad financiera que corresponden a una línea de crédito, bajo la modalidad de desembolsos parciales contra verificación de avance de obra.
- ii. Recursos producto de la pre-venta con créditos concedidos por la entidad durante la construcción.

Adicionalmente, el constructor debe pensar en la forma de garantía que va a emplear para respaldar su crédito; en esta etapa se puede encontrar con ciertos inconvenientes en encontrar en su patrimonio bienes que respalden dicha operación bancaria o problemas con los instrumentos de garantía suficientes a los ojos de la entidad bancaria.

Existen muchas ventajas y desventajas a este medio de financiamiento; más las personas que decidan capitalizar su proyecto de esta manera, deben estar conscientes que además de someter a la empresa constructora y/o a la persona natural que la represente, a un escrutinio importante por parte de la entidad bancaria en donde solicite dicho financiamiento, deberá estar dispuesto a brindar toda la información que se requiera para que sea calificado apto para el desembolso de un crédito.

Sin embargo, una importante ventaja frente a las otras modalidades analizadas. es que por la naturaleza del producto financiero, fuera de la deuda que se mantiene con la entidad bancaria, todos los beneficios y réditos que arroje el proyecto corresponderán al Constructor ya que no existe ninguna asociación o tipo de vinculación que involucre inversión y por tanto participación en el resultado del proyecto inmobiliario.

CAPÍTULO II

VERSATILIDAD Y MECANISMOS DE CONTROL

2.1. VERSATILIDAD DEL FIDEICOMISO INMOBILIARIO Y MODALIDADES DE PARTICIPACIÓN EN EL NEGOCIO

Actualmente el Fideicomiso Inmobiliario se ha convertido en una de las figuras más utilizadas en la construcción por su versatilidad para adaptarse a la gran variedad de formas de negocio, es una herramienta que se acomoda a diversos propósitos y que permite mayor eficiencia y seguridad jurídica en la inversión inmobiliaria, confidencialidad, transparencia e imparcialidad.

La fiducia mercantil es flexible. Se adapta de manera muy fácil a muy variadas y complejas circunstancias. Y lo hace porque constituye un esquema elástico para realizar negocios y obtener resultados. Como se ha dicho repetidamente por la doctrina, la fiducia abre un amplio espacio a la imaginación al permitir combinar un número ilimitado de bienes y finalidades legítimas. De suyo, puede concebirse como un recipiente al que cada uno puede ponerle un contenido, por lo que las posibilidades son todas. Basta, en efecto, transferir un bien – cualquier bien- con el propósito de obtener una finalidad –cualquier finalidad legítima – para llenar ese continente con un contenido.⁷³

Como se detalló en el capítulo anterior el auge inmobiliario que se está viviendo presenta cifras considerables y la actividad de la construcción está en aumento, en tal sentido se ha considerado al Fideicomiso⁷⁴ como una de las mejores estructuras y herramientas legales y administrativas para el desarrollo de un proyecto inmobiliario. Desde la óptica comercial y financiera las personas, tanto constituyentes, compradores e inversionistas encuentran en esta figura jurídica mayor seguridad y apertura para poder realizar una gestión más

⁷³ Rodríguez Azuero. Sergio. *Negocios Fiduciarios Su significación en América Latina*. Colombia, Editorial Legis. 2005. Pg. 130

⁷⁴ Simplificando lo establecido respecto al fideicomiso, Malumián Nicolás. G. Diplotti Adrián. Gutiérrez Pablo en su obra *Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*. 2006, sostienen que para que haya fideicomiso es requisito indispensable que existan bienes cuya propiedad se transfiera para cumplir un fin determinado. En otras palabras, debe existir un bien, dos partes y un encargo, instrucción o mandato fiduciario.

eficiente sobre todo en lo que se refiere a la utilización de recursos, considerando que por lo general provienen de distintas fuentes lícitas. De lo anteriormente mencionado es que se desprende que el Fideicomiso es una relación basada en la confianza depositada en la Administradora de Fondos y Fideicomisos por todos los sujetos involucrados en el desarrollo y promoción del proyecto inmobiliario.

Resulta oportuno entonces señalar que he calificado como necesario para la realización del presente trabajo considerar y mencionar las distintas modalidades de negocio fiduciario de tipo inmobiliario, considerando para el efecto una óptica legal – financiera y el fin del fideicomiso para el que fue constituido, mismo que va a depender de los intereses que sus constituyentes persigan y que deberán constar en el contrato de constitución del mismo.

2.1.1. Formas del Fideicomiso Inmobiliario

Tomando en cuenta que la versatilidad y flexibilidad del contrato de fideicomiso sumado a la practicidad de su constitución es lo que hacen de esta figura una herramienta viable y adecuada para canalizar muchas alternativas de negocio en el mercado inmobiliario y de la construcción, a continuación se detalla las formas o alternativas usadas en la cotidianidad a través del fideicomiso inmobiliario:

- i. Integral.- Esta modalidad de fideicomiso inmobiliario es a la que nos referimos en el presente trabajo y se encuentra relacionada con todas aquellas operaciones en las que el constituyente transfiere un bien inmueble al patrimonio autónomo, además de la transferencia de otros bienes o recursos para que sean administrados o destinados al cumplimiento de la finalidad establecida en el documento constitutivo del mismo; en este caso para que administre todo el negocio inmobiliario, realice los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y el presupuesto aprobado y transfiera las unidades construidas a quienes los beneficiarios del respectivo contrato.
- ii. De Tesorería.- La finalidad de esta modalidad se basa en la obligación de la administradora fiduciaria brindar la seguridad a los promitentes compradores, de que el dinero entregado por ellos tiene como destino final la ejecución del proyecto inmobiliario y de acuerdo a las especificaciones previamente acordadas.
- iii. De Preventas.- Este tipo de fiducia inmobiliaria involucra una finalidad básica de:

“Efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario. En este caso la fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación a un determinado proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario.”⁷⁵

2.1.2. Los Constituyentes o Fideicomitentes en el Fideicomiso Inmobiliario Integral

En palabras del Doctor Rodríguez Azuero puede decirse que toda persona capaz de disponer de sus bienes puede constituir un fideicomiso. Lo que no excluye a un incapaz que actúe a través de su representante legal, en cuanto éste llene los requisitos establecidos por la ley para hacer la mentada transferencia. A más de las personas físicas o naturales, las legislaciones aceptan la posibilidad de que las personas jurídicas sean fiduciantes, incluidas algunas de derecho público.⁷⁶

Se han distinguido dos posibilidades: el fideicomitente inicial y los fideicomitentes inversionistas o adherentes.

Fideicomitente Inicial.- En el Fideicomiso Inmobiliario Integral participar en el negocio fiduciario significa participar en los resultados del negocio, en el éxito o fracaso del proyecto inmobiliario emprendido, lo que involucra tanto pérdidas como ganancias. Así, para este caso los constituyentes promotores son los Constituyentes Iniciales quienes juntarán todos los esfuerzos que se requieran para que el proyecto emprendido arroje los resultados deseados y de presentar pérdidas, por lo menos tratarán de recuperar lo invertido. Para este escenario se considerará como un contingente enfocado en los Constituyentes basándonos inicialmente en la existencia de un análisis de riesgo del Proyecto breve, en donde el presupuesto de la obra fijado como referencia para el control de gestión y para las rendiciones de cuentas no contemplaba correctamente los imprevistos, en consecuencia serán los Constituyentes quienes afrontarán las pérdidas y conflictos ocasionados.

⁷⁵ Colombia. Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Básica Jurídica. Título V. Capítulo Primero. Numeral 8. Subnumeral 8.2.1

⁷⁶ Rodríguez. Azuero. Sergio. *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*. Colombia. Editorial Legis. 2005. Pg.224

En esta misma línea, cabe mencionar que dentro del Fideicomiso Inmobiliario existe una situación particular respecto al propietario del terreno, ya que tiene varias posibilidades de participación frente a un Proyecto Inmobiliario y a la constitución del Fideicomiso, así:

- i. **Propietario - Promotor:** Será constituyente y beneficiario del fideicomiso. Como sabemos, para que exista un fideicomiso es necesario contar con la iniciativa, en este caso, del dueño del predio y su enfoque de desarrollar en el mismo un proyecto inmobiliario. De manera general los Promotores del proyecto inmobiliario son quienes van a dar las condiciones financieras que rigen el cumplimiento del Punto de Equilibrio, de acuerdo principalmente al flujo de caja proyectado. Para tal efecto y en esta modalidad se transfiere al patrimonio autónomo la propiedad del terreno, los diseños del proyecto y los promotores instauran para el fideicomiso las instrucciones necesarias para la correcta administración. Una vez cumplidos todos los preceptos legales que involucra la transferencia de dominio y su inscripción en el Registro de la Propiedad, podremos registrar en el balance del Fideicomiso con carga a la cuenta de patrimonio el inmueble con el valor constante en el avalúo pericial realizado por un perito profesional calificado por la Superintendencia de Bancos y Seguros y/o por la Superintendencia de Compañías, o con el valor del avalúo catastral expedido por el Municipio que corresponda; si se trata de una persona jurídica que está aportando el Inmueble el valor a registrarse contablemente también puede ser el constante en los estados financieros auditados de la empresa. Más si las condiciones establecidas para el cumplimiento del punto de equilibrio no se cumplen dentro del plazo establecido configura una pauta para determinar que el proyecto no es rentable o realizable en el contexto propuesto; así los recursos entregados por los promitentes compradores deben ser devueltos, deben cancelarse todas las deudas y obligaciones que tenga el Fideicomiso y posteriormente proceder a restituir los aportes realizados por los constituyentes; que para el caso específico se restituiría además de todo, el inmueble que conforma el patrimonio autónomo del Fideicomiso.
- ii. **Propietario – Socio.-** Será constituyente y beneficiario del fideicomiso.

En palabras del Doctor Xavier Paredes, en esta modalidad de participación se establecen los porcentajes de participación de cada socio de acuerdo a la valoración

de los aportes. Con esta circunstancia y en este escenario, el dueño del terreno le apuesta al éxito del proyecto y desea compartir la rentabilidad del mismo cuando éste haya concluido; y, por lo general en la Junta de Fideicomiso tendrá derecho a voz y voto en la toma de decisiones.⁷⁷

Sin embargo de lo mencionado dicha transferencia de dominio va a arrojar sus resultados y beneficios a largo plazo, no solo por la construcción sino por la promoción y venta del mismo. En este sentido, podemos contemplar un escenario probablemente con algunos inconvenientes para que se pueda ejemplificar las bondades de un fideicomiso: En el caso de que no haya una estructura fiduciaria de por medio, si el propietario del terreno entrega al grupo promotor el terreno para que empiecen las obras, dentro de las cuales se realizan movimientos de tierra, derrumbe de edificaciones existentes, etc., confiando en que el proyecto inmobiliario podrá arrojar los resultados esperados para cubrir el costo del inmueble; más si por varios contingentes, el grupo promotor y su proyecto fracasan en la venta del mismo y éste no cuente con financiamiento externo, la devolución del terreno y demás va a ser complicado y largo, ya que no se trataba de un inmueble vacío sino que contaba con cierta edificación que de alguna manera representaba un aumento al costo del terreno. Lo más probable es que al final del litigio, además de los costos que este conlleva, solo se le devuelva el terreno más no se cuente con el bien existente. Si hubiere existido un fideicomiso, el cumplimiento del Punto de Equilibrio y en consecuencia la Fiduciaria no hubiera permitido por ningún motivo que se inicien los trabajos y en consecuencia si el proyecto resultaba no rentable para ninguna de las partes, se restituirían los valores aportados y se evitaba cualquier tipo de litigio.

- iii. **Propietario – Contrato de Compraventa:** Una de las posibilidades por las que se puede optar, es vender el inmueble al Fideicomiso que ya esté constituido; en este caso se realizaría un contrato de compraventa entre el Fideicomiso y el propietario del terreno. Para tal efecto, la Administradora de Fondos y Fideicomisos comparece en Representación Legal del Fideicomiso, previa aprobación en Junta o previa

⁷⁷ Paredes Xavier. *El Fideicomiso en la negociación de terrenos*. Revista Bienes Raíces CLAVE. Julio/Agosto 2010. Quito-Ecuador.

instrucción expresa de los constituyentes de que se empleen los recursos del Fideicomiso en la compra del inmueble.

Conformemente, una vez realizada la compraventa se reflejará un aumento en el Patrimonio Autónomo del Fideicomiso, pero no en calidad de aporte sujeto a restitución sino que así tal como se refleja en la contabilidad como un activo y un aumento al patrimonio, debe contabilizarse en menos el valor en efectivo del costo del inmueble, con todos los gastos adicionales en los que se incurre por motivos de la transferencia de dominio.

Adicionalmente; una forma de pago que se utiliza también es el canje del precio del inmueble por unidades inmobiliarias que resulten de la realización del proyecto, lo que beneficia al flujo de caja del grupo promotor constructor encargado del desarrollo de la obra.

Fideicomitente Adherente.- Una de las modalidades de participación en el Fideicomiso Inmobiliario es en calidad de Constituyente Adherente⁷⁸.

Resulta obvio que una persona se adhiere a un fideicomiso porque tiene interés en invertir y participar en el negocio y, de la misma manera, los constituyentes buscan Constituyentes Adherentes para que brinden al fideicomiso apoyo económico, técnico o tecnológico en pro del desarrollo del proyecto.

Para esto la generalidad apunta a que sea la Junta de Fideicomiso quien deberá resolver si acepta o no al Constituyente Adherente y tal como lo establece la ley y seguidamente el Contrato de Fideicomiso, se entenderán fiduciantes aquellas personas físicas o jurídicas que se adhieran al fideicomiso, acepten todas las cláusulas contenidas en su contrato de constitución y realicen aportes de dinero, bienes o cosas destinadas a la construcción del edificio. Seguidamente, el Fiduciario deberá suscribir con el Constituyente Adherente el contrato de adhesión para la incorporación en el Fideicomiso incluso en calidad de beneficiario, estableciéndose principalmente el aporte que se realizará al Fideicomiso.

⁷⁸ Ecuador. Ley de Mercado de Valores. Codificación No. 2006-001. Art. 115: (..) “Cuando un tercero distinto del constituyente se adhiere y acepta las disposiciones previstas en un contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios se lo denominará constituyente adherente. Cabe la adhesión en los contratos en los que se haya establecido esa posibilidad.”

En algunas ocasiones el aporte que realiza el Constituyente Adherente es mayor o igual al realizado por los constituyentes iniciales motivo por el cual exige formar parte de la Junta, singularidad tal que si en el contrato de constitución no se contemplaba o no hacía mención acerca de la participación de los Constituyentes Adherentes, se optará por reformar el contrato estableciéndose la nueva conformación de la Junta.

En contraste con la brevedad de nuestra legislación, la Superintendencia Financiera de Colombia respecto a este tema es mucho más descriptiva, determinante y establece ciertas características de control e intervención del organismo de control, lo que considero oportuno y coherente para el desarrollo adecuado del Fideicomiso Inmobiliario; tal es así que dicha Superintendencia “tiene la función de evaluar los tipos o modelos de contratos que se pretende utilizar en el desarrollo de la actividad fiduciaria, así como sus modificaciones o adiciones, siempre que éstos constituyan contratos de adhesión.”⁷⁹ Dicha obligación establecida para las sociedades fiduciarias respecto de los Constituyentes Adherentes es con el objeto de “procurar la protección de los derechos de los usuarios de los servicios fiduciarios, y velar porque las condiciones generales de los contratos se ajusten a las disposiciones legales, así como evitar que estén provistos de cláusulas abusivas que puedan afectar sus intereses.”⁸⁰

Adicionalmente la legislación colombiana menciona ciertos parámetros de comportamiento que debe mostrar el Constituyente Adherente frente a su deseo de formar parte de un Fideicomiso, a tal punto que establece que los contratos de adhesión deben ser elaborados unilateralmente por la administradora fiduciaria cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas por los clientes, limitándose éstos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su totalidad.

Con el objeto de ejemplificar lo mencionado en cuanto a los constituyentes del fideicomiso, sus derechos y obligaciones mencionaré un ejemplo importante y conocido por la colectividad que se refiere a los fideicomisos inmobiliarios constituidos por la Mutualista Benalcazar (ahora en liquidación) en donde la Fiduciaria es la Administradora de Fondos y Fideicomisos FIDEVAL S.A., los que por varias razones de saldo de deudas y con el objeto de aminorar los efectos de la liquidación de la Mutualista Benalcázar la

⁷⁹ Colombia. Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Externa 046 de septiembre de 2008. Título V. Capítulo Primero. Numeral 3. Página 6

⁸⁰ Ídem

alternativa que se ha contemplado es que dichos fideicomisos queden a cargo del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; sin embargo de esta solución dichos proyectos inmobiliarios se han quedado paralizados por algún tiempo, por lo que el análisis de la alternativa propuesta deberá considerar varios aspectos:

- La Mutualista Benalcázar no va a perder nunca sus derechos como constituyente inicial, 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 no implica la sustitución en las obligaciones de las partes contratantes, de donde se desprende lógicamente que, si un beneficiario cede todos sus derechos fiduciarios, entonces deja de poseer dichos derechos en el negocio y pierde su calidad de beneficiario, esto a diferencia de la calidad de constituyente que no puede cederse.
- Para que los proyectos se sigan desarrollando se necesita de recursos en los patrimonios autónomos de los fideicomisos para lo cual debemos recordar que los únicas personas facultadas para aportar son los constituyentes, para lo cual la alternativa que sugiero es que se realice una reforma integral del contrato de fideicomiso donde se configure al nuevo inversionista como constituyente y así establecer una especie de subrogación de obligaciones, para que con el nuevo constituyente vuelva el flujo de recursos al patrimonio y a su vez que se cumple con lo dicho por la ley al manifestar que el constituyente inicial no pierde sus derechos de recibir la rendición de cuentas así como la obligación del saneamiento x evicción y vicos redhibitorios. Considerando adicionalmente que los beneficiarios como tales no constituyen partes contratantes y por lo tanto no intervienen con su voluntad en la celebración del contrato; no procedería que puedan asumir pérdidas y demás obligaciones propias de los constituyentes. Además, la legislación ecuatoriana no contempla la cesión de deudas ni obligaciones sino la cesión de derechos (créditos).

2.2. Funcionamiento y Control del Fideicomiso Inmobiliario

“El fideicomiso se transforma en un útil instrumento, atento a la flexibilidad de la figura. Este contrato puede asumir diversas variantes y casualidades teniendo una notable

maleabilidad; aspecto este que no todos los contratos pueden asumir. Genera la ventaja de tener gran seguridad y agilidad.”⁸¹

Como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, al pasar de los años la actividad fiduciaria cada vez va tomando renombre y cabida dentro del ámbito comercial y de los negocios, en consecuencia los Órganos de Control así como las Administradoras de Fideicomisos han ido implementando nuevas modalidades de control al Fideicomiso, más cabe pensar si dichas modalidades de control han arrojado los resultados esperados. Al respecto cabe mencionar que la actividad fiduciaria debe ajustarse a lo establezca el ordenamiento jurídico ecuatoriano y la función de gestión y supervisión (debida diligencia) es velar por el cumplimiento la norma y del contrato de fideicomiso inmobiliario a través del seguimiento in situ y extra situ (obra física del proyecto).

Partiendo de los elementos anteriores a continuación se estudiará lo que a criterio concierne o ejercerá control sobre el Fideicomiso Inmobiliario.

2.2.1. Organización y Control Interno

Para lograr distinguir la organización y control interno del Fideicomiso Inmobiliario es fundamental que se cuente con un panorama general de mismo, que involucre tanto a la estructura fiduciaria empleada así como el esquema de supervisión y regulación interno utilizado.

Resulta trascendental su organización y control interno pues es necesario llevar un registro adecuado del Fideicomiso para enfocar todos los esfuerzos al cumplimiento de su finalidad e identificar y mitigar la mayoría de riesgos posibles. Adicionalmente la cantidad y tipo de información que arroja, tanto su constitución como su administración, es considerable, por lo que incluso su documentación, políticas e instrucciones deben estar específicamente realizadas.

⁸¹ Molina. Sandoval .Carlos A. *El Fideicomiso en la dinámica mercantil*. Buenos Aires-Argentina Editorial B de F. 2009. Pg. 373

2.2.1.1. La Junta de Fideicomiso

La Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores al respecto de los órganos del negocio fiduciario, establece lo siguiente:

Art. 4.- Elementos fundamentales de los contratos de negocios fiduciarios.- (...) 8. Órganos del negocio fiduciario.- En caso de que para la toma de decisiones, se contemplen juntas, comités u otros cuerpos colegiados deberán señalarse sus atribuciones y forma de integración. La designación de las personas que los conforman, deberá hacerse con base a lo que contemple el contrato. Las resoluciones adoptadas por los órganos de decisión no podrán alterar, ni en todo ni en parte, el objeto o la finalidad del contrato. Corresponde a la fiduciaria mantener el archivo de los documentos en el que consten las resoluciones adoptadas por dichos órganos.⁸²

De conformidad con lo establecido en la Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores me resulta lógico considerar a la Junta de Fideicomiso como un Órgano de Control Interno, ya que de acuerdo a la generalidad y para el correcto desarrollo del contrato de Fideicomiso, se contempla a la Junta de Fideicomiso como un órgano colegiado de decisión esencialmente conformado por los constituyentes beneficiarios, quienes coherentemente deberán tomar las mejores decisiones para el Fideicomiso y el Proyecto que se desarrolle.

Para Eduardo Casas Sanz de Santamaría, la Junta de Fideicomiso es:

Un órgano esencialmente consultivo para regular la actividad del fiduciario, con todas las facultades que le otorgue el fideicomitente al establecer su constitución. Cuando la institución fiduciaria obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos del comité, y está integrado exclusivamente por terceros y la opinión del comité se ha pactado que sea obligatoria - el fiduciario- estará libre de toda responsabilidad.⁸³

⁸² Ecuador. Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores. Título V Negocios Fiduciarios. Capítulo I. Sección I. Artículo 4

⁸³ Casas Sanz de Santamaría. Eduardo. *La Fiducia*. Santa Fe de Bogotá. Colombia. Editorial Temis. 1997. Pg.40.

La Junta de Fideicomiso básicamente tendrá las facultades que los constituyentes establezcan en el contrato y, según la generalidad tendrá la facultad de instruir, disponer y decidir sobre aspectos relevantes dentro del desarrollo del Proyecto y sobre los que la Fiduciaria ponga a su consideración; es así que es quien se encargará del establecimiento de las políticas, programas y procedimientos para la consecución de las finalidades del Fideicomiso.

Complementariamente, la doctrina extranjera en muchas ocasiones denomina a la Junta de Fideicomiso como *Comité Técnico del Fideicomiso*, es de esta manera que el Doctor José Manuel Villagorda Lozano en su obra *Doctrina General del Fideicomiso* al respecto dice que es el Fideicomitente quien tiene la facultad de determinar las facultades y funciones de dicho comité, a veces demasiado amplias. En los fideicomisos privados esta es la única norma que regula su constitución y funcionamiento siendo esta su primera característica.

A mi criterio pienso que se puede considerar a la Junta como un órgano de control interno pues ésta ejerce un tipo de control sobre el Fideicomiso; al ser un miembro facultado para la vigilancia de que los fines del mismo se cumplan y que por ese motivo no solo las decisiones que se tomen deben ser consecuentes con los mismos, sino que también del análisis y decisiones que tome la Junta acerca de los problemas que se puedan presentar en el desarrollo del negocio fiduciario, se podrá obtener e instruir, a manera de control, prevención y mitigación de riesgos, las decisiones que sirvan de apoyo y base para la observación del desarrollo de proyecto.

Es así que muchas veces se pone a su consideración temas como:

- i. Verificar, certificar y aprobar sobre el cumplimiento o no del punto de equilibrio;
- ii. Conocer y aprobar el presupuesto general, sus ajustes, cronograma valorado de obra y el flujo mensual de caja, y demás aspectos que se relacionen con desembolsos que deba hacer el fideicomiso para el desarrollo del proyecto;
- iii. Resolver sobre los productos de inversión, montos, condiciones e instituciones en los que se invertirán los recursos del fideicomiso;
- iv. Conocer y aprobar los pliegos precontractuales, así como los textos de los contratos de promesa de compraventa, de compraventa, y, aquellos que el fideicomiso vaya a celebrar con el gerente de proyecto, fiscalizador, constructor, y demás profesionales que se vaya a contratar para el desarrollo del proyecto. La Junta de fideicomiso

podrá autorizar a la fiduciaria a celebrar con los promitentes compradores contratos distintos a los de promesa de compraventa tales como contratos de reserva de las unidades inmobiliarias, pero que tengan similar finalidad;

- v. Aprobar la cesión de los derechos fiduciarios del beneficiario;

Adicionalmente en el contrato de constitución del fideicomiso inmobiliario deben contar las reglas aplicables a la junta de fideicomiso y manera de guía deben constar las que se refieren a la frecuencia de la junta, lugar, quórum y calidades; se debe establecer que concurrirá a la Junta un delegado de la Fiduciaria, con voz pero sin voto. El delegado de la Fiduciaria tendrá derecho a vetar las decisiones de la Junta de Fideicomiso cuando éstas vayan en contra el objeto del fideicomiso o atenten contra los derechos de los promitentes compradores o del beneficiario. Dentro de este marco se debe aclarar que dicha Junta o Comité, cualquiera que sea su denominación, no tiene personalidad jurídica propia ni capacidad para obligarse u obligar al fideicomiso inmobiliario; es un órgano colegiado, conformado de acuerdo al contrato constitutivo y con la facultad de tomar decisiones, instruir a la Fiduciaria, pero sin la potestad de ejecución.

Los temas tratados en las sesiones de la Junta de Fideicomiso, así como las consideraciones efectuadas y las resoluciones adoptadas deberán ser recogidas en actas por parte del Secretario de la misma, estas actas servirán de prueba plena de las deliberaciones realizadas y de las decisiones tomadas.

La jurisprudencia arbitral colombiana al respecto se manifiesta y dice que:

En últimas el cliente, como dueño del negocio que es, es el verdadero y único juez de su propia conveniencia de manera que es a él a quien incumbe tomar la decisión correspondiente, la cual una vez adoptada debe ser acatada por el profesional de manera estricta, sin tratar de torcer o de frustrar la voluntad de su cliente, y sin que con ese acatamiento comprometa su responsabilidad. Lo importante es que esa voluntad se haya formado de manera reflexiva, calculada, esto es, deliberadamente con apoyo en informaciones y opiniones pertinentes, con el análisis de las alternativas posibles, así como de los datos, evaluación de riesgos y vicisitudes previsibles.⁸⁴

⁸⁴ Laudo arbitral proferido en agosto 26-1997 entre Leasing Mundial S.A. y Fiduciaria FES. Tomado de *Guía Jurídica De Los Negocios Fiduciarios En Colombia*. Editorial Legis. Primera Edición. 2011. Pg. 039

2.2.1.2. *La Administradora del Negocio Fiduciario*

La práctica cotidiana nos hace entender lo que implica administrar un negocio, y de este modo el término “administrar” nos sugiere: organización, dirección, gobierno, control.

La Administradora del Negocio Fiduciario es el tercero imparcial en quien los constituyentes depositan su confianza para que se encargue de la administración de los bienes transferidos al patrimonio autónomo destinados a un fin específico. Su acción se basa en actuar como Representante Legal del Fideicomiso y en tal calidad, ejecutar las instrucciones del constituyente expresadas en el contrato de constitución de Fideicomiso, y que se deben ajustar a la consecución del fin del Fideicomiso; de la debida diligencia que el Fiduciario emplee en el cumplimiento de las instrucciones recibidas y de las decisiones requeridas para el cumplimiento de la finalidad, dependerán el destino y la eficacia de esta figura.

“Hay cuatro principios tutelares imprescindibles de todo negocio fiduciario que conlleva a lo que llamaríamos "transparencia total" del operativo fiduciario, a saber: honestidad, claridad, igualdad Inter partes, profesionalismo.”⁸⁵

He considerado a la Administradora como uno de los mecanismos de control del Fideicomiso Inmobiliario puesto que en ella se centran todas y cada una de las actividades que se realizarán para el desarrollo del proyecto inmobiliario y en consecuencia será quien mantenga el control de la administración de los bienes del patrimonio del Fideicomiso. Si bien no es un ente independiente, sino que su actividad se ajusta a una serie de instrucciones impartidas por los constituyentes en el contrato de Fideicomiso al igual que a las decisiones tomadas por la Junta de Fideicomiso, su gestión es vital para un desenvolvimiento adecuado del Fideicomiso.

Razones sobran para determinar que la Administradora Fiduciaria forma parte de uno de los mecanismos de control interno del Fideicomiso Inmobiliario, fundamentando mi idea en su función de revisión y gestión para la prevención y valoración de los riesgos, lo que básicamente se desarrolla en los siguientes aspectos:

- i. Especialidad: La Administradora de Fondos y Fideicomisos, tal como su nombre lo indica, debe acreditar suficiente experiencia en el ámbito de la administración del

⁸⁵ Op. Cit. Casas Sanz de Santamaría. Eduardo. *La Fiducia*. Pg.s/n.

Fideicomiso Inmobiliario y contar con un equipo de profesionales capacitados para entender el negocio y administrarlo diligentemente. La especialidad y experiencia no solo son requeridas por la singularidad y enfoque de trabajo que demanda este tipo de negocio, sino también por la intención de ejercer sobre el Fideicomiso un control integral, eficiente y de mayor nivel técnico; ha logrado tal relevancia este aspecto, que incluso societariamente, la Ley de Mercado de Valores establece y limita el objeto social de la Administradora, a lo siguiente: “a) Administrar fondos de inversión; b) Administrar negocios fiduciarios, definidos en esta Ley; c) Actuar como emisores de procesos de titularización; y, d) Representar fondos internacionales de inversión.”⁸⁶ “Bajo esa obligación el profesional debe conocer las regulaciones y los requisitos que su actividad y su clientela deben satisfacer, los riesgos que su negocio ordinariamente genera o los extraordinarios que su experiencia sugiera como posibles y la forma más razonable de evitarlos o minimizar la posibilidad de su ocurrencia.”⁸⁷

- ii. Gestión: En palabras del Doctor Sergio Rodríguez Azuero, el fiduciario es siempre y ante todo un gestor profesional de intereses ajenos.

Debido a la enorme diversidad de clases y contratos de fideicomiso que pueden celebrarse, la ley no puede establecer específicamente cuál es el comportamiento a adoptar por parte del fiduciario, es por eso que establece que la conducta del mismo debe estar guiada por la prudencia y la diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.⁸⁸

Desde mi forma de concebir a la Administradora Fiduciaria como un mecanismo de control interno del Fideicomiso Inmobiliario, pienso que ésta configura un esquema de análisis y revisión de las inconsistencias que se puedan presentar a lo largo del desarrollo del proyecto inmobiliario. Tal es su trascendencia, que la Fiduciaria debe contar con la organización, estructura y recursos legales y contables para responder

⁸⁶ Ecuador. Ley de Mercado de Valores. Codificación No. 2006-001. Art. 97

⁸⁷ Rodríguez Azuero. Sergio. *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*. Colombia. Editorial Legis. 2005. Pg.272

⁸⁸ Seminario de Integración y Aplicación. *El Fideicomiso*. Facultad de Ciencias Económicas. Universidad de Buenos Aires.2010 Pg. s/n

de forma permanente y oportuna a los constituyentes, órgano de control y terceros intervinientes o que tengan algún tipo de relación con el sujeto.

Paralela y complementariamente con la función de ejercer el control interno del Fideicomiso, la Administradora durante su gestión debe cumplir con lo siguiente:

1. Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia; 2. Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios; 3. Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca; 4. Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aun mismo del constituyente.⁸⁹

iii. Confianza y Comunicación Permanente: Como se ha señalado en el presente trabajo, el fideicomiso es un negocio de confianza donde los constituyentes eligen, dentro del mercado fiduciario, a la Administradora para que en el momento oportuno administre sus bienes y realicen un trabajo conjunto para la consecución de la finalidad del Fideicomiso Inmobiliario. A través de una relación profesional basada en la confianza, la información se transmite rápidamente lo que produce un control efectivo, inicial y puntual. Dentro de este concepto se engloba una serie de actitudes que se presupone debe tener el fiduciario, tales como: estar atento permanentemente a los acontecimientos, entender las exigencias de lo que implica la actividad fiduciaria y procurar satisfacer las expectativas puestas en su desempeño. Por ello se hace necesario que el Fiduciario sea disciplinado en el orden de la administración conservando registros y documentación en archivo organizado, cumpliendo a tiempo con las obligaciones y exigencias legales que recaen sobre el fideicomiso y rindiendo cuentas de su gestión a quien lo dictamine.

Es así que aunque se haga referencia a la idea de que el Fideicomiso es solo un medio y que en consecuencia la obligación del Fiduciario va a ser de medio y no de resultado, es conveniente señalar que intrínsecamente tiene la facultad específica de control sobre el

⁸⁹ Casas Sanz de Santamaría. Eduardo. *La Fiducia*. Santa Fe de Bogotá. Colombia. Editorial Temis. 1997. Pg.39.

Fideicomiso, y aún cuando algunos autores señalen que el control proviene desde el constituyente y beneficiario hacia el Fiduciario, personalmente considero que lo trascendental es el control que, de alguna manera, el Fiduciario está obligado a administrarlo.

Tal es su actuación que muchas de las obligaciones fiduciarias constituyen medios de control sobre el Fideicomiso Inmobiliario, lo que incluso nos lleva a pensar que la Fiduciaria siempre adoptará todas las medidas de control y prácticas profesionales necesarias para que no se cuestione su labor.

Una de las muestras del control interno que realiza la Administradora, y que incluso va más allá de constituir una obligación indelegable del Fiduciario, es el Informe de Rendición de Cuentas, cuya periodicidad se establece en el contrato de Fideicomiso Inmobiliario y la ley de mercado de valores exige que sea entregada a los constituyentes y beneficiarios. La Ley de Mercado de Valores conceptualiza a la Rendición de Cuentas y dice que en ésta “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.”⁹⁰ Inclusive, de acuerdo al artículo 129 de la Ley de Mercado de Valores, los aspectos contables y financieros de la rendición comprobada de cuentas deben guardar armonía con la información que tiene que presentar el fiduciario a la Superintendencia de Compañías.

Los estudiosos del derecho fiduciario han establecido en base a la práctica común de la administración del negocio que la rendición de cuentas es un informe detallado de la gestión de los bienes entregados en virtud del negocio fiduciario, haciendo énfasis en aquello que tenga relevancia con la labor ejecutada, justificando y argumentando además, el cumplimiento de las normas ecuatorianas aplicables. Es decir que la actividad fiduciaria se encuentra comprometida, incluso para con sí mismo, con el desarrollo e implementación de principios éticos y normas de control interno que evalúen y hagan efectivas prácticas de transparencia, ética y conducta que permitan incrementar el control y mitigación de riesgo. Consecuentemente el informe de rendición de cuentas “debe reflejar plenamente el estado económico, jurídico, administrativo y contable actual del negocio, así como de la ocurrencia de cualquier hecho que incida en el desarrollo normal de la labor encomendada,

⁹⁰ Ecuador. Ley de Mercado de Valores. Codificación No. 2006-001. Artículo 128

señalando las medidas correctivas adoptadas, cuando sean del caso”⁹¹ Con base a los informes mencionados, los constituyentes – beneficiarios tendrán un panorama claro sobre el que podrán basar las instrucciones a que haya lugar para lograr el cumplimiento y éxito del proyecto inmobiliario.

Es así q incluso la fiduciaria es quien además debe identificar y mitigar los riesgos del fideicomiso, garantizando la independencia de la contabilidad, el cumplimiento del marco jurídico regulador, y la infraestructura adecuada para la administración del fideicomiso inmobiliario.

2.2.1.3. El Fiscalizador

Sobre la base de las consideraciones del capítulo primero, a mi criterio sostengo que la participación del fiscalizador dentro del fideicomiso inmobiliario es un control interno adicional y fundamental, será los ojos críticos de la Fiduciaria y supervisará el proyecto. Los demás detalles de sus funciones y responsabilidades constan en los párrafos anteriores.

2.2.2. Control Externo

Para lograr un equilibrio en el aspecto de control del Fideicomiso, es necesario que exista un control externo de quienes no tengan ningún otro interés en el mismo, que el de asegurar el favorable desempeño del Fideicomiso. Para esto he contemplado a dos actores importantes: La Auditoría Externa y el Órgano de Control Estatal.

2.2.2.1. La Auditoría Externa

“El término “auditoría” en sentido amplio significa “comprobación”, “revisión” o “control”. Por tanto pueden existir tantos tipos de auditoría como actividades susceptibles de comprobación y tantos como finalidad u objetivos perseguidos.”⁹²

De manera tradicional, la Auditoria se define como:

⁹¹ Guía Jurídica de Los Negocios Fiduciarios En Colombia. Editorial Legis. Primera Edición. 2011. Pg. 128

⁹² Montesinos Julve. Vicente. *La Auditoría en España*. Universidad de Valencia. España. Pg. 227

La revisión de los estados financieros de una empresa, según normas y técnicas específicas a fin de expresar su opinión independiente sobre la situación económica financiera de dicha empresa en un momento dado, sus resultados y los cambios en ella habidos durante un periodo determinado, de acuerdo con los principios contables, generalmente aceptados.⁹³

De la lectura realizada para el presente trabajo podré inferir que, la actividad de la Auditoría Externa es aquella que es realizada por una empresa cuyo objeto social es, entre otros, prestar servicios profesionales de auditoría completamente independiente en todo sentido de la empresa objeto de la auditoría, y que como resultado de su trabajo, emite un informe con un pronunciamiento u opinión profesional sobre el conjunto de los entes sometidos a su control.

De igual manera, la generalidad indica que para el Fideicomiso Inmobiliario Integral la Auditoría Externa deber arrojar como resultado Informes de Auditoría que abarquen un pronunciamiento general sobre los siguientes aspectos:

- i. Cumplimiento de la legalidad en la gestión.
- ii. Presentación adecuada de la imagen fiel de la gestión y de la situación en las Cuentas Anuales, según principios de contabilidad aplicables.
- iii. Grado de eficacia en la gestión, o cumplimiento de los objetivos previstos.
- iv. Gestión de los recursos con criterios de economía y eficiencia.⁹⁴

En el Ecuador, el artículo 194 de la Ley de Mercado de Valores conceptualiza la actividad de la Auditoría Externa, y menciona que:

Se entenderá por auditoría externa la actividad que realicen personas jurídicas, que, especializadas en esta área, den a conocer su opinión sobre la razonabilidad de los estados financieros para representar la situación financiera y los resultados de las operaciones de la entidad auditada. También estas entidades podrán expresar sus recomendaciones respecto de los procedimientos contables y del sistema de control interno que mantiene el sujeto auditado.

⁹³García. Ma. Y Pucheta. MC. Revista Partida Doble N.134 España. 2002 Pg. 51

⁹⁴ Ob. Cit. Montesinos Julve. Vicente. *La Auditoría en España*.

Desde mi óptica de considerar a la Auditoría Externa como un mecanismo de control, pienso que es un procedimiento que evalúa de manera independiente y sistemática varias áreas tanto de la Fiduciaria como del Fideicomiso Inmobiliario, valorando de manera real toda su actividad. Con el cumplimiento de la contratación de este procedimiento se trata de medir y contrastar la actividad fiduciaria con una serie de criterios, procesos y sobre todo normas legales que la regulan, y dar un análisis cuyo enfoque, además de ser una obligación legal, es de carácter preventivo y de control.

Una vez que se ha entendido brevemente el alcance de la actividad auditora, cabe señalar que la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores indica que deberán contar con auditoría externa los negocios fiduciarios que tienen la obligación de inscribirse en el Registro de Mercado de Valores, siendo el Fideicomiso Inmobiliario uno de los tipos de negocios que deben inscribirse. Adicionalmente dice que “deberán contar con auditoría externa de una Auditora inscrita o no en el Registro del Mercado de Valores, aquellos negocios fiduciarios que reciban recursos de personas distintas a los constituyentes iniciales, tales como promitentes compradores” lo que desde cualquier perspectiva obliga al Fideicomiso Inmobiliario a someterse al examen de la Compañía Auditora.

Del diagnóstico que realice la Auditoría externa y a manera de resultado de la aplicación de sus procedimientos, la compañía contratada emitirá un informe de recomendaciones que abarque un criterio profesional acerca de la mejora de los sistemas de control y el desempeño financiero y administrativo; tal es su trascendencia que la Codificación de Resoluciones para el efecto ha establecido los requisitos mínimos que debe contener el informe de Auditoría:

- a) Opinión sobre si las actividades realizadas se enmarcan en la Ley.
- b) Evaluación y recomendaciones sobre el control interno.
- c) Opinión sobre el cumplimiento de las obligaciones tributarias.
- d) Opinión sobre el cumplimiento de las obligaciones establecidas por ley.
- e) Opinión sobre el cumplimiento de medidas correctivas que hubiesen sido recomendadas en informes anteriores.⁹⁵

⁹⁵ Ecuador. Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores. Título II Participantes del Mercado de Valores. Capítulo IV. Sección IV. Artículo 6.

Consecuentemente la Compañía Auditora que se elija, debe ser la misma que audite a la Sociedad Administradora de fideicomisos, debe estar inscrita en el Registro de Mercado de Valores y adicionalmente debe contar con los profesionales necesarios que entiendan el negocio y su metodología debe ser enfocada a identificar los riesgos.

De lo mencionado, puedo concluir que de manera general y desde cualquier punto de vista, el examen de una Auditoría Externa además debe ser un soporte para la administración que se traduce en una especie de fiscalización y control al Fideicomiso Inmobiliario; esto se debe principalmente al alcance de su trabajo basado en la revisión de los estados financieros del ejercicio fiscal, la observación de los medios legales empleados, el cumplimiento de las normas que rigen este tipo de negocio, y el diagnóstico del cumplimiento de los manuales, políticas y reglamentos internos de la compañía. Por lo cual, considero que lo principal y característico de la Auditoría Externa del Fideicomiso Inmobiliario es su acción sobre el control interno, basándose en “la idoneidad profesional de quien efectúa el trabajo; la idoneidad mental con que actúe el auditor y la imparcialidad con que emita su concepto u opinión.”⁹⁶

2.2.2.2. Control Estatal



Control: es la atribución para ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica o irregular (jurídica, financiera, económica, técnica, científico-

⁹⁶ Peña Bermúdez Jesús María. *Control, Auditoría y Revisoría Fiscal*. Bogotá – Colombia. Ecoediciones. Abril. 2007. Pg. 46

administrativa) de cualquiera de sus vigilados y sancionar las actuaciones que se aparten del ordenamiento legal bien sea por acción o por omisión.⁹⁷

Tomando en consideración lo antes señalado, de manera general la intervención de la Superintendencia de Compañías tiene como objeto ejercer tres controles diferentes, pero complementarios, sobre el Fideicomiso Inmobiliario y la Administradora que hace las veces de Fiduciaria.

Control Societario:

Para el presente trabajo conocemos que el Fideicomiso Inmobiliario es administrado por su Fiduciaria que es una sociedad constituida bajo el control de la Superintendencia de Compañías; tal es así que concluiremos que el control del Fideicomiso se replica por varias ocasiones en el control ejercido sobre la Administradora Fiduciaria. Por lo tanto iniciaremos estudiando el control que ejerce la Superintendencia de Compañías sobre esta sociedad.

El artículo 431 de la Ley de Compañías del Ecuador en concordancia con el artículo 10 de la Ley de Mercado de Valores, establece que la Superintendencia de Compañías ejercerá la vigilancia⁹⁸ y control de bolsas de valores, casas de valores, compañías calificadoras de riesgo, depósitos centralizados de compensación y liquidación de valores, sociedades administradoras de fondos y fideicomisos, auditoras externas y demás personas o entidades que actúen o intervengan en dicho mercado. Tal facultad de “vigilancia y control total comprende los aspectos jurídicos, societarios, económicos, financieros y contables.” Importa también en la perspectiva que aquí adaptamos, referirnos a lo que establece el Artículo 440 de la Ley de Compañías que nos indica el objeto de establecer dicho control es verificar si la sociedad cumple su objeto social; examinar la situación activa y pasiva de la compañía, si lleva los libros sociales, tales como los de actas de juntas generales y directorios, el libro talonario y el de acciones y accionistas o de participaciones y socios;

⁹⁷ Glosario. Internet: <http://www.hflleras.gov.co> Acceso: 08/01/2013

⁹⁸ Del latín *vigilantía*, la vigilancia es el cuidado y la supervisión de las cosas que están a cargo de uno. La persona que debe encargarse de la vigilancia de algo o de alguien tiene responsabilidad sobre el sujeto o la cosa en cuestión. Puede decirse que la vigilancia es un proceso de monitoreo, ya sea de seres humanos, animales, objetos o procesos. La intención es que lo vigilado actúe o se mantenga dentro de los parámetros esperados. Fuente.- Internet: <http://definicion.de/vigilancia/> . Acceso: 21/02/2013

si su contabilidad se ajusta a las normas legales; si sus activos son reales y están debidamente protegidos; entre otros.

Entiendo que por este motivo, la Administradora Fiduciaria obligatoriamente deberá someterse al escrutinio y atención de tal dependencia, que para el efecto obliga anualmente a cada sociedad a remitir la siguiente documentación:

- i. Estados financieros anuales auditados.
- ii. Acta de la Junta que aprobó los Estados Financieros
- iii. Informe de la Administración.
- iv. Informe de Auditoria.
- v. Informe del Comisario.
- vi. Informe de Verificación y grado de cumplimiento de las políticas, procedimientos y mecanismos internos implementados por dichos órganos.
- vii. Nómina de Administradores
- viii. Nómina de Accionistas.
- ix. RUC.

Control de Mercado de Valores:

Iniciaremos el estudio de la intervención estatal considerando a manera introductoria el criterio de Jorge Pinzón Sánchez, ex Superintendente Bancario de Colombia, quien al respecto de la supervisión y regulación que debe ejercer el organismo estatal sobre los negocios fiduciarios, sostiene que se realiza en atención a ciertos criterios como:

- i) la fuente legal o exclusivamente contractual del negocio; ii) el carácter individual o colectivo del negocio y su pasividad; iii) las características o naturaleza del bien, así como de sus fideicomitentes y beneficiarios de todo lo cual depende la identificación de diversos intereses involucrados que exijan ser protegidos a través de la intervención sobre la actividad fiduciaria (...) ⁹⁹

⁹⁹ Rodríguez Azuero. Sergio. *Negocios Fiduciarios Su significación en América Latina*. Colombia, Editorial Legis. 2005. Pg. 581 cita a Pinzón Sánchez Jorge. Conferencia dictada por el Superintendente Bancario de Colombia en el marco del XIII Congreso Latinoamericano de Fideicomiso, 17 a 19 de octubre de 2003. Cartagena de Indias. Colombia

Consecuentemente, en Colombia el Superintendente Bancario interviene sobre la actividad fiduciaria en dos sentidos distintos: uno concerniente a la constitución y funcionamiento de la entidad; y otro sobre cada negocio Fiduciario.

Centrando el estudio en la realidad ecuatoriana, para entender la intervención estatal es importante tener claro el papel que ejerce la Superintendencia de Compañías ya que, no solo se limita al control societario, sino que para el efecto de ejercer las facultades de control sobre el mercado de valores existen, bajo el amparo de ésta Superintendencia, las Intendencias de Mercado de Valores como entes de control específico. En consecuencia, serán las Administradoras de fondos y fideicomisos y sus negocios fiduciarios quienes se sometan a dicho control.

En el marco regulatorio y de control ecuatoriano el legislador entendió que era necesario incluir a los Negocios Fiduciarios en el Mercado de Valores; criterio errado para algunos estudiosos pues en la esencia de los negocios fiduciarios no existe el mercado o transferencia de valores que regula esta ley. Es así que se ha considerado que se debieron establecer las regulaciones correspondientes a los Negocios Fiduciarios, en otros cuerpos normativos tales como el Código de Comercio o hasta en el mismo Código Civil. La razón principal que sostienen los tratadistas es que dentro del ámbito financiero, los negocios fiduciarios, su objeto y giro del negocio difieren mucho del mercado de valores ya que en pocas ocasiones existe la canalización, emisión y negociación de títulos valores.

Sin embargo de lo mencionado, los Negocios Fiduciarios y en este caso el Fideicomiso Inmobiliario y su Administradora Fiduciaria, inicialmente, encontrarán su marco regulatorio en la Ley de Mercado de Valores, tal es así que el Art. 1 Del objeto y ámbito de la Ley, establece que el ámbito de aplicación de esta Ley abarca el mercado de valores en sus segmentos bursátil y extrabursátil, las bolsas de valores, las asociaciones gremiales, las casas de valores, las administradoras de fondos y fideicomisos, las calificadoras de riesgo, los emisores, las auditoras externas y demás participantes que de cualquier manera actúen en el mercado de valores.

De manera general respecto a la regulación y vigilancia del mercado de valores y de manera específica a la regulación, vigilancia y control externo al que se somete el Fideicomiso Inmobiliario y a su vez la Administradora de Fondos y Fideicomisos, la ley

creó al Consejo Nacional de Valores como órgano adscrito a la Superintendencia de Compañías, para que sea el ente regulador del mercado de valores, ejerciendo la Superintendencia de Compañías, el control, respectivo a través de su Intendencia de Mercado de Valores.

Respecto a la Administradora de Fondos y Fideicomisos.-

Mediante las Intendencias de Mercado de Valores de Quito y Guayaquil, tal como lo dice la ley, se realizará el control y supervisión de la actividad Fiduciaria, las mismas que gozarán de autonomía técnica y operativa para que sea más efectivo el cumplimiento de sus atribuciones. De las actividades de la Intendencia de Mercado de Valores, señaladas en su ley establecida para el efecto; a continuación se detalla en base a mi criterio, las principales actividades de las Intendencias de Mercado de Valores que influyen en el control del Fideicomiso y por ende de la Administradora:

- (i) Ejecutar la política general del mercado de valores dictada por el C.N.V.;
- (ii) Inspeccionar, en cualquier tiempo, a las compañías, entidades y demás personas que intervengan en el mercado de valores, con amplias facultades de verificación de sus operaciones, libros contables, información y cuanto documento o instrumento sea necesario examinar, sin que se le pueda oponer el sigilo bancario o bursátil, de acuerdo con las normas que expida el C.N.V., exigiendo que las instituciones controladas cumplan con las medidas correctivas y de saneamiento en los casos que se dispongan, considerando que cuando la Superintendencia de Compañías deba actuar en una entidad sujeta a la vigilancia y control de la Superintendencia de Bancos y Seguros, lo hará a través de ésta o en forma conjunta;
- (iii) Investigar las denuncias o infracciones a la presente Ley, a sus reglamentos, a los reglamentos internos y regulaciones de las instituciones que se rigen por esta Ley, así como las cometidas por cualquier persona que, directa o indirectamente, participe en el mercado de valores imponiendo las sanciones pertinentes, así como poner en conocimiento de la autoridad competente para que se inicien las acciones penales correspondientes, de ser el caso;
- (iv) Autorizar el funcionamiento en el mercado de valores de: bolsas de valores, casas de valores, compañías calificadoras de riesgo, depósitos centralizados de compensación y liquidación de valores, sociedades administradoras de fondos y fideicomisos, auditoras

externas y demás personas o entidades que actúen o intervengan en dicho mercado, de acuerdo con las regulaciones de carácter general que se dicten para el efecto;

- (v) Organizar y mantener el Registro del Mercado de Valores;
- (vi) Disponer la suspensión o cancelación de la inscripción en el Registro del Mercado de Valores de las instituciones o valores sujetos a esta Ley o sus normas complementarias, debiéndose poner tal hecho en conocimiento del C.N.V. en la sesión inmediatamente posterior.

Seguidamente, para el presente estudio es básico estudiar las diferentes formas de control externo que ejerce la entidad estatal, las mismas que serán la base para el correcto desarrollo del Fideicomiso Inmobiliario y el examen adecuado de todos los partícipes que confluían para el éxito del proyecto.

Respecto al Fideicomiso Inmobiliario.-

Como se conoce mediante Resolución No. CNV-006-2011, publicada en el Registro Oficial No. 495 de 20 de julio de 2011, el Consejo Nacional de Valores resuelve inscribir los fideicomisos mercantiles inmobiliarios en el Registro de Mercado de Valores, con el objeto de ejercer un control más directo sobre los mismos; más dicha función trata básicamente de remitir la información junto con la Ficha Registral¹⁰⁰ del Fideicomiso, a la Intendencia de Mercado de Valores. Seguidamente dicha información pasará a la revisión de la Dirección Jurídica y la Dirección de Autorización y Registro de la Intendencia de Mercado de Valores, quienes emitirán un Informe que abarca una revisión del contrato de Fideicomiso y su cumplimiento con lo establecido en el artículo 120.- Contenido Básico del Contrato y el artículo 128 De la Rendición de Cuentas de la Ley de Mercado de Valores; así como de los artículos de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores que se relacionen con el contenido del contrato. Adicionalmente, si se trata de un Fideicomiso Inmobiliario en el que se prevé la existencia de Constituyentes Adherentes, se obliga la remisión, del modelo de contrato de Adhesión.

¹⁰⁰ Contenido de la Ficha Registral: 1. Denominación del Fideicomiso; 2. Número de RUC ; 3. Tipo de Negocio Fiduciario ; 3. Tipo de Negocio Fiduciario ; 4. Nombre de la Fiduciaria y del Auditor Externo ; 5. Datos de los Constituyentes ; 6.Nombre de los Beneficiarios ; 7. Descripción y Valoración del Patrimonio ; 8. Rendición de Cuentas.

Sistematizando, el Consejo Nacional de Valores y las Intendencias de Mercado de Valores obligan a remitir la siguiente información, la cual ha sido clasificada de acuerdo al sujeto obligado a cumplir con dichas disposiciones; lo mencionado nos hace presumir que esa también es una forma de control que ejerce la Superintendencia de Compañías.

CODIFICACIÓN DE RESOLUCIONES DEL CONSEJO NACIONAL DE VALORES

ARTÍCULO	DOCUMENTOS	FECHA MÁXIMA DE PRESENTACIÓN	SUJETO OBLIGADO
<p>Art. 15.- Nómina de accionistas.- (Agregado por el Art. Único de las Res. CNV-004-2012, R.O. 730, 22-VI-2012).-</p>	<p>En los medios que establezca la Superintendencia de Compañías, el domicilio o residencia y la identidad de sus accionistas, participantes o socios, según corresponda, hasta llegar a la identificación de la última persona natural.</p>	<p>31 de marzo de cada año</p>	<p>Administradora</p>
	<p>En el caso de negocios fiduciarios, las administradoras de fondos y fideicomisos deberán presentar la información que permita identificar claramente a los constituyentes, constituyentes adherentes y beneficiarios de los contratos que administran, y en el caso que sean personas jurídicas se debe aplicar las mismas reglas establecidas en los párrafos anteriores, hasta identificar a las personas naturales nacionales o extranjeras.</p>	<p>31 de marzo de cada año</p>	<p>Negocios Fiduciarios</p>
<p>Art. 7.- Mantenimiento de la inscripción de la compañía.-</p>	<p>2.1 Estados financieros anuales auditados. 2.2 Declaración juramentada de los administradores y de cada uno de los miembros del respectivo comité de inversiones de que no se encuentran incurso en las prohibiciones previstas en el artículo 106 de la Ley de Mercado de Valores. 2.3 Informe de la administración. 2.4 Informe del comisario. 2.5 Actualización de los manuales en caso de existir cambios.</p>	<p>Información anual presentada dentro de los noventa días posteriores al cierre del ejercicio fiscal</p>	<p>Administradora</p>
<p>Art. 8.- Información a ser presentada a la Superintendencia de Compañías.- Para mantener la inscripción de los negocios fiduciarios, la fiduciaria deberá presentar a la Superintendencia de Compañías</p>	<p>Los estados financieros auditados y Copia de la información sobre rendición de cuentas, con el sustento correspondiente, presentada a los constituyentes o beneficiarios.</p>	<p>Con periodicidad anual, hasta el 31 de marzo de cada año</p>	<p>Negocios fiduciarios inscritos</p>
<p>Publicación de Información.-</p>	<p>Estados financieros auditados individuales</p>	<p>Información anual presentada dentro de los noventa días posteriores al cierre del ejercicio fiscal</p>	<p>Administradora, Negocios fiduciarios inscritos, Fondo de Inversión.</p>
<p>Art. 8.- Mantenimiento de la inscripción de fondos de inversión nacionales.</p>	<p>Estados financieros auditados, incluyendo: estado de situación, estado de resultados, flujo de caja, estado de evolución del patrimonio, notas a los estados financieros y dictamen del auditor externo de cada uno de los fondos que administre.</p>	<p>Dentro de los noventa días contados desde la fecha de cierre del ejercicio económico:</p>	<p>Fondo de Inversión</p>

Control Especial respecto al Lavado de Activos

El lavado de activos es el proceso a través del cual los bienes de origen delictivo se integran al sistema económico financiero legal aparentando haber sido obtenidos de forma lícita. En síntesis el dinero se “lava” para encubrir actividades criminales o ilegales asociadas al narcotráfico, secuestro, tráfico de armas, sicariato, contrabando, trata de personas sea para esclavitud laboral, redes de prostitución o pornografía infantil y actividades que financian el terrorismo. Actividades ilícitas e ilegales también son los actos de corrupción como: defraudación fiscal, peculado, cohecho, concusión y el enriquecimiento ilícito.¹⁰¹

Indica asimismo la Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador como métodos conocidos para el lavado de activos el constituir un patrimonio autónomo con fondos obtenidos ilícitamente, para que sea la sociedad fiduciaria la que realice las operaciones financieras a nombre del fideicomiso ocultando de esta manera la identidad de quien constituyó el patrimonio autónomo. En relación a este tema y en cumplimiento con la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento De Delitos¹⁰², la Administradora de Fondos y Fideicomisos está en la obligación de realizar un control adicional al que ya hemos mencionado; dicho control consiste en desarrollar políticas internas tendientes a la identificación de operaciones sospechosas o inusuales para evitar que las operaciones que realiza la institución puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo o inversión de dinero

¹⁰¹ Unidad de Análisis Financiero. Internet: <http://www.uaf.gob.ec> Fecha de Acceso: 01-02-2013

¹⁰² Ecuador.- Ley De Prevención, Detección Y Erradicación Del Delito De Lavado De Activos Y Del Financiamiento De Delitos. Art. 14.- (Reformado por el Art. 17 de la Ley s/n, R.O. 352-S, 30-XII-2010).- Comete delito de lavado de activos el que dolosamente, en forma directa o indirecta: a) Tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierta o se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito; b) Oculte, disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito; c) Preste su nombre o el de la sociedad o empresa, de la que sea socio o accionista, para la comisión de los delitos tipificados en esta Ley; d) Organice, gestione, asesore, participe o financie la comisión de delitos tipificados en esta Ley; e) Realice, por sí mismo o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos; y, f) (Sustituido por el Art. 17 de la Ley s/n, R.O. 352-S, 30-XII-2010).- Ingreso y egreso de dinero de procedencia ilícita por los distritos aduaneros del país. Los delitos tipificados en este artículo serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delitos autónomos de otros delitos cometidos dentro o fuera del país. Esto no exime a la Fiscalía General del Estado de su obligación de demostrar fehacientemente el origen ilícito de los activos supuestamente lavados.

proveniente de actividades ilícitas, especialmente del narcotráfico y delitos tipificados en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Considerando que una institución del mercado de valores podría ser utilizada para el lavado de dinero así como para ocultar el origen o la naturaleza de la fuente de los recursos, el legislador mediante la ley reformativa a la Ley para reprimir el Lavado de Activos incluyó, entre otras, a las bolsas y casas de valores; las administradoras de fondos y fideicomisos; etc. como sujetos obligados a informar mensualmente a la Unidad de Análisis Financiero (UAF) una serie de reportes que intentan controlar este delito y obligan a la Fiduciaria a hacer un seguimiento más exhaustivo, sobre su clientes, personal de la empresa, y sus personas relacionadas; dichos reportes de operaciones sospechosas enviados a la Unidad de Análisis Financiero (UAF) son un insumo fundamental en el proceso de análisis y detección que realiza la UAF con el propósito de evitar efectos adversos de este tipo de delitos en el sistema económico ecuatoriano.

Para el presente estudio, cabe señalar la existencia del lavado inmobiliario urbano y metropolitano, al que se lo identifica en la compra de grandes extensiones de terreno, así como edificios y construir conjuntos habitacionales sin esperar rentabilidad alta, para justificar gastos en inversiones inmobiliarias; esta forma de “lavado” configura una de las motivaciones para que la ley incluya a la Administradora como sujeto obligado de reportar a la Unidad de Análisis Financiero y que a su vez exista la obligación para que ésta cuente con procedimientos que permitan una correcta identificación y evaluación periódica de las actividades y negocios de sus clientes, a fin de evitar que por acción u omisión sus servicios sean utilizados para encubrir la naturaleza ilícita de fondos o transacciones.

Es así que la Administradora Fiduciaria se encargará de monitorear a los clientes para determinar y detectar comportamientos inusuales que no sean consistentes con el tipo de actividad declarada por el cliente, y verificar que la información que consta en la documentación del cliente sea coherente con lo declarado por el mismo. Para tal efecto, deberá contar con un Oficial de Cumplimiento, que es la persona encargada de coordinar y vigilar que las políticas implementadas, disposiciones legales y normativas, manuales, políticas internas, prácticas, procedimientos y controles se cumplan para prevenir el lavado de activos proveniente de actividades ilícitas.

CAPÍTULO III

SEGURIDAD JURÍDICA, RIESGOS, OBLIGACIONES LEGALES Y RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO.

3.1. SEGURIDAD JURÍDICA Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO FIDUCIARIO

Se iniciará el tema considerando el siguiente escenario:

En Argentina, según cifras del sector, la mayoría de los desarrollos inmobiliarios del país se realiza a través de fideicomisos, un instrumento que vino a responder a las necesidades de mayor seguridad jurídica y de mejores vías de fondeo para sus emprendimientos, motorizando así al negocio. En tal efecto las estadísticas indican que el uso de fideicomisos inmobiliarios se extendió tanto que hoy abarca al 85% de los desarrollos en curso.¹⁰³

Es evidente entonces que la seguridad jurídica, como uno de los rasgos distintivos del Fideicomiso, resulta en uno de los principales motivos para que la gente decida utilizar esta figura jurídica para el desarrollo de un proyecto inmobiliario.

Las características señaladas en los capítulos anteriores, la estructura especial y singular del contrato de fideicomiso inmobiliario, así como la necesidad de la existencia de un tercero independiente que brinde confianza a las partes, permitirán que el presente capítulo muestre la necesidad de estudiar la incidencia de la seguridad jurídica en el Derecho Privado, específicamente en el derecho contractual. Inclusive, considerando que no existe una regulación delimitada para el fideicomiso debido a su versatilidad, es necesario el estudio de la seguridad jurídica que como principio, legítima lo estipulado en el contrato, su interpretación e integración.

En el Ecuador, y sin duda en todos los países del mundo donde se habla de Estado de Derecho, la vigencia de un ordenamiento jurídico aplicable y la existencia de un Poder Legislativo eficiente y coherente con la realidad que se vive, demuestran que se trata de

¹⁰³ Cámara Argentina de la Construcción Delegación Mar del Plata. Internet: <http://www.cmcmdp.com.ar> Fecha de Acceso: 20/02/13

Estados donde existe confianza, estabilidad política y se respeta el contrato social de Rosseau, lo que deriva en un país económicamente estable, en desarrollo y muy atractivo hacia la inversión y preocupación extranjera.

En palabras del Doctor Fabián Corral la Seguridad Jurídica es uno de los principios más enunciados pero menos comprendidos y aplicados. Más aún, constituye una genuina aspiración de la sociedad, es por eso que se tratará de razonar acerca de lo que implica la seguridad jurídica y el porqué de la relación con el contrato de Fideicomiso Inmobiliario.

Muchos autores coinciden con la siguiente definición de Seguridad Jurídica:

Es condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes puedan causarles perjuicio. A su vez, la seguridad limita y determina las facultades y los deberes de los Poderes Públicos.¹⁰⁴

Desde una perspectiva, tal vez un poco más compleja y completa, la Seguridad Jurídica comprende y se la entiende desde dos sentidos a considerarse:

En sentido objetivo, la seguridad jurídica corresponde a la existencia de garantías para proteger a las personas, sus bienes y sus derechos. Seguridad jurídica, imperio de la ley, imperio del derecho, son conceptos conexos y esencialmente unidos y constituyen la base del Estado de Derecho, entendido este como "aquel que hace de la ley y el derecho la base y la esencia de su actuación". La seguridad jurídica en sentido subjetivo, o certeza jurídica es "la convicción que tiene una persona de que la situación de que goza no será modificada por una acción contraria a los principios que rigen la vida social" En este sentido subjetivo, la seguridad jurídica supone un estado de confianza, de saber a qué atenerse, aquellas garantías engendran en los individuos es lo que se llama certeza jurídica que presupone objetivamente la seguridad jurídica.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Ministerio de Justicia y Seguridad Pública. *Glosario para la Institución*. El Salvador. Internet: <http://www.seguridad.gob.sv> Fecha de acceso: 03/03/2013.

¹⁰⁵ Olaso Luis María. *Curso de Introducción al Derecho*. Caracas. Venezuela. Universidad Católica Andrés Bello. 1998. Pg. 426

La seguridad no puede definirse ni desde el punto de vista subjetivo ni desde el único punto de vista objetivo, es una correlación entre el estado subjetivo de la persona y la realidad social objetiva.¹⁰⁶

En el marco jurídico ecuatoriano, la Constitución Ecuatoriana, concibe a la seguridad jurídica como un derecho y, como tal garantiza su protección (parte de los derechos de protección), para lo que en su artículo 82 establece que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Ya se han mencionado varias consideraciones acerca de lo que abarca la seguridad jurídica, más para el presente estudio es necesario revisar lo que ésta comprende desde la perspectiva privada, que de acuerdo al Doctor Antonio Oropeza, “descansa sobre el respeto, por parte del ordenamiento jurídico a la autonomía de la voluntad, ya que para sentirse realizado en la sociedad, el ciudadano precisa ser no solamente reconocido, sino también tener garantizado un espacio de libre acción en el que se pueda desarrollar con iniciativa.”¹⁰⁷

En total acuerdo con lo que explica el Doctor Fabián Corral cuando dice que la seguridad jurídica es el sustento de todos los contratos, ya sean administrativos o privados, y fundamentado en lo mencionado en párrafos anteriores, consideraré que la seguridad jurídica es un principio que cubre a todas las obligaciones contractualmente aceptadas, donde la normativa aplicada es básicamente la voluntad de las partes, ya que ésta constituye la ley de las relaciones privadas que se derivan del convenio. La seguridad jurídica de la que hablo elimina la discrecionalidad, la injerencia del poder, el trato desigual y la interpretación extensiva de las cláusulas, brindando así certeza y confianza en que la relación contractual se manejará de acuerdo a lo acordado y que por ningún motivo, se hará caso omiso de lo pactado. Sin embargo si este principio no se respeta, tal como lo dice Fabián Corral las relaciones jurídicas quedan sujetas al arbitrio de cada uno, sin

¹⁰⁶ Ídem.

¹⁰⁷ Oropeza Barbosa. Antonio. *La Seguridad Jurídica en el Campo del Derecho Privado*. Escuela Libre de Derecho de Puebla. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM Pg. 72

estabilidad legal ni certeza contractual, en donde el abuso del derecho, y la interpretación interesada de las cláusulas sería la norma.¹⁰⁸

Por lo anteriormente mencionado y enfocando la seguridad jurídica en lo que corresponde al presente trabajo, de acuerdo a la práctica general se presentan varias posibilidades en las que nos podremos referir a la seguridad jurídica del Fideicomiso Inmobiliario.

3.1.2. Seguridad Jurídica y Patrimonio Autónomo:

Surge así una de las ópticas más utilizadas en cuanto a seguridad jurídica del Fideicomiso Inmobiliario, se trata de la Seguridad Jurídica relativa a la conformación del patrimonio autónomo del mismo.

Como se ha referido ya por varias ocasiones en el presente trabajo, el Fideicomiso Inmobiliario se encuentra integrado por los bienes y recursos aportados por los Constituyentes y posteriormente estará integrado por todos los activos, pasivos y contingentes que se transfieran al Fideicomiso o se generen en virtud del cumplimiento de su objeto; dichos bienes, en virtud del contrato de Fideicomiso conforman un patrimonio aislado, separado e independiente de aquel o aquellos de los Constituyentes, de la Fiduciaria, de los Promitentes Compradores, de los Beneficiarios, o de terceros en general, así como de todos los que correspondan a otros negocios fiduciarios manejados por la Fiduciaria; la separación a la que me refiero es una separación jurídica que debe reflejarse fundamentalmente en los libros contables del Fideicomiso, lo que resulta ser una garantía de seguridad jurídica en cuanto a que, de conformidad a lo que dispone el artículo 121 de la Ley de Mercado de Valores, los bienes del Fideicomiso no pueden ser objeto de medidas cautelares ni providencias preventivas dictadas por Jueces o Tribunales, ni ser afectados por embargos, ni secuestros dictados en razón de deudas u obligaciones de los Constituyentes, de la Fiduciaria, o de terceros en general, y estarán afectado única y exclusivamente al cumplimiento del objeto del fideicomiso, en los términos y condiciones señalados en el contrato.

La seguridad jurídica a la que me refiero respecto al patrimonio autónomo es que los bienes que lo conforman dejan de estar bajo el dominio de sus constituyentes, lo que

¹⁰⁸ Cfr. Corral. Fabián. “La Seguridad Jurídica”. *Diario El Comercio*. 01 de Febrero/2008. Quito - Ecuador.

desemboca en lo que establece el Art. 122 de la Ley de Mercado de Valores, cuando dice que los bienes transferidos al patrimonio autónomo respaldan solo las obligaciones contraídas por el fideicomiso mercantil en cumplimiento de las finalidades establecidas por el constituyente; en consecuencia cualquier acción o juicio que se siga en contra de los constituyentes y en detrimento de sus bienes, posterior a la constitución del Fideicomiso, no afectará al patrimonio autónomo del fideicomiso, configurando así una especie de caparazón o de resguardo de los bienes fideicomitados con más seguridades frente a las contingencias derivadas de los intervinientes del Fideicomiso, responsabilizándose únicamente de las obligaciones del Fideicomiso como persona jurídica.

Respecto a los acreedores del beneficiario del fideicomiso cabe aclarar que si bien éstos pueden perseguir los beneficios y derechos que a éste le corresponden en atención al contrato de fideicomiso, definitivamente no se entiende que se trate de los bienes que integran el patrimonio autónomo del mismo, pues dichos bienes seguirán siendo de propiedad del fideicomiso hasta cuando en cumplimiento de las instrucciones contractuales se acuerde en transferir la propiedad en provecho de los beneficiarios.

Considero así que a través de la formación de un patrimonio autónomo se genera una doble protección en cuanto a seguridad jurídica se trata, por un lado solo responde por obligaciones contraídas por el propio fideicomiso y por otro no responderá por las deudas del fiduciante, el fiduciario, y/o el beneficiario. Más debe señalarse en este mismo contexto que la Ley de Mercado de Valores y su normas conexas han dejado a salvo la acción de fraude para los acreedores del constituyente en cuanto éstos demuestren que la transferencia de los bienes a la conformación del patrimonio autónomo se realizó con el fin de ocasionar un perjuicio y evitar el pago de las deudas, entonces podrán exigir la nulidad del acto y destruir dicha protección que se mencionó en líneas anteriores; en efecto el artículo 123 de la Ley de Mercado de Valores establece que el contrato de fideicomiso mercantil otorgado en fraude de terceros 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 responsabilidad penal si hubiere lugar.

Es por esto que es relevante que se establezca contractualmente la declaración, no solo de licitud de fondos, sino también que con el aporte al fideicomiso no perjudica a ningún acreedor preexistente.

Siempre que se habla de seguridad jurídica del patrimonio fideicomitado es necesario aclarar que aún cuando muchas opiniones sostengan que la conformación de un patrimonio independiente garantiza la calidad y agilidad de las obras asegurando así la consecución del negocio, dicha posición es errónea ya que no se debe confundir la seguridad jurídica que cubre al patrimonio autónomo del fideicomiso con la existencia de una garantía en cuanto al desarrollo del proyecto dado que el fideicomiso es una herramienta, un medio para la consecución de un fin, más no garantiza el resultado.

3.1.3. Seguridad Jurídica y administración por instrucción

De forma complementaria y tomando en cuenta que la actividad fiduciaria es un trabajo en el cual se debe cumplir irrestrictamente las instrucciones establecidas en el contrato de fideicomiso así como las instrucciones de la junta del fideicomiso, en este último caso, siempre y cuando no atenten contra las instrucciones expresas ni contra el objeto del fideicomiso, los estudiosos del derecho fiduciario sostienen que ésta singularidad, que destaca la manera de llevar a cabo el negocio, brinda a los intervinientes la seguridad jurídica necesaria para saber que lo que forme el contrato, será lo que debe realizarse por parte de ese tercero imparcial llamado Fiduciario, por lo tanto es importante que en la cláusula de instrucciones fiduciarias se instruya la realización de todos los actos y suscripción de todos los contratos necesarios para el cabal y oportuno cumplimiento de las instrucciones fiduciarias que se estipulan, de tal manera que no sea la falta de instrucciones expresas las que de alguna manera impidan el cumplimiento integral del objeto del fideicomiso.

En contraposición a la seguridad jurídica puntualizada, para terminar su revisión haré una breve referencia a ciertas situaciones donde se podría decir que existe inseguridad jurídica, enfatizando lo que dice el autor Carlos Molina cuando en su obra menciona que:

La falta de normas legales reguladoras de los distintos aspectos del fideicomiso y el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido han posibilitado un mayor

desarrollo a la hora de la planificación del negocio. Pero también ha generado (y genera) cierta inseguridad jurídica en cuanto al establecimiento de los límites y la posible afectación de derechos de terceros.¹⁰⁹

En acuerdo con el análisis que realiza el autor podría añadir que en vista de que el Fideicomiso Inmobiliario abarca no solo distintos intereses en diferentes perspectivas de importancia, sino también circunstancias y riesgos considerables, se debe priorizar la claridad de las cláusulas contractuales, el fin lícito perseguido y la objetividad con la que el Fiduciario realice su administración, para que tanto la voluntad de las partes como los intereses de terceros se vean reflejados en la consecución del proyecto inmobiliario; aunque desplazando la teoría, al día a día el autor menciona que “muchos de los vacíos contractuales o incluso omisiones pueden interpretarse en base a lo que las partes entendieron o su intención común lo que naturalmente deriva de los usos y costumbres del lugar”¹¹⁰ razón por la que es trascendente contar con la asesoría integral de un equipo fiduciario profesional y con experiencia para tomar las decisiones adecuadas en caso de duda o situación adversa.

3.2. RIESGO FIDUCIARIO

En relación con las implicaciones que el fideicomiso inmobiliario abarca y considerando las características y complejidad que implica el desarrollo y ejecución de proyectos inmobiliarios, resulta trascendente que las administradoras de fideicomisos realicen un análisis de riesgo de cada proyecto, previo a su constitución para que en virtud de este se pueda contar con un contrato constitutivo acorde y adecuado al negocio específico; por esta situación consideraré oportuno y complementario realizar una revisión al riesgo fiduciario y sus alcances.

“El riesgo es la probabilidad de un evento adverso y sus consecuencias”¹¹¹, es decir que “engloba la posibilidad de que ocurra cualquier evento que derive en consecuencias financieras negativas.”¹¹²

¹⁰⁹ Molina Sandoval, Carlos. *El Fideicomiso en la dinámica mercantil*. Buenos Aires-Argentina 2009. Editorial B de F. Pg.450

¹¹⁰ *Ibíd.* Pg.468

¹¹¹ Fuente: Internet: http://es.wikipedia.org/wiki/Riesgo_financiero Acceso: 22/03/2013

De manera general, las acciones que generalmente suceden al momento de mitigar los riesgos son:

“...

- Aceptar el riesgo (asume el impacto)
- Intentar reducir el riesgo (implementa controles)
- Transferir el riesgo (utiliza seguros)
- Evitar el riesgo (se retira del ambiente que le genera el riesgo)”¹¹³

El riesgo es inherente a la Fiduciaria y sus negocios; el efecto de su impacto se revela en la situación financiera por lo que debe ser prioritaria la prevención, identificación y mitigación de riesgos para que dicho impacto no cause una desestabilización representativa en el negocio.

Tal como se ha mencionado a lo largo de este trabajo, tanto la fiducia como en general cualquier forma de negocio que administre capitales ajenos debe contar con sistemas de control y supervisión de gestión de riesgo que cubran los procesos de negocios, cuyos efectos positivos o negativos repercuten directamente en el patrimonio del fideicomiso y viceversa, por ende también en la entidad fiduciaria; por lo expuesto se considerará que la actividad fiduciaria de tipo inmobiliario es muy riesgosa debido a que no solo asume el riesgo de la Administradora y su actividad fiduciaria, sino que se enfrenta a riesgos intrínsecos del negocio inmobiliario.

3.2.1 Riesgos aplicados a la Actividad Fiduciaria Inmobiliaria

Todo proyecto inmobiliario acarrea varios tipos de riesgos que serán determinados de acuerdo al grado de predictibilidad; en tal sentido se intentará determinar cuáles son las situaciones que representan riesgo para la administradora fiduciaria, el desarrollo del proyecto y a su vez del Fideicomiso Inmobiliario, cuyos efectos se replican entre sí y que se deben tomar en cuenta para prevenir sus implicaciones.

¹¹² Fuente: Riesgo financiero | Definición <http://www.efxto.com/diccionario/r/3738-riesgo-financiero#ixzz2PZL73zQj> Acceso: 22/03/2013

¹¹³ Fuente: Internet:

http://www.auditool.org/index.php?option=com_content&view=article&id=664:importancia-de-una-auditoria-externa-enfocada-en-riesgos&catid=40:blog&Itemid=55

Riesgo Legal.-

El riesgo legal puede considerarse como el peligro potencial de la existencia de ciertos contingentes, inicialmente imprevistos, que afecten al normal desarrollo del negocio inmobiliario y que se puede incurrir en la actividad fiduciaria producto de varios factores, entre los cuales podemos mencionar:

- Una reforma legal que afecte significativamente a los términos y condiciones contractuales establecidos inicialmente; en ésta misma línea, el riesgo legal también puede derivarse de la existencia de un vacío legal o de falta de jurisprudencia al respecto.
- Documentación incompleta, incorrecta o inexistente relativa a la propiedad del inmueble, los constituyentes y promitentes compradores; por ejemplo cuando al finalizar el proyecto, el inmueble aún no pertenece al Fideicomiso y no se pueden enajenar las unidades inmobiliarias en vista de que no se tiene el título de propiedad.
- Debido a la complejidad y falta de conocimiento de los detalles del proyecto inmobiliario, el riesgo de deficiencias en la estructuración del negocio; por ejemplo si se pretendía desarrollar un proyecto al costo y la estructura del fideicomiso no acoge las condiciones necesarias para el efecto sino que es un contrato de fideicomiso inmobiliario de preventas.
- El incumplimiento o desconocimiento de las disposiciones legales y administrativas aplicables al fideicomiso inmobiliario; por ejemplo el pago en exceso de tributos o el no pago de los mismos.

Riesgo Operativo.-

Se considera como riesgo operativo la posibilidad de que se produzcan ciertos efectos negativos en el aspecto económico del fideicomiso, originados en la falla de la administración fiduciaria en lo que respecta a procesos internos no especializados para el desarrollo del negocio; por ejemplo en la contabilidad del Fideicomiso, el registro erróneo en las cuentas del mismo que no refleje la verdadera situación del activo, pasivo y patrimonio por la falta de experticia profesional.

Riesgo de Mercado y Demanda.-

En el caso de la fiducia inmobiliaria el concepto de riesgo tiene una especial importancia porque se enfrentará y dependerá de estimaciones acerca de la demanda futura y de oferta competitiva que por obvias razones nunca son precisas, traduciéndose el riesgo en la posibilidad de que se retrase o no se culmine el proyecto, debido a una demanda escasa que ocasione que las ventas del proyecto fluctúen considerablemente.

Riesgo Reputacional.-

De forma más reciente, el incremento en el protagonismo de la utilización de las figuras fiduciarias es representativo y en tal medida el sistema fiduciario, a su vez, está siendo considerado como un esquema adecuado para el desarrollo del Fideicomiso Inmobiliario, por supuesto debido a que se contrata la asesoría especializada que administrará el negocios y a la vez se establecerán las reglas y responsabilidades de las partes en torno a la inversión del negocio inmobiliario que se emprenda.

Atendiendo a estas consideraciones y dado que el fideicomiso inmobiliario al ser un contrato complejo cuya administración y gestión implica una gran carga de responsabilidades ya que estará “comprometiendo al menos su nombre y prestigio comercial para el caso de que el proyecto no llegue a buen término por incumplimiento de alguna de las partes intervinientes”¹¹⁴, se incluirá al presente trabajo y como riesgo relativo al fideicomiso inmobiliario al *Riesgo Reputacional*, definiéndolo como el valor intangible de la compañía Fiduciaria, producto del cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades con sus clientes, empleados, accionistas y proveedores, a lo largo de su existencia jurídica, el mismo que se expone a posibles afectaciones derivadas del negocio inmobiliario y su fideicomiso. Para ilustrar un poco más este tipo de riesgo he considerado el caso de los proyectos inmobiliarios por desarrollarse o en vías de desarrollo impulsados por el Banco del IESS y que se encuentran apalancados en una estructura fiduciaria; negocios que en estos días se ha cuestionado su rentabilidad, así como se ha puesto en tela de duda el profesionalismo de ciertos funcionarios públicos e inclusive se ha sometido a al escrutinio de la colectividad los estudios financiero, legal y técnico que avalan la rentabilidad y factibilidad de dichos proyectos. En base a estos hechos me referiré a dos

¹¹⁴ Carregal Mario. *Fideicomiso Teoría y Aplicación a los Negocios*. Argentina. Editorial Heliasta. 2008. Pg. 176

perspectivas diferentes para relacionar brevemente este caso con el riesgo reputacional mencionado: desde la perspectiva de la Fiduciaria se podría pensar que no es conveniente participar en estos negocios puesto que aquel valor intangible, como es su reputación, se vería expuesto en el caso de que el proyecto, por razones ajenas a su administración no llegase a concluirse, esto básicamente por ser el Banco del IESS el constituyente principal, considerando que es una institución pública y que por ende se somete al control y escrutinio de varios actores, incluso actores de índole política que intentan desprestigiar a esta institución y sus negocios relacionados. Es por esto que la Fiduciaria deberá estudiar bien su participación con este tipo de constituyente por la naturaleza del negocio fiduciario que se basa en la confianza, y que pone en riesgo su historial de confianza y credibilidad. Desde la perspectiva de los clientes de la fiduciaria y de los clientes del proyecto inmobiliario considero que esta particularidad va a dar a la Fiduciaria mucho protagonismo dentro de este mercado, y si dichas implicaciones desde ya son negativas, por la coyuntura actual pienso que el riesgo reputacional se constituirá de cualquier manera en las personas, creando una sensación de desconfianza en sus servicios.

Riesgos Técnicos.-

Como es de conocimiento general, el negocio de la construcción (que involucra a inversionistas, equipo constructor, promitentes compradores) es por naturaleza proclive a un alto índice de riesgos, debido entre otras cosas a que sus rendimientos son a mediano o largo plazo en un entorno actual invadido de oferta inmobiliaria; es por esto que se dice que cualquier decisión inmobiliaria, ya sea el desarrollo de un proyecto a gran escala, el cambio de la distribución del inmueble, o hasta la decisión de la compra de un inmueble, analizado desde cada una de las perspectivas, es una inversión trascendente a mediano o largo plazo, que implica riesgo y siempre ocasionara impacto positivo o negativo en el proyecto.

Primeramente se debe considerar el riesgo relacionado con el inmueble en cuanto a su estado y ubicación, por lo que se considerará como riesgo a tratar y mitigar, el estado físico y judicial del inmueble, es decir que se deberá analizar su lugar de ubicación, si la zona es de plusvalía complementada con la realización de mercado y factibilidad de venta y si su ubicación geográfica es de posibles invasiones. Seguidamente, se pensará en si dicho inmueble tiene algún tipo de construcción, si se encuentra habitado; razones por la que se

deberá verificar que sobre el inmueble no pesa ningún gravamen, ni prohibición de enajenar, ni se encuentran afectados por embargos, acciones rescisorias, reivindicatorias, posesorias o de petición de herencia que expongan al inmueble a posibles problemas judiciales a lo largo del tiempo y comprometa la ejecución del contrato y del proyecto. Sin embargo, siempre se recomienda que se establezca en el contrato de fideicomiso inmobiliario, que tal como lo señala la Ley, el saneamiento por evicción y vicios redhibitorios será responsabilidad directa de los Constituyentes propietarios del mismo, librando a la Fiduciaria y al Fideicomiso de este riesgo.

En esta misma línea se debe considerar al riesgo relacionado con la construcción¹¹⁵, contratos y contratistas del proyecto, que consideraré se presenta en la omisión de la contratación de seguros de la construcción y de los fondos que se entregue a los contratistas en virtud de los contratos para los distintos trabajos en ejecución de la obra; me refiero a que en muchas ocasiones se omite la contratación de una póliza de seguro que cubra todo riesgo de la construcción, detalle que es fundamental frente a los riesgos que se derivan “de obras civiles en construcción y cuyo objeto fundamental es amparar en la obra, incluyendo el equipo de construcción del contratista y/o maquinaria de construcción, así como contra reclamaciones de terceros por daños a sus personas, cuando éstos ocurran como consecuencia de los trabajos de construcción mencionados.”¹¹⁶

Adicionalmente, respecto de los contratos y contratistas, para evitar el desconocimiento y posteriores riesgos de conflictos por malos entendidos es importante que en dichos contratos se establezca la responsabilidad del fiduciario y el responsable final de pago, reconociendo las partes que la actuación de la administradora es a título de Fiduciaria del Fideicomiso, constituido por sus Promotores como mecanismo jurídico para el desarrollo del Proyecto Inmobiliario y que éstos en última instancia serán los responsables frente a los contratistas en caso de que no existieran recursos suficientes en el patrimonio autónomo para el pago del precio establecido en los contratos. También es importante que, con el objeto de mitigar el riesgo de incumplimiento de los contratos referidos en líneas anteriores, se exija a los contratistas la emisión de una garantía de buen uso de anticipo y

¹¹⁵De la infinidad de riesgos que pueden presentarse se destaca la siguiente clasificación: riesgos convencionales; riesgos inherentes a la propia obra, riesgos catastróficos extraordinarios.

¹¹⁶ Manual Sobre Riesgos en la Construcción, Daños a la Obra y Pérdida de Beneficios Anticipada Pg. 72 Fuente: Internet.- <http://www.mapfre.com/> Acceso: 12 de marzo de 2013

fiel cumplimiento de contrato para tener un respaldo de que en el evento de que se incumpla, tener la posibilidad de ejecutar dichas garantías y recuperar, si no es todo, parte de lo invertido.

El siguiente aspecto que se debe tomar en cuenta como riesgo relacionado al proyecto es respecto al cliente debido a que como se ha establecido en el presente trabajo, el cliente es un tercero interviniente de suma importancia dentro de un negocio inmobiliario, para lo cual recordaremos que en el desarrollo inmobiliario normalmente se solicita a los potenciales compradores uno o varios anticipos del valor total de la venta hasta la entrega formal del inmueble; dicha fuente de recursos es indispensable para el proyecto ya que de él dependerá el flujo de caja que se haya asignado al proyecto, es así que se deberá tomar en cuenta los antecedentes de cumplimiento de obligaciones, comerciales, entre otros aspectos que ayuden a distinguir la idoneidad del sujeto. Así mismo se deberá tener en cuenta la legalidad de la procedencia de fondos y bienes para no exponer al fideicomiso ni al proyecto como medio para el lavado de activos. Al igual que es importante considerar y tener presente las posibles fuentes de pago paralelas en caso de incumplimiento del contrato, para lo cual la generalidad nos indica que en las Promesas de Compraventa siempre se establezcan cláusulas que impongan multas al incumplimiento o desistimiento del contrato.

Una vez que se ha definido e identificado los posibles riesgos que afectarán a la actividad fiduciaria inmobiliaria se debe pensar también en que el manejo de riesgos no solo implica la identificación de los mismos sino también considerar y revisar los sistemas de mitigación de cada riesgo así como implementar internamente criterios y mecanismos de control que prevengan la exposición al riesgo. Al respecto, creo importante que una de las principales formas de prevenir cualquier tipo de riesgo es que la administradora fiduciaria evalúe y analice la posibilidad de realización del negocio fiduciario que se quiere encomendar, excluyendo a los negocios que impliquen responsabilidades directas del fiduciario, el uso de fondos en cosas distintas al objeto y cuando las instrucciones fiduciarias ciertamente no sean factibles de cumplir.

3.3 OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO

Una de las singularidades que se presenta dentro de la figura del Fideicomiso, es aquella vinculada a las obligaciones y responsabilidades relacionadas con la Administradora Fiduciaria y que se originan en el contrato como resultado de la constitución del fideicomiso; estas características son de interés para las partes ya que, además de surgir derechos y obligaciones para los contratantes (como por ejemplo el pago de honorarios por los servicios de administración fiduciaria), a partir de su detalle se entenderá el alcance de responsabilidades de cada uno de los intervinientes del Fideicomiso y así podrá entenderse de manera clara las implicaciones de un contrato de fiducia inmobiliaria.

Consideraré fundamental que se explique el carácter y la actuación del Fiduciario ya que además de que a pesar de las tantas decisiones que se generan durante la vigencia del fideicomiso y que, en algunas ocasiones pueden afectar los intereses de terceros, para esclarecer el tema cabe señalar que la labor del fiduciario puede estar restringida en algunos aspectos y que, a su vez, la posibilidad de realizar ciertos actos podría estar sometida a la voluntad de todos o algunos de los constituyentes del negocio. Esta situación explica además que muchas veces existen expectativas equivocadas de los clientes al pensar que es la compañía administradora quien respalda el proyecto inmobiliario¹¹⁷, hecho que en mi opinión no es beneficioso y acrecienta, aún más, el riesgo de reputación del fiduciario.

Siendo el contrato de constitución del fideicomiso, y sus reformas, el elemento fundamental del negocio fiduciario ya que sobre este se regirá la actuación del Fiduciario y recordando que la gestión fiduciaria implicará siempre la administración de los bienes que conforman el patrimonio autónomo de acuerdo a las instrucciones impartidas por el Constituyente, la Fiduciaria tendrá los derechos, facultades, acciones y obligaciones que respondan y se requieran para el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones legales, y que por lo tanto enmarcarán una serie de obligaciones y responsabilidades específicas de acuerdo a la estructura del fideicomiso.

¹¹⁷ Respalda lo dicho en lo que menciona el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores cuando claramente especifica que el fiduciario no garantiza con su actuación que los resultados y finalidades pretendidas por el constituyente efectivamente se cumplan.

El fiduciario debe efectuar los actos necesarios para la consecución de la finalidad perseguida. Si el destino de los bienes fideicomitidos es llegar a los beneficiarios, cabe esperar que el fiduciario desempeñe su rol de propietario y administrador de forma de atender a las instrucciones del fiduciante y satisfacer las expectativas de los beneficiarios en forma objetiva e imparcial.¹¹⁸

3.3.1 Obligación de medio y no de resultado

Más allá de ser simplemente obligaciones contractuales o acuerdos de voluntades derivados de una relación jurídica hay que recordar lo que el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores establece al referirse a las obligaciones del fiduciario:

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.

Dicha clasificación de la obligación de hacer en obligaciones de medio y obligaciones de resultado ha derivado para la doctrina del derecho fiduciario en un tema de análisis, observación y tratamiento en vista de la especialidad del negocio. En esta misma línea, la doctrina explica un poco más la motivación para que se haya incluido tal singularidad en la fiducia mercantil cuando dice que tal distinción probablemente buscaba eliminar una práctica inicial que se venía imponiendo por parte de ciertas entidades fiduciarias, la cual era garantizar a los constituyentes - beneficiarios determinados resultados por ejemplo cierto porcentaje de utilidad que arroje el proyecto; razón por la que la forma de corregir dicha actuación dio como resultado la conceptualización de obligación de medio en el ámbito fiduciario.¹¹⁹

Por este motivo cabe explicar lo que implican las obligaciones de medio ya que será de suprema ayuda para saber cuándo la obligación contractual se ha cumplido.

¹¹⁸ Hernández Maestroni - Gutiérrez Prieto - Foti Faroppa Fideicomiso: aspectos legales, tributarios y contables. Uruguay. Editorial y Librería Jurídica A.M. Fernández. 2004. Pg. 29

¹¹⁹ Cfr. Rengifo Ramiro. *La Fiducia: Legislación Nacional y Derecho Comparado*. Colombia. Universidad Eafit. 2001. Pg. 393

Obligaciones de Medio.- son aquellas obligaciones en las que el deudor se compromete a hacer todo lo encomendado, poniendo para ello la suficiente diligencia necesaria para alcanzar el resultado determinado en el contrato pero sin asegurar la obtención del mismo, ligando su efectividad y cumplimiento a la conducta esperada, más no a un resultado determinado como tal.

Los medios siempre atienden a un resultado. En la obligación llamada “de medios”, la prestación - o sea, la conducta debida – persigue siempre un resultado que no es otro que satisfacer el interés del acreedor. Es innegable que el logro del resultado le interesa también al deudor; solo así se explica que ponga todo su empeño en obtenerlo.¹²⁰ El contenido de la prestación del deudor del *facere* se agota en el simple despliegue o desarrollo de una actividad o conducta diligente – diligencia que puede ser técnico–profesional o común-, sin que se integre en el contenido de la prestación del deudor – en lo debido por éste- el logro o consecución del fin o resultado al que tal actividad o conducta está, desde luego teológicamente enderezada.¹²¹

Obligación de Resultado.- En este tipo de obligaciones “el deudor no se obliga solamente a desplegar una simple actividad diligente con vistas a la consecución de un determinado resultado el que se constituye en contenido de la prestación del deudor, en lo debido por éste.”¹²²

Considero que la diferencia fundamental entre uno y otro tipo de obligación tal como lo explica Sergio Rodríguez Azuero en su obra *La Responsabilidad del Fiduciario*, se relaciona directamente con el sistema probatorio, quien afirma en efecto que cuando de obligaciones de resultado se trata, la no obtención del mismo hacen presumir la culpa del deudor incumplido y este entonces tiene que probar las causas que lo liberen de su responsabilidad. Por el contrario, cuando de obligaciones de medio se trata, la no obtención del resultado obliga al acreedor a probar la negligencia o culpa del gestor.¹²³

¹²⁰ Osterling Parodi, Felipe. *Tratado de las Obligaciones*. Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2005. Pg. 202

¹²¹ Ángel Yaguez Ricardo. *Estudios de Derecho de Obligaciones Homenaje al Profesor Mariano Alonso Perez*. Madrid. España. Editorial La Ley. 2006. Pg. 420

¹²² Ídem.

¹²³ Cfr. Rodríguez. Azuero. Sergio. *La Responsabilidad del Fiduciario*. Colombia. Pg. 43

Después del estudio realizado respecto a dichas obligaciones y en total acuerdo con el criterio del autor Ramiro Rengifo en su obra *La Fiducia: Legislación Nacional y Derecho Comparado* cuando hace énfasis en que la realidad de la Fiducia, y en este caso la fiducia inmobiliaria, es que todas las obligaciones derivadas del contrato para la Fiduciaria son de resultado, así se trate de resultados tenues o por así llamarlos de resultados menos tangibles de los que serían propicios de las llamadas obligaciones de resultado, para quienes distinguen entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado concluiré que a pesar de que se advierta que las obligaciones del Fiduciario son de medio, siempre habrá responsabilidad frente a las obligaciones contractuales contraídas, razón por lo que tal diferencia utilizada en la técnica jurídica, no significa ni desvirtúa de ninguna manera la intención primaria de los constituyentes del Fideicomiso Inmobiliario de conseguir el fin y éxito del proyecto, para el cual fue celebrado el negocio.

En términos generales el comportamiento fiduciario está atado al cumplimiento de instrucciones encaminadas al objeto y fin del negocio fiduciario. Justamente la doctrina, en su mayoría, establece que la actuación del fiduciario debe realizarse con “la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios y que la misma supone que debe conocer las reglas, costumbres, prácticas y métodos propios del tipo de negocios que se comprometió a realizar, de lo contrario habrá impericia”¹²⁴ Al decir que debe actuar con diligencia me referiré a que su gestión debe ser como si se tratara de negocios propios haciendo lo que esté a su alcance para honrar lo estipulado en el respectivo contrato; además no debemos olvidar como dice Kiper y Lisoprawski que “el contrato de fideicomiso es un contrato de confianza. Se confía en el fiduciario para que actuando con la prudencia y diligencia de un hombre de negocios, realice de la forma que el estime mejor los fines perseguidos por el fideicomiso”¹²⁵ Todos los actos de la Fiduciaria, en cada negocio fiduciario que administre, deben conducirse en la ejecución del fideicomiso¹²⁶, debe aplicar en su gestión sus conocimientos especializados en la materia y actuar como un buen padre de familia y con honradez. Parte de la doctrina piensa que en vista de que el fiduciario dado que se lo

¹²⁴ Cfr. Rodríguez. Azuero. Sergio. *La Responsabilidad del Fiduciario*. Colombia. Pg. 43

¹²⁵ Kiper Marcelo y Lisoprawski Silvio. *Obligaciones y Responsabilidades Del Fiduciario*. Buenos Aires- Argentina. Editorial Depalma. Pg. 51

¹²⁶ Complementando la idea, surge así el denominado principio de lealtad mencionado por Kiper y Lisoprawski en su obra *Obligaciones y Responsabilidad del Fiduciario* cuando dicen que este principio rige para el fiduciario, que le impone actuar principalmente en interés del fideicomiso y que excluye, por definición que lo haga en su propio beneficio.

entiende como un buen padre de familia, su responsabilidad civil es más estricta porque toma en cuenta su carácter de profesional y la confianza que implica la operación fiduciaria.

Finalmente creo que las obligaciones de medio y no de resultado implican que el manejo del fideicomiso debe realizarse actuando con el profesionalismo y en base a la debida diligencia para conseguir la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso; si bien las obligaciones de medio no aseguran ni garantizan un resultado, lo que hace la Administradora es básicamente comprometerse a trabajar prudente y diligentemente hacia la consecución del objetivo, siendo esto lo que está bajo observancia a nivel contractual.

3.3.2. Obligaciones derivadas del contrato de fiducia inmobiliaria

Dependiendo de la naturaleza jurídica de los bienes y derechos que se transfieran y los fines que el mismo persiga, la doctrina establece que el fiduciario tendrá a cargo todos los actos necesarios que se desprendan de la naturaleza inherente de los mismos para conservarlos y mantenerlos dentro del patrimonio autónomo, es así que no se puede especificar de manera concreta todas las obligaciones fiduciarias sin embargo, sin restar importancia se pueden detallar algunas generales:

- Obligación y deber de la Fiduciaria de la no delegación de sus deberes y obligaciones en otra persona o sociedad fiduciaria.
- Obligación de la total separación contable entre sus propios bienes y los que le hayan sido entregados por sus clientes.
- Obligación de conservar los bienes y Defender la integridad del patrimonio fideicomitado
- Obligación de Prestar Asesoría
- Obligación de cumplir con las disposiciones y ordenamiento jurídico aplicable.
- **Obligación de guardar reserva.-** Dada la especial confidencialidad que se predica en los negocios de fiducia, es lógica la obligación genérica que tiene el fiduciario de guardar secreto o reserva sobre todos los actos, operaciones o contratos relacionados con el fideicomiso. Claro está que el fiduciario puede levantar ésta

reserva cuando sea necesario brindar información sobre los negocios para el cumplimiento de los fines del fideicomiso.¹²⁷

- **Obligación de Rendir cuentas.-** La obligación de rendir cuentas del fiduciario es una consecuencia típica de su rol de gestor de interés ajeno tal como ocurre en el mandato. Las partes de un fideicomiso no pueden exonerar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, por cuanto se trata de una disposición de orden público, esencial para el fideicomiso.¹²⁸

Existen también otras obligaciones directamente relacionadas con el contrato de fiducia inmobiliaria y que por lo general constan como obligaciones dentro del contrato de fideicomiso inmobiliario, respetando la autonomía de la voluntad de las partes, me permitiré mencionar como obligaciones adicionales y específicas las siguientes:

- Realizar los gastos y contrataciones para el desarrollo o ejecución del Proyecto que apruebe la junta del fideicomiso.
- Celebrar con los reservantes o promitentes compradores designados bajo las condiciones señaladas por la junta del fideicomiso, contratos de reserva o promesa de compraventa, respectivamente, sobre bienes determinados e individualizados dentro del proyecto. El fideicomiso celebrará tantos contratos de reserva o promesa de compraventa cuantos la junta del fideicomiso le faculte celebrarlos. Dichos contratos deberán estar sujetos a condición resolutoria, que consiste en el hecho de que dicho contrato se resolverá de pleno derecho en el evento de que se declare que no se ha cumplido con el punto de equilibrio.
- Destinar dentro del presupuesto y flujo de caja aprobados los recursos necesarios para el pago de los costos directos e indirectos del proyecto, siempre y cuando hubieren dentro del fideicomiso los fondos suficientes para hacerlo.
- Previo informe del fiscalizador y aprobación de la junta del fideicomiso, suscribir el acta de entrega recepción provisional y el acta de recepción definitiva del proyecto.

¹²⁷ Cfr. Hernández Maestroni - Gutiérrez Prieto - Foti Faroppa *Fideicomiso: aspectos legales, tributarios y contables*. Uruguay. Editorial y Librería Jurídica A.M. Fernández. 2004. Pg. 32

¹²⁸ Ídem

- Iniciar y culminar las labores de liquidación del fideicomiso. dentro de dicha liquidación se restituirá a los constituyentes, el remanente que pudiera existir, una vez pagados los costos, gastos honorarios y tributos del fideicomiso.

3.4 RESPONSABILIDADES DEL FIDUCIARIO

“Cada fideicomiso crea para el fiduciario en el contrato respectivo, una esfera de competencia dentro de la cual puede actuar válidamente, fuera de ella incurre en responsabilidad. Esta esfera de competencia la fija el fideicomitente en el acto constitutivo.”¹²⁹

Las responsabilidades del Fiduciario dependerá de las normas que pudo haberse transgredido con su conducta, así tenemos:

Responsabilidad Civil.- El artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores establece que el fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión que es de medio y no de resultado, y en concordancia con el artículo 29¹³⁰ del Código Civil Ecuatoriano, que distingue a la Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, como la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano frente a las obligaciones contraídas y detalladas en párrafos anteriores, por lo que es probable que se produzca un incumplimiento por acción u omisión. Producto de las afirmaciones señaladas, la responsabilidad fiduciaria se enmarca básicamente en lo pactado en el contrato de fideicomiso y la ley razón por lo que será responsable civilmente por los daños y perjuicios que ocasione si infringe alguna de sus obligaciones contractuales o legales, por acción u omisión.

¹²⁹ Gómez Aguirre Alfredo Artículo Online. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/167/4.pdf> Pg. 32. Acceso: 22/03/2013

¹³⁰ El artículo 29 del Código Civil distingue dos especies de culpa o descuido adicionales a la culpa leve: Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo. Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El fiduciario desde el punto de vista de la obligación tiene a su cargo una serie de deberes tendientes al mejor desarrollo de su cometido y cuyo incumplimiento o cumplimiento defectuoso, le puede acarrear una serie de consecuencias entre ellas la posibilidad de ser removido judicialmente y la de responder por los daños y perjuicios.¹³¹

Para esto se considerará que los requisitos de la responsabilidad civil son los siguientes: a) hecho, b) perjuicio, c) culpa, d) relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio¹³², por lo que para que la Fiduciaria esté obligada a indemnizar al constituyente y/o beneficiario es necesario que el daño se relacione directamente con la culpa.

Responsabilidad administrativa.- frente al organismo de control, la Superintendencia de Compañías, a través de las Intendencias de Mercado de Valores, conocerá y sancionará en primera instancia las infracciones a la Ley, a sus reglamentos, resoluciones y demás normas secundarias.

Responsabilidad tributaria de los fideicomisos.- Sin restarle importancia a la condición del fiduciario de gestor del negocio, considerará conveniente nos refiramos a la responsabilidad tributaria de fideicomiso mercantil ya que tal como dice el artículo 135 de la ley de Mercado de Valores, el fideicomiso mercantil tendrá la calidad de agente de recepción o de percepción respecto de los impuestos que al fideicomiso le corresponde retener y percibir de acuerdo a la legislación tributaria vigente. Adicionalmente el fiduciario será responsable solidario con el fideicomiso mercantil por el incumplimiento de deberes formales que como agente de retención y percepción le corresponda al fideicomiso.

Responsabilidad penal.- A lo largo de la ley de mercado de valores se establece también el derecho y posibilidad de los constituyentes y beneficiarios del Fideicomiso de ejercer acciones de carácter penal en contra del fiduciario por dolo, culpa grave o culpa leve en el desempeño de su gestión.

¹³¹ Carregal Mario. *Fideicomiso Teoría y Aplicación a los Negocios*. Argentina. Editorial Heliasta. 2008. Pg. 176

¹³² Cfr. Artículo Online. *La Responsabilidad Civil*. Internet <http://www.derechoecuador.com>
Acceso: 26/03/2013

En vista de que “se da por descontado que el fiduciario cuenta con la calidad técnica suficiente para llevar a cabo las funciones que se le encomiendan en el contrato constitutivo, por lo tanto, su actuación debe estar en calidad a la altura de la encomienda aceptada”¹³³ debe tratar de limitar su responsabilidad en el hecho de rechazar aquellos negocios que conoce no los podrá llevar a cabo cumpliendo con la diligencia debida y en el tiempo que corresponda, tomando en consideración los riesgos y la carga operativa que implica.

A pesar de que el artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores especifica que en los contratos no se podrán estipular cláusulas que signifiquen la imposición de condiciones inequitativas e ilegales, tales que disminuyan las obligaciones legales impuestas al fiduciario o acrecienten sus facultades legales o limiten los derechos legales del constituyente o beneficiario, como el de resarcirse de los daños y perjuicios causados por el fiduciario; la generalidad nos enseña que no será responsabilidad de la Fiduciaria, lo siguiente:

- El Fideicomiso no tenga los suficientes recursos para la conclusión del Proyecto y, por ende, que éste quede inconcluso;
- El Proyecto sufra de fallas o defectos de diseño o construcción;
- Los profesionales contratados para el desarrollo del proyecto, incumplan las obligaciones asumidas en los contratos que celebraron, sin perjuicio de que la fiduciaria ejerza las acciones legales que correspondan en caso de incumplimiento;
- No se obtengan las aprobaciones municipales u otras necesarias para el desarrollo del proyecto y para la transferencia de dominio de los bienes determinados e individualizados del proyecto a favor de los promitentes compradores, o que las mismas sean revocadas, anuladas o dejadas sin efecto por cualquier razón o circunstancia;
- Los promitentes compradores no cumplan con las obligaciones que asumirán a la firma de los contratos que los vincularon al fideicomiso, de no cumplir con tales obligaciones se les aplicará las sanciones establecidas en dichos contratos;
- Que los constituyentes no consigan obtener los requisitos para cumplir el punto de equilibrio y que por ende el proyecto no se desarrolle;

¹³³ Gómez Aguirre Alfredo Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/167/4.pdf> Pg. 31
Acceso: 22 /03/2013

- Que por falta de recursos no se paguen los impuestos del fideicomiso o los que gravan a los activos del fideicomiso, o tasas por servicios públicos o cuotas de condominio y que por dicha razón éstos sean objeto de embargo y remate.

Para finalizar conviene destacar que además existen obligaciones civiles y administrativas que la Administradora como sociedad y por el hecho de pertenecer al mercado de valores debe cumplir; y, que su incumplimiento o infracción ocasionará las sanciones que corresponda imponer a la Superintendencia de Compañías en función de sus atribuciones.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 CONCLUSIONES

- La figura jurídica del Fideicomiso a pesar de que su origen se remonta a importantes antecedentes históricos, junto con su singularidad y versatilidad ha provocado que en los últimos años vaya tomando renombre y preferencia dentro del ámbito inmobiliario; es por esto que aunque es un negocio jurídico "intuito personae" (en consideración a la persona), las relaciones jurídicas que se derivan de su constitución no solo tienen importancia entre las partes involucradas, sino que también influye en la dinámica económica y social al servir de medio jurídico para lograr una estructura adecuada y eficiente que contribuya al desarrollo de uno de los pilares fundamentales de la economía como es la construcción; es por esto que además se concluye que sus efectos no solo se relacionan directamente con las partes relacionadas sino que incluso involucran a la colectividad.
- La expresión doctrinaria de que el Fiduciario debe actuar como un "buen padre de familia" en la administración y gestión de un Fideicomiso considero que se deriva básicamente de la característica de "negocio de confianza" que se les ha otorgado a los negocios fiduciarios; a mi parecer se entenderá como el deber y responsabilidad de cumplir con las instrucciones fiduciarias y con las obligaciones que llevan intrínseca esta profesión, empleando obviamente su mejor esfuerzo para obtener la finalidad establecida, poniendo no sólo su capacidad física y administrativa, sino principalmente su conocimiento profesional en la materia. Adicionalmente en virtud del fideicomiso el fiduciario adquiere el deber de protección del patrimonio autónomo constituido como efecto del contrato, aun cuando existan instrucciones del constituyente que pongan en riesgo los fines y el patrimonio del Fideicomiso, concluyendo así que su acción tiene mayor importancia y relevancia pues más allá de asumir obligaciones contractuales con terceros, la Fiduciaria se expone al riesgo de perder su buena reputación frente a los clientes y demás intervinientes del negocio por el fracaso o mal desarrollo de un proyecto inmobiliario.

- La Fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del Fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto de constituirse el mismo; consecuentemente y según lo establece la Ley de Mercado de Valores, el fiduciario ejerce la personería jurídica y la representación legal del fideicomiso mercantil pudiendo intervenir con todos los derechos y atribuciones que le corresponden como sujeto procesal y en toda clase de procesos, trámites y actuaciones para la protección del patrimonio autónomo.
- De la investigación realizada acerca de los contratos de fideicomiso inmobiliario se ha podido observar que, además del esquema contractual que ordena la normativa sobre el fideicomiso en donde se establece la existencia de una relación tripartita, existe también la posibilidad de que como una cláusula adicional al momento de su constitución se entregue el inmueble en comodato precario al constructor en las situaciones donde el constituyente del fideicomiso inmobiliario es también el constructor; entendiéndose que la principal motivación para incluir dicha estipulación contractual es que en el proceso de construcción del proyecto se debe contar con una adecuada custodia, vigilancia y mantenimiento del inmueble durante dicho proceso, sin que eso signifique que la Fiduciaria pierda su deber de cuidado y responsabilidad del inmueble por formar parte del patrimonio fideicomitado.
- Respecto al aporte y traspaso de dominio del inmueble y de recursos efectivos al patrimonio del fideicomiso puedo concluir que la legislación ecuatoriana tuvo razón al otorgar personalidad jurídica al Fideicomiso; a mi parecer esta modalidad abarca lo que la doctrina y legislaciones comparadas no han logrado ponerse de acuerdo al establecer que sí bien se realiza un traspaso de dominio, este no es perfecto pues estará afecto a las finalidades establecidas por el constituyente y no forma parte del patrimonio de la fiduciaria, por lo que considero que el objeto del legislador de evitar que los bienes se transfieran a la fiduciaria fue además de mejorar la gestión administrativa del fiduciario, dar transparencia y seguridad al manejo contable y tributario del fideicomiso y en consecuencia otorgar fluidez y facilidad a los procesos de control del mismo, realizados por el Servicio de Rentas Internas y la Intendencia de Mercado de Valores, específicamente.
- En la realidad práctica jurídica son casi inexistentes las jurisprudencias con respecto a fideicomisos. Atendiendo a esta consideración se puede concluir que

ninguna acción planteada en contra de un fideicomiso inmobiliario al menos en el campo privado ha llegado al máximo órgano judicial; respecto a este tema encontramos que la razón de los hechos es principalmente que en la mayoría de contratos de constitución del fideicomiso se incluyen cláusulas de solución de conflictos en las que las partes acuerdan que cualquier diferencia que surja de o se relacione con la interpretación o ejecución del contrato será sometida y resuelta por mecanismos alternativos de solución y conflictos, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación y normas vigentes aplicables. Cabe recalcar que la mediación como un procedimiento neutral para la solución de conflictos puede ser contemplada inicialmente como opción para resolver las controversias aún sin la existencia de una estipulación contractual al respecto; mas si ésta no arroja los resultados deseados las partes pueden acceder a la vía judicial ordinaria o al arbitraje según se haya estipulado en el contrato. Por el contrario, en el caso de establecer como obligación el sometimiento al arbitraje, este no deja cabida para que las partes resuelvan dicha controversia y solamente la pueden conseguir mediante un laudo arbitral ya que tiene fuerza de sentencia.

- El riesgo reputacional y riesgo técnico de los que he hablado en el presente trabajo son los que a mi parecer merecen especial atención puesto que los considero como dos riesgos estrechamente relacionados; concluyo en la afirmación anterior al considerar al fideicomiso como un contrato de confianza a través del cual se establece un marco jurídico operativo que otorga seguridad a negocios pensados y desarrollados en un ámbito de certeza de los participantes, razón por la que desde la perspectiva de los clientes del proyecto inmobiliario puede considerarse que aunque el fracaso del proyecto inmobiliario se deba a cuestiones técnicas directamente relacionadas con la actividad de la construcción, la gestión de la fiduciaria va a estar en entredicho hasta que se establezca judicialmente que fueron motivos técnicos los que ocasionaron el fracaso del proyecto; situaciones tal que van a impactar de manera directa en la reputación de la Fiduciaria al crear en los clientes una sensación de falta de prudencia y diligencia.
- El control que se realiza al fideicomiso inmobiliario viene interpretado y ejecutado por varios entes, cada uno con trascendencia específica y mediante los procesos establecidos para el efecto. Se han diferenciado dos controles: interno y externo.

Como mecanismos de control interno se encuentra la Junta de Fideicomiso, la Administradora y el Fiscalizador puesto que en ellos se centran todas y cada una de las actividades que se realizarán para el desarrollo del proyecto inmobiliario y en consecuencia serán quien mantenga el control de la administración de los bienes del patrimonio del Fideicomiso. No son entes independientes al fideicomiso, pero su actuación y decisiones van a ser vitales para el desarrollo exitoso del proyecto. De igual manera, como mecanismos de control externo que para el Fideicomiso Inmobiliario Integral se ha expuesto a la Auditoría Externa y a la gestión de la Intendencia de Mercado de Valores, en base a sus facultades específicas. La acción de estos dos procesos de control sobre el fideicomiso abarcan un pronunciamiento general sobre el cumplimiento de la legalidad en el fideicomiso y su grado de eficacia en la gestión, o cumplimiento de los objetivos previstos.

- Sin embargo de los distintos entes de control mencionados, la eficacia de los mecanismos de control no son suficientes para todas las posibilidades y alternativas que presenta el Fideicomiso Inmobiliario, especialmente en lo que se refiere a la protección de promitentes compradores y beneficiarios; más desde otra perspectiva creo que la Intendencia de Mercado de Valores, dentro de sus facultades control, no conceptualiza una lógica legal y comercial por lo que lo que en la actualidad lo que hace es manifestarse de acuerdo estrictamente a la ley, influyendo negativamente en la característica principal del fideicomiso, como es su versatilidad.
- Con la creación de la Unidad de Análisis Financiero, quien en la actualidad está implementando nuevas normas y procedimientos el control que se está realizando por lavado de activos ha ido incrementando paulatinamente con el objeto de evitar un descuido por parte de la Fiduciaria en su deber de implementación de políticas contra este delito, en vista de que la industria inmobiliaria es un mercado que se presta fácilmente para este tipo de prácticas con el agravante de que nuestro país se encuentra expuesto a estas operaciones de blanqueo de capitales por estar en una zona geográficamente estratégica.
- Si bien las obligaciones de la fiduciaria son de medio y no de resultado, considero que la Fiduciaria por su deber de debida diligencia tiene un grado de responsabilidad civil y penal en cuanto a su gestión respecto del Fideicomiso inmobiliario pues los clientes se acercan a estas instituciones con el fin de obtener

una asesoría especializada y profesional que oriente, organice y administre los recursos de terceros con el objeto de alcanzar el desarrollo exitoso del proyecto.

4.2 RECOMENDACIONES

- A partir del estudio realizado y desde la perspectiva de la Fiduciaria, considero que se deberán rechazar todos aquellos negocios en los cuales el Fiduciario tenga conocimiento de que no los podrá llevar a cabo con la prudencia y diligencia requerida, tomando muy en cuenta la operatividad requerida y los riesgos mencionados.
- Resulta conveniente que las Fiduciarias definan cierto tipo de cláusulas generales y obligatorias que los contratos deban contener, como aquellas que proporcionan coherencia a los contratos de Fideicomiso, y que no pueden ser negociadas con el cliente por contener los principios fundamentales conforme a los cuales deben actuar el Fideicomitente y la Fiduciaria, de esta manera se debe realizar siempre un borrador del contrato de Fideicomiso para que se realicen los ajustes necesarios hasta llegar al documento requerido por todas las partes involucradas.
- Al momento de constituir un Fideicomiso Inmobiliario deberán de cuidarse ciertos aspectos fundamentales que son el riesgo de mercado, riesgo legal, riesgo técnico y riesgo reputacional, por lo que la siguiente recomendación es encaminada a la Fiduciaria, quien con el objeto de prevenir estos contingentes deberá requerir a los promotores un análisis de sensibilidad y factibilidad del proyecto que contemple los índices de crecimiento de demanda, así como los de viabilidad técnica, económica y financiera del alcance del proyecto en donde se pueda identificar, cuantificar y valorar los ingresos y beneficios y costos del proyecto para tener una perspectiva global del mismo y sus implicaciones.
- Respecto al control estatal, recomiendo que la Intendencia de Mercado de Valores en su facultad de control, autorización y registro de los negocios fiduciarios debe implementar internamente una estrategia de seguimiento y monitoreo de la ejecución del proyecto inmobiliario y la administración del fideicomiso; es por esto que sugiero que a través de resolución del Consejo Nacional de Valores se obligue a los representantes legales de los fideicomisos inmobiliarios remitir cada cierto

tiempo un informe de avance físico de la obra y financiero del proyecto para identificar a tiempo, si las hubiere, posibles desviaciones respecto al cronograma de obra y a su vez poder definir y ejecutar las acciones correctivas a fin de mantener el ritmo de avance de obra inicial. También se podría considerar que el Fiscalizador del proyecto, al ser considerado como ente de control interno del fideicomiso cumpla ciertos requisitos profesionales y los acredite en la Superintendencia de Compañías para asegurar de cierta manera la idoneidad de su trabajo y prevenir en lo que sea posible la intervención de intereses propios del constituyente que desvirtúen la naturaleza del negocio y perjudiquen al proyecto.

- Sin la intención de menoscabar la seguridad jurídica del fideicomiso, considero que el Consejo Nacional de Valores al tener la facultad de determinar la información necesaria para el mantenimiento de la inscripción en el Registro de Mercado de Valores debe contemplar la idea de solicitar ciertos documentos específicos que se derivan del fideicomiso inmobiliario, tales como: Certificado de gravámenes actualizado del inmueble donde se está desarrollando el proyecto que certifique que le pertenece al Fideicomiso; Copias de las actas de Junta de Fideicomiso en donde se aprueba haber alcanzado el punto de equilibrio y aquellas donde se apruebe la contratación de otros intervinientes fundamentales; Presupuesto inicial de la obra y sus reformas; información al día acerca del estado del proyecto en los ámbitos físico, legal y financiero. Esta obligación será de completa responsabilidad de la Fiduciaria, quien en virtud de sus deberes como gestor del patrimonio ajeno, a costo del proyecto, deberá tener y realizar todo lo relacionado con el fideicomiso y el proyecto inmobiliario.
- Como se conoce el establecimiento de las condiciones o factores del Punto de Equilibrio son consideradas más que, un requerimiento legal una costumbre mercantil en vista de que las mismas no están específicamente reguladas o normadas por ley o resolución a pesar de representar unas de las bases del Fideicomiso y su proyecto por ser un factor determinante y representativo en el Fideicomiso Inmobiliario; es por esto que a manera de recomendación sugiero que el Consejo Nacional de Valores debe pensar en establecer un esquema normativo en cuanto a este aspecto tomando en consideración de manera general las condiciones más idóneas y frecuentes que hacen viable al proyecto inmobiliario

- Con los cambios y reformas sugeridas, desde mi perspectiva intento fortalecer la diligencia debida del Fiduciario, ya que como entidad especializada y autorizada por el órgano estatal competente, su responsabilidad es adicionalmente apoyar en la prevención y control de los negocios fiduciarios que se constituyan, razones que motivan los cambios planteados y que, personalmente creo que deben ser tomados en cuenta, principalmente por ser un negocio que involucra a terceras personas, que en muchas ocasiones desconocen la figura jurídica utilizada.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

1. AMAT I SALAS Oriol. *Euforia y Pánico. Aprendiendo de las burbujas*. Barcelona-España Profit Editorial. 2009.
2. CÁRDENAS BUSTAMANTE. Mario. “*Teoría de la Asociación*”. Editorial Andrés Bello. Chile. 1972.
3. CASAS SANZ DE SANTAMARÍA. Eduardo. *La Fiducia*. Santa Fe de Bogotá. Colombia. Editorial Temis. 1997.
4. CLUSELLAS. Eduardo G; ORMAECHEA. Carolina. *Contratos con Garantía Fiduciaria*. Argentina Editorial Abaco. 2005.
5. DÁVALOS MEJÍA. L. Carlos. *Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras*. México, D. F. Editorial Harla. 1984.
6. GUÍA JURÍDICA DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS EN COLOMBIA. Editorial Legis. Primera Edición. 2011.
7. GIRALDI. Pedro M. *Fideicomiso (ley 24.441)*. Argentina. Editorial Depalma. 1998.
8. GUTIÉRREZ. MOLLER. Emilio. *Especies de Fideicomisos*. Pg. 51
9. GUZMÁN. CARRASCO. Marco Antonio. *Contratación mercantil y bancaria especializada. Loja-Ecuador*. UTPL. 2005.
10. HERNÁNDEZ MAESTRONI - GUTIÉRREZ PRIETO - FOTI FAROPPA *Fideicomiso: aspectos legales, tributarios y contables*. Uruguay. Editorial y Librería Jurídica A.M. Fernández. 2004.
11. KIPER. Claudio. *Régimen Jurídico del Dominio Fiduciario*. Buenos Aires. Editorial La Ley. 1989.
12. KIPER Marcelo y LISOPRAWSKI Silvio. *Obligaciones y Responsabilidades Del Fiduciario*. Argentina. Editorial Depalma.

13. LUNA OSORIO. Luis. *Ecuador: Proyección 2020*. Ecuador. Pudelco Editores S.A. 2010.
14. MOLINA. Sandoval .Carlos A. *El Fideicomiso en la dinámica mercantil*. Buenos Aires-Argentina Editorial B de F. 2009.
15. MONTESINOS JULVE. Vicente. *La Auditoría en España*. Universidad de Valencia. España.
16. NARANJO CHIRIBOGA, Marco. *Dolarización Oficial y Regímenes Monetarios en el Ecuador*. Ecuador. Colegio de Economistas de Pichincha. 2005.
17. PEÑA BERMÚDEZ Jesús María. *Control, Auditoría y Revisoría Fiscal*. Bogotá – Colombia. Ecoediciones. Abril. 2007.
18. OLASO Luis María. *Curso de Introducción al Derecho*. Caracas. Venezuela. Universidad Católica Andrés Bello. 1998.
19. OROPEZA Barbosa. Antonio. *La Seguridad Jurídica en el Campo del Derecho Privado*. Escuela Libre de Derecho de Puebla. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM
20. OSTERLING PARODI. Felipe. *Tratado de las Obligaciones*. Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2005.
21. PORRAS. ZAMORA. Jorge. *La Fiscalidad de los Trust y los Fideicomisos*. España. Ed. Centro internacional de Estudios Fiscales, Universidad de Castilla la Mancha. Madrid. 2005.
22. RENGIFO. García. Ernesto. *La Fiducia Mercantil y Pública en Colombia*. Colombia. Universidad Externado de Colombia. 1998.
23. RODRÍGUEZ AZUERO. Sergio. “*Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*” Colombia. Editorial Legis. 2005.
24. SANCHEZ. SODI. Horacio. *El fideicomiso en México*. México 1996
25. SIERRALTA RÍOS. Aníbal. “*Joint Venture Internacional*” Perú. Fondo Editorial. 1997

26. YAGUEZ Ricardo *Estudios de Derecho de Obligaciones Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*. España. Editorial La Ley. 2006.

Revistas:

1. CORRAL. Fabián. “La Seguridad Jurídica”. *Diario El Comercio*. Ecuador. Febrero/2008.
2. GARCÍA. MA. y PUCHETA. MC. *Revista Partida Doble N.134* España. 2002
3. PAREDES Xavier. *El Fideicomiso en la negociación de terrenos*. Revista Bienes Raíces CLAVE. Quito-Ecuador. Julio/Agosto 2010
4. REVISTA CRITERIOS ACTUALIDAD Y NEGOCIOS. Ecuador. 2012.
5. SEMINARIO DE INTEGRACIÓN Y APLICACIÓN. *El Fideicomiso*. Facultad de Ciencias Económicas. Universidad de Buenos Aires.2010
6. SUPLEMENTO BALANCE MÁS. *Revista BIESS de Circulación Nacional*. 2012
7. ROALANDINI. Jesús. *El Fideicomiso Mexicano*. Texto Jurídico Bancomer. Instituto Fiduciario Bancomer. Mexico.
8. TRÁVEZ. Carlos. “Boletín de Análisis Sectorial y de MIPYMES. Sector de la Construcción.” *Programa De Economía FLACSO Sede Ecuador*. 2011.

Internet:

1. CALDERÓN. Aquiles. “El Fideicomiso y la Protección de la Inversión Extranjera”. *Revista Mercado*. República Dominicana. Octubre/2011. Internet: <http://www.revistamercado.do> Acceso: 28-12-2012
2. CÁMARA ARGENTINA DE LA CONSTRUCCIÓN Delegación Mar del Plata. Internet: <http://www.cmcmdp.com.ar> Fecha de Acceso: 20-02-13
3. FINANCIAMIENTO A CONSTRUCTORES. Internet: <http://www.mivivienda.com.pe> Acceso: 10-09-2012.

4. GÓMEZ AGUIRRE Alfredo Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx> Acceso: 22 - 03-2013
5. HOUSE OF CARDS. *The Economist Special Report*. USA. May 29th/2003. Internet. www.economist.com Acceso: 10-05-2012
6. MANUAL SOBRE RIESGOS EN LA CONSTRUCCIÓN, DAÑOS A LA OBRA Y PÉRDIDA DE BENEFICIOS ANTICIPADA Internet.- <http://www.mapfre.com/> Acceso: 12 -03-2013
7. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO INDUSTRIAL. *Evaluación Independiente ECUADOR Programa Integrado para el Mejoramiento Sustentable de la Competitividad Industrial*. Internet: <http://www.unido.org>. Acceso: 13-05-2012
8. PRADO. José Luis. *Burbuja Inmobiliaria y otros sobresaltos*. Internet: <http://ekosnegocios.com> Acceso: 01-11-2012
9. SHILLER. Robert J. *El estallido de la burbuja, Como se llegó a la crisis y cómo salir de ella*. 2009. Internet: <http://books.google.com.ec> Acceso:07-06-2012
10. UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO. Internet: <http://www.uaf.gob.ec> Fecha de Acceso: 01-02-2013

Legislación:

1. Ley de Mercado de Valores
2. Codificación de Resoluciones expedidas por del Consejo Nacional de Valores.
3. Código Civil
4. Ley de Compañías.

Legislación Comparada:

1. México: Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
2. Argentina: Ley N° 24.441.
3. Colombia: Código de Comercio.
4. Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Básica Jurídica.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Jessica Liliana Medina Revelo, C.I. 1720028271 autor del trabajo de graduación intitulado "ANÁLISIS DE LA VERSATILIDAD DEL FIDEICOMISO INMOBILIARIO. SU APLICACIÓN ACTUAL EN EL ECUADOR Y LA EFICACIA DE SUS MECANISMOS DE CONTROL", previa a la obtención del grado académico de **LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA:**

- 1.** Declaro tener conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
- 2.** Autorizo a la 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, 08 de agosto de 2013



FIRMA

CI. 1720028271


REPÚBLICA DEL ECUADOR
 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
 IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA. **172002827-1**

APELLIDOS Y NOMBRES
**MEDINA REVELO
 JESSICA LILIANA**

LUGAR DE NACIMIENTO
**PICHINCHA
 QUITO
 BENALCAZAR**

FECHA DE NACIMIENTO **1988-09-12**
 NACIONALIDAD **ECUATORIANA**
 SEXO **F**
 ESTADO CIVIL **Soltera**




INSTRUCCION **BACHILLERATO** PROFESION / OCUPACION **ESTUDIANTE** **I4443V4442**

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE **MEDINA WILSON BAYARDO**

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE **REVELO LIDIA CLAUDIA**

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICION
**QUITO
 2011-02-02**

FECHA DE EXPIRACION
2021-02-02








REPÚBLICA DEL ECUADOR
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL
CERTIFICADO DE VOTACION
ELECCIONES GENERALES 17-FEB-2013

003
003 - 0200 **1720028271**

NÚMERO DE CERTIFICADO **003** CÉDULA **1720028271**
 NOMBRE **MEDINA REVELO JESSICA LILIANA**

PICHINCHA CIRCUNSCRIPCIÓN **1**
 PROVINCIA **JIJAPA**
 QUITO CANTÓN **MONTESEÑI**
 CANTÓN **PARROQUIA** ZONA **ZONA**




(.) PRESIDENTE DE LA JUNTA